







ANUARIO DE LA REVISTA JURÍDICA REGIÓN CUYO - ARGENTINA

DIRECTOR

DR. PASCUAL ALFERILLO

TOMO V AÑO 2020

 **EDITORES**
FONDO EDITORIAL

Anuario de la Revista Jurídica Región Cuyo-Argentina / Pascual E. Alferillo... [et al.]; compilado por Pascual E. Alferillo.- 1a ed.- Ciudad Autónoma de Buenos Aires: IJ Editores, 2021.

522 p.; 23 x 15 cm.

ISBN 978-987-8377-95-7

1. Derecho. I. Alferillo, Pascual E., comp.

CDD 340.02

*Las posturas doctrinarias expresadas en los artículos
aquí incluidos son de exclusiva responsabilidad de sus autores
y no necesariamente reflejan los puntos de vista de la Editorial,
la Institución, el Director ni del Comité Editorial.*

Se prohíbe la reproducción total o parcial
de esta obra sin la autorización expresa.

IJ International Legal Group

Dirección y correspondencia: Lavalle 1115 - PB,
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina

CP: 1048

TE: +54 011 5276-8001

Impreso en Argentina

Derechos reservados por la Ley N° 11.723

Índice

Editorial

PASCUAL ALFERILLO.....	11

Caso Fontevecchia y D'Amico contra Argentina

La argumentación de la Corte IDH bajo la lupa

NICOLÁS SOSA BACCARELLI.....	13

Perspectiva de género y cambio del lugar de residencia de los hijos

MARIEL F. MOLINA DE JUAN.....	51

Algunas consideraciones sobre el Derecho de Daños y los deberes que impone la responsabilidad parental

NADIA ANAHÍ TORDI.....	61

La situación de necesidad habitacional del poseedor como elemento tipificante de una figura especial de prescripción adquisitiva

MARÍA GABRIELA CALVO GUSTAVO NADALINI.....	79

Asociación ilícita y estafa procesal

Abogados y médicos

RUBÉN E. FIGARI.....	87

Algunas aproximaciones a los procesos urgentes y los Códigos Procesales de Cuyo

CARLOS EMILIO NEIROTTI.....	117

Principio antidiscriminatorio

JUAN CARLOS PANDIELLA MOLINA.....	131

Nacimiento y desarrollo de la empresa, incluso, despegando ya claramente a la sociedad de la empresa

La sociedad como ropaje jurídico de la empresa

Tendencias legislativas

FERNANDO PÉREZ HUALDE.....	141

Responsabilidad social en la empresa minera

Impacto económico, social y ambiental en la Provincia de San Juan

RICARDO COCA.....161

El estado empresario

Influencia económica y social

La experiencia de la Provincia de San Juan

PASCUAL ALFERILLO.....177

Investigación delictiva

Algunos aspectos de la función policial en la investigación penal

PABLO GUIDO PEÑASCO.....209

La teoría de la imprevisión y otros remedios jurídicos en el escenario de la pandemia COVID-19, aplicada a los contratos de transporte aéreo

MARÍA VICTORIA GIUBERGIA | GUADALUPE HIDALGO.....247

Alcances interpretativos en el Derecho Aeronáutico en relación a la competencia federal y normas del Derecho del Consumidor

HUGO JORGE RIVAROLA | GISELLE JAVUREK.....271

El derecho de autor en la música

Breve reseña

VERÓNICA NAVARRO.....309

Salud y economía

MARÍA EUGENIA RIVEROS.....321

Pautas sobre el cuidado personal, plan de parentalidad y régimen de comunicación conforme la justicia de familia mendocina

NADIA ANAHÍ TORDI.....353

Comentario sobre el daño informático

RUBÉN E. FIGARI.....367

El Derecho Procesal Electrónico y su impacto en la modernización del Sistema de Justicia en época de pandemia

VIVIANA BEATRIZ CONTURSO CARRIZO.....389

Práctica tribunalicia

El impacto del COVID-19

JUAN CARLOS PANDIELLA MOLINA.....403

Algunos lineamientos doctrinarios acerca de la responsabilidad emergente del art. 40 de la Ley N° 24.240

CLAUDIO FABRICIO LEIVA.....443

El juicio por jurados populares y la doctrina judicial de la CSJN

Análisis del fallo Canales, Mariano E. y Otro s/Homicidio

Agravado - Impugnación Extraordinaria

PABLO GUIDO PEÑASCO.....475

De la aplicación en Tribunales de la Ley Defensa del Consumidor

RAÚL EDUARDO BERTRÉS | CÉSAR ISMAEL BERTRÉS | GASTÓN EDUARDO BERTRÉS..493



STAFF

Director

DR. PASCUAL ALFERILLO

Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba

Mesa Directiva (2019 - 2022)

PRESIDENTE:

DR. ARMANDO S. ANDRUET (H)

VICEPRESIDENTA:

DRA. MARCELA ASPELL

SECRETARIO:

DR. JUAN MANUEL APARICIO

TESORERO:

DR. GABRIEL B. VENTURA

DIRECTOR DE PUBLICACIONES:

DR. JUAN CARLOS PALMERO

REVISOR DE CUENTAS:

DR. EFRAÍN H. RICHARD

Presidentes Honorarios

DR. JUAN CARLOS PALMERO

DR. JULIO I. ALTAMIRA GIGENA

Secretario Técnico

DR. CHRISTIAN G. SOMMER

Instituto de la Región Cuyo

Director

DR. PASCUAL E. ALFERILLO

Vice Director

AB. ALDO GUARINO ARIAS

Secretarios

DRA. MARIEL MOLINA (MENDOZA)

AB. PABLO PEÑASCO

(SAN RAFAEL – MENDOZA)

DR. JUAN CARLOS PANDIELLA

(SAN JUAN)

AB. EUGENIA BONNA (SAN LUIS)

DR. RAÚL EDUARDO BERTRES

(V. MERCEDES - SAN LUIS)

Directores anteriores

DR. LUIS MOISSET DE ESPANÉS

(CÓRDOBA) (+)

DR. ALEJANDRO PÉREZ HUALDE

(MENDOZA)

Académicos Correspondientes de Cuyo

DR. ROBERTO JOSÉ DROMI

(MENDOZA) 30/7/82

DR. ALEJANDRO G. BARO

(MENDOZA) 28/10/1983

AB. ALDO GUARINO ARIAS

(SAN RAFAEL - MENDOZA) 6/5/1988

DR. HÉCTOR ANDRÉS BENÉLBAZ

(MENDOZA) 27/5/1988

DR. AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI

(MENDOZA) 14/6/1989

DR. PASCUAL E. ALFERILLO

(SAN JUAN) 24/6/2003

DR. ALBERTO SÁNCHEZ

(SAN JUAN) 25/11/2003

DR. ALEJANDRO PEREZ HUALDE

(MENDOZA) 12/7/2005

DR. JORGE SARMIENTO GARCÍA

(MENDOZA) 31/3/2009

DR. RAÚL EDUARDO BERTRES

(V. MERCEDES - SAN LUIS) 26/4/2011

DR. OSCAR ALVARO CUADRO

(SAN JUAN) 7/8/2012

DR. VÍCTOR BAZÁN

(SAN JUAN) 23/9/2014

DRA. MARÍA GABRIELA ABALOS

(MENDOZA) (27/10/2020)

Académicos correspondientes fallecidos

PABLO ANTONIO RAMELLA -

SAN JUAN - 16-10-75 (+25-04-1993)

JUAN RAMÓN GUEVARA -

MENDOZA - 15-04-83 (+ 21-04-1994)

JOAQUÍN LÓPEZ -

MENDOZA - 25-06-86 (+ 22-09-2004)

DARDO PÉREZ GUILHOU -

MENDOZA - 15-12-80 (+ 30-7-2012)

Editorial

DR. PASCUAL ALFERILLO*

Una editorial, más que contener el pensamiento del responsable, debe procurar observar los fenómenos sociales, políticos y jurídicos que son motivo de la preocupación actual, pero esencialmente debe procurar anticipar debates que están generando sinnúmeros de opiniones divergentes, los cuales pueden y van a ser, los que definan en futuro de la humanidad. Y, ello debe ocupar la centralidad de nuestras inquietudes por la dimensión trascendental del devenir histórico del hombre.

El tema es el vínculo entre el hombre y la máquina.

Sin duda que el hombre pudo desarrollarse con la colaboración de las herramientas que fue creando desde la edad de piedra para evolucionar al tiempo de los metales. En estas etapas primarias, siempre la herramienta estaba a disposición del hombre, no competía con él, sino que en una simbiosis especial, colaboraba con su desarrollo.

Ya, con el perfeccionamiento de las máquinas, primero impulsadas a vapor, luego a petróleo y con energía eléctrica, el hombre lentamente comenzó una frenética competencia con ella. El ser humano obrero controlaba a la máquina para que funcionaran correctamente e hicieran el trabajo, cada vez, produciendo a mayor escala.

En el siglo XIX el industrialismo profundo, prescindió cada vez más de la mano de obra humana en la generación de riqueza económicas (bienes y servicios) y con esta sustitución comenzó la existencia de obreros en paro cada día en mayor número.

Las teorías del confort muy asociadas al marketing el consumismo como ideal social de status, marco que el hombre ya no era tal sino no tenía una serie de elementos técnicos a su alrededor (lavarropas, televisor, lustra aspiradoras, automóvil, etc.). Estos elementos pasaron a formar parte de su ser, como es hoy los celulares y las computadoras.

* *Director Instituto de la Región Cuyo.*

Pero el tema no se agota allí, sino que es el comienzo de nuevos diálogos, por cuanto la evolución científica trae sus beneficios, pero a la par genera nuevos problemas. Por ejemplo, la notable evolución de la medicina y de los remedios, permitió que rápidamente se elevará el promedio de vida. Ello, impone que habrá un grupo etario mayores de edad cada vez con cantidad de integrantes que deben ser atendidos y contenidos en el seno social.

Pero, el tema crucial lo presenta el gran desarrollo de la informática que no solo avanza sobre la privacidad de los seres humanos, sino que algunos teóricos conciben como idea hasta la creación de robot con conciencia igual o similar a la humana. En otras palabras, hacer un hombre totalmente artificial. Esto no es una clonación de humanos porque se mantiene su estructura esencial, sino un ente totalmente diferenciado del hombre, pero que actúa como tal.

Sin lugar a duda que los ideólogos de diseñar un “humano totalmente artificial”, estiman que la vida comienza con el nacimiento y se agota con la muerte, como sostenía Sartre en el Ser y la Nada. Que la conciencia está en la mente humana y ella podría ser copiada en su funcionamiento para generar el “hombre máquina”.

Frente a ello, se encuentran los que desde la fe y desde la ciencia, entienden que el ser humano es una dualidad psicofísica/espiritual, que está compuesto de cuerpo y alma (o como quiera denominarse a esa entidad).

Cuando digo desde la ciencia, es porque la misma que se introduce a conocer al ser humano, deberá dilucidar si la memoria y, con ello, la conciencia está en el espíritu o es una función más de las neuronas que componen el cerebro.

Esto no es ciencia ficción, es la posición de escuelas que estudian científicamente al ser humano.

Y, a partir, de conocer ello, viene el desafío del Derecho. Como va a regular estas situaciones, como podrá imponer líneas de ética y de moral en sus normas, en las investigaciones científicas, en el comportamiento social.

Por lo pronto, hay que fortalecer algunos principios, como es el irrestricto respeto por la integridad psicofísica/social y dignidad del ser humano, no dañar y actuar siempre de buena fe.

Con ello, habrá esperanza, porque el futuro venturoso o nefasto, es nuestra responsabilidad porque hoy se tiene el suficiente conocimiento para direccionarlo en un sentido u otro.

Caso Fontevecchia y D'Amico contra Argentina

La argumentación de la Corte IDH bajo la lupa

ABG. NICOLÁS SOSA BACCARELLI

I. Introducción

El presente trabajo busca analizar los argumentos presentados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) en su sentencia recaída en el caso Fontevecchia y D'Amico contra Argentina (2011) y ofrecer una relectura crítica de los mismos.

En dicho pronunciamiento, el Tribunal interamericano se expidió por primera vez sobre la legitimidad de una medida de responsabilidad ulterior de naturaleza civil por un pretendido abuso en el ejercicio del derecho a la expresión libre.

El caso se trataba de dos periodistas argentinos que habían publicado informaciones referidas a la “vida privada” del por entonces Presidente de la Nación.

La Corte IDH resolvió que el Estado argentino había vulnerado el derecho a la libertad de expresión de sendos periodistas, pero que no había infringido el deber de adoptar disposiciones de derecho interno, tal como reclamaron las víctimas. Para ello, realizó dos construcciones argumentativas. En una aplicó la teoría de la ponderación de principios y un “test de convencionalidad” de la medida de restricción de un derecho. La otra consistió en señalar distinciones materiales en la aplicación del principio de legalidad a la materia civil y a la órbita penal.

El examen de los argumentos ensayados por la Corte IDH se hará a la luz de algunas herramientas propias de la teoría de la argumentación jurídica, desde los enfoques propuestos por Manuel Atienza y por Robert Alexy.

El trabajo propone avanzar desde la presentación de los hechos del caso, una reseña del estado de la cuestión (derecho de libertad de pensamiento y expresión) en la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos al momento de la sentencia, para llegar luego a un examen de las razones brindadas por el Tribunal interamericano, centrándose en la dimensión material de la argumentación, es decir, en los contenidos de las premisas con las cuales el órgano jurisdiccional construyó su razonamiento. Finalmente se ofrecen algunas conclusiones.

II. Desarrollo

Antecedentes del caso

Finalizaba el mes de septiembre de 2001, cuando la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina confirmó una sentencia condenatoria contra los periodistas Jorge Fontevicchia y Héctor D'Amico —director y editor, respectivamente de la revista *Noticias*— por la publicación de dos artículos aparecidos en 1995 en el mencionado medio gráfico. Los mismos se referían a la existencia de un hijo extramatrimonial no reconocido del por entonces Presidente de la Nación, Carlos Saúl Menem, fruto de la relación entre el primer mandatario y la diputada Martha Meza.

Allí se señalaba que la relación sentimental entre Meza y Menem se habría iniciado en la época en que el ex presidente se encontraba privado de su libertad. En octubre de 1981 nació el niño y fue bautizado como Carlos Nair Meza. Menem se encontraba casado con Zulema Yoma —con quien tenía dos hijos— razón por la cual se negó a reconocer la paternidad.

En enero de 2003, Martha Meza decidió quitarse la vida tomándose ciento cincuenta centímetros cúbicos de plaguicida¹ Dejó once cartas en las que hablaba de Menem y de la paternidad de su hijo Nair. Tres años más tarde, la justicia argentina declaró la paternidad del señor Menem respecto de este último, la cual, al año siguiente, fue reconocida públicamente por el progenitor.²

¹ “*Nair Meza es hijo del ex presidente Carlos Menem*”, Diario Perfil, 3/11/2006.

² Cfr. Informe de Fondo No. 82/10 de la Comisión Interamericana de 13 de julio de 2010 (expediente de fondo, tomo I, folio 15).

Éste era el tema de las publicaciones que los periodistas condenados por los tribunales argentinos trataban en la célebre revista de actualidad política de Editorial Perfil.

La segunda de dichas ediciones (publicada en noviembre de 1995) incluía la nota titulada “*Zulema Yoma. Un golpe al corazón*”, la cual, además de aludir a la mentada relación paterno-filial entre el Presidente y su presunto hijo, se refería a una denuncia que la señora Meza habría hecho a fines del año 1994 respecto del robo de joyas por un valor de US\$ 230.000,00 “que le fueron regaladas por el Presidente de la Nación”, conforme constaba —según la revista— en el expediente que investigaba la sustracción.

Asimismo se daba a conocer el encuentro que el señor Menem, la señora Meza y el hijo de ambos, Carlos Nair, habrían tenido en la Casa de Gobierno, y la posibilidad de que Carlos Menem reconociera su paternidad sobre el niño una vez concluido el trámite de divorcio con su ex esposa.

En dicha publicación aparece otra nota titulada “*Carlos Nair. Regalos Presidenciales*”, en la cual, entre otras cuestiones, se menciona la entrega de importantes sumas de dinero así como de regalos de gran valor económico que el entonces Presidente habría hecho tanto a su hijo como a la madre del niño. La nota se completaba con una foto que mostraba al Presidente Menem, a la Diputada Meza y a Carlos Nair.

La portada de la siguiente edición se titulaba “*La otra familia de Menem. Cómo el Presidente conoció a la diputada Martha Meza, tuvieron un hijo, Carlos Nair, y la relación se convirtió en una cuestión de Estado*”. Allí se hacía referencia a los contactos entre Menem y su hijo, y a la visita de Carlos Nair y su madre al entonces Presidente en la Casa de Gobierno. También se informaba sobre distintos aspectos de la vida de la señora Meza y de su hijo y la relación de ellos con el señor Menem, los regalos que Carlos Nair Meza recibía de parte de aquél, las visitas que el niño realizaba a su padre en la residencia oficial del Presidente, en el complejo presidencial de verano y en la Casa de Gobierno.

Entre otros aspectos, esa nota informaba sobre la existencia de amenazas contra el hijo de Menem, las cuales fueron denunciadas por la señora Meza, quien responsabilizó al gobierno nacional por su seguridad, y que motivaron su pedido de asilo en Paraguay. Se refería, además, a la comunicación que habrían mantenido al respecto el Presidente de este último país y su par argentino.

Adicionalmente, la nota mencionaba un reclamo por parte de la señora Meza y su marido, por cincuenta millones de dólares al señor Menem, la existencia de un acuerdo entre la señora Meza y el señor Menem por medio del cual este último le otorgaba una pensión por un monto de veinte mil dólares mensuales, creaba un fideicomiso a favor de Carlos Nair Meza por una cifra cercana al millón de dólares, y prestaba “cobertura política” en relación con una investigación que estaba enfrentando en aquel momento el esposo de la señora Meza por un supuesto desfalco millonario en la obra social de los jubilados.

En esta última publicación se relataba nuevamente el robo de joyas y dinero en efectivo denunciado por la señora Meza y se informaba sobre su “ascenso económico”. En este artículo se hace expresa mención al libro *El Jefe. Vida y Obra de Carlos Saúl Menem* (de autoría de la periodista Gabriela Cerrutti) de donde se obtuvo parte de la información publicada.

Algo más, de gran importancia, que merecerá el detenimiento de la Corte IDH en el fallo que aquí comentamos: las mencionadas notas periodísticas eran ilustradas por cuatro fotografías del entonces presidente Menem con su hijo Carlos Nair Meza, en diferentes situaciones. En una se los ve en el complejo presidencial de Chapadmalal, en otra el ex presidente y su hijo juegan al billar. Otra imagen los exhibe a los tres, entre otras personas, junto a la leyenda “Las Lomitas ’93. Un acto menemista, Martha Meza, Carlos Nair y el Presidente, primera fila”. En la siguiente fotografía se observa al Presidente Menem, a Carlos Nair, a su madre y a otros, en una comida formal junto a la leyenda “Olivos ’92. Menem preside, Martha a su derecha y Carlos Nair a su izquierda, Mera Figueroa mira”. En todas las fotos, de ambas ediciones, la imagen del niño aparece distorsionada de manera que no puede ser reconocido³.

El Presidente Menem inició, por derecho propio, una demanda de daños y perjuicios contra Editorial Perfil y los periodistas Jorge Fontevecchia y Hector D’Amico. Reclamó \$1.500.000,00 (un millón quinientos mil pesos) en concepto de resarcimiento económico en concepto de daño moral, sufrido a causa de una pretendida violación al derecho a su intimidad, consecuencia de las publicaciones de la revista. Adicionalmente, se solicitó la publicación íntegra de la sentencia a cargo de los demandados.

³ Corte IDH., *Caso Fontevecchia y D’Amico Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238, párr. 36.

El juez de primera instancia en lo civil resolvió la controversia rechazando la demanda interpuesta por el señor Menem y la reconvención interpuesta por uno de los periodistas.

La sentencia fue apelada y, en marzo de 1998, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal revirtió, por mayoría, la sentencia recurrida e hizo lugar a la demanda, aunque por un monto considerablemente menor. Así, el tribunal condenó a Editorial Perfil S.A., y a los señores Jorge Fontevecchia y Héctor D'Amico a pagarle al actor la suma de \$150.000,00 (ciento cincuenta mil pesos).

Los demandados, por vía del recurso extraordinario federal, sometieron su condena a conocimiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la cual, en septiembre de 2001, confirmó la sentencia recurrida aunque también modificó el monto indemnizatorio, reduciéndolo a la suma de \$60.000,00 (sesenta mil pesos). Asimismo, ratificó lo resuelto respecto de la imposición de gastos causídicos de las instancias anteriores e impuso las costas de esa instancia en un 90% a cargo de los codemandados y en un 10% a cargo de la parte actora.

La Corte consideró que, como consecuencia de aquellas publicaciones, se había violado el derecho a la vida privada de Carlos Menem. Este último comenzó el proceso de ejecución de la sentencia. A solicitud de Editorial Perfil, un juzgado comercial ordenó la apertura de un concurso preventivo de acreedores. El proceso de ejecución de sentencia terminó recayendo —luego de una serie de circunstancias que no vienen al caso— sobre el señor Héctor D'Amico (quien, para entonces, trabajaba en otro medio de comunicación) cuyos ingresos fueron embargados.

Los periodistas acudieron al Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Alegaron que, si bien tradicionalmente suele relacionarse el efecto inhibitorio con la imposición de sanciones penales por la restricción a un derecho fundamental como es la libertad de un individuo, la aplicación de sanciones civiles, multas, indemnizaciones o resarcimientos, también puede generar fuertes restricciones a la libertad de expresión.

Respecto de la medida de responsabilidad civil impuesta en el presente caso, los representantes de los periodistas señalaron que la misma no superaba los requisitos de *legalidad* y de *necesidad*, exigidos por la jurisprudencia del Tribunal de San José. Acusaron a la Argentina de haber vulnerado el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “CADH”) toda vez

que la norma en virtud de la cual se impuso la condena civil objetada (artículo 1071 bis del Código Civil vigente en ese momento), confrontaba con la letra de la Convención.

Sobre las fotografías incluidas en las notas, los representantes afirmaron que fueron obtenidas con consentimiento del ex Presidente, ya que para que pudieran tomarse, aquel debió permitir el ingreso de periodistas a las residencias presidenciales cuando el niño se encontraba en ellas, en lugares abiertos a la prensa, donde el primer mandatario se mostraba sin reparos y con plena conformidad frente a la presencia de medios gráficos.

Por otra parte, indicaron que, de acuerdo con lo afirmado por el señor D'Amico en la audiencia pública, las imágenes fueron entregadas a la revista por el servicio de prensa de la Presidencia de la Nación.

Finalmente, los representantes de los periodistas consideraron que la sanción en el presente caso resultó desproporcionada dado que la cifra establecida por la Corte Suprema fue trescientas veces superior al salario mínimo argentino y unas cincuenta veces mayor al salario promedio de un periodista, distando mucho de ser un monto razonable. La suma originalmente dispuesta, más los intereses y los gastos del juicio, se tradujeron en el cuádruple de la indemnización inicial, resultando una condena excesiva, que inevitablemente genera un efecto inhibitorio sobre el debate público. Con base en lo anterior, acusaron al Estado argentino de haber violado el derecho a la libertad de expresión de los señores Fontevicchia y D'Amico.

La Comisión Interamericana consideró que la sanción impuesta a los periodistas era *innecesaria*, dado que los periodistas fueron condenados a indemnizar al Presidente de la República por publicar información que ya se encontraba en el dominio público y que, además, era de interés público.

De tal manera adujo que la condena civil no había observado los requerimientos del artículo 13 de la CADH, y solicitó a la Corte IDH que declarara la responsabilidad internacional del Estado argentino por violación del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión.

Por su parte, el Estado argentino respondió enunciando las acciones positivas que había venido desplegando en materia de libertad de expresión (Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual, reforma a los delitos contra el honor a raíz del fallo Kimel, aplicación constante de la doctrina de la real malicia, etc). Evasivas y fórmulas rituales que poco hacen específicamente al debate del caso sometido a la Corte.

Finalmente, y por las razones que analizaremos más adelante, la Corte IDH resolvió, por unanimidad, que el Estado argentino había violado el derecho a la libertad de expresión reconocido en el artículo 13 de la CADH, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de los señores Jorge Fontevecchia y Héctor D'Amico. Asimismo, consideró que el Estado no había incumplido la obligación general de adoptar disposiciones de derecho interno, reconocida en el artículo 2 de la CADH.

En consecuencia, dictó como medidas de reparación, dejar sin efecto la condena civil impuesta a los señores Fontevecchia y D'Amico, así como todas sus consecuencias, en el plazo de un año contado a partir de la notificación de la sentencia. También ordenó a nuestro país a darle publicidad a la sentencia y a rendirle un informe sobre las medidas adoptadas para cumplir con el fallo, dentro del plazo de un año⁴.

*Dos palabras sobre la teoría de la argumentación*⁵

Antes de ingresar en el examen del fallo que nos ocupa, resulta oportuno esbozar una somera aproximación a algunas nociones propias de la teoría de la argumentación de las que nos valdremos a lo largo del trabajo.

Manuel Atienza propone tres “dimensiones” de la argumentación: *la formal, la material y la pragmática*.

La dimensión *formal* “ve la argumentación como una serie de enunciados sin interpretar, en el sentido de que hace abstracción del contenido de verdad, o de corrección de las premisas y de la conclusión”. Esta perspectiva de la argumentación se encuentra gobernada por la lógica formal y se preocupa por examinar la corrección de las inferencias.

Para la dimensión *material* “lo esencial no es la forma de los enunciados, sino aquello que hace a los mismos verdaderos o correctos: los hechos naturales o institucionales a que se refieren esos enunciados (...) el centro de atención no se pone en la inferencia sino en las premisas (las razones para creer en algo o para realizar o tener la intención de realizar una acción) y en la conclusión”.

⁴ Corte IDH. *Caso Fontevecchia*, párr. 137 y ss.

⁵ En este apartado seguimos a ATIENZA, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Ed. Trotta, Madrid, 2013.

Finalmente tenemos una dimensión *pragmática* que “contempla la argumentación como un tipo de actividad lingüística, como una serie de actos de lenguaje o un acto de lenguaje complejo”. Aquí se distingue a su vez dos enfoques: el de la *retórica* y la *dialéctica*.

El autor a quien seguimos juzga erróneo el divorcio de estas “dimensiones” de la argumentación y propone, en cambio, una teoría que las integre. Sin embargo, considera posible analizarlas por separado en función del contexto y de la perspectiva. Hasta aquí, Atienza.

En este trabajo nos centraremos en los criterios de corrección propios de la dimensión material de la argumentación, para recorrer y analizar el mapa argumental trazado por la Corte IDH para arribar a sus decisiones. Para decirlo en términos de Viehweg, buscamos transparentar una “tópica”, entendida esta última como un “descubrimiento y examen de las premisas”.⁶

Primero examinaremos el derecho a la libertad de expresión a la luz de la jurisprudencia del Sistema, tarea indispensable para visualizar los criterios que la Corte IDH y la CIDH vienen acuñando en la materia, y que nutren la materialidad de las razones que sustentan el fallo que nos ocupa.

Luego nos detendremos en los argumentos esgrimidos por la Corte IDH para considerar que el Estado argentino violó el artículo 13 de la CADH.

Con posterioridad nos dedicaremos a analizar la argumentación vertida por el Tribunal de San José para resolver que no se configuró la alegada violación al artículo 2 de la Convención.

A. Por qué la Corte IDH resolvió que el estado argentino infringió el derecho a la libertad de expresión

Algunos lineamientos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en la materia⁷

a) Libertad de expresión: funciones y dimensiones

El derecho a expresarse libremente es uno de los derechos fundamentales del ser humano, reconocido y tutelado por los ordenamientos jurídicos internos y por el derecho internacional de los derechos humanos.⁸

⁶ Ver VIEHWEG, Theodor, *Tópica y jurisprudencia*, Taurus, Madrid, 1964.

⁷ Ver SOSA BACCARELLI, Nicolás y PETRA, Santiago, *La respuesta penal en la reforma a los delitos de calumnias e injurias a la luz del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, en *Anales de Legislación Argentina*, tomo LXXI-B, 17 de febrero de 2011, número 4, Buenos Aires, Editorial La Ley.

⁸ La CADH consagra este derecho en su artículo 13, el cual señala en lo pertinente:

Sin embargo, tal derecho tiene, como todos, sus límites. El honor, la dignidad y la vida privada constituyen también espacios preciados y protegidos. La seguridad nacional, el orden y la moral públicos, la salud y las informaciones confidenciales encarnan otras limitaciones. La coexistencia pacífica entre estos bienes jurídicamente tutelados y la libertad de expresión depende de un legislador sabio y un juez prudente. A veces la balanza se inclinará hacia un lado, otras veces hacia el otro.⁹

La Corte IDH ha hecho notar en numerosas oportunidades la doble dimensión del derecho a la libertad de expresión; esto es, una dimensión individual, consistente en el derecho de cada persona a expresar los propios pensamientos, ideas e informaciones; y una dimensión colectiva o social, que se traduce en el derecho de la sociedad a procurar y recibir cualquier información, a conocer los pensamientos, ideas e informaciones ajenos y a estar bien informada.¹⁰

La Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su Informe Anual de 2009 señala que la importancia de la libertad de expresión deriva, entre otras razones, de sus tres funciones, las cuales se pueden denominar función *individual*, función *democrática* y función *instrumental*.¹¹

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

a. el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o

b. la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. [...].

⁹ Sobre el tema de la armonización de los derechos puede consultarse TOLLER, Fernando, *Libertad de prensa y tutela judicial efectiva: Estudio de la prevención judicial de daños derivados de informaciones*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1999, p. 419 y ss.

¹⁰ Ver Corte IDH, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 30; Corte I.D.H., Corte IDH, *Caso Kimel Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008 Serie CNo. 177, párr. 53; Corte IDH, *Caso Claude Reyes y otros*. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, párr. 75; Corte IDH, *Caso López Álvarez Vs. Honduras*. Sentencia de 1º de febrero de 2006. Serie C No. 141, párr. 163.

¹¹ Ver Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2009. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, OEA, p. 224.

La primera de ellas consiste en la protección del derecho a pensar por uno mismo, y a exteriorizar dichos pensamientos, emociones, ideas y todo lo que nuestro potencial intelectual y artístico es capaz de producir.

La segunda función versa sobre la relación estructural del derecho a la libertad de expresión con la democracia¹². El devenir de la historia ha demostrado que la consolidación de los sistemas democráticos en el mundo depende de una opinión pública informada, capaz de desempeñar con responsabilidad los actos que la vida en democracia implica, así como de ejercer un control crítico sobre la gestión pública.

En este mismo sentido, la jurisprudencia ha enfatizado que la “función democrática” de la libertad de expresión la convierte en una condición necesaria para prevenir el arraigo de sistemas autoritarios y facilitar la autodeterminación personal y colectiva¹³. A tal punto es esto así que el artículo 4 de la Carta Democrática Interamericana caracteriza la libertad de expresión y la libertad de prensa como “componentes fundamentales del ejercicio de la democracia”.

En síntesis, dicho con palabras de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “una sociedad libre, hoy y mañana, es aquélla que pueda mantener abiertamente un debate público y riguroso sobre sí misma”.¹⁴

Por último, en su función instrumental, la libertad de expresión se revela como un medio de ejercicio de los demás derechos fundamentales. Nos referimos al derecho a la participación, a la libertad religiosa, a la educación, a la identidad étnica o cultural y, por supuesto, a la igualdad no sólo entendida como el derecho a la no discriminación, sino también como derecho al goce de ciertos

¹² Ver Corte IDH., Opinión Consultiva OC-5/85, párr. 70; Corte IDH., *Caso Claude Reyes y otros*, párr. 85; Corte IDH., *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107 párr. 112; Corte IDH., *Caso de Ricardo Canese*. Sentencia del 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 82. Ver también AGUIAR, Asdrúbal, *La libertad de expresión y prensa. Jurisprudencia Interamericana (1987-2009)*, Sociedad Interamericana de Prensa, Miami, 2009, p. 9 y ss.

¹³ Ver Corte IDH., Opinión Consultiva OC-5/85, párr. 70; Corte IDH., *Caso Claude Reyes y otros*, párr. 85; Corte IDH., *Caso Herrera Ulloa*, párr. 116; Corte IDH., *Caso de Ricardo Canese*, párr. 86; y Corte IDH., *Caso de “La última tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros v. Chile)*. Sentencia del 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73. CIDH. Informe No. 130/99. Caso No. 11.740. Víctor Manuel Oropeza. México. 19 de noviembre de 1999, párr. 46.

¹⁴ CIDH. Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2009. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, cap. III, párr. 10.

derechos sociales básicos. Por esta razón, en términos de la Comisión, “la carencia de libertad de expresión es una causa que contribuye al irrespeto de los otros derechos humanos.”¹⁵

b) Clases de discursos y niveles de protección

Resulta de singular relevancia esbozar las clases de discursos que el Sistema Interamericano ha reconocido, y detectar frente a qué tipo discursivo nos encontramos en el caso que nos ocupa.

En principio, *cualquier expresión* se encuentra dentro de la categoría de los discursos *simplemente protegidos*. Ello por la tutela otorgada por el artículo IV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y el artículo 13 de la CADH, independientemente de su contenido y de la mayor o menor aceptación social y estatal con la que cuenten.

Esta formulación se ha llamado *presunción general de cobertura* y está relacionada con la obligación primaria de neutralidad del Estado ante los contenidos. Ello así, éste debe velar por la libre circulación no sólo de la información que puede resultarle indiferente sino también de aquella que ofende, choca o inquieta al Estado o a cualquier sector de la población.¹⁶

Por otro lado, existen ciertos contenidos a los que la CIDH ha denominado *discursos excluidos de protección*. Dicho esto, con mayor claridad, se trata lisa y llanamente de expresiones prohibidas por diversos tratados de derechos humanos. Ellos son *únicamente*: “apología de la violencia, propaganda de la guerra, incitación al odio por motivos discriminatorios¹⁷, incitación pública y directa al genocidio¹⁸ y pornografía infantil^{19,20}”.

En tercer lugar, existen también algunos contenidos que gozan de *un especial nivel de tutela*, o, más claro aún, una protección fortalecida. Éstos son:

¹⁵ CIDH. Informe No. 38/97. Caso No. 10.548. Hugo Bustíos Saavedra. Perú. 16 de octubre de 1997, párr. 72.

¹⁶ Ver Corte IDH., *Caso Herrera Ulloa*, párr. 113.

¹⁷ CADH, art. 13.5.

¹⁸ Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, art. III, inc. C.

¹⁹ Ello se desprende de los siguientes instrumentos: Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 34, inc. C; Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía; Convenio n° 182 de la OIT sobre las Peores Formas de Trabajo Infantil, art. 3, inc. B; Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 19.

²⁰ Ver *Una agenda hemisférica para la defensa de la libertad de expresión*, Relatoría especial para la libertad de expresión, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA, 2010, párr. 21.

- a) Discursos políticos y sobre asuntos de interés público.²¹
- b) Discursos sobre funcionarios públicos o candidatos a ocupar cargos públicos.²²
- c) Discursos que configuran elementos fundantes de la identidad o dignidad personales.²³

Cuando se está frente a alguno de estos tipos discursivos, se fortalece la protección y se tornan más exigentes los requisitos que deben concurrir para justificar su restricción. Somos de la opinión de que no se trata de que existan *requisitos adicionales*, sino que son los mismos que para los discursos *simplemente protegidos*, sólo que apreciados con mayor rigor.

- d) El tema del honor de los funcionarios públicos

Adelantábamos entonces que los discursos que versan sobre funcionarios públicos gozan de un nivel mayor de protección.

El problema del honor de los funcionarios públicos frente a la libertad de expresión ha tenido amplio desarrollo en la jurisprudencia de los organismos del sistema. En él se encuentran en juego dos bienes jurídicos tutelados: por un lado, la libertad de expresión de una prensa que ejerce —y debe hacerlo— un control de los actos públicos; por otro, la dignidad y el honor de hombres y mujeres que ocupan cargos públicos, pero no por ello se encuentran fuera del ámbito de protección de sus derechos.

En esta problemática la Corte IDH, siguiendo los desarrollos jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha declarado que:

“el derecho internacional establece que el umbral de protección al honor de un funcionario público debe permitir el más amplio control ciudadano sobre el ejercicio de sus funciones (...). Esta protección al honor de manera diferenciada se explica porque el funcionario público se expone voluntariamente al escrutinio de la sociedad, lo que lo lleva a un mayor riesgo de sufrir afectaciones a

²¹ Ver Corte IDH., *Caso Herrera Ulloa*, párr. 127; Corte IDH., *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009 Serie C No. 193, párr. 121; Corte IDH., *Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 209, párr. 86.

²² Ver Corte IDH., *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 86.

²³ Ver Corte IDH., *Caso López Álvarez*, párr. 171.

su honor, así como también por la posibilidad, asociada a su condición, de tener una mayor influencia social y facilidad de acceso a los medios de comunicación para dar explicaciones o responder sobre hechos que los involucren.”²⁴

La Corte IDH ha reconocido expresamente que debe tenerse en cuenta que las expresiones concernientes al ejercicio de funciones públicas gozan de una mayor protección, de manera tal que se propicie el debate democrático en la sociedad.²⁵ También ha aclarado que esta menor cobertura al honor del funcionario público, no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el interés público de las actividades que realiza.²⁶ Tales son las demandas del pluralismo propio de una sociedad democrática, que requiere la mayor circulación de informes y opiniones sobre asuntos de interés público^{27 28}.

Creemos que, si bien toda persona en ejercicio de la función pública tiene derecho a gozar de protección de su vida privada, esta última será más reducida cuanto mayor relevancia política tenga la función que ejerce. Las mayores responsabilidades públicas, la condición electiva de ciertos cargos, explican y jus-

²⁴ Corte IDH., *Caso Tristán Donoso*, párr. 122.

²⁵ Corte IDH., *Caso Herrera Ulloa*, párr. 128; Corte IDH., *Caso Kimel*, párr. 86; Corte IDH., *Caso Ricardo Canese*, párr. 103.

²⁶ Corte IDH., *Caso Herrera Ulloa*, párr. 129; Corte IDH., *Caso Kimel*, párr. 86; Corte IDH., *Caso Palamara Iribarne*, párr. 92.

²⁷ Corte IDH., *Caso Herrera Ulloa*, párr. 113.

²⁸ Recuerda Gregorio Badeni la importancia que tuvo la difusión de ciertos episodios “privados” de algunos políticos vastamente conocidos sobre sus trayectorias públicas. En los Estados Unidos, la condena social emitida con motivo de las faltas éticas perpetradas en sus vidas privadas por Edward Kennedy y Gary Hart, provocaron la frustración de sus aspiraciones presidenciales. La negativa del presidente Bill Clinton de haber mantenido relaciones sexuales con una asistente becaria, determinó una acusación en su contra por perjurio y, en 1998, el pedido de remoción por la Cámara de Representantes. Pedido que fue desestimado por el Senado cuando Clinton admitió haber tenido un comportamiento privado “impropio”. En Gran Bretaña, el escándalo suscitado en 1963 por la difusión periodística de la relación extramatrimonial que mantuvo John Profumo siendo ministro de Harold Mac Millan, fue uno de los factores que precipitó la renuncia del gabinete conservador, no por el hecho en sí sino por su negativa pública. En esos países – señala el constitucionalista argentino- a ningún juez se le ocurrió sancionar la difusión periodística de tales hechos, y los propios damnificados asumieron la responsabilidad por sus actos y torpezas sin trasladar culpa alguna a los medios de prensa (BADENI Gregorio, *El derecho a la vida privada de los funcionarios públicos*, en Revista de Responsabilidad Civil y seguros, año XIV, número 4 Abril 2012, Editorial La Ley, Buenos Aires).

tifican un avance de la sociedad sobre la vida privada de los funcionarios, en aras de interpelar en forma sana y permanente el ejercicio del poder público y la indemnidad ética de quienes lo detentan. Todo esto, dentro de la prudencia y de los límites impuestos por la razonabilidad y el interés público. La armonía entre estos valores no es algo sencillo de alcanzar. Ningún equilibrio lo es.

e) Restricciones legítimas e ilegítimas al derecho a la libertad de expresión. Las llamadas “responsabilidades ulteriores”.

Si bien la censura previa se encuentra prohibida a tenor del artículo 13.2 de la CADH (con la excepción del supuesto del art. 13.4²⁹), en virtud de esta misma disposición los abusos en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión pueden quedar sujetos a las denominadas *responsabilidades ulteriores*.

Éstas pueden ser de índole civil, penal o incluso administrativas, aunque siempre deben ser previstas por ley. Y según se lee en el mismo artículo 13, solamente pueden ser impuestas *para asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas*.

La CIDH y la Corte IDH han venido consolidando una clara línea jurisprudencial en lo referido a los requisitos para que una restricción al derecho que estudiamos sea considerada legítima a los fines de la CADH.

En este punto, como en tantos otros, el Tribunal de San José ha abrevado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, adoptando el test de convencionalidad por él utilizado.³⁰

Según éste, para que una restricción a la libertad de expresión sea admisible en los términos de la CADH, es menester verificar el cumplimiento de los siguientes requisitos:

a) Que sea definida en forma precisa y clara a través de una ley en sentido formal y material (*legalidad*).

b) Que persiga objetivos autorizados por la Convención (*finalidad*).

c) Que satisfaga un examen de proporcionalidad en sentido amplio. El mismo incluye la comprobación de la *idoneidad* de la restricción para alcanzar

²⁹ Artículo 13 inc. 4 de la CADH: “Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2”.

³⁰ Ver TEDH, *Mamère v. France*, no.12697/03, 2006, § 27; TEDH, *Castells v. Spain*, judgment of 23 April 1992, Series A no. 236, § 46; TEDH, *Cumpana and Mazare v. Romania* [GC], no. 33348/96, 2004-XI, § 115.

los fines autorizados, su necesidad imperiosa en una sociedad democrática, y la estricta *proporcionalidad* de la medida frente a la finalidad perseguida. Vale advertir que la necesidad y la estricta proporcionalidad están tan estrechamente vinculadas, que bajo estos títulos se han analizado, a veces, las mismas cuestiones.

La restricción que ha suscitado mayores discusiones ha sido la llamada “respuesta penal”. De este tema se ocupó la Corte IDH en el fallo Kimel. En aquella oportunidad llegaba a consideración del Tribunal Interamericano un caso que exigía una definición fundamental por parte del Tribunal de San José en materia de responsabilidades ulteriores: aceptar o bajarle el pulgar a la “vía penal” como herramienta de sanción de un ejercicio ilícito, abusivo, o de alguna manera desbordado, del derecho a expresarse libremente.

La Corte IDH, jugó su carta dando el visto bueno a la respuesta penal, y señalando una serie de lineamientos para que la tipificación de los llamados “delitos contra el honor” sea respetuosa de los parámetros internacionales.

Más allá de su conveniencia o inconveniencia e incluso más allá de los pormenores del caso que se sometía a consideración de la Corte IDH, lo que en el fondo se discutía era si la sanción de naturaleza penal, confrontaba o no con la letra e interpretación de la CADH. Tal fue el interrogante, y la respuesta fue favorable a la vía penal: el Tribunal de San José apartándose de las recomendaciones de la Comisión referidas a la previsión de responsabilidades ulteriores de índole no penal (la CIDH se venía pronunciando en contra de la vía penal para sancionar delitos contra el honor cuando fueren cometidos mediante discursos concernientes a asuntos de interés público; de hecho así reclamó se declarase en el caso Kimel.),³¹ optó por imitar la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, aceptando la respuesta penal³² aún frente a discursos relativos a asuntos de interés público.³³

³¹ Corte IDH., *Caso Kimel*, párr. 72.

³² En el mencionado precedente Kimel, en los párrafos 71 y subsiguientes, puede leerse: “la protección de la honra y reputación de toda persona es un fin legítimo acorde con la Convención. Asimismo, el instrumento penal es idóneo porque sirve al fin de salvaguardar, a través de la conminación de pena, el bien jurídico que se quiere proteger, es decir, podría estar en capacidad de contribuir a la realización de dicho objetivo. Sin embargo, la Corte advierte que esto no significa que, en la especie que se analiza, la vía penal sea necesaria y proporcional.” Y sigue diciendo la Corte, en cuanto a la necesidad y la estricta proporcionalidad aludidas, que “no estima contraria a la Convención cualquier medida penal a propósito de la expresión de informaciones u opiniones” que afecten la reputación de terceros, siempre, claro está, dentro de las reglas antes enunciadas.

³³ Corte IDH., *Caso Kimel*, párr. 78. Allí se cita del Tribunal Europeo de Derechos Hu-

El legislador argentino fue más allá y, al sancionar la ley de reforma al Código Penal argentino a raíz del fallo Kimel, ensanchó los márgenes de atipicidad de forma tal que los discursos sobre asuntos de interés público quedaron fuera del campo de aplicación de la ley penal³⁴.

Por las razones expuestas anteriormente, en ocasión de comentar la reforma al Código Penal, juzgamos el fallo Kimel, como una “victoria pírrica”,³⁵ recordando el doloroso triunfo bélico de Pirro, rey de Epiro, quien logró una victoria sobre los romanos con el costo de miles de sus hombres. Con Kimel la vía penal quedaba en pie, restando a la Corte IDH pronunciarse sobre la responsabilidad civil. Eso es lo que hizo en el fallo Fontevecchia.

Un análisis de la decisión de la Corte IDH en el caso Fontevecchia: ponderación y “test de convencionalidad”

Ya hemos adelantado que el Tribunal interamericano resuelve el caso que nos ocupa mediante dos procedimientos argumentativos: ponderación de principios y test de convencionalidad. Los analizaremos a continuación.

Ponderación de principios

Siguiendo a Manuel Atienza, podemos distinguir tres tipos de “esquemas de argumentación” en la justificación judicial: la subsunción, la adecuación y la *ponderación*.

manos, ECHR, *Mamère v. France*, no.12697/03, 2006, § 27; ECHR, *Castells v. Spain*, judgment of 23 April 1992, Series A no. 236, § 46; ECHR, *Cumpana and Mazare v. Romania* [GC], no. 33348/96, 2004-XI, § 115.

³⁴ El artículo 109 del Código Penal argentino quedó redactado de la siguiente manera: “La calumnia o falsa imputación a una persona física determinada de la comisión de un delito concreto y circunstanciado que dé lugar a la acción pública, será reprimida con multa de pesos tres mil (\$ 3.000) a pesos treinta mil (\$30.000). En ningún caso configurarán delito de calumnia las expresiones referidas a asuntos de interés público o las que no sean asertivas”. Por su parte, la redacción del artículo 110 pasó a ser la siguiente: “El que intencionalmente deshonrar o desacreditar a una persona física determinada será reprimido con multa de pesos mil quinientos (\$ 1.500) a pesos veinte mil (\$ 20.000). En ningún caso configurarán delito de injurias las expresiones referidas a asuntos de interés público o las que no sean asertivas. Tampoco configurarán delito de injurias los calificativos lesivos del honor cuando guardasen relación con un asunto de interés público”.

³⁵ SOSA BACCARELLI, Nicolás. “Delitos contra el honor. Análisis de la reforma de la ley 26551 al Código Penal argentino”. *Anales de Legislación Argentina*, tomo LXXI-C, 6 de junio de 2011, número 14, Buenos Aires, Editorial La Ley, Argentina.

La primera, parte de una regla de acción que tiene la forma: “Y”. A partir de aquí —sigue diciendo el iusfilósofo español— todo lo que se necesita es clasificar o subsumir cierta realidad fáctica en el supuesto de hecho de esa norma. Puede haber problemas interpretativos o problemas de tipo fáctico, pero una vez que se resuelven (realizada la justificación externa) lo que queda es ese esquema clasificatorio.

Otras veces, la premisa normativa del argumento judicial no es una regla de acción, sino una regla de fin que, bajo ciertas circunstancias ordena, prohíbe o permite que alguien procure alcanzar un cierto fin. En estos casos el juez no puede limitarse simplemente a clasificar, sino que tiene que efectuar un razonamiento finalista. El esquema sería el siguiente: “. El esquema finalista es más abierto, deja mayor discrecionalidad al juez.

Continuando con la exposición de filósofo español, podemos encontrar casos en los que los jueces no disponen de una regla (ni de acción ni de fin) que pueden aplicar para resolver un caso. Bien porque hay una laguna normativa, bien porque hay una laguna axiológica, o también puede haber duda con respecto a si el caso está o no resuelto por las reglas. En estas situaciones los jueces tienen que recurrir a principios, y el esquema argumentativo que han de utilizar es el de la ponderación.

La ponderación es un tipo de argumentación en dos pasos: el primero consiste en pasar de los principios a las reglas; el segundo es una subsunción.

Así, hallándonos frente a dos principios de significado contrapuesto:

“uno que permite realizar una acción A y otro, la prohíbe; en las circunstancias concretas del caso X, y dado que concurre además la razón R, el segundo principio prima sobre el primero (o a la inversa); por lo tanto, si se dan las circunstancias X y concurre la razón R, entonces está prohibida la acción A. El segundo paso es una subsunción: si se dan las circunstancias X y concurre la razón R, entonces está prohibida (o permitida) la acción A; aquí se dan las circunstancias X y la razón R; por lo tanto, la acción A está prohibida (o permitida)”.

En este punto aclara Atienza que la dificultad de este tipo de razonamiento se encuentra en la segunda premisa, la que establece que, dadas determinadas circunstancias, un principio prevalece sobre otro.³⁶

³⁶ ATIENZA, Manuel, op. cit., p.185.

El ejemplo que da Atienza de ponderación es, precisamente un caso de libertad de expresión versus derecho al honor, pero presentado en términos antagónicos al caso *Fontevécchia*³⁷. Sin embargo nos reporta gran utilidad para exponer el caso que nos ocupa. Simplemente invirtiendo sus términos, llegamos a:

“Primer paso: en relación con el caso son de aplicación, prima facie, dos principios de significados contrapuestos: el que protege la libertad de expresión y el que tutela el derecho a la intimidad. Uno permite efectuar cierta publicación periodística de contenido - prima facie- privado (acción A) y el otro la prohíbe, en las circunstancias fácticas dadas en el caso *Fontevécchia* (X), y dado que la información publicada fue voluntariamente expuesta al público y además versa sobre asuntos de interés público(razón R), el primer principio prima sobre el segundo; por lo tanto si se dan las circunstancias del caso *Fontevécchia* (X) y está en juego información que ya trascendió al público con el consentimiento de sus interesados y versa sobre asuntos de interés público (razón R), la publicación de dicha información (acción A) está permitida.”

Sobre la cuestión de reglas y principios explica Robert Alexy en “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”:

“Hay dos diversas teorías básicas de los derechos fundamentales: una estrecha y rigurosa, y otra amplia y comprensiva; la primera es denominada “teoría de las reglas”, la segunda “teoría de los principios”. En ningún lado se realizan puramente estas dos teorías, pero sin embargo representan diferentes tendencias básicas, y la cuestión de cuál es mejor resulta central de la interpretación de toda Constitución que conoce los derechos fundamentales y la jurisdicción constitucional.

Según la teoría estrecha y rigurosa, las normas que garantizan los derechos fundamentales no se distinguen esencialmente de otras

³⁷ Se trata de una sentencia del Tribunal Constitucional español –la n° 101/1990-. En este caso, las declaraciones proferidas eran de contenido xenófobo y racista, por lo que se trataba de una “acción prohibida”.

del sistema jurídico. Por supuesto, como normas del derecho constitucional tienen su lugar en el nivel más alto del mismo sistema, y su objeto son derechos de elevadísima abstracción y la más grande importancia; pero todo esto no es —según la teoría de las reglas— base alguna para cualquier diferencia fundamental de índole estructural: ellas son normas jurídicas, y como tales son aplicables exactamente de la misma manera que todas las demás; su peculiaridad solamente consiste en que protegen frente al Estado determinadas posiciones del ciudadano descritas en abstracto.

Conforme a la teoría comprensiva u holística, —sigue diciendo Alexy— las normas iusfundamentales no se agotan en proteger frente al Estado determinadas posiciones del ciudadano descritas en abstracto; esta perpetua función de los derechos fundamentales se inserta en un marco más vasto. En Alemania, al resolver en el año 1958 el caso Lüth, el Tribunal Constitucional Federal por primera vez desarrolló completamente este más amplio marco.”

Es dable aclarar que, al decir de Alexy, el caso Lüth “consiste en que los derechos fundamentales no sólo tienen el carácter de reglas sino también el de principios”³⁸.

Además, el autor citado destaca dos puntos más del mencionado fallo:

“Que los valores o principios iusfundamentales no valen únicamente para la relación entre el Estado y el ciudadano, sino mucho más allá de eso, “para todos los ámbitos del derecho”. Esto lleva a un “efecto de irradiación” de los derechos fundamentales sobre todo el sistema jurídico; los derechos fundamentales se vuelven ubicuos.

El tercer punto que resalta “resulta de la estructura de los valores y los principios: unos como otros tienden a colisionar. Una colisión de principios sólo puede resolverse por ponderación; el mensaje más importante de la sentencia del caso Lüth para la vida jurídica cotidiana dice entonces: por tanto, una ‘ponderación de bienes’ será necesaria”.

³⁸ ALEXY, Robert, Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad, p. 3. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25294.pdf>

Ahora bien. ¿Por qué un principio “pesa” más que el otro? Es algo que Alexy explica de la siguiente manera:

“La ley de ponderación muestra que ésta puede descomponerse en tres pasos:

1. Debe constatarse el grado de incumplimiento o perjuicio de un principio.
2. La comprobación de la importancia de la realización del principio contrario.
3. Finalmente debe averiguarse si la importancia de la realización del principio contrario justifica el perjuicio o incumplimiento del otro”

Luego de exponer la ley de ponderación, Alexy se dedica a refutar los argumentos esgrimidos por Habermas contra la teoría de la ponderación³⁹. Pretende demostrar que los juicios racionales sobre intensidad de la intervención y el grado de importancia son posibles, de tal manera que son capaces de justificar racionalmente un resultado por ponderación. Y lo hace con casos jurisprudenciales.

Aplicación al caso

La sentencia que analizamos en este trabajo plantea la cuestión litigiosa en los siguientes términos:

a) Reconoce una pugna de principios: el que protege la libertad de expresión y permite realizar las publicaciones cuestionadas (acción A), por un lado, y el que tutela la honra, dignidad y vida privada, que las prohíbe, ambos con recepción en la letra de la CADH.

³⁹ Para Jürgen Habermas el modelo ponderativo quita fuerza normativa a los derechos fundamentales, corren el peligro de sufrir un “ablandamiento”; la ponderación, según su visión, se ejecuta arbitraria o irreflexivamente según estándares y jerarquías consuetudinarios, y deslizan la decisión judicial hacia lo irracional. El derecho aquí sería desterrado del ámbito de lo válido y lo inválido, de lo correcto e incorrecto, y de lo justificado; y se trasplantaría a uno que sería definido por representaciones ideales. *“Entonces, la sentencia es en sí misma un juicio de valor que refleja más o menos adecuadamente una forma de vida articulada en el marco de un orden axiológico concreto, pero ya de ninguna manera está referida a la alternativa de si la decisión concreta es correcta o incorrecta”* HABERMAS, Jürgen, *Die Einbeziehung des Anderen*, Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1994, p. 369, citado por ALEXY, op.cit. p. 7.

b) Afirma la necesidad de armonizar el ejercicio y goce de ambos. No obstante,

c) trasparenta tres premisas que operarán como dispositivos fundamentales (razones R) a la hora de inclinar la balanza hacia el derecho a la libertad de expresión en este caso concreto:

1- El ejercicio del derecho a la libertad de expresión juega un papel fundamental en las sociedades democráticas.

2- Los funcionarios públicos cuentan con un menor umbral de protección de su intimidad.⁴⁰

3- La esfera reservada de una persona –tutelada por el artículo 11 de la CADH– cede frente a dos circunstancias: a) La voluntaria disposición de la información privada, y b) el carácter de “interés público” que puede afectar a la misma.

Estas “razones R” son justificadas a lo largo de la sentencia y revisten a esta última de coherencia en el conjunto de parámetros que ha venido forjando en la materia la Corte IDH y que ya ha sido oportunamente expuesto en este trabajo.

“Test de convencionalidad”

Sobre las premisas antes mencionadas el Tribunal de San José comienza a analizar, hacia el párrafo 51 de la sentencia, si la medida de responsabilidad ulterior de naturaleza civil aplicada a los periodistas de la revista Noticias, es o no “legítima”.

Aclara el Tribunal que, si bien su fallo se referirá a las dos sentencias internas relativas al presente caso, “el análisis se centrará, principalmente, en la decisión de la Corte Suprema que dejó firme la condena civil y decidió de forma definitiva el reclamo de las presuntas víctimas”.

Aquí vemos cómo, en una gran cantidad de casos, analizar la argumentación de un tribunal es poner bajo la lupa cómo dicho órgano evaluó la argumentación de un tribunal inferior. La Corte IDH pasa a efectuar el “test de convencionalidad”.

Tal como hemos tratado más arriba, se trata de un test que la Corte IDH extrajo de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Aun-

⁴⁰ Corte IDH., *Caso Fontevecchia*, párr. 47.

que podemos hallar antecedentes del mismo en el Tribunal Constitucional alemán.

Este último comenzó por distinguir distintos pasos que debían seguirse para efectuar el control de proporcionalidad entre las normas estatales y la Constitución. El análisis de sus fallos llevó a los juristas teutones a sistematizar la doctrina que emanaba de los mismos, elaborándose de esa manera, fundamentalmente tres sub-principios: a) el de adecuación o idoneidad, b) el de necesidad o imprescindibilidad, y c) el de proporcionalidad en sentido estricto.⁴¹ El Tribunal Constitucional de España adoptó la misma metodología.⁴²

Entonces, decíamos, la Corte IDH analiza en el fallo *Fontevecchia*, si la medida de responsabilidad ulterior, supera los requisitos de *legalidad*, *finalidad*, *idoneidad*, *necesidad* y *proporcionalidad*.

Y lo hace de la siguiente manera:

Con respecto al requisito de legalidad de la medida, el Tribunal consideró que el derecho a la intimidad por cuya violación fueron condenadas civilmente las presuntas víctimas estaba previsto en el artículo 1071 bis del Código Civil argentino⁴³, el cual es —en palabras de la Corte— “una ley en sentido formal y material”. Dejamos el análisis de este punto para el final.

En cuanto al segundo de los requisitos, finalidad de la medida, la Corte repitió un concepto de estabilidad y sólida consagración en su jurisprudencia: “la protección del derecho a la vida privada de toda persona es un fin legítimo acorde con la Convención”.

En lo atinente a la idoneidad de la medida, señaló que la vía civil satisface tal extremo “porque sirve al fin de salvaguardar, a través de medidas de reparación de daños, el bien jurídico que se quiere proteger, es decir, podría estar en capacidad de contribuir a la realización de dicho objetivo”. Hasta aquí, ninguna novedad, ninguna sorpresa. Ocurre que si en *Kimel* había dado el visto bueno a la vía penal como medida —en principio— “idónea”, era previsible que, a la responsabilidad de índole civil, se le reconociera idoneidad, por lo menos en abstracto.

⁴¹ GAVARA DE CARA, Juan Carlos, “Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, p. 295

⁴² Ver entre otros BERNAL PULIDO, Carlos, “El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales”, CEPyC, Madrid, 3ª ed., 2007, p 692

⁴³ Téngase presente que nos estamos refiriendo al Artículo 1071 bis del Código Civil que rigió en la Argentina hasta el 31 de julio de 2015. El 1 de agosto de 2015 entró en vigencia el nuevo Código Civil y Comercial.

A la hora de analizar la necesidad de la medida (tercer requisito), la Corte recuerda que esta última debe ser “necesaria en una sociedad democrática”, entendiendo por “necesaria” “la existencia de una necesidad social imperiosa que justifique la restricción”, y señala tales conceptos citando su Opinión Consultiva 5/85 titulada “La Colegiación Obligatoria de Periodistas”. En aquella oportunidad, el Tribunal expresó:

“es importante destacar que la Corte Europea de Derechos Humanos al interpretar el artículo 10 de la Convención Europea, concluyó que “necesarias”, sin ser sinónimo de “indispensables”, implica la existencia de una “necesidad social imperiosa” y que para que una restricción sea “necesaria” no es suficiente demostrar que sea “útil”, “razonable” u “oportuna” (...). Esta conclusión, que es igualmente aplicable a la Convención Americana, sugiere que la “necesidad” y, por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas sobre el artículo 13.2, dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo”.

Finalmente, la Corte concluye que la condena civil impuesta a Fontevecchia y D'Amico, no cumplió con el requisito de ser necesaria en una sociedad democrática, y que, por lo tanto, no analizará si el monto de dicha condena resultó o no desproporcionado. El test no había sido superado.

Entonces, el razonamiento que lleva adelante la Corte aplicando el ya expuesto “test de convencionalidad” es el siguiente:

“Una medida de responsabilidad ulterior es legítima cuando satisface los requisitos de legalidad, finalidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

La medida sub examine no satisfizo el requisito de necesidad.

Ergo: la medida no es legítima.”

Ahora bien, tratemos de desmenuzar este aserto de la Corte. ¿Por qué la medida no es necesaria? Por dos razones distintas pero relacionadas:

1) porque los hechos al momento de ser difundidos se encontraban en el dominio público, y el presunto afectado con su conducta no había contribuido a resguardar la información cuya difusión luego objetó.

2) porque las publicaciones versaban sobre asuntos de interés público.
Veamos estas razones por separado.

1) Información prima facie privada pero difundida con aquiescencia del interesado

La noticia de la relación del Presidente Menem con la Diputada Meza y la existencia de un presunto hijo extramatrimonial ya no era “privada”, pues había sido difundida con anterioridad por otros medios de comunicación argentinos y extranjeros, sin que el afectado hubiese tomado medidas.

La Corte IDH recordó que el derecho a la vida privada es disponible para el interesado y, por ello, resulta relevante la conducta desplegada por el mismo. Por ello, en cuanto a las fotografías, tuvo en cuenta que fueron tomadas con consentimiento del mandatario y entregadas a la revista Noticias por la Oficina de Prensa de la Presidencia de la Nación (hecho que fue afirmado por la Comisión y por los representantes, y no fue controvertido por el Estado).

Asimismo, el Tribunal interamericano, aprovechó la ocasión para señalar por primera vez que la protección que otorga la Convención Americana a la vida privada se extiende a otros ámbitos además de los que específicamente enumera artículo 11 de la CADH. Explicó que, aunque el derecho a la propia imagen no se encuentra expresamente enunciado en dicha norma, las imágenes o fotografías personales, evidentemente, están incluidas dentro del ámbito de protección de la vida privada.⁴⁴

Señala el Tribunal que “el presunto afectado con su conducta no había contribuido a resguardar la información cuya difusión luego objetó. Por ello, no hubo una injerencia arbitraria en el derecho a la vida privada del señor Menem”.⁴⁵

Si pensamos que —tal como veremos más adelante— la información privada que se hace pública con la aquiescencia del interesado, deja de ser privada, entonces puede reinterpretarse esta última razón del siguiente modo: no se trataba de información *privada*.

Visto esto desde el ángulo del principio afectado (derecho a la intimidad), la injerencia “en la vida privada” que veda el artículo 11 de la CADH, no puede

⁴⁴ Corte IDH., *Caso Fontevecchia*, párr. 67.

⁴⁵ Corte IDH., *Caso Fontevecchia*, párr. 71.

ser calificada a criterio de la Corte IDH como “arbitraria” o “abusiva” según los términos de dicho artículo.

La premisa que yace tras estas expresiones de la Corte IDH podríamos enunciarla de la siguiente manera:

“Una medida de responsabilidad ulterior sobre una expresión que versa sobre información —*prima facie*— privada pero que trascendió al dominio público con el consentimiento del interesado, o bien se trate de información —*prima facie*— privada pero que versa sobre un asunto de interés público, no es ‘necesaria’ en una sociedad democrática”.

Luego tenemos:

“La información que publicaron los periodistas argentinos, no era privada (más allá de que pudo haberlo sido en algún momento, pero el propio señor Menem consintió en que se hiciera pública, y además se trata de información sobre un asunto de interés público). *Ergo*: La medida de responsabilidad ulterior analizada no es necesaria”

Sin embargo, debemos decir que la Corte IDH no es del todo clara al analizar la “necesidad”, pues en algunos párrafos repite lo que ya dijo al examinar la “finalidad e idoneidad” de la medida, realizando una vez más (en otros precedentes incurre en el mismo desacierto), una aplicación un tanto confusa del llamado “test de convencionalidad”.

2) Asuntos de interés público

Más allá del carácter disponible de la información de naturaleza privada, creemos que, en el caso de los funcionarios públicos, es el concepto de *interés público*, la piedra de toque del conflicto.

Tal como anticipamos, la arbitrariedad o legitimidad de la injerencia dependerá de la existencia o no de interés público en el hecho que se denuncia.

Pero es importante continuar analizando los términos con los cuales la Corte IDH construye las premisas (explícitas o tácitas) de sus razonamientos: ¿A qué se refiere cuando habla de “interés público”? Analizar en profundidad este tema sería exceder los propósitos de este trabajo. El asunto, como tantos otros, queda sujeto en cierta medida a la prudencia interpretativa de los jueces y a lo que Waismann llamó “la textura abierta del lenguaje”⁴⁶. Es que la segunda da lugar a la primera. Decía Nino al respecto: “buena parte de la discreción judicial es una discreción ‘de hecho’ que tiene su origen en la vaguedad o ambigüedad del lenguaje legal, o en las lagunas o inconsistencias del sistema jurídico.”⁴⁷

Intentemos una aproximación. La Corte IDH ha considerado de interés público “aquellas opiniones o informaciones sobre asuntos en los cuales la sociedad tiene un legítimo interés de mantenerse informada, de conocer lo que incide sobre el funcionamiento del Estado, o afecta derechos o intereses generales o le acarrea consecuencias importantes”⁴⁸.

Se ha dicho que el interés público no coincide con el “interés del gobierno” o con un “interés oficial”, sino que va más allá de ese ámbito. Tampoco debe ser identificado con un interés “del público” como las noticias sobre las relaciones sentimentales de personajes de la farándula.⁴⁹

De igual manera, la Corte IDH ha adherido al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en cuanto a que la libertad de expresión no garantiza una protección ilimitada a los periodistas, inclusive en asuntos de interés público⁵⁰. Aun cuando están amparados bajo la protección de la libertad de expresión, los periodistas deben ejercer sus labores obedeciendo a los principios de un periodismo responsable, es decir, actuar de buena fe, brindar información precisa y

⁴⁶ Citado por CARRIÓ, Genaro, *Notas sobre derecho y lenguaje*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1968, p.33.

⁴⁷ NINO, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, Segunda edición, 18° Reimpresión, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2015, p.432.

⁴⁸ Corte IDH., *Caso Tristán Donoso*, párr. 51, Corte IDH., *Caso Fontevecchia*, párr. 61. Ver también Corte IDH., *Caso Mémoli Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de agosto de 2013. Serie C No. 265. En este último, a diferencia de otros precedentes, el Tribunal interamericano consideró, junto con las autoridades judiciales que intervinieron en el fuero interno, que no estaba comprometido un asunto de interés público.

⁴⁹ Ver DE LUCA, Javier, *Delitos contra el honor y medios. Comentario a la ley 26.551 modificatoria del código penal*, en “Revista de Derecho Penal y Procesal Penal”, N°3, Editorial La Ley, 2010, p. 446.

⁵⁰ Corte IDH., *Caso Mémoli*, párr. 122.

confiable, reflejar de manera objetiva las opiniones de los involucrados en el debate público y abstenerse de caer en sensacionalismos⁵¹.

El Tribunal de San José expresó que la información “íntima” del Presidente Menem que la revista Noticias difundió no puede ser descontextualizada y guarda una estrecha relación con un asunto de interés público: la posibilidad de que haya existido malversación de fondos públicos, así como con la eventual existencia de gestiones o interferencias en una investigación judicial.

La Corte IDH cuestionó la decisión de la Corte Suprema de Justicia argentina, por referirse a los aspectos de la vida privada de manera aislada de las cuestiones de interés público que de ellos se derivan y que constituyen el aspecto fundamental de las notas cuestionadas⁵². Y extendió su reprobación a uno de los votos mayoritarios de la decisión de la Cámara Civil de Apelaciones.⁵³

Ocorre que el doctor Claudio Kiper, integrante de dicho tribunal, hizo una especie de disección de lo publicado: por un lado, lo referido a los favores políticos y económicos del Presidente a la mujer con la que habría tenido un hijo extramatrimonial, y, por otro, el hecho mismo de haber tenido ese hijo; este último aspecto era, a su modo de ver, el privado, y por el cual hizo lugar a la demanda.

Dicho razonamiento mereció también la crítica de Aída Kemelmajer de Carlucci quien, ratificando el criterio de la Corte IDH, señala que esa pretendida

⁵¹ Ver TEDH, *Novaya Gazeta y Borodyanskiy Vs. Rusia*, no. 14087/08, § 37, 28 de marzo de 2013.

⁵² En igual sentido puede consultarse TRUCCO Marcelo F, *La importancia de la libertad de expresión e información en una sociedad democrática*, en revista Responsabilidad Civil y Seguros, año XIV, N° 3, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2012; y FINOCCHIARO, Enzo, Responsabilidad internacional del Estado por violar el derecho a la libre expresión periodística, en La Ley 2012-A-252, donde el autor pone el énfasis en la función de los jueces del fuero interno a la hora de discernir criteriosamente dónde existe interés público, en lugar de analizar fría y exegéticamente la letra de la ley.

⁵³ Allí se dijo que “[p]or otra parte se alude a la supuesta fortuna adquirida por la diputada Meza, a la existencia de favores políticos y económicos de envergadura hacia ella, lo cual de ser cierto es repudiable y digno de ser conocido por la ciudadanía. No es ésta la vida privada a la que me refiero y que merece protección, pues si el Presidente hizo manejo indebido de fondos públicos debería ser juzgado por ello, y si una diputada se enriqueció indebidamente también. En cambio considero que no existe un interés público suficiente como para justificar la difusión de hechos no actuales relacionados con la vida sentimental de los involucrados y, especialmente, con la posible existencia de un hijo fruto de tal relación...” Sentencia de 11 de marzo de 1998 de la Sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal.

línea divisoria es extremadamente difícil de establecer. ¿Cómo se hace para decir —se pregunta la jurista mendocina— que una determinada persona recibe favores políticos y económicos de un alto funcionario público si no se explica cuál es la razón de ello? Por lo demás, continúa Kemelmajer de Carlucci, ¿la población no tiene derecho a saber que ha elegido como Presidente a una persona que no cumple con un deber básico, cual es el de respetar el derecho a la identidad de su hijo biológico?⁵⁴

Detrás de dicha pregunta retórica, está claro que para Aída Kemelmajer el cumplimiento o incumplimiento por parte del Presidente de la Nación de lo que llama “un deber básico” (en este caso el de respetar el derecho a la identidad de un hijo) constituye *información de interés público*.

Agregamos nosotros una razón que la Corte IDH no menciona pero que consideramos valiosa: siendo la “idoneidad”, de acuerdo con la letra del artículo 16 de nuestra Constitución Nacional, un requisito indispensable para el desempeño de una persona en un cargo público parece sensato pensar que dicha idoneidad incluye una conducta recta que no se verificaría en un Presidente vinculado a los hechos de corrupción que la revista *Noticias*, de alguna manera, denunciaba. Creemos que el concepto de “idoneidad” acuñado en nuestra Carta Magna proyecta sus efectos a todo el ejercicio de la función pública y no se agota en el acto electoral.

En relación con la importancia de proteger los discursos que versen sobre asuntos de interés público, la Corte IDH brinda una razón ya esgrimida años atrás: la necesidad de asegurar que “las indemnizaciones civiles no impliquen una inhibición o autocensura de quienes ejercen el derecho a la libre expresión y de la ciudadanía, lo cual restringiría ilegítimamente el debate público y limitaría el pluralismo informativo, necesario en toda sociedad democrática”⁵⁵.

Es decir “que el temor a una sanción civil desproporcionada puede ser, a todas luces, tan o más intimidante e inhibitorio para el ejercicio de la libertad de expresión que una sanción penal”⁵⁶ y causar la tan temida autocensura. De manera que la responsabilidad civil es idónea en abstracto y en principio, pero debe estar sujeta a prudentes recaudos que a criterio del Tribunal son:

⁵⁴ KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, “Decisiones condenatorias de la Corte IDH por violar el derecho a la libre expresión” en Libertad de prensa, KEMELMAJER de CARLUCCI Aída y CORREA José Luis, coordinadores. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2013, p. 273.

⁵⁵ Corte IDH., *Caso Fontevecchia*, párr. 94.

⁵⁶ Corte IDH., *Caso Fontevecchia*, con cita del Caso Tristán Donoso, párr. 129.

- a) la conducta desplegada por el emisor de las declaraciones,
- b) las características del daño causado y
- c) otros datos que pongan de manifiesto la necesidad de recurrir a la vía civil⁵⁷

Asimismo, la Corte IDH razona:

- a) Es necesario evitar los medios de censura indirecta.
- b) La condena civil desproporcionada a un periodista, puede ser un medio de censura indirecta.
- c) Ergo: deben evitarse las condenas civiles desproporcionadas a los periodistas.

b. Por qué la Corte IDH resolvió que el estado argentino no infringió el art. 2 de la CADH

El artículo 2 de la Convención pone en cabeza de los Estados el deber de adoptar disposiciones de derecho interno tendientes a asegurar el goce de los derechos consagrados en dicho instrumento internacional.⁵⁸

La Corte IDH ha interpretado esta norma en el sentido de que

“la adecuación de la normativa interna a los parámetros establecidos en la Convención implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: a) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y b) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. La primera vertiente se satisface con la reforma, la derogación, o la anulación de las normas o prácticas que tengan esos alcances, según corresponda. La segunda, obliga al Estado a prevenir la recurrencia de violaciones a los derechos humanos y, por eso, debe adoptar todas las medidas legales, administrativas y

⁵⁷ Corte IDH., *Caso Fontevecchia*, párr. 56.

⁵⁸ El artículo 2 de la CADH estipula: Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

de otra índole que sean necesarias para evitar que hechos similares vuelvan a ocurrir en el futuro”⁵⁹

Tal como reseñamos en los antecedentes del caso, la Comisión no alegó el incumplimiento del artículo 2 de la CADH. Dichos alegatos fueron sostenidos solamente por los representantes de las víctimas. Lo hicieron argumentando que la normativa argentina, principalmente el artículo 1071 bis del Código Civil, padecía de graves falencias.

Dicha norma constituía la base de la medida de responsabilidad impuesta a los periodistas. La misma rezaba:

“El que arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena, publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturbando de cualquier modo su intimidad, y el hecho no fuere un delito penal, será obligado a cesar en tales actividades, si antes no hubieren cesado, y a pagar una indemnización que fijará equitativamente el juez, de acuerdo con las circunstancias; además, podrá éste, a pedido del agraviado, ordenar la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida fuese procedente para una adecuada reparación”.⁶⁰

A criterio de los representantes de las víctimas, este artículo adolecía de distintas fallas que vulnerarían el mandato impuesto en el artículo 2 de la CADH. Éstas serían:

a) la amplia discrecionalidad con la que cuenta el juzgador para determinar cuándo la intromisión en la vida privada de una persona es arbitraria y la falta de consideración al especial carácter que reviste la información de interés público, y

b) la ausencia de criterios claros que puedan ser usados para la determinación de los montos de condena en casos en los que se demanda por daño moral por violación al derecho a la intimidad.

⁵⁹ Corte IDH., *Caso Fontevecchia*, párr.85, con cita del Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 179, párr. 122.

⁶⁰ La norma citada fue incorporada al Código Civil por ley 21.173, en 1975.

Fue con base en dicha norma que los tribunales argentinos dictaron las sentencias contra los periodistas por entender que las publicaciones cuestionadas habían incurrido en una intromisión arbitraria a la intimidad del entonces Presidente. Según los representantes, el referido artículo no constituía, en tanto norma que posibilita una restricción, una ley en sentido material, porque permitiría una amplísima discrecionalidad al juzgador en la interpretación del fondo del asunto, así como en la determinación de las eventuales reparaciones⁶¹.

Cuestionaron la “laxitud” del artículo 1071 bis del Código Civil, por considerarla violatoria del artículo 2 de la CADH en relación al artículo 13 del mismo cuerpo normativo (derecho a la libertad de expresión) al no dar al juzgador el mandato de analizar específicamente las implicancias para el derecho a la libertad de expresión en juego, al no determinar más precisamente la conducta prohibida y al permitir una “aplicación selectiva y discriminatoria” de dicha disposición.

Los peritos Roberto Saba y Julio César Rivera (h) coincidieron en señalar la vaguedad de la norma y el margen de discrecionalidad que otorga al juez.⁶²

Principio de legalidad en materia civil y penal. Diferencias

La Corte IDH consideró que el Estado argentino no había violado el artículo 2 de la CADH. Así lo resolvió por las siguientes razones.

Tras recordar que es la ley la que debe establecer las restricciones a la libertad de expresión y solamente para lograr los fines que la propia Convención señala, y que la definición legal debe ser “necesariamente expresa y taxativa”, realizó una importante distinción del principio de legalidad. Expresó que “el grado de precisión requerido a la legislación interna depende considerablemente de la materia. La precisión de una norma civil puede ser diferente a la requerida por el principio de legalidad en materia penal, por la naturaleza de los conflictos que la primera está destinada a resolver”⁶³.

Con cita del caso Tammer versus Estonia, resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁶⁴, la Corte IDH consideró que “la ley debe estar formu-

⁶¹ Corte IDH., *Caso Fontevecchia*, párr. 77.

⁶² Corte IDH., *Caso Fontevecchia*, párr. 88.

⁶³ Corte IDH., *Caso Fontevecchia*, párr. 89.

⁶⁴ TEDH *Case of Tammer v. Estonia*, Sentencia de 6 de febrero de 2001, párr. 37, y *Case of Editions Plon v. France*, supra nota 46, párr. 26.

lada con precisión suficiente para permitir a las personas regular su conducta, de manera de ser capaces de prever con un grado que sea razonable, de acuerdo a las circunstancias, las consecuencias que una acción determinada puede conllevar”⁶⁵. Señaló: “No puede exigirse que la norma civil, al contrario de lo que usualmente ocurre con las normas penales, prevea con extrema precisión los supuestos de hecho que puedan presentarse”.

Y ofreció las siguientes razones para abonar dicho postulado:

- a) “ello impediría que la norma civil resolviera una innumerable cantidad de conflictos que la realidad ofrece en forma permanente y que resulta de imposible previsión para el legislador”
- b) “si bien la certeza en la ley es altamente deseable, ello puede traer una rigidez excesiva”.
- c) “la ley debe ser capaz de mantenerse vigente a pesar de las circunstancias cambiantes. En consecuencia, muchas leyes están formuladas en términos que, en mayor o menor medida, son vagos y cuya interpretación y aplicación son cuestiones de práctica”⁶⁶.

Años más tarde, la Corte IDH agudizará esta perspectiva sobre el principio de legalidad, en una redacción de alcance más dilatado. Dirá: “no es exigible un nivel homogéneo de precisión para todas las normas de un ordenamiento jurídico que prevean restricciones a un derecho protegido por la Convención.”⁶⁷

Entonces, volviendo a nuestro fallo, a criterio del Tribunal de San José, lo que resultó lesivo del artículo 13 de la CADH no fue la existencia misma del artículo 1071 bis del Código Civil argentino, sino su interpretación y aplicación materializada en la sentencia de la Corte Suprema que confirmó la condena civil impuesta por un tribunal de alzada. Fue ésta la medida de responsabilidad ulterior cuya imposición resultó “innecesaria en una sociedad democrática” e incompatible con la CADH.

⁶⁵ Corte IDH., *Caso Fontevecchia*, párr.90.

⁶⁶ Corte IDH., *Caso Fontevecchia*, párrafos 89 y 90.

⁶⁷ Corte IDH. *Caso Lagos del Campo Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 340. Párrafo 120.

¿Las razones dadas por la Corte IDH, son “buenas razones”?

Centrándonos en los criterios materiales de la argumentación ensayada por la Corte IDH, nos preguntamos si las razones que ella dio para considerar que en este caso —y a diferencia de lo que resolvió en el caso Kimel—, el Estado argentino no infringió el artículo 2 de la Convención, serían o no “buenas razones”. Es decir, si son materialmente correctas.

Puntualmente nos preguntamos si de verdad la redacción del artículo 1071 bis del Código Civil argentino vulneraría el principio de legalidad.

Roberto Saba ha expresado una interesante observación crítica al pronunciamiento de la Corte IDH en este punto⁶⁸.

En primer lugar el autor mencionado postula que “la vía de la reparación civil podría resultar más negativa que la penal”. En sustento de esta tesis describe cuatro rasgos de los procesos civiles que, en comparación con los penales, resultan ser menos vigorosos en materia de garantías respecto de aquella persona que sea demandada por haber ocasionado eventualmente daños por medio de sus expresiones.

a) Mientras en el proceso penal se presume la inocencia del demandado y se exige que la prueba vaya más allá de una duda razonable, en el proceso civil, como consecuencia del extendido régimen de la responsabilidad objetiva y sus consecuencias procesales, la presunción no es de inocencia sino de culpabilidad, además de que la exigencia de que no exista duda razonable no se da en este tipo de procesos.

b) En un proceso penal, la acción es impulsada, en la mayoría de los casos, por fiscales imparciales, mientras en el proceso civil por responsabilidad por daños, la acción es impulsada por la parte demandante que busca un resarcimiento económico en su beneficio.

c) Mientras en un proceso penal rige el principio de *non bis in idem*, el régimen de responsabilidad por daños habilitaría más de una demanda por el mismo acto de expresión.

d) En el régimen de responsabilidad penal, los jueces ven limitada su discrecionalidad al momento de mensurar la pena con mínimos y máximos medi-

⁶⁸ SABA, Roberto Pablo, “Censura indirecta y responsabilidad civil. El caso Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina”, en Los Derechos Humanos en el Derecho Internacional, Autores: SABA, REY, FILARDI y otros, Editorial: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Buenos Aires, 2014.

dos en años. El régimen de responsabilidad civil, generalmente, deja librado al buen criterio del juez la medida de la responsabilidad y del resarcimiento a pagar, quizá asumiendo que, la pérdida de patrimonio resulta menos intimidante que la pérdida de libertad⁶⁹.

Sostiene el autor que seguimos que una legislación abierta y vaga, que le deje al juez una amplísima discrecionalidad para tomar su decisión, da lugar a una gran incertidumbre acerca de: a) la existencia de daño; b) la identificación de lo que significa un daño; c) la existencia de responsabilidad del que se expresa; y d) la determinación de la compensación por ese daño. Dicha incertidumbre genera autocensura, pues, ante la posibilidad de correr riesgos demasiado altos, una persona prudente decide no expresarse.

Contra el criterio de la Corte IDH sostiene que la norma en crisis podría mejorarse sin resentir su aplicación. Ofrece algunos componentes que podría tener una legislación civil apropiada:

1) Estándares para determinar si hubo daño e identificación de daño resarcible.

2) Estándares para evaluar si existe responsabilidad: estos estándares pueden establecer presunciones a) a favor del debate público robusto; b) a favor del sujeto que se expresa en ese debate; c) también pueden establecer las cargas probatorias y de argumentación de acuerdo con la presunción (por ejemplo, las cargas derivadas de la presunción que establece la doctrina de la “real malicia”)

3) Estándares para evaluar el modo de calcular la dimensión de la compensación o su monto: estos podrían establecer límites de indemnización de acuerdo con algún parámetro, como por ejemplo topes absolutos, topes relativos (que tomen en cuenta las características particulares del caso) o la previsión de obligaciones de hacer, como la publicación de la sentencia o de una rectificación (esta previsión debería ser limitada a fin de que no se convierta en una carga que tenga efectos inhibitorios por sus costos).

4) Costos del juicio: La norma también podría referirse a los costos procesales del juicio, dado que, incluso cuando la sentencia no resultase adversa, ellos podrían tener efectos inhibitorios por sí mismos⁷⁰.

⁶⁹ SABA, op. cit. p.20

⁷⁰ Al final de su trabajo, Saba ofrece a título de ejemplo de régimen específico de responsabilidad civil, la “Ley de Responsabilidad Civil para la Protección del Derecho a la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen en el Distrito Federal (México).”

La necesidad de una ley que establezca límites y estándares se vuelve más necesaria —a criterio del autor que comentamos— en un sistema en el que no rige la regla del precedente, ni siquiera para las decisiones de la Corte Suprema, como es el caso del sistema legal argentino.

Compartimos, en líneas generales, la opinión de Saba, en el sentido de que podría pensarse en criterios que optimicen el régimen de responsabilidad civil en la materia. Nos permitimos disentir respetuosamente con él en un aspecto a saber: no creemos que una opción viable a considerar sea “limitar el daño resarcible al daño efectivo material y que no alcance al daño moral, de determinación y cuantificación altamente incierta” tal como postula⁷¹. No nos parece una alternativa saludable teniendo presente que, en muchos casos, el daño será exclusivamente moral y no puede quedar sin ser reparado sin violentar principios fundamentales del derecho de daños y de nuestra Constitución.

A título de cierre de este apartado nos limitaremos a mencionar que el Código Civil y Comercial de la Nación que entró en vigencia el 1 de agosto de 2015 consagra una norma de redacción muy similar a la del artículo 1071 bis del Código derogado.⁷²

III. Algunas conclusiones

1) La argumentación ofrecida por la Corte IDH para justificar su resolución es, desde el punto de vista material, correcta, y se encuentra en coherencia con los parámetros que viene acuñando en la materia.

2) La ponderación de principios efectuada por la Corte IDH se resolvió aplicando una razón determinante: el interés público en una sociedad democrática.

⁷¹ SABA, op.cit. p. 28

⁷² Bajo el título “Protección de la vida privada” el artículo 1770 del Código Civil y Comercial de la Nación prescribe: “El que arbitrariamente se entromete en la vida ajena y publica retratos, difunde correspondencia, mortifica a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturba de cualquier modo su intimidad, debe ser obligado a cesar en tales actividades, si antes no cesaron, y a pagar una indemnización que debe fijar el juez, de acuerdo con las circunstancias. Además, a pedido del agraviado, puede ordenarse la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida es procedente para una adecuada reparación”. También protege la intimidad personal y familiar, honra, reputación, imagen e identidad, en el artículo 52; y el derecho a la imagen, en el artículo 53.

3) La Corte IDH señala expresamente en el caso *Fontevéchia* que una medida ulterior de naturaleza civil es, en abstracto y en principio, idónea.

4) La responsabilidad civil, al igual que la respuesta penal, debe satisfacer los requisitos impuestos por la CADH y por la jurisprudencia de la Corte IDH. Es necesario evitar que las medidas de responsabilidad ulterior causen un efecto inhibitorio que genere autocensura y que conspire contra el sano debate público necesario en una sociedad plural y democrática.

5) La responsabilidad civil debe estar sujeta a prudentes recaudos que a criterio del Tribunal son: i) la conducta desplegada por el emisor de las declaraciones, ii) las características del daño causado y iii) otros datos que pongan de manifiesto la necesidad de recurrir a la vía civil.

6) Confirma que aun los más altos funcionarios públicos de un Estado tienen derecho a la protección de su intimidad, pero que gozan de un menor umbral de protección que los individuos particulares dada su exposición voluntaria a un escrutinio público exigente.

7) El interés público es un concepto clave para discernir cuándo una injerencia en un asunto *prima facie* privado, puede no ser arbitraria.

8) La información *prima facie* privada, que ha trascendido al dominio público con la aquiescencia del interesado puede tornar innecesaria la medida de responsabilidad ulterior.

9) La Corte IDH reconoce el derecho a la propia imagen como incluido en el ámbito de protección de la vida privada. Asimismo, considera la fotografía como una forma de expresión que recae en el ámbito de protección del artículo 13 de la Convención.

El artículo 1071 bis del Código Civil (hoy derogado pero presente en la redacción del nuevo Código Civil y Comercial) satisface —a criterio de la Corte IDH— el principio de legalidad exigido por el art. 13.2 de la CADH respecto de la previsión de las “responsabilidades ulteriores”. No es esta norma per se contraria a la Convención, sino la aplicación de la misma que, en el caso analizado, hicieron los tribunales argentinos.

El grado de exigencia de las definiciones legales para las responsabilidades ulteriores, depende de la materia: es mayor en la tipificación de los delitos penales que en materia civil.

Si bien compartimos el criterio de que podría optimizarse la regulación protectoria del derecho a la honra, dignidad, e intimidad personal y familiar, con

parámetros tendientes a disminuir el margen de discrecionalidad de los jueces, creemos que la Corte IDH resolvió correctamente no condenar al Estado argentino por violación al artículo 2 de la CADH.

Consideramos que sería positivo que la aplicación del “test de convencionalidad” por la Corte IDH alcanzara mayor prolijidad, rigor y claridad en sentencias futuras.

Somos de la opinión de que la sentencia que comentamos constituye un valioso aporte jurisprudencial respecto al ejercicio de la libertad de expresión en nuestro continente.

Bibliografía

- AGUIAR, Asdrúbal, *La libertad de expresión y prensa. Jurisprudencia Interamericana* (1987-2009), Sociedad Interamericana de Prensa, Miami, 2009.
- ALEXEY, Robert, *Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad*, Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25294.pdf>
- ATIENZA, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Ed. Trotta, Madrid, 2013.
- BADENI, Gregorio, El derecho a la vida privada de los funcionarios públicos, en *Revista de Responsabilidad Civil y seguros*, año XIV, número 4 Abril 2012, Editorial La Ley, Buenos Aires.
- BERNAL PULIDO, Carlos, “El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales”, CEPyC, Madrid, 3ª ed., 2007.
- CARRIÓ, Genaro. *Notas sobre derecho y lenguaje*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1968.
- CIDH. Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2009. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, OEA.
- CIDH. Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2009. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión.
- CIDH. Una agenda hemisférica para la defensa de la libertad de expresión, Relatoría especial para la libertad de expresión, OEA, 2010.
- DE LUCA, Javier, Delitos contra el honor y medios. Comentario a la ley 26.551 modificatoria del código penal, en “*Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*”, N°3, Editorial La Ley, 2010.

- FINOCCHIARO, Enzo, Responsabilidad internacional del Estado por violar el derecho a la libre expresión periodística, en La Ley 2012-A-252.
- GAVARA DE CARA, Juan Carlos, “Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.
- HABERMAS, Jürgen, Die Einbeziehung des Anderen, Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1994.
- KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, “Decisiones condenatorias de la Corte IDH por violar el derecho a la libre expresión” en Libertad de prensa, KEMELMAJER de CARLUCCI Aída y CORREA José Luis, coordinadores. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2013.
- NINO, Carlos Santiago, Introducción al análisis del derecho, Segunda edición, 18° Reimpresión, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2015.
- SABA, Roberto Pablo, “Censura indirecta y responsabilidad civil. El caso Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina”, en Los Derechos Humanos en el Derecho Internacional, Autores: SABA, REY, FILARDI y otros, Editorial: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Buenos Aires, 2014.
- SOSA BACCARELLI, Nicolás. “Delitos contra el honor. Análisis de la reforma de la ley 26551 al Código Penal argentino”. Anales de Legislación Argentina, tomo LXXI-C, 6 de junio de 2011, número 14, Buenos Aires, Editorial La Ley.
- SOSA BACCARELLI, Nicolás y PETRA, Santiago, La respuesta penal en la reforma a lo delitos de calumnias e injurias a la luz del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en Anales de Legislación Argentina, tomo LXXI-B, 17 de febrero de 2011, número 4, Buenos Aires, Editorial La Ley.
- TOLLER, Fernando, Libertad de prensa y tutela judicial efectiva: Estudio de la prevención judicial de daños derivados de informaciones, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1999.
- TRUCCO Marcelo F, La importancia de la libertad de expresión e información en una sociedad democrática, en revista Responsabilidad Civil y Seguros, año XIV, N° 3, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2012.
- VIEHWEG, Theodor, Tópica y jurisprudencia, Taurus, Madrid, 1964.

Perspectiva de género y cambio del lugar de residencia de los hijos

DRA. MARIEL F. MOLINA DE JUAN

I. Ser madres y padres en un mundo globalizado

En la sociedad contemporánea, la modificación del lugar de residencia de los hijos es una cuestión bastante frecuente; razones laborales, profesionales, familiares o personales, movilizan a los padres o madres a buscar nuevos horizontes donde afincarse. Si la pareja parental convive, ambos acuerdan lo que estiman mejor para el grupo en su conjunto, y las eventuales diferencias de criterio se resuelven sobre la base del diálogo o los consensos en el ámbito privado de la familia. Pero cuando los padres no conviven, sea porque nunca lo hicieron o porque están divorciados o separados, y la mudanza obedece a un proyecto personal de uno solo de ellos, la cuestión puede adquirir ribetes con altísimo nivel de litigiosidad.

En este breve artículo propongo examinar el problema al que se enfrentan aquellas mujeres (madres y cuidadoras de sus hijos) que proyectan trasladar su domicilio (dentro del país o al extranjero), con el propósito de mejorar sus ingresos, concretar una aspiración profesional, cursar una capacitación, recurrir a la contención de su red familiar de apoyo, poner distancia de una relación afectiva peligrosa, convivir con una nueva pareja, etc. Y el padre de los niños o niñas se opone. No me refiero a un viaje de vacaciones o turismo, sino a una modificación de la residencia que persiga una cierta estabilidad, aunque el nuevo destino no sea definitivo.

Anticipo que, aunque la tensión de intereses sea evidente, la cuestión no puede dirimirse prescindiendo de la perspectiva de género¹. Omitirla es, a esta altura de los tiempos, inaceptable.

¹ Conf. ley Micaela (Nro. 27.499) cuyos fundamentos recuerdan la doctrina de la Corte IDH en tanto la “perspectiva de género implica no solo un aprendizaje de las normas, sino debe generar que todos los funcionarios reconozcan la existencia de discriminación contra la mujer y las afectaciones que generan en éstas las ideas y valoraciones estereotipadas en lo que respecta al alcance y contenido de los derechos humanos.”

II. Coparentalidad y desacuerdos

Las reglas del ejercicio compartido de la responsabilidad parental consagradas en el derecho argentino (art. 641 CCyC) determinan que, ante la negativa del padre, resulta imprescindible que la madre recurra a la autoridad judicial para que dirima el desacuerdo, otorgando (o no) la autorización para el traslado. No modifica la cuestión que el lugar de destino sea fuera o dentro del país.

En el primer caso, por imperio del artículo 645 CCyC. Esta norma replica (con redacción mejorada) los supuestos enumerados en el viejo artículo 264 quater, sobre los que se pone en juego la titularidad de la responsabilidad parental. Su omisión habilita la aplicación de potentes herramientas de derecho internacional privado (vgr. Convención de la Haya de 1980).

En el segundo, por derivación del carácter compartido del ejercicio de la responsabilidad parental, en cuyo caso, el poder de iniciativa respecto de las cuestiones fundamentales de la vida de los hijos se sustrae de la esfera de decisión exclusiva de cualquiera de ellos. Aun de quién detente el cuidado personal unilateral. Ello sin perjuicio de que, por razones de orden práctico, se presuma la conformidad con lo decidido por el otro, sean los progenitores convivientes o no (conf. art. 641 CCyC). De manera que, la formula “ejercicio compartido,” no equivale a “ejercicio conjunto”. Pero esa presunción solo juega en relación con los terceros (colegios, médicos, psicólogos, clubes), no así en el orden interno de la pareja parental.²

La regla, entonces, es que ninguno de los progenitores tiene facultades para tomar decisiones que puedan afectar el normal ejercicio de las funciones parentales por parte del otro³. El ejemplo más gráfico de esta premisa se visualiza en los supuestos en que uno de los padres decide mudar el domicilio.⁴ Con ello, no

² Para las excepciones a la presunción de conformidad, ver Tribunal Superior de Justicia de Neuquén, 1 de noviembre de 2019, autos caratulados “G. A. J. C/ J. M. A. S/ CUIDADO PERSONAL DE LOS HIJOS” (Expediente N° 83040 - Año 2017 del Registro de la mencionada Secretaría). Se revoca la decisión de la Cámara de Apelaciones que autorizó a la madre a mantener la nueva residencia constituida de forma unilateral y confirma la medida cautelar de no innovar el domicilio dispuesta por el Juzgado de primera instancia.

³ En el mismo sentido, DE LORENZI, Mariana A. LLOVERAS, Nora, *Cambio de residencia de los hijos menores de edad: preguntas y respuestas*, DFyP 2019 (mayo), 10/05/2019, 17 Cita Online: AR/DOC/2794/2018

⁴ Ello a fin de evitar que, luego de un traslado inconsulto, se deban poner en marcha los famosos mecanismos de reintegro, medidas cautelares, autosatisfactivas, etc. con las con-

es suficiente cumplir con el deber de informar el cambio, previsto en el art. 654 CCyC. Ni siquiera, aunque esa comunicación se efectúe antes del traslado. Lo que se exige es la conformidad del otro, o, al menos, la ausencia de oposición expresa. Aquí se observa una importante diferencia con el régimen anterior de ejercicio unilateral de la *patria potestad*, según el cual la mayoría de las decisiones podían ser adoptadas por aquel que ejercía la *tenencia* sin necesidad de acordarlas con el otro.

El régimen así concebido no ignora las dificultades que pueden existir entre los progenitores separados para alcanzar los consensos indispensables sobre las cuestiones relativas a la crianza de los hijos; entre otros, la escuela que asisten, la religión que profesan, o el lugar donde residen en forma principal. Por eso, el art. 642 CCyC prevé una serie de mecanismos útiles para la gestión judicial de los conflictos que no se pueden dirimir en forma privada.

Esta norma, cuyo ámbito de actuación es bastante más amplio que el de su predecesora (art. 264 ter CC), traza el camino a seguir por la mujer que proyecta mudar su domicilio, y, por ende, el de los hijos que cuida, sea en forma definitiva o transitoria⁵.

III. Intereses en pugna

No desconozco las dificultades con las que se enfrentan los jueces y las juezas que deben resolver estos planteos, atento a la alta jerarquía de los intereses en pugna. Por un lado, están los del hijo o hija, quién tiene derecho a mantener relaciones con ambos progenitores y a preservar su centro de vida tanto como sea posible (art. 3 CDN). Por el otro, los de la madre que cuida, quien tiene derecho a concretar su plan de vida, sean las razones que lo justifican personales, labo-

sabidas dificultades frente a los avances por las vías de hecho, tal como ha sucedido en el caso resuelto por la Suprema Corte de Buenos Aires, el 3 de julio de 2019, en autos C. 121.612, “M., V. y otro. Homologación de convenio” donde tres años después de la mudanza de la mujer con los hijos, se terminó convalidando un traslado inconsulto (fundado probablemente en buenas razones de la progenitora). No se cuestionan aquí los argumentos que fundan la decisión en concreto, sino que la reflexión apunta a la necesidad de insistir en importancia de la autorización judicial previa al traslado. https://cju.r.mpba.gov.ar/files/article/s/1255/sentencia_c_121612.pdf

⁵ JUZGADO DE FAMILIA N° 6 DE CÓRDOBA – 16/05/2018 (Sentencia no firme) S. M. Y. y Otro – solicita homologación”. elDial.com - AAA92A. Publicado el 08/06/2018.

rales o profesionales, sin ser obligada a resignar su rol materno. Finalmente, los del padre no conviviente, que demanda cercanía geográfica y contacto directo con el hijo.

¿Cómo resolver semejante tensión de derechos?

De igual modo que en todo conflicto familiar, la respuesta dependerá de cada caso concreto. En principio, habrá que atender a factores como la edad y condiciones del hijo o hija, sus referentes afectivos, sus vínculos, el destino, las distancias, o el tiempo probable del traslado. Pero, advertidos de la necesidad de incorporar la perspectiva de género en todo abordaje judicial, fácil es colegir que estos parámetros no son únicos ni excluyentes. Y que debe ponderarse también el punto de vista de la mujer que lo solicita, y los motivos o las razones de su decisión.

IV. Los platillos de la balanza

1. *El interés superior de los hijos e hijas*

De un lado se ubica el mejor interés de los hijos e hijas (art. 3 CDN), criterio de ponderación que goza de pleno reconocimiento jurisprudencial.⁶ Ahora bien, la vaguedad e indeterminación de la cláusula contenida en ese mandato convencional, ha despertado una labor interpretativa que rechaza consideraciones abstractas sobre lo que es mejor para este o aquel niño o niña⁷, debiendo considerarse una injerencia arbitraria del Estado suponer, a priori, que un modelo familiar puede ser mejor que otro.⁸ Por eso, para decidir cuál es el mejor interés de cada niño “hay que relacionar su contenido con las circunstancias concretas de las personas que intervienen en la relación jurídica. La formación de la decisión en la que se determina dónde se sitúa el interés superior del niño ha de hacerse siempre con la consideración de todos los datos que conforman la situación del niño y donde es imprescindible tener en cuenta las circunstancias concretas de los protagonistas que le rodean”.⁹

⁶ Suprema Corte de Buenos Aires 03/07/2019, “M., V. y otro s/Homologación de convenio”, causa C 121.612. Ver también Cámara de Apelación en lo civil y comercial de San Isidro, Sala Primera, 03/09/2019, autos “R. S. c/ G. A. s/ Autorización Judicial” - Citar: elDial.com - AAB68E Publicado el 27/09/2019.

⁷ Opinión consultiva 17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

⁸ CORTE IDH Fornerón vs. Argentina, 2012; Atala Ríffo vs. Chile, 2012.

⁹ HERRANZ BALLESTEROS, Mónica, *El interés del menor en los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado*, Lex Nova, Valladolid, 2004, p. 53.

Se sabe que uno de los componentes constitutivos de ese mejor interés es el del centro de vida (art 3 Ley N° 26.061)¹⁰. Pero a esta altura del desarrollo doctrinario y jurisprudencial del concepto, puede concluirse que no se trata de un elemento estático ni inmodificable. No se cristaliza en la residencia en una misma casa, un mismo barrio, la misma escuela, el mismo club o idénticas rutinas¹¹. Sino que debe “analizarse con una visión ampliada y flexible”¹². Más aún, según lo resuelto por un Juzgado de Familia de la ciudad de Córdoba, que autoriza el traslado de dos niñas junto a su madre a la ciudad de Villa Dolores (provincia de Córdoba), el centro de vida no sólo se conforma con el lugar físico donde habitan sino también con quién o quienes resultan ser las personas referentes con los que el niño o niña comparte la vida. Más gráficamente dice el fallo: “a quién se llama por las noches ante un mal sueño, a quién se recurre cuando duele la panza, quién nos despierta con un beso por las mañanas, etc.”¹³

2. La mujer (madre, cuidadora), y la necesaria perspectiva de género

En el otro platillo de la balanza están los derechos de una mujer (madre, cuidadora) que, para concretar un proyecto personal, (familiar o profesional) petitiona la autorización para mudar su residencia.

¿Es posible huir de la tentación simplista de resolver el tema entronizando “el centro de vida del hijo o hija” por sobre el derecho de la mujer a definir su plan de vida en ejercicio de su autodeterminación?

En mi opinión, no solo es posible, sino también, indispensable.

En el afán de dar cumplimiento a las mandas constitucionales – convencionales en contra de la discriminación de la mujer (CEDAW, Convención Belem do Pará), es imperativo que los operadores del sistema judicial desarrollen las habilidades suficientes para detectar los patrones que sostienen la desigualdad de género y apartarse de preconceitos sexistas, reconstruyendo una nueva di-

¹⁰ Definido por el Art. 3º, inc. f) de la ley 26.061 como “el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia.”

¹¹ Juz. Familia 2da nominación Córdoba, 20/11/2013, “R.M.C y otro Solicita Homologación” Auto 1107, inédito.

¹² 2do. Juzgado de Familia de Mendoza, 5/05/2016, N° 934/14/2F, autos “G. L. A. autos 710/2F C/ N. J. M P/ INCIDENTE CAMBIO DE TENENCIA www.jus.mendoza.gov.ar

¹³ JUZGADO DE FAMILIA N° 6 DE CÓRDOBA, 16/05/2018 (Sentencia no firme) S. M. Y. y Otro – solicita homologación”. elDial.com - AAA92A. Publicado el 08/06/2018.

mensión de lo humano, respetuosa de la dignidad de toda persona, con independencia de su condición sexual.¹⁴

Concebir que la mujer, por su rol de madre se encuentra conminada a resignar su realización personal o profesional, refleja uno de esos prejuicios que el sistema judicial no puede consentir. Que inclusive, puede convalidar una forma de violencia institucional intolerable (ley 26.485 art. 6. b).

Cabe recordar que, en un notable fallo del año 2019, la Suprema Corte de Mendoza dijo, que ante la duda razonable sobre aplicar o no la protección de la Ley N° 26.485, la judicatura debe inclinar la balanza en el sentido de la protección de la mujer.¹⁵ Más aún cuando la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer dispone que “El derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros: (...) b. el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación”.

Con todo esto, quiero decir que los paradigmas que pretendieron ampliar derechos, como los relacionados con los niños, niñas y adolescentes plasmados en la Convención sobre los Derechos del Niño, no deben funcionar en desmedro de los conquistados por las mujeres en cuanto a su autonomía y realización personal¹⁶.

Así las cosas, impedir el traslado de la mujer junto a sus hijos o hijas puede configurar una forma de discriminación *indirecta*, pues, por la aplicación de una

¹⁴ MEDINA, Graciela, *Daños y perjuicios producidos por la violencia de género en el Poder Judicial. Necesidad de juzgar con perspectiva de género* LLC2016 (diciembre), 557 - DFyP 2016 (diciembre), 07/12/2016, 39 - RCyS2017-I, 49 Cita Online: AR/DOC/3434/2016.

¹⁵ Suprema Corte de Justicia de Mendoza, 24/05/2019, en autos N° 13-03611492-9/1 (010303-52788), caratulada: “P.V.G. EN J° 251.152/52.788 “M., L. L. C/ P., V.G. P/ DAÑOS Y PERJUICIOS P/ REC.EXT. PROVINCIAL” www.jus.mendoza.gov.ar nota de DEBIAZI, Cyntia, “Ante la duda razonable, la gratuidad se impone en cuestiones de violencia de género” Publicado en: RDF 2019-VI, 192.

¹⁶ La vanguardista Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, aprobada por los Estados miembros en 1995, destaca a las mujeres y la economía como una de las 12 principales esferas de preocupación en tanto la actividad de las mujeres tiene un gran impacto positivo en la economía, en los negocios, en la agricultura y en la industria. Sin embargo, aún falta un entorno propicio para conseguir una participación plena y equitativa, y los compromisos asumidos para eliminar la discriminación ocupacional que incluye fomentar el equilibrio entre las responsabilidades laborales y domésticas entre mujeres y hombres, son todavía, materias pendientes. (ONU Mujeres. Las mujeres en la economía, <https://beijing20.unwomen.org/es/in-focus/economy>).

norma (formulada de manera *neutra* para varones y mujeres, tal como sucede con los artículos 641 y 642), se perjudica, de hecho y en concreto, a las mujeres¹⁷. Para demostrar cómo funciona esta forma de discriminación, basta hacer un ejercicio mental de cambio de roles. Si quien pretende mudarse por estudio o trabajo, o porque ha formado nueva familia es el padre, ¿qué dificultades encontraría?

Que no se diga que la libertad de la mujer no se restringe, pues si lo desea, puede irse y dejar al niño al cuidado del padre. Ni que de lo que se trata es del traslado del hijo o hija, no del de la madre. Porque este es un argumento falaz; sea como sea, el niño o niña perderá el contacto cotidiano con uno de los dos; no será el del padre, sino el de la madre, quién cumplía mayoritariamente las funciones de cuidado hasta entonces.

Así las cosas, poner énfasis solo en la inmutabilidad del domicilio del hijo o en la necesidad de contacto físico con el otro progenitor y no ponderar la situación de género que subyace, conduce a una solución inaceptable: que la mujer, por su función materna, deba resignar su derecho a concretar su propio plan de vida.

Precisamente estos son los prejuicios que la visión de género exigida a los intérpretes jurídicos no debería convalidar. Recuérdese que el documento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre: El trabajo, la educación y los recursos de las mujeres (2011), explica que “el acceso a la justicia, a recursos judiciales idóneos y efectivos es un eje transversal y fundamental en la protección de los derechos de las mujeres y en la medición y satisfacción de los derechos económicos y sociales.”¹⁸

No estoy diciendo que un paradigma (interés superior del niño y su componente “estabilidad del centro de vida”) quede sometido a otro (perspectiva de género). Lo que sostengo es que el primero no debería interpretarse de una ma-

¹⁷ Este concepto, que es una de las tantas creaciones pretorianas del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, ha sido definido en el art. 2.1. de la Directiva de la Unión Europea 2006/54/CE en el como aquella situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios.

¹⁸ CIDH, *El trabajo, la educación y los recursos de las mujeres: La ruta hacia la igualdad en la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales*, Organización de los Estados Americanos (OEA), Ser. L/V/II.143 Doc.59, noviembre, 2011, p. XII, párr. 15.

nera absoluta, a todo o nada, que neutralice o aniquile los enormes esfuerzos de tantos sectores de la sociedad por superar la discriminación de la mujer en el acceso a sus derechos y la brecha laboral y salarial existente. Esfuerzos que han costado la vida o la libertad de muchas.

Un precedente de la ciudad de Rosario, en el cual se dirimía la autorización para trasladarse desde dicha localidad a Salta por razones laborales de la madre, encuadra la cuestión en su justo cauce: “Aquí aparece la tensión del sistema jurídico y social que tomando como justificativo el centro de vida de esta niña, como elemento constitutivo del mejor interés contemplado por el art. 3 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, realiza un salto por sobre la situación de género posando la mirada solamente en la niña como centro del conflicto...”¹⁹

V. Dos opciones para ese delicado equilibrio

La primera reside en resignificar el concepto de centro de vida. En el mundo contemporáneo, la pertenencia de los hijos a la “Generación Z”, (también llamada generación *centennial*) proporciona herramientas fabulosas para extender el núcleo afectivo y centro de interés de los hijos más allá de las fronteras del domicilio físico. La experiencia comunicacional a través de encuentros virtuales diarios y fluidos (*Face-time*, redes sociales, *whatsapp*, *Messenger*, etc.) permite a los padres conectarse con sus hijos, que por ser nativos digitales están familiarizados con el manejo de todas estas tecnologías. Con ello, unos y otros pueden vivir la cotidianeidad, aunque se encuentren a cientos o miles de kilómetros de distancia, neutralizando así la lejanía geográfica.²⁰ Es suficiente que el hijo o hija disponga de un *smartphone* (o una tableta con conexión a internet) para compartir “en vivo” infinidad de momentos del día. Si bien la habitualidad de la cercanía física y material es importante, no es un presupuesto indispensable de la coparentalidad.

La segunda, la proporciona el régimen de cuidado compartido alternado mediante la fijación de dos bloques de residencia²¹. Siempre que padres y madres

¹⁹ Tribunal de Familia N° 5 de Rosario, 8 de enero de 2015 (Inédito).

²⁰ Conf. MIZRAHI, Régimen de comunicación de los padres con los hijos, LA LEY 10/03/2014, 1 • LA LEY 2014-B, 545 • LA LEY 10/03/2014, 1 • DFyP 2014 (mayo), 16, Cita Online: AR/DOC/486/2014.

²¹ Juzgado Nacional Civil Nro. 102, Expte. 53635/2015 - “V., L. B. y Otro c/ A., L. N.

cuenten con un plan de parentalidad razonable que distribuya el tiempo y las tareas de cuidado, y garantice la participación de ambos en las decisiones relevantes sobre su crianza, es posible distribuir los períodos de presencia física con uno y con otro según lo permita el calendario escolar, las distancias, etc. Y con ello, equilibrar todos los intereses en pugna.

VI. Breves conclusiones

La coparentalidad es la regla de oro en el régimen de responsabilidad parental argentino. El alto valor práctico y simbólico de la modificación legislativa está a la vista. Sin embargo, su aplicación requiere de jueces y juezas sensibles a las demandas sociales y a las particularidades de cada caso concreto. Es doctrina consolidada de la Corte Federal que “uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la inteligencia de una norma y su congruencia con el resto del sistema a que está engarzada, es la consideración de sus consecuencias, y que tales reglas tienen como presupuesto una adecuada ponderación de las circunstancias tomadas en cuenta para sancionar la ley y, además, la verificación de los resultados a que su exégesis conduzca en el caso concreto”. (*Fallos* 303:917, 307:1019, *arg. Fallos*: 302:1611; 304:1919; 315: 992; 323:3139; 326:3593; 328:4818 y 331:1262, *entre otros*)”

No desconozco que estos proyectos de la mujer acarrearán modificaciones sustanciales para la vida de los hijos e hijas, como tampoco que toda crisis de pareja implica un antes y un después en la historia de esa familia. Pero en tiempos de niñez *centennial* y de un Estado garante de la igualdad entre hombres y mujeres, no se puede exigir que sea ella quien siga resignando su plan de vida personal o profesional por el solo hecho de ser mujer, madre, y cuidadora.

s/Autorización - 28/06/2016, <http://public.diar.iojudicial.com/d ocumentos/00 0/069/51 5/00006 9515.pdf> Juzgado de Familia Nro. 2 de Mendoza, Expte. N° 934/14/2F, autos “F. L EN AUTOS 710/2F C/ N. J M P/ INCIDENTE CAMBIO DE TENENCIA, 5/05/2016. www.jus.mendoza.gov.ar



Algunas consideraciones sobre el Derecho de Daños y los deberes que impone la responsabilidad parental

ABOG. NADIA ANAHÍ TORDI*

I. Introducción

En el presente comentario, analizaré algunos aspectos sobre la incidencia del Derecho de Daños en las relaciones familiares a la luz del Código Civil y Comercial (en adelante CCyC).

Recientemente la Sala II, de la Cámara en lo Civil y Comercial de San Salvador de Jujuy¹, se ha expedido sobre la posibilidad de reclamar daños derivados del incumplimiento de los deberes que impone la responsabilidad parental. En dicho fallo, se analiza la legitimación de la progenitora para reclamar por derecho propio el daño extrapatrimonial y patrimonial por la falta de reconocimiento de su hijo y, a su vez, se considera la legitimación del hijo para reclamar el daño que le causó dicha actitud.

En el fallo, se redita una discusión –siempre actual– sobre la aplicación de las normas del Derecho de Daños a las relaciones de familia. Explica Molina de Juan que, a lo largo de los años, las relaciones entre el Derecho de Daños y el ordenamiento jurídico familiar no han sido pacíficas ni recibieron trato coincidente por la doctrina. El péndulo osciló entre aquellos que propiciaron la irresponsabilidad por los daños causados en el ámbito intrafamiliar, preocupados por mantener una “supuesta” armonía del núcleo íntimo², y quienes advirtieron

* Abogada UNCuyo. Mediadora. Mgter y Especialista en Magistratura y Gestión Judicial UNCuyo/UMza. Ayudante de Primera Cátedra Derecho Privado VI, UNCuyo. Profesora de Derecho de las Familias UCH. Directora de Proyecto investigación sobre “Ciudadanía Digital de las Infancias” en UChampagnat. Titular de la Primer Asesoría de personas menores de edad e incapaces, Tercera Circunscripción Judicial, Mendoza.

¹ CCCom., Sala II, San Salvador de Jujuy, 31/10/19, Expte. N° C-27.105/2014: “Ordinario por Daños y Perjuicios: M, E. G. y M, A. E. c/ T, C. A.” Cita Online: AR/JUR/42731/2019.

² Este criterio alcanzó su máxima consagración en el Proyecto del Código Civil de 1998,

que la vida familiar no daba un “cheque en blanco” para dañar³. Entre dichas posturas, se desarrolló una tesis “intermedia”, que admitía la reparación, siempre que se configurara un cierto agravamiento del factor de atribución, la culpa grave o el dolo⁴.

Como es sabido, dos de las grandes modificaciones del CCyC se centraron en la regulación sobre las relaciones de familia y la función preventiva del Derecho de Daños. Así es que el CCyC se redactó sobre la base de Tratados de Derechos Humanos y los derechos reconocidos en el bloque de constitucionalidad. Su contenido se innovó profundamente al receptar la constitucionalización del Derecho Privado y al establecer una comunidad de principios entre la Constitución, el Derecho Público y Privado, ampliamente reclamada por la doctrina argentina⁵.

Sobre dicha base, el derecho de las familias se estructuró sobre los principios que promueven la concepción democrática de las relaciones familiares, el enfoque en el niño, niña y adolescente como sujeto de derechos, su derecho a ser oído y, por ende, el respeto por su autonomía progresiva; también se caracterizó por el ingreso de la autonomía de la voluntad en las relaciones entre adultos con el límite de la solidaridad familiar, el principio de igualdad entre cónyuges y convivientes, la posibilidad de pactar los efectos del divorcio, la opción de régimen patrimonial matrimonial y de pactos de convivencia, entre otras. Minyerski sostiene que en el CCyC receptó cambios sociales que la sociedad venía reclamando con relación a los derechos y libertades de las mujeres, las familias y los colectivos disidentes⁶.

que establecía la justificación de la conducta generadora de un daño causado en el ámbito de familia, “si la admisión de una acción de reparatoria puede poner en peligro los intereses generales respecto de la persistencia y de la estabilidad de la institución familiar, de la solidaridad entre sus miembros, y en su caso, de la piedad familiar” (art.1589, inc. b). PIZARRO, Ramón Daniel y VALLESPINOS, Carlos Gustavo, TRATADO DE RESPONSABILIDAD CIVIL, Tomo III, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2018, pág. 491.

³ MOLINA DE JUAN, Mariel, “Daños derivados del régimen alimentario”, RCCyC 2017 (diciembre), 15/12/2017, 22, Cita Online: AR/DOC/2918/2017.

⁴ CCCom. De Mar del Plata, sala I 30/10/2008, “P., E. J. c. T., M. R.”, DFyP, enero, 2010, 84, con nota de SOLARI, Néstor E., cita online: AR/JUR/10754/2008.

⁵ HERRERA, Marisa, Manual de Derecho de las Familias, 2 ed. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2019, pág.11.

⁶ MINYERSKI, Nelly, “El Código Civil y Comercial de la Nación. Ley N° 26994. Patriarcado, género y derecho”. En MIRADAS FEMINISTAS SOBRE LOS DERECHOS. CABA, Jusaires, 2019, pág. 65.

En tanto, en el Derecho de Daños el cambio se produjo al regular concretamente sobre la previsibilidad del daño, así el eje del sistema es que el daño debe ser evitado, o sea, su función preventiva (art. 1710 del CCyC), y que cuando él se ha sufrido y se dan los presupuestos de la responsabilidad civil, debe ser reparado, o sea, la función resarcitoria (art. 1716 del CCyC). Los presupuestos para la procedencia de la resarcibilidad del daño son: a) La antijuridicidad del daño sufrido; b) La existencia de un factor de atribución; c) La relación causal del daño que debe resultar efecto del acto o la situación antijurídica⁷ y d) el daño generado, que puede ser patrimonial o extrapatrimonial.

Por lo que, en la interacción entre el Derecho de Daños y las relaciones familiares, la posibilidad de reclamar daños derivados del incumplimiento de deberes familiares o causados a personas con las que se mantiene vínculos familiares se ha ido reforzando, ya que el sistema pone el eje en la persona humana y el respeto por sus derechos más inalienables como los son: libertad, igualdad y dignidad, etc. Se admite la posibilidad de reclamar siempre que se verifiquen los presupuestos generales de la responsabilidad civil ya mencionados. En el presente trabajo me detendré a estudiar cómo las funciones preventiva y resarcitoria del daño se entrecruzan con algunos deberes emanados de la responsabilidad parental.

II. La interacción entre el Derecho de Daños y la responsabilidad parental

Como es sabido, una de las grandes innovaciones del CCyC dentro del derecho de las familias fue la organización del sistema de responsabilidad parental sobre la base de los principios de Derechos Humanos. Así es que la noción de coparentalidad respondió a un sistema familiar democrático en que cada uno de sus miembros ejerce su rol sobre la base de la igualdad y el respeto recíproco, implicó un cambio de las reglas de juego cuando los padres no conviven y puso en valor la responsabilidad de ambos progenitores⁸, en la que subyace el deber de orientar al hijo hacia la autonomía⁹.

⁷ PARELLADA, Carlos, “*Daños en las relaciones de familia*”, LA LEY 01/10/2015, 01/10/2015, 1 - LA LEY 2015-E, 981, Cita Online: AR/DOC/3272/2015.

⁸ MOLINA DE JUAN, Mariel, “*Coparentalidad y cuidado personal compartido del hijo. Apuntes sobre la dinámica de la corresponsabilidad alimentaria*”, RDF 72-109.

⁹ Sostiene Mizrahi que, los padres respecto de los hijos sólo tienen deberes (esto es, el

El CCyC define a la responsabilidad parental como “el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado” (art. 638). Se regulan, expresamente los principios que van a regir su funcionamiento, asignándoles el valor de pautas interpretativas en caso de duda o conflicto en la aplicación de las normas. Así, en el artículo 639 del CCyC se establece que la responsabilidad parental se rige por los siguientes principios: (a) el interés superior del niño; (b) la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos; y (c) el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez.

Se establecen en el artículo 646 del CCyC los deberes de los progenitores hacia los hijos: a) cuidar del hijo, convivir con él, prestarle alimentos y educarlo; b) considerar las necesidades específicas del hijo según sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo madurativo; c) respetar el derecho del niño y adolescente a ser oído y a participar en su proceso educativo, así como en todo lo referente a sus derechos personalísimos; d) prestar orientación y dirección al hijo para el ejercicio y efectividad de sus derechos; e) respetar y facilitar el derecho del hijo a mantener relaciones personales con abuelos, otros parientes o personas con las cuales tenga un vínculo afectivo; f) representarlo y administrar el patrimonio del hijo.

También se consagra expresamente la prohibición de malos tratos: “*Se prohíbe el castigo corporal en cualquiera de sus formas, los malos tratos y cualquier hecho que lesione o menoscabe física o psíquicamente a los niños o adolescentes. Los progenitores pueden solicitar el auxilio de los servicios de orientación a cargo de los organismos del Estado*” (art.647 del CCyC). Los deberes que los progenitores tienen con relación a sus hijos menores de edad son deberes jurídicos y como tales, su incumplimiento acarrea consecuencias que son ponderadas por el derecho.

ejercicio de una función con responsabilidad) que está a cargo de éstos para evitar la formación de seres impersonales y carentes de historia. Subsidiariamente, los deberes son de la sociedad, la que debe ejercer un activo control y actuación inmediata si las circunstancias lo exigen, por estar en juego nada menos que el destino próximo de la humanidad (MIZRAHI, Mauricio Luis, RESPONSABILIDAD PARENTAL, Buenos Aires, Astrea, 1ª reimpresión, 2016, pág. 243).

Así es que el CCyC expresamente consagra la acción de daños por falta de reconocimiento del hijo/hija; sin embargo, para su procedencia, remite a los requisitos que prevé el Libro III, Título V, Capítulo 1. Ello no implica que no se puedan reclamar la reparación de otros daños causados por el accionar de alguno de los miembros de la familia, en incumplimiento de sus deberes familiares a los que –sin remisión expresa– también se aplican los mismos supuestos generales de la prevención y reparación del daño.

Como se dijo, en el Derecho de Daños uno de los cambios más importantes es la incorporación de la regulación expresa por la prevención. De modo que la función preventiva tiene una cierta prioridad por sobre resarcitoria¹⁰, existiendo un deber de actuar de buena fe y conforme a las circunstancias, adoptar las medidas razonables para evitar un daño o disminuir su magnitud (art. 1710 del CCyC). Una vez que se produce el daño, existe el deber de repararlo (art. 1716 CCyC). En este trabajo me detendré a analizar algunas consideraciones con relación al derecho de daños desde las dos funciones –preventiva y resarcitoria– que se pueden originar en las relaciones paternofiliales.

i. Daños derivados de la falta de reconocimiento voluntario

Desde la óptica de la función preventiva del derecho, es sabido que CCyC regula al acto de reconocimiento como un acto jurídico familiar, destinado a establecer un vínculo filial, se caracteriza por ser un acto unilateral, declarativo, irrevocable, puro y simple¹¹. El artículo 571 del CCyC establece las formas del reconocimiento, el que resulta: a) de la declaración formulada ante el oficial del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas en oportunidad de inscribirse el nacimiento o posteriormente; b) de la declaración realizada en instrumento público o privado debidamente reconocido; c) de las disposiciones contenidas en actos de última voluntad, aunque el reconocimiento se efectúe en forma incidental.

También se establece la obligación del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de notificar el acto del reconocimiento a la madre y al hijo o su representante legal (art. 572 del CCyC), con ello se pretende evitar el daño que

¹⁰ Ver PARELLADA, Carlos, ob. cit., LA LEY del 01/10/2015, 01/10/2015, 1 Cita Online: AR/DOC/3272/2015.

¹¹ BOSSERT, Gustavo y ZANONI, Eduardo, MANUAL DE DERECHO DE FAMILIA, 6 ed. 1º reimp., Buenos Aires, Astrea, 2005, pág. 450.

puede causar conocer tardíamente la modificación del estado familiar, y así evadir posibles perjuicios ante este desconocimiento que viola la identidad como derecho humano y que el Estado como garante último que debe tutelar.

Otra norma que se enmarca en la función preventiva es el artículo 583 del CCyC, que consagra que, en todos los casos en que un niño o niña aparezca inscripto sólo con filiación materna, el Registro Civil debe comunicar *al Ministerio Público, el cual debe procurar la determinación de la paternidad y el reconocimiento del hijo por el presunto padre. A estos fines, se debe instar a la madre a suministrar el nombre del presunto padre y toda información que contribuya a su individualización y paradero. La declaración sobre la identidad del presunto padre debe hacerse bajo juramento; previamente se hace saber a la madre las consecuencias jurídicas que se derivan de una manifestación falsa. Antes de remitir la comunicación al Ministerio Público, el jefe u oficial del Registro Civil debe citar a la madre e informarle sobre los derechos del niño y los correlativos deberes maternos, de conformidad con lo dispuesto en la ley especial. Cumplida esta etapa, las actuaciones se remiten al Ministerio Público para promover acción judicial. Por lo tanto, dichas obligaciones –del Registro y del Ministerio Público– ingresan dentro de la función preventiva del daño, ya que la ley otorga mecanismos simples para instrumentar el reconocimiento y garantizar el derecho a la identidad de la persona.*

Una vez omitido el deber de reconocer al hijo/hija, ingresa *la función resarcitoria del daño*. Por lo que corresponde analizar los presupuestos de la responsabilidad:

- El CCyC expresamente consagra que la falta de reconocimiento voluntario genera un deber de reparar el daño causado por esta conducta omisiva, que es considerada *antijurídica*¹². Explica Parellada que, en torno a los daños que provoca la renuencia de los progenitores al reconocimiento de la filiación de sus

¹² La filiación y el apellido como atributos de la personalidad no pueden ser desconocidos legalmente, habida cuenta de que existe una acción específica que se le confiere al hijo para obtener el emplazamiento en tal estado, y que el orden jurídico procura su concordancia con el orden biológico. Por ello, aquel que omite voluntariamente el deber jurídico de reconocer a su hijo, resulta responsable por los daños ocasionados a quien tenía el derecho de ser emplazado en el estado de familia respectivo, por no poder ejercer el goce y derechos derivados del mismo. (JALIL, Julián Emil, “Reparación del daño extrapatrimonial o patrimonial causado al hijo ante la falta de reconocimiento del progenitor en el Código Civil y Comercial”, Publicado en: RCyS 2017-IV, 46, Cita Online: AR/DOC/566/2017).

hijos, existe una serie de cuestiones superadas a través de la labor jurisprudencial y doctrinal a partir del leading case de 1988¹³, en el que se reconoció la procedencia de la indemnización de tales daños en cabeza del hijo. Por ello, hoy puede afirmarse –sin lugar a duda– que los padres son responsables civilmente por la omisión de reconocer un hijo/hija de cuya existencia tienen noticia, no se requiere una noticia certera, sino que es suficiente que exista una atribución para que nazca el deber de corroboración¹⁴.

En otras palabras, se entiende que el no reconocimiento de un hijo/hija representa una conducta antijurídica¹⁵ con idoneidad para generar daño patrimonial y extrapatrimonial¹⁶, siempre que medie culpa o dolo en su conducta¹⁷, la

¹³ JCCom. de San Isidro N° 9, 29/3/1988, “E., N. v. G., F. C. N.”, ED 128-333, comentado por BIDART CAMPOS, Germán, “*Paternidad matrimonial no reconocida voluntariamente e indemnización por daño moral al hijo. Aspecto constitucional*”. El fallo fue confirmado por CCCom. de San Isidro, sala 1ª, 13/10/1988, publicado con nota de MÉNDEZ COSTA, María J., “*Sobre la negativa a someterse a la pericia hematológica y sobre la responsabilidad del progenitor extramatrimonial no reconociente*”, LL 1989-E-563.

¹⁴ PARELLADA, Carlos A, “*¿Daños sufridos por la madre por la falta de reconocimiento de su hijo u ofensas a la dignidad de la mujer abandonada?*”, Publicado en: RDF: 2017-III, 16/06/2017, 9, Cita Online: AR/DOC/3667/2017.

¹⁵ El reconocimiento de un hijo extramatrimonial no es un acto facultativo librado al señorío de la autonomía de una voluntad del progenitor, sino que debe conciliarse con el derecho del hijo a obtener su emplazamiento en el estado que le corresponde y la omisión de reconocerlo espontáneamente implica un acto contrario al derecho, de naturaleza ilícita, que justifica el resarcimiento cuando ha provocado daño, el cual puede ser de índole material o moral, encontrando sustento la procedencia del reclamo en el principio general de no dañar a otro, que la Constitución Nacional establece como límite concreto de las conductas privadas individuales. (CCCom. de 2a Nominación de Santiago del Estero - 16/06/2006 - D., D. M. c. M., M. A.; LLONA, 2006-1193).

¹⁶ Con esta postura se reconoce que el derecho a la identidad está garantizado por los Tratados Internacionales de rango constitucional, por ende, en forma implícita, por la Constitución Nacional. Es que su esencia es inescindible a los demás derechos personalísimos tutelados taxativamente..., lo que exige que “... a cada sujeto se le reconozca como lo que realmente es, en su ‘mismidad’ como ‘uno mismo’. Se trata de la “verdad personal” como destaca Fernández Sessarego, la identidad personal comprende tanto el aspecto estático (que tiene que ver con los signos distintivos biológicos, así como la condición legal o registral del sujeto: nombre, sexo, filiación, etc.) y lo dinámico que es el conjunto de características y rasgos de índole cultural, política, psicológica, moral de la persona”. “... La identidad personal es una unidad física-psico-socio-espiritual, y el nombre del ser humano, es la puerta por donde se accede a esa identidad”. (conf. FERNÁNDEZ SESSAREGO, en: GHERSI, Carlos Alberto, “Derechos fundamentales de la persona humana”, La Ley, 2004, pág. 127 y ss.).

¹⁷ Hay jurisprudencia unánime que sostiene que la falta de reconocimiento genera daño moral resarcible: JN de 1a en lo Civ Nro. 92 G. P. J. y otro c. T. D. s/ Filiación • 02/07/2019

acción del hijo/hija es indiscutible. Sin embargo, se ha cuestionado sobre si la madre tiene acción por derecho propio para reclamar los daños patrimoniales y extrapatrimoniales, sufridos como consecuencia del no reconocimiento del hijo por parte del otro progenitor.

Con relación a la legitimación de la madre, en el fallo que nos convoca, se le reconoció expresa legitimación para accionar por daños patrimoniales y extrapatrimoniales. La actora reclamó por su derecho el reintegro de todos los gastos sufragados para la crianza del niño, como también el daño extrapatrimonial. En relación con los daños patrimoniales, la sentencia los estimó procedentes desde que el progenitor reconoció que era su hijo ante el Defensor de Menores, pero no quiso realizarlo formalmente hasta que se procedió al embargo de sus haberes en el proceso de alimentos. Y con relación al daño extrapatrimonial se lo apreció viable al entender que la conducta ilícita del demandado afectó en forma directa sus sentimientos más profundos de la mujer perturbándola y angustiándola durante años y por ende este daño debe ser reparado. Se dejó atrás la antigua discusión de si la progenitora era legitimada directa o indirecta para reclamar el daño extra patrimonial.

- Otro de los requisitos para la procedencia de la responsabilidad por los daños es el factor de atribución de ese comportamiento omisivo a una persona determinada. Resulta indudable que la inacción debe surgir de una conducta deliberada de la persona que se encontraba en condiciones de producir el emplazamiento¹⁸. Por el contrario, cuando no existe conocimiento de la situación

Cita Online: AR/JUR/27245/2019. CACiv y Com. de Mar del Plata, SALA III, M., A. E. c. M., O. D. s/ acciones de reclamación de filiación, 05/09/2019, Cita Online: AR/JUR/34140/2019; CAF Mza, E. N. A. c. S. R. s/ filiación originaria • 31/07/2015, Cita Online: AR/JUR/29530/2015 entre otras.

¹⁸ “Resulta improcedente la indemnización en concepto de daño moral por el reconocimiento tardío del hijo extramatrimonial, pues dada la corta edad del menor al momento del pronunciamiento –dos años-, la falta de reconocimiento oportuno no pudo haber repercutido en forma desfavorable en aquél, máxime cuando no basta el no reconocimiento para generar responsabilidad, sino que la omisión debe ser dolosa o culposa, circunstancia no acreditada en el proceso”. (CN. Apel. Civil, sala I, 01/11/2007, S., M. L. c. G., D. M., DJ 2008-I, 1161, con nota de VIRAMONTE, Carlos Ignacio). Se ha dicho que: “Resulta responsable el padre demandado por daños y perjuicios causados por el reconocimiento tardío del vínculo filiatorio –en el caso, su hijo tenía 23 años-, ya que éste no reconoció al actor al nacer pese a estar plenamente consciente de su concepción, negándole así el derecho al nombre y en buena medida a la identidad, siendo además que el reconocimiento oportuno del hijo es un deber que fue incumplido a sabiendas”. (C. Civ. y Com. de Bahía Blanca, sala I - 13/09/2007 - A., L. M. c. A., L. M., LLBA, 2007-1022).

de hecho que se le pretende atribuir, no podría haber responsabilidad por la falta de reconocimiento voluntario. Dicho en otras palabras, para poder efectuar el reconocimiento es necesario conocer la existencia del hijo que debe ser emplazado en ese estado, por lo que si no se tiene información alguna al respecto no es posible atribuirle responsabilidad. Esto significa que el padre debe haber actuado con dolo o cuando menos con culpa, pues no se trata de una responsabilidad objetiva.¹⁹

- Por lo que el daño debe ser el producto de una relación de causalidad adecuada con el hecho generador del ilícito. Es decir, debe guardar una relación de adecuada causalidad la falta de reconocimiento espontáneo y el daño reclamado²⁰.

- El último presupuesto que se debe considerar es el daño, este nos lleva a determinar cuál es el bien o derecho que se vulnera con la falta de reconocimiento. En relación con el hijo/hija, ya se ha dicho que se trata de una vulneración a los derechos de la personalidad, concretamente una violación del derecho a la identidad personal –considerada un derecho humano–, al negarse el estado de familia, y en este caso el estado de familia. Por lo tanto, lo que se debe resarcir, es el daño que deriva de la falta de emplazamiento en ese estado. Este daño puede ser patrimonial o extrapatrimonial. El primero, consiste en que la falta de emplazamiento familiar, de la negativa o falta del derecho a la identidad, específicamente configurado por la falta de derecho de uso del nombre y por la falta de ubicación en una familia determinada. El segundo se presenta en todo aquello que la persona no pudo acceder por no tener ese estado de familia ósea la pérdida de chance.

Como dijimos, se reconoce la legitimación de la progenitora para reclamar daños extrapatrimoniales por la conducta de aquel que no reconoció su hijo/hija. En este sentido, se ha dicho que: “La madre es damnificada directa a raíz de la lesión de sus intereses espirituales generados no sólo por la indiferencia del padre del menor sino por su rechazo expreso, lo que seguramente produjo repercusiones negativas en el entorno familiar y social. No puede ignorarse que el desconocimiento del demandado de sus obligaciones parentales de contribuir a la formación, el cuidado y la educación del hijo, obligó a la actora a asumir

¹⁹ DIAZ, Rodolfo, “Responsabilidad por la falta de reconocimiento voluntario”, Publicado en: LLGran Cuyo 2009 (marzo), 111. Cita Online: AR/DOC/1010/2009.

²⁰ DIAZ, Rodolfo, ob. cit.

sola responsabilidades morales que la ley y la naturaleza imponen compartir, circunstancias –todas ellas– que han generado un exceso de tareas, tensiones, angustia, dolor y afectación en su honor y que configuran el deber de resarcirla como víctima directa, necesaria e inmediata del perjuicio producido por su conducta²¹. De tal modo, la consecuencia extrapatrimonial que se indemniza no es un daño sufrido por reflejo del padecido por su hijo/hija, sino un daño sufrido directamente por la mujer, como persona que fue desconsiderada, tratada con indiferencia, frente a la situación que atravesaba. En el fallo que motivó este comentario, se amplía la postura y se le reconoce a la progenitora el derecho de reclamar daño patrimonial, por todos los gastos realizados sola en beneficio de su hija, se lo funda en el principio del enriquecimiento ilícito.

ii. Daños derivados del impedimento de contacto

Otro de los deberes que emana de la responsabilidad parental consagrados en el artículo 646 del CCyC es respetar y facilitar el derecho del hijo/hija a mantener relaciones personales con abuelos/abuelas, otros parientes o personas con las cuales tenga un vínculo afectivo. Mas allá del régimen de contacto y comunicación con otros parientes, también es un deber, cuando los progenitores no conviven, el fomentar el contacto con el otro no conviviente (así lo establece expresamente el art. 653 inc. a del CCyC). El CCyC, en numerosas normas considera el derecho a la comunicación; ejemplo de ello es el artículo 655 cuando regula el plan de parentalidad, dispone que expresamente se debe referir al régimen de vacaciones, días festivos y otras fechas significativas para la familia (inc. e), régimen de relación y comunicación con el hijo/hija cuando éste reside con el otro progenitor/progenitora (inc. d).

Acorde al principio de capacidad progresiva se prevé como obligación que los progenitores deben procurar su participación en el plan de parentalidad y en su modificación. Estas normas se pueden enmarcar dentro de la función preventiva del derecho, ya que pretenden fijar pautas de interacción entre los miembros de la familia, siempre teniendo en cuenta el derecho del niño, niña y adolescente a vivir en su familia y a mantener lazos con la misma, como su derecho a ser oído, a respetar su opinión, voluntad y al principio de su capacidad progresiva.

²¹ CNCiv., sala L, “C.R.E. y otro c/ C.F.A. s/ filiación” 26/10/2016, Cita Online: AR/JUR/78772/2016.

Cuando no se cumple el deber de estrechar vínculos afectivos con los miembros de la familia, ya sea con progenitor/progenitora no conviviente u otros parientes o personas que tengan una relación derivada de la socio-afectividad, ingresa la función sancionatoria como también la resarcitoria del derecho. Así es que la Ley N° 24.270 prevé condena penal “al padre o tercero que ilegalmente obstruyere el contacto de menores de edad con sus padres no convivientes” con prisión de un mes a un año. La pena se aumenta cuando se trata de una persona menor de 10 años o de una persona con discapacidad. También se agrava la pena para quien muda al hijo sin autorización judicial.

En tanto, ingresando a la función resarcitoria del Derecho de Daños, Medina sostiene que el impedimento el contacto de un hijo/hija con alguno de sus progenitores configura una de las más graves formas de violencia familiar, constituidas por la violencia en el régimen de comunicación o la violencia por impedimento de contacto, mediante la cual se configura un daño de enorme importancia tanto al niño/niña al privarlo del padre o madre, como al padre o madre al impedirle el contacto con el hijo/hija. Lo enmarca dentro de una clase de violencia familiar, y lo define como el proceso por el cual un progenitor/progenitora, en forma abierta o encubierta, habla o actúa de una manera descalificante o destructiva al o acerca del otro, en un intento de alejar o indisponer al hijo/hija contra este. Este tipo de violencia se configura tanto por acción como por omisión y daña de manera profunda la integridad psicológica de padres e hijos al impedirles la comunicación²².

El impedimento de contacto provoca un daño injusto a los derechos más elementales de los niños, niñas y adolescentes, derechos amparados desde la órbita constitucional convencional. Se ha dicho que la relación entre padres e hijos es de mutua interacción durante toda la vida, con distintas características, según pasa el tiempo, desde el nacimiento hasta la adultez. En esa compleja trama de afectos y emociones a los que el derecho acompaña, cuando los hijos son de corta edad cobra especial relevancia la actitud del progenitor con quien conviven, de quien se espera la colaboración necesaria para que ese derecho se con-

²² MEDINA, Graciela y FILLIA, Laura, “Violencia por impedimento de contacto y responsabilidad por daño”, Publicado en LA LEY 05/06/2019, 05/06/2019, 6, Cita Online: AR/DOC/1740/2019. Allí define a la violencia familiar como toda distinción, exclusión o restricción ejercida por un miembro de la familia contra otro miembro que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas familiar, económica, social, cultural y civil.

crete, logrando el contacto. Solo así se posibilita el adecuado desarrollo de los hijos en un ambiente armónico y de plena colaboración interparental²³. Pero cuando esto no sucede, el derecho reprocha dicha conducta e ingresa en su faz resarcitoria, si bien el daño que se realiza es incuantificable, se pueden analizar los presupuestos generales de la responsabilidad que se dan de la siguiente forma:

- La *antijuridicidad*, este presupuesto se concreta cuando el progenitor no permite el contacto, cuyo deber está estipulado en los artículos 643 y 646 del CCyC y en lo previsto en la CIDN, el impedimento infundado –total o parcial– del régimen de comunicación y/o contacto, se configura como un hecho ilícito, aunque no esté estipulado en un acuerdo o por sentencia judicial.

- Con relación al *factor de atribución* no se trata de un supuesto de responsabilidad de tipo objetivo. El factor de atribución será subjetivo tal y, como lo expresa el artículo 1721 del CCyC, coloca la culpa o el dolo como eje del sistema. Por lo que el impedimento debe tratarse de una conducta culposa o dolosa por parte del progenitor/progenitora que detente el cuidado. Lógicamente, si el no contacto se justifica en razones fundadas, tal conducta no generará responsabilidad del progenitor/progenitora que ostenta el cuidado, quien deberá acreditar el extremo en cuestión.

- En tanto el *nexo casual*, lo que se debe acreditar es que el daño que reclama la persona proviene de la acción antijurídica de no poder estar o mantener contacto con su hijo/a o nieto/a, se debe demostrar que los padecimientos experimentados fueron provocados por la falta de contacto y/o comunicación, que se desencadenan por la actitud culposa o dolosa del otro progenitor.

- Respecto al *daño*, Minyersky entiende que para el hijo hay un claro daño moral y eventuales perjuicios a su salud psicofísica. En cuanto al padre/madre, además del daño moral puede sufrir daños patrimoniales, tales como perturbaciones laborales, problemas de asistencia al trabajo, gastos realizados para concretar la visita frustrada, etc.²⁴ Sobre los daños causados, sostiene Makianich de

²³ CNCiv., Sala K, F., D. E. c. D., L. V. s/ daños y perjuicios – ordinario, 12/02/2019, Publicado en LA LEY 28/03/2019, 28/03/2019, 5 - LA LEY 2019-B, 134 - RCyS2019-V, 146 - LA LEY 06/05/2019, 5, con nota de FILLIA Laura y MEDINA Graciela, LA LEY 2019-C, 202, (julio), 45. Cita Online: AR/JUR/234/2019.

²⁴ La autora menciona como medidas sancionatorias que podrían aplicarse a fin de lograr la debida comunicación las siguientes: intimación al cumplimiento del régimen de visitas bajo apercibimiento de astreintes, aplicación de multas civiles o sanciones pecuniarias, garantías reales, intimación al cumplimiento bajo apercibimiento de modificar

Basset que el perjuicio patrimonial es más fácilmente cuantificable que el daño extrapatrimonial, de siempre difícil apreciación económica. No obstante, en materia probatoria la existencia de este último –en estos casos– surge *res ipsa loquitur*, siendo así innecesario probar su incidencia. Esto ocurre cuando, por alteraciones o peculiaridades psicológicas, físicas o de cualquier otra índole, la conducta generadora del agravio moral repercute con efectos singularmente perjudiciales en la víctima²⁵. Se ha dicho que la interrupción u obstaculización de la relación entre padre e hijo representa por sí un daño, en tanto las relaciones familiares son un derecho de cada uno de sus miembros, en especial cuando el vínculo afectivo lo hace único e irremplazable. Los años transcurridos, en los cuales ese vínculo natural, necesario tanto para el hijo como para el padre, se vio obstruido en su normal desarrollo por el obrar de una de las partes, resulta un daño consolidado en el tiempo²⁶.

Es interesante destacar lo resuelto por la Cámara de Apelaciones de Familia de Mendoza²⁷, que confirmó la sentencia de primera instancia en la que se hizo lugar a una acción de daños y perjuicios interpuesta por los hijos contra el padre, en la que reclamaban una indemnización por el daño que les había causado la falta de contacto, y comunicación durante su infancia. La mayoría analizó los presupuestos de la responsabilidad civil y los consideró cumplidos siendo el factor de atribución la culpa del padre. En tanto, el voto en disidencia sostuvo que la falta de una adecuada comunicación fue causada por muchos factores, ya que las relaciones de familia implican el vínculo de varias personas. El derecho y, en especial el derecho de las familias, no exige actitudes de héroes ni de santos, solo de personas humanas con defectos y virtudes que intentan construir sus relaciones de la mejor manera posible. Entendió que no se había acreditado la culpa del progenitor demandado.

el régimen de tenencia, intimación bajo apercibimiento de suspender al “guardador” en el ejercicio de la autoridad paterna. (MINYERSKY, Nelly, “*Daños y perjuicios: incumplimiento alimentario y obstrucción al régimen de comunicación entre padres e hijos*”, RDF 2002-IV-59 y ss. Pág. 59/ 72).

²⁵ Conf. MAKIANICH de BASSET, Lidia, “*Marco normativo del derecho de visitas y derecho judicial. incumplimiento y sanciones civiles y penales. El abuso del derecho*”, ED 143-908 y ss. Pág. 906-907.

²⁶ CNCiv., SalaK, F., D. E. c. D., L. V. s/ daños y perjuicios – ordinario, 12/02/2019, Publicado en LA LEY 28/03/2019, 28/03/2019, 5 - LA LEY 2019-B, 134 - RCyS2019-V, 146 - LA LEY 06/05/2019, 5, con nota de FILLIA Laura y MEDINA Graciela, LA LEY 2019-C, 202, (julio), 45. Cita Online: AR/JUR/234/2019.

²⁷ CAF Mendoza, autos N° 218/18 caratulada “*Amengual Felicitas y Amengual Juan c/Amengual Diego p/daños y perjuicios*” 3/6/19.

iii. Daños derivados del incumplimiento del deber alimentario

Entiende Molina de Juan que casi todo el régimen del derecho alimentario está orientado hacia la función preventiva, ya que la prestación íntegra y oportuna garantiza el sustento, que es condición de un desarrollo saludable, en especial si se trata de personas vulnerables (niños, niñas, adolescentes o personas con discapacidad). Ha señalado algunas disposiciones que contienen una referencia expresa a la prevención del daño, por ejemplo: la obligación del progenitor afín consagrada en el artículo 676 CCyC. La obligación alimentaria consagrada expresamente a los abuelos (art. 668 CCyC), quienes, sin dejar de ser obligados “subsidiarios” (art. 537 CCyC) pueden ser demandados en el mismo proceso que los progenitores, siendo suficiente acreditar verosímilmente la dificultad para cobrar los alimentos del progenitor (obligado principal). También la facultad del hijo/hija, aunque ya sea mayor de edad, de reclamar alimentos que le permitan continuar sus estudios (art. 663 CCyC)²⁸.

Indudablemente el CCyC determina que los alimentos debidos a los hijos son un derecho humano, que se vincula con su derecho a la salud y a la vida en condiciones de dignidad adecuadas²⁹. Establece mecanismos ágiles para lograr su efectivo cumplimiento, pero cuando esto no sucede ingresa la faz resarcitoria del derecho de daños que se analiza a continuación:

- Se entiende que no pagar alimentos a los hijos es una *conducta antijurídica* por excelencia. El deber jurídico de contribuir a las necesidades de los hijos se encuentra consagrado en numerosas normas del CCyC: “*Ambos progenitores tienen la obligación y el derecho de criar a sus hijos, alimentarlos y educarlos conforme a su condición y fortuna, aunque el cuidado personal esté a cargo de uno de ellos. La obligación de prestar alimentos a los hijos se extiende hasta los veintiún años, excepto que el obligado acredite que el hijo mayor de edad cuenta con recursos suficientes para proveérselos por sí mismo*” (art. 658). También se establece que es amplio su contenido: “*La obligación de alimentos comprende la satisfacción de las necesidades de los hijos de manutención, educación, esparcimiento, vesti-*

²⁸ MOLINA DE JUAN, Mariel, “*Daños derivados del régimen alimentario*”, RCCyC 2017 (diciembre), 15/12/2017, 22, Cita Online: AR/DOC/2918/2017.

²⁹ FERNÁNDEZ Silvia, HERRERA Marisa y MOLINA DE JUAN, Mariel “*Responsabilidad Parental*” en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; HERRERA, Marisa; LLOVERAS, Nora (dirs.), TRATADO DE DERECHO DE FAMILIA, T V-B Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016, pág. 427.

menta, habitación, asistencia, gastos por enfermedad y los gastos necesarios para adquirir una profesión u oficio. Los alimentos están constituidos por prestaciones monetarias o en especie y son proporcionales a las posibilidades económicas de los obligados y necesidades del alimentado. Por lo que, siendo esta una obligación impuesta por la ley, su incumplimiento, o sea, su omisión, se puede ponderar como *antijurídica*.

- Con relación al *factor de atribución*, ha de ser subjetivo (art. 1724 CCyC), dolo o culpa, por lo que no se configura si una causa ajena interrumpe el nexo causal. En otras palabras, si el progenitor/progenitora obligado se encuentra realmente imposibilitado de cumplir –piénsese en una enfermedad grave, estado de vulnerabilidad social, situación de extrema necesidad-, no siendo atendible el común argumento de no tener trabajo.

Con relación a los sujetos legitimados para interponer la acción de daños y perjuicios por incumplimiento de este deber, –de acuerdo con las reglas de la responsabilidad parental y autonomía progresiva-: entiendo que es el hijo/ hija, quien podría reclamar directamente si cuenta con edad y grado de madurez suficiente (art. 677 y 679 CCyC.) los daños patrimoniales y extrapatrimoniales que el incumplimiento del progenitor/ progenitora le ha causado. En cambio, se encuentra discutida la legitimación del progenitor/progenitora que aportó los alimentos, ya que el CCyC expresamente prevé una acción de reembolso de lo gastado en la parte que le corresponde al no conviviente (art.669 CCyC). Se ha dicho que el CCyC, con dicha acción se reconoce al perjudicado una acción por derecho propio, al entender que, si ha soportado exclusivamente los gastos de la manutención de su hijo/hija, tendrá derecho a un crédito equivalente a lo que debió haber aportado el que no asumió la obligación alimentaria³⁰. En el primer supuesto, la prescripción se suspende mientras dura la menor edad (art. 2543 inc. c) CCyC) en el segundo, se cuenta por año (art.2564 inc. e CCyC).

- Con relación al *nexo casual*, lo que se debe acreditar es que el daño que reclama la persona proviene de la omisión antijurídica de no cumplir con su deber de pagar alimentos a su hijo/hija.

- El *daño* sufrido por el incumplimiento del pago de la cuota alimentaria por parte del progenitor/progenitora, puede ser patrimonial o extrapatrimonial.

³⁰ LLOVERAS, Nora y otros, “Comentario al artículo 669 del Código Civil y Comercial” en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; HERRERA, Marisa; LLOVERAS, Nora (dirs.), TRATADO DE DERECHO DE FAMILIA, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, t. IV, pág. 203.

El hijo/hija puede reclamarlo aun después de que adquiera la mayoría de edad. Se considera que existe 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 (art. 1737 CCyC), en el supuesto del incumplimiento del deber alimentario se lesiona el derecho humano de todo niño, niña y adolescente a tener una alimentación adecuada, a la educación, al esparcimiento etc. Para ponderar el reclamo el CCyC establece que la indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio, entiendo que se refiere al daño que le genera el constante reclamo y devenir por tribunales más allá de la deuda en sí, como la pérdida de chance, o sea, el daño es el ocasionado por todas las privaciones que sufrió y posibilidades de las que se vio imposibilitado por la conducta del progenitor/progenitora renuente. También, puede reclamarse el daño extrapatrimonial que incluye especialmente las consecuencias de la violación de sus derechos personalísimos, su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida (art. 1738 CCyC).

III. Conclusiones

Del análisis realizado no caben dudas de que existe la posibilidad de reclamar daños derivados del incumplimiento de los deberes que emanan de la responsabilidad parental, siempre que se acrediten los presupuestos de la responsabilidad civil: a) la antijuridicidad, b) el factor de atribución; c) la relación causal y d) el daño generado, que puede ser patrimonial o extrapatrimonial. El factor de atribución va a ser siempre de tipo subjetivo, debiendo la parte que reclama esforzarse por acreditar el dolo o la conducta culposa del progenitor/progenitora. Este factor de atribución es más sencillo de acreditar en el incumplimiento de los deberes de alimentos y en la falta de reconocimiento voluntario. No así, el deber de comunicación y contacto, ya que el entramado de las relaciones familiares, de los vínculos y de las actitudes asumidas por cada miembro de la familia será puesto en análisis a la hora de resolver.

Con todo, el CCyC ha previsto numerosas alternativas que hacen a la función preventiva del derecho, ya que cuando estos reclamos llegan a tribunales los vínculos familiares se encuentran muy vapuleados. Los tres ejes en los que

se ha hecho hincapié son tres derechos humanos reconocidos a todo niño, niña y adolescente: identidad, vida familiar y alimentación, derechos que deben ser garantizados en primer lugar por los miembros de la familia y es altamente reprochable su conducta cuando debe ingresar el derecho en su función resarcitoria.



La situación de necesidad habitacional del poseedor como elemento tipificante de una figura especial de prescripción adquisitiva

ABGS. MARÍA GABRIELA CALVO

GUSTAVO NADALINI

Resumen: El CCC trae una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado que en materia de propiedad dio lugar a la inclusión de los derechos de las comunidades indígenas sobre sus tierras con las normas de la propiedad comunitaria pero que no alcanzó para incluir la función social de la propiedad como preveía el texto proyectado del art. 15. Esa función proyecta una carga de usar en sentido positivo y marca la utilidad de los bienes basada en la justicia social y el rango convencional del derecho a la vivienda como derecho humano. Esta forma especial de prescripción adquisitiva tiene un elemento diferenciador que es la situación de necesidad habitacional del poseedor.

Palabras claves: Necesidad habitacional- Posesión- Vivienda- Prescripción adquisitiva.

Introducción

El proceso de “recodificación y unificación” del Derecho Civil y Comercial en Argentina se apartó de la división tajante entre Derecho Público y Derecho Privado y tomó muy en cuenta los Tratados internacionales, en general, y los de Derechos Humanos, en particular con todos los derechos reconocidos en el bloque de constitucionalidad. Esa opción derivó en un Cuerpo normativo que resulta innovador al receptar la Constitucionalización del Derecho Privado, y establecer una comunidad de principios entre el Derecho Público, la Constitu-

ción y el Derecho Privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina.

En este paradigma si bien puede afirmarse que se da la reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado³¹, que en materia de propiedad dio lugar a la inclusión de los derechos de las comunidades indígenas sobre sus tierras con las normas de la propiedad comunitaria, no alcanzó para que la norma proyectada del art. 15 CCC viera luz, pues su redacción final no contempló la función social de la propiedad. Este fin encuentra sustento en la concepción del acceso a la vivienda como un derecho humano y sus principios habilitan soluciones jurídicas acordes a la justicia social.

Partiendo de este contexto de análisis se desarrolla, como un primer esbozo, la propuesta de un tipo especial de prescripción adquisitiva que incorpore el estado de necesidad habitacional del poseedor, como un elemento propio, sumado a los binomios posesión-tiempo y animus domini-corpus.

Ese elemento nuevo resulta diferenciador del instituto tradicional y teniendo en cuenta que la carencia de vivienda atenta contra la dignidad de la persona y su consecución resulta indispensable para vivir en un estado de bienestar del cual el Estado es garante (art. 75 inc. 22 Const. Nacional) habilita la descripción de reglas propias como un plazo abreviado

El derecho a la vivienda como un derecho social

La Constitución Nacional reconoce el derecho de todo habitante de usar y disponer de su propiedad y que la misma sea inviolable (arts. 14 y 17) lo que la torna en ilimitada y absoluta. Sin embargo, esta afirmación resulta sesgada o insuficiente pues el análisis de la Carta Fundamental debe ser contextualizado y comprensivo de los efectos del reformado art 75.

La incorporación a nuestro sistema jurídico del Pacto de San José de Costa Rica hace operativo su art. 21, prevé el sometimiento del derecho de uso y goce de los bienes al interés social por determinación legal.

La propiedad y el acceso a la vivienda se vincula a la dignidad y seguridad de una persona. En el ámbito internacional, el derecho a la vivienda viene reco-

³¹ LORENZETTI Ricardo Aspectos valorativos y principios preliminares del Anteproyecto de Código Civil y Comercial. LL 2012-C págs. 581 y sgtes

gido en el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 pasando a tener rango de garantía universal. Es receptado en todos los Estados miembros como uno de los derechos fundamentales para la vida de las personas y por ello están obligados a su efectiva protección.

A partir de ese reconocimiento diversos Tratados Internacionales han incorporado y reafirmado la obligación estatal de promover y proteger el derecho a la vivienda de todos los individuos.

En el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se lo recepta en el art. 11 que establece

“Las Naciones Unidas enumera dentro de la nómina de los derechos humanos el derecho a la vivienda digna y lo analiza en el Folleto explicativo de los derechos humanos nro. 21Nº 21 (Rev.1).³²

En su texto analiza, que siendo indiscutible el carácter de derecho humano universal, hay millones de personas sin vivienda y con condiciones de vida peligrosas y denigrantes (refugiados, asentamientos en zonas de guerra o sin urbanización, ocupación de viviendas sin derecho) e insta a los Estados del mundo cumplir sus obligaciones porque todos han firmado al menos un Tratado internacional que protege la dignidad de la vivienda como cualidad que hace resulta inescindible de la garantía a una vida digna³³.

Del análisis articulado de los Tratados internacionales se puede afirmar que cuando se habla del derecho a la vivienda no se hace referencia solo al acceso a una estructura edilicia, sino que se trata de un concepto global que incluye una serie de aspectos y necesidades de los sujetos que la habitan, complementarios e importantes que deben ser incluidas en las políticas públicas.

En concordancia la Declaración de Estambul de 1996 establece que el concepto jurídico de “vivienda adecuada” comprende una serie de obligaciones estatales como las de “velar por la seguridad jurídica de la tenencia y la igualdad de acceso a la tierra a todas las per-

³² Folleto Explicativo Nº 21 (Rev.1) “El derecho humano a una vivienda adecuada”: estos folletos de la ONU tienen la finalidad de dar a conocer cada uno de los derechos humanos para promoverlos y protegerlos. Se distribuyen en forma gratuita en todo el mundo.

³³ http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FS21_rev_1_Housing_sp.pdf consulta del 25.07.16

sonas; promover el acceso de todos al agua potable y al saneamiento adecuado, promover un amplio acceso a financiación para vivienda adecuada” (CARDEUAX: 2016)³⁴.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación sostiene que la Constitución Nacional en cuanto norma jurídica reconoce derechos humanos para que éstos resulten efectivos y no ilusorios, pues el llamado a reglamentarlos no puede obrar con otra finalidad que no sea la de darles todo su contenido. Toda norma debe “garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos” (Fallos: 327:3677; 332:2043) y “garantizar” significa “mucho más que abstenerse sencillamente de adoptar medidas que pudieran tener repercusiones negativas”, según indica en su Observación General N°5 el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que constituye el intérprete autorizado del Pacto homónimo en el plano internacional y cuya interpretación debe ser tenida en cuenta ya que comprende las “condiciones de vigencia” de este instrumento que posee jerarquía constitucional en los términos del art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional (Fallos: 332:709).

Función social de la propiedad- Necesidad habitacional

Es bien sabido que el dominio es el mayor y más amplio derecho real que sobre la propiedad de las cosas establece el ordenamiento jurídico nacional. El sometimiento de la cosa a la voluntad del sujeto se da con caracteres propios como la absolutez, la exclusividad y la perpetuidad.

El titular de dominio puede usar, gozar y disponer en sentido positivo o negativo es decir con actos o sin ellos y en ambos casos el derecho real de dominio subsiste por imperio del carácter de “perpetuo” que reviste este derecho. Se otorgan derechos a aquellos que resulten poseedores de un inmueble por más de 20 años si lo han poseído con “*animus domini*” sin que medie oposición del titular registral, interrupciones como modo de adquisición del dominio.

³⁴ CARDINAUX Nancy y otros “Condiciones de posibilidad para la exigibilidad judicial del derecho a la vivienda en el ámbito local” <http://www.derecho.uba.ar/investigacion/investigadores/publicaciones/vita-condiciones-de-posibilidad-para-la-exigibilidad-judicial-del-derecho-a-la-vivienda.pdf> consultada de 12.07.16

Frente a las decisiones legislativas los operadores del derecho y hombres del pensamiento antes de aceptar cómodamente realidades deben buscar razones, dudar, investigar y al estilo sofista cuestionarnos sobre la legitimación de las normas vigentes.

Este proceso permite analizar las diversas normas del ordenamiento jurídico y entender si ellas se tratan de una creación arbitraria del legislador o por el contrario si sus orígenes se fundan en la necesidad de proteger intereses de un determinado grupo social, de dar respuestas a situaciones de hecho no contempladas por el propio sistema.

Desde el punto de vista del análisis económico del derecho la existencia de derechos de propiedad tiene una justificación normativa y económica vinculada al valor de la eficiencia puesto que en este mundo en el que la regla parece ser la escasez de recursos es injusto permitir el mal uso, el abuso o desperdicio de los mismos porque la forma en que un país distribuye estos derechos impacta en su economía. El derecho de propiedad alienta el trabajo y el crecimiento personal y económico, pero debe tener la exigencia del uso útil.

El ordenamiento jurídico debe proveer principios de equilibrio entre los derechos individuales y los sociales, en especial teniendo en cuenta que el reconocimiento de los primeros tiende a que el titular satisfaga sus necesidades, pero su ejercicio no es ilimitado pues tiene el marco del bien común, el interés general y el abuso del derecho.

El reconocimiento de esos derechos individuales debe equilibrarse con el respeto de los derechos sociales que muchas veces entran en tensión por el reparto inequitativo de intereses.

Estas tensiones, muchas veces se advierten tensiones entre esas disposiciones legales y posibilidades políticas de concretar las protecciones que cada uno de ellos requiere. Como ejemplo puede darse el caso de los asentamientos prolongados en terrenos ya sean privados o del Estado, en los que aun cuando existen todas las herramientas formales del derecho para lograr su desalojo no es fácil de implementarlo y muchas veces no se lleva a cabo porque aun con la prescripción interrumpida por acciones del titular registral (intimaciones, desalojo, acción de reivindicación) chocan con la función social de la propiedad y la necesidad habitacional de los poseedores y su derecho social a la vivienda.

Se encuentran, por un lado, los derechos individuales de los titulares de dominio que esperan obtener las máximas protecciones posibles por el solo hecho

de la titularidad que ostentan, y por el otro, un tipo especial de poseedor con una necesidad social insatisfecha que no puede resolver por sus propios medios, con poca o nula capacidad productiva y excluido del sistema.

Una necesidad social es una serie de requerimientos comunes de una sociedad en relación a los medios necesarios y útiles para su existencia y desarrollo. La respuesta a esas necesidades supone la satisfacción temporal o permanente de las necesidades de una población. Se consideran necesidades sociales las que son compartidas por una población, como pueden ser la vivienda, seguridad y educación.³⁵

En este escenario aplicar la concepción de la finalidad social de la propiedad le permite al Estado encontrar respuestas al déficit habitacional³⁶ como imperativo para superar el déficit, generar inclusión y devolver la dignidad a las personas. Su objetivo es poner en uso viviendas y terrenos vacíos y opera en este tipo especial de prescripción al identificarse la necesidad habitacional, la imposibilidad de superarla y la ociosidad del predio al que el poseedor convirtió en un inmueble útil cuando el titular dominial no lo hacía.

El fin social de la propiedad no solo prevee cargas para el propietario, sino que también obliga al Estado a fomentar el acceso equitativo e igualitario de los ciudadanos a los bienes productivos y proteger a los sectores más vulnerables en la concreción de sus necesidades insatisfechas.

En el discurso del 1949 el constituyente Sampay advirtió que la función social de la propiedad era la virtud que requiere del propietario la gestión y el uso correcto de sus bienes en equilibrio con las exigencias del bien común y la justicia social.

En el anteproyecto del CCC el texto del art.15 incluía la disposición de la función social de la propiedad que receptaba la regla del art. 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos pero que finalmente fue suprimido.

La función social se enmarca en la idea de un derecho que existe en tanto y en cuanto es reconocido por la sociedad y que no es absoluto pues da la idea de utilidad y límites. La propiedad privada se protege con toda la extensión dada

³⁵ <https://www.significados.com/necesidad/>

³⁶ El déficit habitacional, no es sólo la ausencia o falta de vivienda, sino el conjunto de carencias o precariedad en la vivienda y las condiciones del entorno que determinan las condiciones en que habita la población en un territorio determinado
file:///C:/Users/Gabriela/Downloads/7056-Te xto%20del%20art% C3%AD culo-21642-1-10-20 180531.pdf

por el art. 17 de la Carta Magna en juego con el art. 10 y el Capítulo IV de la Sección 5° del Título III del Libro Cuarto del Código.

En un sistema político como el nuestro es plausible el equilibrio entre la protección de la propiedad privada con un régimen que prevee distintas formas de adquisición del dominio (convencional, legal, por prescripción adquisitiva) y una regulación especial que pondera cómo y cuándo podrá superarse el dominio por efecto del paso del tiempo y la posesión encaballada en el estado de necesidad habitacional del poseedor.

Su fundamento mira ese estado de necesidad del poseedor que no es un elemento tenido en cuenta en la prescripción adquisitiva que opera como un modo legal de adquisición del dominio por la inacción de su titular y el paso del tiempo que en este contexto debe acotarse respecto de la posesión veinteañal por imperio de la necesidad.

Conclusiones

El elemento diferenciador de este tipo especial de adquisición del dominio es la necesidad habitacional del poseedor que vendrá a sumarse al paso del tiempo y a la inacción del titular dominial, en ese orden, aunque ésta solo aparezca como facilitadora del inicio de la posesión.

La legitimación de este régimen especial de prescripción adquisitiva se asienta en la existencia de “la situación de necesidad” de la posesión.

El Estado como garante de la paz social debe articular equilibradamente la convivencia de los derechos individuales sobre la propiedad privada y los sociales que den cuenta de políticas habitacionales equitativas e impongan a los titulares de dominio la carga de uso en sentido positivo de la propiedad por imperio de la función social de la misma que cederá frente al estado de necesidad habitacional de quien se encuentre ejerciendo la posesión.



Asociación ilícita y estafa procesal

Abogados y médicos

DR. RUBÉN E. FIGARI

I. Fallo

La Cámara en lo Criminal y Correccional 9a nom.- Sec.17 el día 9/10/2019 emitió veredicto condenatorio en los autos “Barbero, José Luis y otros p.ss.aa. Asociación ilícita, etc.” (Expte. SAC. 1021193) en contra de F.M.M., como autor responsable del delito de asociación ilícita en calidad de miembro —primer hecho— (arts. 45 y 210 primer párrafo del C.P.), y coautor de estafa procesal continuada (arts. 45 y 172 del C.P.) —segundo hecho que según el documento acusatorio se describen como “vinculados al estudio Manrique” — (Hechos 1º al 145 de la Requisitoria de Elevación a juicio y Auto de Elevación a juicio), en concurso real (art. 55 del C.P.). e imponerle la pena de cuatro años y un mes de prisión con adicionales de ley y costas, manteniendo su situación de libertad bajo las condiciones que oportunamente se le impusieran. A A.O.M., como autor responsable del delito de asociación ilícita en calidad de miembro —primer hecho— (arts. 45 y 210 primer párrafo del C.P.) y coautor de estafa procesal continuada (arts. 45 y 172 del C.P.) —segundo hecho que según el documento acusatorio se describen como “vinculados al estudio Merlini” — (Hechos 1º al 106, 129, 137 y 141 de la Requisitoria Fiscal y Auto de Elevación a juicio), en concurso real (art. 55 del C.P.), e imponerle la pena de cuatro años y un mes de prisión, con adicionales de ley y costas, manteniendo su situación de libertad bajo las condiciones que oportunamente se le impusieran. A J.L. B., autor responsable del delito de asociación ilícita en calidad de miembro —primer hecho— (art. 45 y 210 primer párrafo del C.P.) y coautor de estafa procesal continuada (arts. 45 y 172 del C.P.) —segundo hecho que según el documento acusatorio se des-

criben como “vinculados al estudio Merlini”- (Hechos 1º al 143 de la Requisitoria Fiscal y Auto de Elevación a juicio), en concurso real (art. 55 del C.P.), e imponerle la pena de tres años y diez meses de prisión, con adicionales de ley y costas, manteniendo su situación de libertad bajo las condiciones que oportunamente se le impusieran. A M.E.P., autor responsable del delito de asociación ilícita en calidad de miembro —primer hecho— (art. 45 y 210 primer párrafo del C.P.), y coautor de estafa procesal continuada (arts. 45 y 172 del C.P.) —segundo hecho que según el documento acusatorio se describen como “vinculados al estudio Manrique”— (Hechos 1º al 145 de la Requisitoria Fiscal y Auto de Elevación a juicio), en concurso real (art. 55 del C.P.), e imponerle la pena de tres años y diez meses de prisión, con adicionales de ley y costas, manteniendo su situación de libertad bajo las condiciones que oportunamente se le impusieran. A C.H.V., autor responsable del delito de asociación ilícita en calidad de miembro —primer hecho— (art. 45 y 210 primer párrafo del C.P.) y coautor de estafa procesal continuada (arts. 45 y 172 del C.P.) -segundo hecho que según el documento acusatorio se describen como “vinculados al estudio Manrique” — (hecho 133 de la requisitoria Fiscal y Auto de Elevación a juicio) -segundo hecho vinculados al estudio Merlini en concurso real (art. 55 del C.P.), e imponerle la pena de tres años y cuatro meses de prisión, con adicionales de ley y costas, manteniendo su situación de libertad bajo las condiciones que oportunamente se le impusieran. A F.J.R., autor responsable del delito de asociación ilícita en calidad de miembro —primer hecho— (arts. 45 y 210 primer párrafo del C.P.) y coautor de estafa procesal continuada (arts. 45 y 172 del C.P.) —segundo hecho que según el documento acusatorio se describen como “vinculados al estudio Manrique” — (hechos de la Requisitoria Fiscal y Auto de Elevación a juicio), —segundo hecho que según el documento acusatorio se describen como “vinculados al estudio Merlini”— hechos de la Requisitoria Fiscal y Auto de Elevación a juicio), en concurso real (art. 55 del C.P.) e imponerle la pena de tres años y cuatro meses de prisión, con adicionales de ley y costas, manteniendo su situación de libertad bajo las condiciones que oportunamente se le impusieran. A G.S.V.L., coautor de estafa procesal continuada (arts. 45 y 172 del C.P.) -segundo hecho, que según el documento acusatorio se describen como “vinculados al estudio Manrique”- (hechos de la Requisitoria Fiscal y Auto de Elevación a juicio) -segundo hecho, que según el documento acusatorio se describen como “vinculados al estudio Merlini”- (Hechos de la Requisitoria Fiscal y Auto de Ele-

vacación a juicio), en concurso real (art. 55 del C.P.) e imponerle la pena de nueve meses de prisión, con costas, la que se da por compurgada atento el tiempo cumplido en privación de libertad.

II. Artilugio

Un grupo de abogados laboristas juntamente con la colaboración de médicos formaron una asociación con connotaciones ilícitas que tenían por fin captar empleados —generalmente municipales— para formalizar demandas en bases a certificados médicos espurios con el fin de entablar un proceso contra las A.R.T. Segunda y Provincia y en convivencia con otros letrados de ésta ofrecían un acuerdo para aminorar el costo de la demanda y posteriormente lo presentaban ante el juzgado laboral para su homologación y de esta manera procurar un perjuicio hacia las A.R.T. Segunda y Provincia mediante una maniobra ardidosa dirigida al magistrado homologante.

En realidad, la mecánica se direccionaba de la siguiente manera: con fecha no determinada con exactitud, un abogado, actuando de común acuerdo y conforme la división de tareas previamente convenidas con los médicos intervinientes, convenció con engaños a un empleado de la Municipalidad de Córdoba, para que éste firmara una demanda en contra de Provincia A.R.T., que por esa época tenía a su cargo la cobertura de riesgos del trabajo del personal municipal (Ley N° 24.557). Así las cosas, el letrado actuando como patrocinante del empleado, interpuso la referida demanda ante el Juzgado de Conciliación, de la ciudad de Córdoba, formándose causa, en la cual presentó un certificado médico expedido por el galeno que formaba parte de la asociación, quien certificó falsamente que el actor padecía de una serie de enfermedades laborales consignadas en el certificado médico pertinente que alcanzaba a una incapacidad laboral parcial y permanente del 25% —porcentaje que en mayor o menor se repetía en todas las demandas—, por lo cual la parte actora reclamaba una suma determinada de dinero en concepto de indemnización, conociendo el abogado tal falsedad pues lo había acordado previamente con el médico. Luego de ello, el abogado, siempre de común acuerdo con los médicos, conociendo y aprovechándose de que, conforme lo dispuesto por la Resolución n° 30.733/2005 de la Superintendencia de Seguros de la Nación, las A.R.T. demandadas judicialmente

deben previsionar al inicio del juicio una cantidad de dinero —conforme el monto de la demanda— que resulta indisponible durante todo el tiempo que dure la tramitación del juicio, propuso a la A.R.T. demandada, en algún lugar de esta ciudad de Córdoba, llegar a un acuerdo, reduciendo sustancialmente el monto reclamado, para lo cual se valió del certificado médico expedido, con una incapacidad laboral parcial y permanente del 5%, y conforme el cual la parte actora reducía su pretensión dineraria a la suma de \$8.000,00. Ante ello, y teniendo en cuenta que resultaba mucho más gravoso no poder disponer probablemente por un largo tiempo de un monto muy superior que debería haber previsionado en caso de seguir adelante con el juicio, a lo que deben agregarse las costas del mismo, es que la A.R.T. acabó aceptando lo propuesto por el abogado de la actora acogiéndose al reclamo indemnizatorio de la suma de \$8.000,00. Con ese fin, las partes actora y demandada solicitaron al Juzgado interviniente la homologación de lo acordado, tomando como base el certificado médico indicado en segundo término. Ante ello, e inducido a error por los certificados médicos incorporados al proceso, el Sr. Juez de Conciliación dispuso homologar el acuerdo, en virtud de lo cual, y a fin de que el Tribunal librara la pertinente orden de pago para el actor, la A.R.T. debió depositar, en una cuenta de la sucursal Tribunales del Banco de la Provincia de Córdoba (922), la suma indicada más el 20% en concepto de honorarios del abogado del actor, viéndose así privada la A.R.T. de ese monto dinerario, con el consiguiente perjuicio patrimonial. Esta modalidad se repite en forma idéntica en 145 oportunidades por parte de dos abogados y en 143 sucesos en manos de otro letrado que conformaba esta organización.

Así las cosas el tribunal califica la conducta de los mencionados como asociación ilícita en concurso real con estafa procesal continuada, con excepción del médico G.S.V.L condenado por estafa procesal continuada.

III. Asociación ilícita

Resulta acertada encuadrar primeramente la conducta de los sujetos activos en una asociación de carácter ilícita, pues se ajusta a los parámetros previstos en el art. 210 primer párrafo del C. P. cuyos componentes lleva a la derogación del principio general sancionado por el art. 45 del C. P., justificada por la ofensa a la tranquilidad pública que dimana de la figura en cuestión.

En boca de Almada se podría decir que esta clase de delitos se erigen como una excepción al principio cogitationis penam nemo patitur, máxima mediante la cual se afirma al principio de la no punibilidad de las ideas, da sustento a la construcción teórica que exculpa penalmente a los actos preparatorios ya que el dolo no es punible per se siendo necesario que el agente exteriorice su intención, como corolario del principio de reserva acogido por el art. 19 de la C. N.¹ Se ha considerado a este instituto como una verdadera forma de actividad preparatoria de otros institutos, lo que Ziffer denomina “delito de preparación” ya que reprime actos que normalmente quedan impunes por no constituir siquiera comienzo de ejecución de un delito determinado. Además, se lo considera un delito pluripersonal —intervienen tres o más personas— y se ajusta a los delitos de pura actividad, significando la inexistencia de un resultado externo. Se pueden sintetizar los elementos del tipo en: a) Tomar parte en una asociación; b) Número mínimo de partícipes; c) Propósito colectivo de delinquir².

La asociación y la banda aparecen como sinónimos a los fines de este tipo penal. Solamente se requiere una agrupación con cierto grado de cohesión y organización, así como con relativa permanencia. No es necesario que los integrantes de la asociación tengan trato personal entre ellos.

Esta asociación debe tener una cierta permanencia, elemento que le es atribuido por la doctrina y la jurisprudencia en forma unánime. No se trata de un concepto puramente temporal, sino que deriva de la existencia misma de la asociación, en tanto acuerdo estable de sus integrantes para cometer delitos, diferente de la transitoriedad de la participación de la parte general. La participación como miembro implica orientarse a formar parte con permanencia de la vida de la sociedad, lo cual debe exteriorizarse en acciones efectivas, subordinadas a la voluntad de la organización para el fomento o mantenimiento de su actividad.

Remarca Soler que no es necesario que la asociación se constituya inicialmente como asociación criminal; la finalidad delictiva puede agregarse a una asociación preexistente. En tales casos no son autores de la primitiva asociación, sino los que hayan impreso a ella el nuevo rumbo a los que hayan participado en los acuerdos y compartido la nueva orientación³.

¹ ALMADA Victoria, *El delito de asociación ilícita*, LL 2005-B, 987

² ZIFFER Patricia, *Lineamientos básicos del delito de asociación ilícita*, LL 2002-A, 1210.

³ SOLER Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Ed. Tea, Buenos Aires, 1970, t. IV, p. 605.

Siguiendo las atestaciones de Soler al hablar como tradicionalmente se había hecho de la indeterminación de los derechos propuestos por la asociación, en realidad se trata y lo que la ley requiere es la pluralidad de delitos o mejor dicho de planes. Rechaza la interpretación que realizan Moreno (h), González Roura y Ode-rigo en el sentido de que los hechos deben ser indeterminados. En efecto, Moreno (h) expresa: “si varias personas se convienen a efecto de llevar a cabo un delito de-terminado, o varios delitos también determinados” no sería el caso de asociación ilícita, pareciendo necesario el fin de cometer delitos “en general”. Parecería adver-tirse una confusión, pues lo importante es que los planes delictivos sean varios, plurales; “pero es poco razonable exigir que sean indeterminados, pues bien, en-tendida esta expresión haría prácticamente inaplicable el artículo, toda vez que es necesario comprobar la existencia de planes delictivos y éstos, generalmente, lle-garan a cierto grado de congresión. El hecho de que los planes, como planes, se hayan concretado, no quita la asociación el carácter de tal”⁴.

Lo trascendente es que se trate de una pluralidad de planes y que pueda afir-marse la existencia del elemento de permanencia que le da el toque a la asocia-ción verdadera, diferenciándola de un acuerdo criminal, tendiente a varios delitos, pero transitorio.

“Cuando se trata de una verdadera asociación, pareciera que, psi-cológicamente, el propósito genérico de cometer delitos (una plu-ralidad) precediera a la efectiva concreción de un plan y que, por otra parte, la efectiva preparación de un plan determinado no ago-tara los fines de la asociación, los cuales diríase que desbordan del plan concreto para dirigirse, un poco ciega y ansiosamente, a otros hechos distintos”⁵.

“Lo esencial es que los delitos entren dentro del fin o como medio de otros fines de una organización y no como una idea de cometer determinados actos delictivos, cuestión que será problema del ar-tículo 45 del Código Penal. Si los delitos están dentro de la idea de la sociedad criminal como tal, poco importa su determinación o indeterminación”⁶.

⁴ Idem (ob. cit. t. IV, p. 608).

⁵ Idem (ob. cit. t. IV, p. 608).

⁶ DONNA Edgardo, “*Derecho Penal. Parte Especial*”, Segunda Edición Actualizada y res-tructurada, t. II-C, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015, p. 281.

En síntesis, no se trata de que los miembros de la asociación no sepan qué delitos van a cometer, sino que tengan en sus miras una pluralidad de planes delictivos que no se agoten en una conducta delictiva determinada, con la concreción de uno o varios hechos; esto constituye la participación de los arts. 45 y 46 del C.P., de modo que lo indeterminado no serán los delitos, sino la pluralidad de los delitos a cometer.

La nota más característica de la asociación ilícita está dada por el hecho de que el incumplimiento de un plan delictivo determinado o la ejecución de un hecho concreto no agota los fines de la asociación. Los hechos propuestos deben constituir delito en el significado jurídico de esta expresión⁷, argumentación que se refleja en el fallo “Stancanelli”⁸. Lo trascendente es que los planes delictivos sean varios, plurales, pero no está exigido que se trate de delitos indeterminados, ya que en esa extensión haría inaplicable la figura, lo único que se requiere es que el acuerdo de los delincuentes no implique la convivencia propia de la participación criminal en uno o más delitos determinados⁹.

IV. Delito continuado

De acuerdo a las constancias de los autos analizados claramente ha quedado demostrado que B., P., V.L. —médicos—, M., M., V. y R. —abogados— han conformado una asociación ilícita para ejecutar doscientos ochenta y ocho hechos con la modalidad cooperativa tales como los descriptos ut-supra en el formato de delito continuado el que históricamente nació como una ficción criada por los prácticos italianos de los siglos XV y XVI —entre ellos, Claro y Farinacio— para impedir la estricta aplicación de leyes excesivamente severas, especialmente las que conminaban pena de muerte por ahorcamiento al autor de tres hurtos consecutivos. En el delito continuado el sujeto realiza concomitante y sucesivamente varias infracciones entre las cuales existe la homogeneidad —varios hechos dependientes entre sí—, por lo que jurídicamente se las computa como

⁷ FONTÁN BALESTRA Carlos - LEDESMA Guillermo “*Tratado de Derecho Penal parte especial*”, Ed. La ley, Buenos Aires, 2014, t. III, p. 628.

⁸ C.S.J.N. Fallo 324:3952 20/11/01.

⁹ CANTARO Alejandro en BAIGUN David - ZAFFARONI Eugenio (Dirección) TERRAGNI Marco (Coordinación) “*Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Parte especial*” Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2010, p. 350.

una sola. Si bien este instituto no está expresamente definido en nuestro derecho positivo, la insistencia del delito continuado ha sido reconocida por el art. 63 del C.P. con la denominación “delito continuo”, al regular el cómputo inicial del plazo de la prescripción de la acción penal¹⁰.

Las actividades llevadas a cabo por la asociación ilícita compuesta por los mencionados abogados y médicos fueron calificadas como delito continuado —dos cientos ochenta y ocho hechos— pues todos ellos en su confección eran idénticos en el lapso prácticamente de dos años y en perjuicio de A.R.T Segunda y Provincia articulando una maniobra que se encasilla en el instituto en comentario.

V. Falsificación de certificados médicos

La parte culminante de las maniobras se plantea ante el juez solicitando la homologación, con lo que se plasma un arreglo disminuyendo el monto reclamado de la demanda por indemnización referente a enfermedades laborales ficticias, pues eran falsificadas por medio de certificados médicos espurios otorgados por los médicos integrantes de la asociación conformando una estafa procesal mediante ese ardid que hace incurrir al magistrado en error, cosa que se va a hablar de yuso. Entiendo que esta conducta se ajusta a las previsiones del art. 295 1° párr.: “Sufrirá prisión de un mes a un año, el médico que diera por escrito un certificado falso, concerniente a la existencia o inexistencia, presente o pasada, de alguna enfermedad o lesión cuando de ello resulte perjuicio”. Se trata de un delito especial propio porque sólo el médico matriculado puede ser autor de este delito. La acción típica consiste en dar por escrito un certificado médico o constancia médica donde se haga constar de manera falsaria la existencia o inexistencia presente o pasada de una enfermedad o lesión, siempre y cuando sea apta para causar perjuicio. Ese contenido falaz del certificado médico se corresponde con la falta de correspondencia entre lo real y el hecho certificado por el médico. Asimismo, habrá delito cuando exista correspondencia entre la realidad y lo certificado, pero se halla consignado una enfermedad distinta más o menos

¹⁰ LASCANO (h) Carlos “*Unidad y pluralidad delictiva*” en LASCANO (h) Carlos (Director) “*Lecciones de Derecho Penal. Parte general*” Ed. Advocatus, Córdoba, 2000, t. II, p. 298.

grave o un plazo de duración más o menos extenso. Se trata de una falsedad ideológica que se cometen en un documento privado¹¹. Este tipo penal especial propio —urrido por los médicos— debería concursar con el art. 296: “El que hiciere uso de un documento o certificado falso o adulterado, será reprimido como si fuere el autor de la falsedad.” Toda vez que el certificado espurio era utilizado por los abogados como medio de prueba en la demanda para conformar la estafa procesal.

Llama la atención que no se haya tenido en cuenta la infracción anterior que tiene una relevancia importante en la cadena hilvanada entre la asociación ilícita y la estafa procesal, pues los certificados médicos falsos han constituido por demás un medio trascendente para conformar el ardid que engaña al magistrado actuante y que justamente constituye la documentación inherente para constituir la estafa procesal. Salvo que el tribunal haya entendido que tal falsificación es absorbida, en el terreno de los concursos, por la estafa procesal.

Este instituto es determinante en la ejecución del caso en cuestión, pues como ya se ha expresado más arriba ha sido el factor determinante para engañar al juez laboral e insertando los certificados médicos apócrifos, formular con ellos demandas también apócrifas y en definitiva perjudicar a las A.R.T. Segunda y Provincia. Es por ello que crea un menester emitir algunos conceptos sobre el instituto.

VI. Estafa procesal

La estafa procesal no está contenida específicamente en una norma del Código penal, sino que se trata de una de las modalidades de fraude que abarca la figura genérica del Art. 172, tampoco constituye una de las estafas especiales reguladas por el art. 173 del C.P.¹² En el derecho comparado se advierten tres formas de encarar esta figura. Por un lado, están los que le otorgan a ésta un tratamiento

¹¹ CREUS Carlos - BUOMPADRE Jorge “*Derecho Penal. Parte especial*”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2007, t. II, ps. 503/504; ABOSO Gustavo “Código Penal de la República Argentina. Comentado, concordado con jurisprudencia” 3ra edición, Ed. B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2016, p. 1384

¹² “Aun cuando el Código Penal no prevé la descripción específica de la estafa procesal, ella resulta subsumible en el art. 172 del citado ordenamiento” C.N. Crim y Corecc., Sala I, 12/04/2007- Nofal Carlos- La Ley Online.

separado del tipo genérico de estafa, aunque como agravante de ella, tal es el caso del inc. 7º del art. 250 del Cód. Penal español¹³. Por el otro, aquellas legislaciones que la prevén en forma idéntica a la nuestra, como ser el Código Penal alemán en su § 263¹⁴, o el art. 313-1 del Cód. Penal francés¹⁵. Por último, aquéllos que la receptan dentro de los delitos contra la Administración Pública, por ej.: el art. 374 del Cód. Penal italiano.^{16 17}

Señala Zavaleta que la cuestión referida a este instituto, como surgió de la textualización del art. 172 del CP “es de notoria vetustez”, a tal efecto cita a Gómez quien sostenía que cuando en una demanda judicial se acompañe artificios capaces de inducir el error a la justicia o si con ella se pretende obtener en pago del importe de documentos falsos, el caso encuadra en la disposición del art. 172 del CP y es una “estafa procesal”, pero advertía que no cualquier intento de cobrar en sede judicial una suma que no debía el demandado o la pretensión de hacerlo en más, configuraba el delito del art. 172 del CP, habida cuenta que los medios previstos en ese dispositivo, no podían ser nunca la simple afirmación

¹³ Art. 250: “1. El delito de estafa será castigado con las penas de prisión de un año a seis años y multa de seis a doce meses, cuando:... 7. Se cometa estafa procesal. Incurrir en la misma los que, en un procedimiento judicial de cualquier clase, manipulen las pruebas en que pretendieran fundar sus alegaciones o emplearen otro fraude procesal análogo, provocando error en el juez o tribunal y llevándole a dictar una resolución que perjudique los intereses económicos de la otra parte o de un tercero.”-

¹⁴ § 263 “(1) Quien con la intención de obtener para sí o para un tercero una ventaja patrimonial antijurídica, perjudique el patrimonio de otro por medio de simulación de falsos hechos, suscite o mantenga un error la desfiguración o la supresión de hechos verídicos, será castigado con pena privativa de la libertad hasta cinco años o con multa.”

¹⁵ Art. 313-1 “Es estafa el hecho de engañar a una persona física o jurídica, bien mediante el uso de un nombre falso o de una falsa calidad, bien mediante el abuso de una calidad verdadera, o bien mediante el empleo de maniobras fraudulentas, determinándola así, en perjuicio propio o de tercero, a entregar fondos, valores o cualquier bien, a prestar un servicio o a consentir un acto que le imponga una obligación o aceptar una descarga. La estafa será castigada con cinco años de prisión y multa de 275.000 euros.”

¹⁶ Art. 374 “El que, durante un procedimiento civil o administrativo, con el fin de engañar a la corte en un acto de inspección o tribunal de primera instancia, o un experto en la ejecución de una habilidad, cambiar el estado de forma artificial los lugares o las cosas de las personas, será castigado, cuando el hecho no está previsto como delito en una determinada disposición de la ley, con penas de prisión de seis meses a tres años. Lo mismo se aplica si el delito se comete en el marco del proceso penal, o antes de ello, pero en este caso la pena será excluida si se trata de un delito por el cual no se puede hacer que, debido a una queja, petición o solicitud, y esto no se ha hecho.”

¹⁷ ABOSO, Gustavo E, “¿La “iniusta petitio” como ardid idóneo en la estafa procesal? - Un fallo que siembra más dudas que soluciones”, L.L. 1997- C – 878.

del demandante al intentar el pleito, se requería algo más porque “si tal fuera, todo el que pierde un pleito por cobro de pesos sería condenado por la justicia criminal”¹⁸.

En este panorama retrospectivo Zavaleta menciona el fallo “Filippi”¹⁹ del 30/06/45 en el que la Corte Suprema de Tucumán a través del voto del Dr. García Zavalia consideró que la estafa procesal no siempre era bien acogida en doctrina, a menos que se cometa por un medio punible en sí mismo, teniendo su razón de ser en que una afirmación unilateral falsa de la parte, no siempre configuraba el factor que influía en la decisión errónea del juez, podía ser el simple descuido del mismo, agregando que para que la justicia convierta en sujeto pasivo es menester que el engaño sea invencible y que le falten medios propios de defensa contra lo urdido, por cuanto está en sus deberes instruirse de la causa, interpretar las intenciones y resguardar los derechos, concluyendo que el delito requiere entonces algo más que la mala fe de los litigantes y de lo que vulgarmente se llama aventura judicial.

Pero, se señala que es Núñez quien en un comentario de un fallo de la sala Criminal de La Plata del 16/03/51 se constituye en el primer doctrinario argentino que encausa dentro de la dogmática la inteligibilidad que el intérprete debe darle al art. 172 del CP, sobre este particular, para evitar extender como reducir los alcances de tal tipo legal en circunstancias de un comportamiento ardidoso dirigido a un sujeto pasivo, juez o tribunal²⁰.

Esta forma de fraude tiene la particularidad de desarrollarse en el marco de un proceso pues quien recepta el engaño es el juez que va a dirimir la cuestión y por ende, al ser sometido a un ardid su decisión provoca el perjuicio patrimonial para la parte contraria o un tercero.

¹⁸ GOMEZ Eusebio, “*Tratado de Derecho Penal*” t. IV, Ed. Cae S.R.L., Buenos Aires 1941, ps. 232 y sgts. Se cita un acuerdo plenario de las Cámaras del Crimen de la Capital “Sindanz” del 02/10/36 en el que se concluida en la atipicidad de la simple colusión de partes en un proceso civil para perjudicar a un tercero y el voto del Dr. Porcel de Peralta constituye uno de los pilares de la construcción de la estafa procesal que luego sigue la Corte Suprema de Tucumán, al determinar como engaño por apariencia de crédito, la acción de aquel que demandaba el cobro de pesos sobre documentos que sabía se encontraban cancelados (LL 5- 409). (Cfme ZAVALETA Miguel, “*Estafa procesal. Un reflejo de la estafa genuina (análisis al artículo 172 del Código Penal)*” Ed. Lerner, Córdoba, 2006, p. 265)

¹⁹ LL 39 - 454.

²⁰ NUÑEZ Ricardo, “*Iniusta petitio, falsedad ideológica y estafa procesal*” LL 63 - 718, citado por ZAVALETA Miguel (ob. cit. p.266).

Se ha definido como “aquella que se produce cuando una parte con su conducta engañosa, realizada con ánimo de lucro, induce a error al juez, y éste, como consecuencia del error, dicta una sentencia injusta que causa un perjuicio patrimonial a la parte contraria o a un tercero”²¹.

O también diciendo que: “Fraude procesal existe en esencia en el amplio sentido siempre que, en un proceso, cualquiera de las partes emplea medios engañosos o artificiosos dirigidos a provocar en el juzgador un error de hecho que haya de originar o puede originar una resolución errónea y, por tanto, injusta. Estafa procesal se dará cuando esa misma conducta esté inspirada en el ánimo de lucro y de ella pueda derivarse un perjuicio patrimonial para la contraparte”²².

Asimismo, se puede delimitar el concepto en un sentido amplio y en otro estricto. En el primero, la estafa procesal comprendería la cometida en el proceso por una parte mediante el engaño de la contraria, por ej: cuando una parte hace afirmaciones conscientemente falsas, avaladas quizá también con documentos o testigos falsos, y consigue engaños, al contrario, llevando a cabo éste, como consecuencia de un error, un acto de disposición – reconocimiento, renuncia, transacción, etc. En sentido estricto se da sólo cuando una parte, con su conducta engañosa, realizada con ánimo de lucro, induce a error al juez y éste, como consecuencia del error, dicta una sentencia injusta que causa un perjuicio patrimonial a la parte contraria o a un tercero²³.

Por nuestros lares siempre es conveniente acudir a las enseñanzas de Núñez para quien la estafa procesal es un caso de desdoblamiento entre la víctima del fraude y el ofendido por la defraudación: víctima del fraude es el juez, y ofendido por la defraudación es la persona a la que afecta la sentencia o resolución judicial dispositiva de propiedad. De este modo, cualquiera de las partes del juicio puede engañar al juez mediante el uso de un fraude y lograr una decisión dispositiva de propiedad perjudicial para la contraparte o para un tercero. Pero cabe aclarar que, al tratarse de un procedimiento contradictorio, la decisión judicial —como todas— debe basarse en pruebas —por consiguiente, en virtud de ello, se excluye

²¹ CEREZO MIR José “La estafa procesal” en “Problemas fundamentales del Derecho Penal” Madrid, 1982, p. 112.

²² FERRER SAMA Antonio “Estafa procesal” en “Anuario de Derecho penal” 1966, p.6, citado por ROMERO Gladys “El delito de estafa” Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1998, p. 242.

²³ CEREZO MIR José “La estafa procesal” en “Revista de Derecho Penal” “Estafa y otras defraudaciones” T. I, DONNA Edgardo (Director), Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, ps. 111/112.

el engaño constituido por la sola afirmación o silencio contrario a la verdad que puede tratarse de una petición injusta, falsa o temeraria. Así, Núñez requiere que la estafa procesal cometida en un proceso reclama un fraude en los elementos que deben motivar la decisión judicial, como podrían ser pruebas fraudulentas —documentos falsificados o adulterados o uso fraudulento de documentos material e ideológicamente genuinos o cualquier otro medio de prueba fraudulento²⁴.

Rojas Pellerano considera que la estafa procesal es el despojo patrimonial llevado a cabo durante el curso de un proceso destinado a engañar al juez y obtener de él una decisión que produzca y consagre dicho despojo²⁵.

Vazquez Iruzubieta estima que se pretende arrimar al ánimo del juez una visión deformada de los hechos, con pruebas falsas que lo avalen, con el objeto de obtener una sentencia judicial ventajosa y que responda a una injusta pretensión²⁶.

Más recientemente Zavaleta ha dicho que la estafa procesal se puede definir de manera análoga a la estafa genuina, esto es y en objetividad, cuatro elementos: conducta ardida —en vez de engañosa—, error, acto de disposición y perjuicio pero, como rasgo exterior y peculiar, el ardid se lanza dentro de un juzgado o tribunal con competencia en materia patrimonial, dirigido a los jueces que son los habilitados para dictar resoluciones —decretos, sentencias interlocutorias homologatorias y definitivas, con potencialidad de concretar actos de disposición que le ocasionan un detrimento a la propiedad en sentido amplio de la contraparte, a favor del estafador o de un tercero²⁷.

²⁴ NÚÑEZ Ricardo “Iniusta petitio...” (ob. cit. LL 63 - 718); “Tratado de Derecho Penal”, Ed. Marco Lerner, Córdoba, 1989, t. IV, ps. 308/310; SOLER Sebastián (ob. cit. t. IV, p. 321); ROMERO Gladys (ob. cit. p. 239). ABOSO Gustavo (ob. cit. LL 1997 - C - 879). En contra MUÑOZ CONDE Francisco, para quien en el caso se utiliza al juez o tribunal como un instrumento de comisión del delito de estafa. “Derecho Penal. Parte Especial”, 20a edición completamente revisada y puesta al día conforme a las Leyes Orgánicas 1/2015 2/2015 de 30 de marzo, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 375; en el mismo sentido DE LA FUENTE Javier E. “¿Puede el demandado cometer el delito de estafa procesal?” LL 1996 - E - 1163.

²⁵ ROJAS PELLERANO Héctor “El delito de estafa y otras defraudaciones” t. I Ed. Lerner, Buenos Aires, 1983, p. 267.

²⁶ VAZQUEZ IRUZUBIETA Carlos “Código Penal Comentado” t. III Ed. Plus Ultra, Buenos Aires, 1970, p. 279.

²⁷ ZAVALETA Miguel (ob. cit. p. 267.)

Báez la define como la perpetrada en un proceso en el que el destinatario del engaño es el juez de la causa, mediante lo cual se busca obtener de él un fallo infundado, influido en una falsedad, que favorezca patrimonialmente a una de las partes en detrimento de la otra. Opera un desdoblamiento entre la víctima del fraude y el ofendido por la defraudación. Víctima es el juez y el ofendido es la persona a la que afecta la sentencia o resolución judicial dispositiva de la propiedad. Las pruebas que se utilizan no sólo pueden ser falsas, sino que las mismas pueden ser verdaderas radicando el fraude en las formas de su utilización²⁸ o en la ilegitimidad de la tenencia. Se descarta de este tenor las demandas o peticiones injustas, las exageraciones ya que se debe acompañar material convictivo falso —o verdadero, pero en las condiciones ya mencionadas—, pues los jueces no pueden fallar sólo de las alegaciones desprovistas de las probanzas que las avalan²⁹.

De La Fuente conceptualiza la estafa procesal como la que se comete dentro de un proceso con el fin de obtener un fallo de contenido patrimonial que favorezca injustamente a una parte en perjuicio de otra³⁰.

Cabe adunar que:

“Los procesos donde sólo es factible la perpetración de la estafa procesal deben versar necesariamente, atento el objeto de la protección penal, sobre cuestiones de contenido patrimonial, por excelencia, los juicios civiles, comerciales, laborales, e incluso penales condicionado al ejercicio de la acción civil dentro del proceso.”³¹

Surge la pregunta de si existe la estafa procesal como instituto.

Cerezo Mir también puntualiza que la estafa procesal no es la simple mentira en el proceso o la falta de respeto a los órganos de la administración de justicia, por eso sólo cabe hablar de estafa procesal si se dan en el hecho todos los elementos del delito de estafa. La estafa procesal es sólo una especie de dolo o fraude procesal, es decir, que se podrá hablar de ella si se dan todos los elementos del delito de estafa. Pero plantea algunas dificultades sobre la apreciación en la

²⁸ BAEZ Julio - COHEN Jessica “*Estafa procesal y documentos auténticos*” LL 2000 - E - 1057.

²⁹ BAEZ Julio “*El demandado y la estafa procesal*”, LL 2000 - E - 1039.

³⁰ DE LA FUENTE Javier “*¿Puede el demandado....?*” (ob. cit. LL 1996- E-1163)

³¹ ABOSO Gustavo, (ob cit LL 1997 - C - 879).

conducta de las partes del engaño característico de la estafa, por ejemplo, al basarse el proceso civil en el principio de controversia entre las partes, son lícitas las pretensiones aventuradas o temerarias, limitándose la ley a sancionar con las costas la temeridad de los litigantes. “Es cierto que no se establece en nuestro ordenamiento procesal civil —al igual que en el autóctono— un deber de veracidad de las partes, como el que se introdujo en la LECiv. alemana (ZPO) en el Art. 138 por la Ley de 27 de octubre de 1933 —“Las partes tienen que hacer las manifestaciones de hecho completas y conforme a la verdad” —. No obstante, creo que las partes abusan de su derecho —a formular las alegaciones que crean pertinentes en defensa de sus intereses— cuando hagan afirmaciones conscientemente falsas. Una cosa es la defensa de pretensiones aventuradas, temerarias, o incluso injustas, pero creyendo erróneamente en su justicia, y otra la formulación de pretensiones conscientemente injustas. De la esencia del proceso civil, del principio de la controversia entre las partes, se deriva la licitud de todas las afirmaciones mientras se crea, se confíe o se considere meramente posible que sean justas. Del principio de la controversia entre las partes no se deriva, en cambio, a mi juicio, la licitud de las afirmaciones conscientemente falsas³². Si bien aduce que esto puede resolverse por disposiciones procesales o por la imposición de costas, multa o resarcimiento de daños, concluye en que las afirmaciones conscientemente falsas de las partes son ilícitas y constituyen un engaño susceptible de realizar la figura del delito de estafa³³; pero la característica de dichas afirmaciones de una parte sólo constituye un engaño que puede llegar a configurar estafa “cuando sea mantenida después de haber sido rebatida por la parte. Sólo cuando la afirmación de una parte ha sido rechazada por la otra se convierte en objeto de examen para el juez, de acuerdo con el principio de controversia entre las partes. Hasta ese momento no puede estimarse, por ello, que

³² CEREZO MIR (ob. cit. ps. 115/117). Para ello se apoya en las aseveraciones de PRIETO CASTRO en el sentido de que la libertad de conducta reservada a las partes no puede ir tan lejos que permita la licencia, el ataque a la buena fe y a la ética procesal y el empleo deliberado del dolo y el fraude ya que no obstante reconocer que el proceso sea una lucha, se persigue el derecho guiado por la verdad tanto en el fondo como en la forma (Cfme. PRIETO CASTRO Rosamar “*Ética procesal. Valoración de las conductas de las partes. Estudios y comentarios para la teoría y la práctica procesal civil*”, 1, Madrid, 1950, ps. 141 y sgtes.; “*Derecho procesal civil*” 1º parte, Madrid, 1964, p. 353).

³³ En el proceso penal se estima que están sujetos al deber de veracidad el denunciante, el querellante y el perjudicado y se considera que pueden ser, por ello, sujeto activo del delito de falso testimonio (Cfme. CEREZO MIR ob. cit. p. 119 nota 24).

la declaración vaya dirigida a engañar al juez (salvo en el caso de proceso simulado o de engaño previo del contrario). Su destinatario es la otra parte³⁴.

Un sector de la doctrina alemana, encarnada fundamentalmente por Grünhut, han formulado objeciones sobre el tópico de la estafa procesal ya que este tipo no es adecuado para sancionar un abuso de las instituciones jurisdiccionales del Estado, entendiéndose que para ello ya existen otras figuras delictivas tales como las falsedades documentales y el falso testimonio y además, pueden crearse otras nuevas, sobre la base de que el bien protegido sea la fe pública o la administración de justicia y no el patrimonio, por ello propone, la creación de una nueva figura dentro de los delitos contra la administración pública. Hamm también asevera que, si alguien causa un perjuicio a otro mediante el engaño de un particular, es algo completamente distinto que si se abusa del juez, el Derecho y el Estado utilizándolo como instrumentos para los fines propios, de este modo la figura de estafa procesal pone en relación fenómenos vitales que, según su naturaleza, son diferentes entre sí. Consecuentemente la inclusión de estas conductas en el tipo de estafa no es correcta ni resulta adecuada al tipo de autor, ya que la verdadera razón en que podría basarse su punibilidad es el menosprecio al tribunal y el peligro de la administración de justicia. Sin embargo, este último autor, admite la aplicación de la estafa a falta de una figura adecuada.³⁵ No obstante estos argumentos, la tesis de estos autores no ha encontrado eco en la doctrina alemana porque la opinión dominante y la jurisprudencia de ese país admite la posibilidad de la estafa procesal.-

A esta tesis también parece adherirse Rodríguez Devesa al sostener que no es posible la estafa procesal por tres razones: el juez no puede ser engañado; quien se somete a un juicio no actúa contra la ley; el juez no ejecuta actos positivos sobre el patrimonio ajeno³⁶.

En la doctrina nacional se advierte una postura parcializada. En un primer trabajo de Tozzini sostenía que el engaño al magistrado a cargo del proceso está limitado al ámbito del supuesto en que se utilizan instrumentos falsos por parte del demandante, requiere por ello una especial calidad de autor.

³⁴ Idem (ob. cit. p. 124).

³⁵ Autores citados por CEREZO MIR (ob. cit. ps. 113/114 notas 5y 6).

³⁶ RODRÍGUEZ DEVESEA José "*Derecho penal español. Parte especial*" 8ª edición, Madrid, 1981, p. 454 citado por ROMERO Gladys (ob. cit. p. 242).

“En efecto, bien mirado el caso desde el punto de vista del actor, es decir, de quien se vale de tales instrumentos para iniciar una acción legal contra un tercero y, con un medio ardidoso de exhibir instrumentos falsos, procurar que el juez, inducido así a error, dicte a favor de aquél una sentencia que produzca al demandado, como directamente derivado de ese engaño y de ese error, un daño patrimonial, sean en beneficio del accionante o de un tercero, no puede caber duda de que, efectivamente, tal conducta parecería adecuarse a todos los requisitos (...), objetivos y subjetivos, exigidos para la correcta configuración de la figura penal de la estafa”³⁷.

En tanto con respecto al deudor demandado no ocurre lo mismo, el caso del aporte de una prueba documental falsa para acreditar la cancelación, pues si bien podría decirse que intentó con dolo una acción de engañar y con ello producir en el magistrado un error, no se conjugan —a su entender— los demás requisitos de la estafa, ni siquiera tentada. Esto en virtud de que la prueba instrumental falsa lleva el objetivo de defenderse y consecuentemente debe desplegarse todo el contralor jurisdiccional y de las partes. Se asienta en la premisa de que la estafa es un delito de daño concreto y no de peligro y que la demora en el cumplimiento de una obligación patrimonial, sin afectarla en su monto o sus beneficios, no es defraudadora porque no altera la compensabilidad del crédito en sí, y porque los perjuicios emergentes de una mejor utilización del capital son extratípicos, como lo son los gastos emergentes de la demora. Para ello se esgrime la opinión de Núñez, no obstante que éste estima que la estafa puede ser cometida por cualquiera de las partes. Todo ello sin perjuicio de que el deudor pueda ser considerado autor del delito de falsificación o uso de instrumento privado falso o sin perjuicio de las sanciones por temeridad y malicia demostrada en el juicio que contemplan el C.P.C.N y la ley de colegiación obligatoria. Luego cita varios casos en que la doctrina ha considerado la estafa procesal cometida por los actores³⁸.

En otro posterior trabajo se muestra más estricto pues, repitiendo algunos argumentos expuestos anteriormente, estima que el intento de engañar al juez

³⁷ TOZZINI Carlos “La calidad de autor en la estafa procesal” en “Revista de derecho penal” 2000-1 “Estafas y otras defraudaciones - I” DONNA (Director), Ed. Rubinzal - Culzoni. Santa Fe, 2000, p. 139.

³⁸ Idem (ob. cit. p. 140 y sgtes).

en el ámbito de sus funciones específicas demostraría que esta acción, más que tender a lesionar al patrimonio de un particular, atenta directa y fundamentalmente contra la correcta administración de justicia.

“Sin embargo, este distinto enfoque entre la conducta del actor y la del demandado [cosa que había discriminado en el anterior trabajo], tal y como anticipamos, se ha vuelto una posición de “mínima”, ante las argumentaciones, más contundentes si se quiere, en contra de la punibilidad de toda suerte de estafa procesal, que se hacen sobre la base de que ella, además de ser, como ha quedado demostrado, un delito imposible, dado su incapacidad para engañar al juez y a la contraparte, con lo cual su incriminación viola el principio de ofensividad o lesividad del delito, al ser asimismo un comportamiento no previsto en una norma incriminadora expresa, viola a la vez el principio de legalidad, y sus componentes: el de tipicidad y el de taxatividad en la incriminación y en la determinación de los preceptos y de las sanciones penales”³⁹.

Me permito discrepar con la opinión vertida por el eminente jurista antes citado, pues, considero en consonancia con la mayoritaria corriente doctrinaria y jurisprudencial que la estafa procesal se puede dar dentro de los cánones establecidos por el tipo genérico del Art. 172. En efecto, la última parte de dicha norma acoge la posibilidad de que el fraude se traslade al ámbito de un proceso, más precisamente en las entrañas del mismo y si bien es factible admitir que concurre el mansillamiento de la administración de justicia, pues se miente o engaña al operador judicial, por eso también se habla de un delito de naturaleza pluriofensiva, lo cierto y concreto es que se ataca directamente la propiedad o patrimonio de una de las partes de la relación procesal, de allí que se considere más adecuada la protección de aquel bien protegido⁴⁰.

³⁹ Idem “¿Existe el delito de estafa procesal?” LL 2000 - E - 773.

⁴⁰ FIGARI Rubén “*Delitos contra el Patrimonio. Concordado con el Código Civil y Comercial de la Nación.*” t. I, Ed. Advocatus, Córdoba, 2018, ps. 525/526.

VII. Sujeto activo

Con respecto a sí sólo el demandante puede ser sujeto activo del delito o también de alcance esta calidad al demandado se ha generado dos posiciones antagónicas.

Entre los que abogan por que sólo el demandante puede ser sujeto activo del delito se encuentra Tozzini quien sostiene que el delito de estafa procesal es de aquellos tipos penales llamados “especiales”, por cuanto al tener la particularidad de perpetrarse mediante un juicio y, por lo tanto, de tener como un sujeto pasivo del engaño al magistrado a cargo del proceso concretándose en el sólo supuesto en que se utiliza instrumentos falsos, requiere de una especial calidad de autor, que es la del “demandante”; “en cambio, en la acción del deudor que procura defenderse mediante la presentación en juicio de un instrumento falso, no se observaría que esa acción de engañar y, así, de provocar un error, posea, por un lado, la ofensividad que reclama el tipo de la estafa como de daño efectivo, y no meramente potencial, ni, por el otro lado, aun cuando pudiese lograr una disposición judicial que fuera en contra del patrimonio del actor, que ella sea nueva, es decir, diferente de aquella que constituyó la contratación primitiva incumplida”⁴¹. Comparte la primera afirmación del autor precedentemente nombrado, Buompadre⁴², mas no la segunda porque considera que en el mecanismo que supone la estafa, la persona engañada es quien debe realizar la disposición patrimonial lesiva para el patrimonio propio o de un tercero, o sea, que debe existir identidad entre engañado y disponente; de otra manera, faltaría el lazo de causalidad entre el error y el acto dispositivo, pero no necesariamente debe ser así cuando se trata de engaño y perjudicado, en cuyo caso pueden tratarse de personas distintas. Pone por ejemplo los casos de colusión o simulación de pleitos entre actor y demandados, los que, fingiendo una deuda entre ambos, suscriben un documento que posteriormente es ejecutado judicialmente por el primero contra el segundo, lográndose una medida cautelar que beneficia a éste en perjuicio de un tercero —con quien en realidad, el demandado tenía contraída una deuda—; en esta situación, el demandado es “autor de estafa procesal, por cuanto su conducta —aunque en complicidad con la parte contraria— ha sido dirigida a producir un error en el magistrado para perjudicar patrimonialmente a un tercero”⁴³.

⁴¹ TOZZINI Carlos “¿Existe...?” (ob. cit. LL 2000-E- 773).

⁴² BUOMPADRE Jorge “*Delitos contra la propiedad*” Ed. Mave, Corrientes, 2008, p. 211.

⁴³ Idem (ob . cit. ps. 211/212)

En otro andarivel campea la idea de que tanto el demandante como el demandado pueden ser sujetos activos del delito de estafa procesal.

De la Fuente apoyándose en la visión que tienen Soler y Núñez en cuanto al patrimonio no ampara todos los derechos reales y personales, y en general todos los intereses económicos apreciables, las falsedades ardidosas del demandado que causan un perjuicio patrimonial, aunque no logren una disposición, concretan la estafa procesal, considera que el demandado en un proceso puede ser sujeto activo del delito de estafa procesal, pues la sentencia dictada por el juez engañado, implica un perjuicio patrimonial para la parte contraria, desde que ésta se verá impedida de ejercer un derecho o de obtener una utilidad cierta⁴⁴.

Báez en varias publicaciones se inclina por la posibilidad de atribuir responsabilidad penal también al demandado, invocando argumentos similares a los del anterior autor al basarse en el alcance del concepto de propiedad como bien jurídico protegido y en la unánime posición de la doctrina respecto a que la protección de la ley represiva no se reduce a la propiedad en el sentido de dominio del art. 2506 del C.C. (actual art. 1941 del C.C. y C.), sino que se extiende a los derechos que otorga el art. 17 de la C.N. que comprende todas las relaciones jurídicas que se pueden llegar a poseer y que reconocen su fuente en relaciones personales, por lo tanto, la tutela penal abarca de este modo la tenencia, posesión, dominio y demás derechos reales, en virtud del poder que se tiene sobre bienes que se pueden llegar a poseer y que reconocen su fuente en relaciones personales, también las cosas procedentes de otros títulos o situaciones jurídicas que otorgan facultades aptas para aumentar los bienes de las personas que se encuentran dentro del patrimonio del sujeto así operen incluso como expectativa de pago. Todo ello en consonancia con las enseñanzas de Soler, Núñez y lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁴⁵.

Zavaleta se suma a esta corriente de opinión en el sentido que el sujeto activo de la estafa procesal puede ser tanto la parte actora como demandada y además agrega al tercerista si es que la sentencia puede afectarle un interés propio⁴⁶.

⁴⁴ DE LA FUENTE Javier “¿Puede el demandado...?” (ob. cit. 1996-E-1163).

⁴⁵ BAEZ Julio “La estafa procesal” LL 2006- F- 580 y “El demandado...” (ob. cit. LL 2000-E- 1039).

⁴⁶ ZAVALETA Miguel (ob. cit. p. 271) “Al decirse “parte procesal” y atento a que el ordenamiento procesal civil de la Nación, no alcanza a definir ese concepto, puede acudirse al Art. 40, que en su primera frase expresa: “Toda persona que litigue por su propio de-

Reafirma esta postura Gavier al señalar que “representa una obviedad el hecho que no sólo el demandante puede ser autor de estafa procesal sino también lo puede ser el demandado reconviniendo o incluso, terceros que intervienen en el pleito como 3 ros. interesados o como terceritas; pero siempre como partes en el pleito, aunque más no sea en un incidente que es accesorio del juicio principal”⁴⁷.

Debo concluir en que la segunda apreciación sobre esta cuestión es la que más se condice con los fundamentos de la denominada “estafa procesal”. En efecto, no caben dudas que el demandante al presentar documentación espuria u operar —inducir a testigos o peritos— de esa manera para afirmar sus pretensiones —sobre todo en los procesos civiles donde rige el principio dispositivo— provoca el error en el juez quien dictará una sentencia falsa y por ende a raíz de ello deriva un perjuicio económico en los intereses del demandado; pero a su vez si éste hace lo propio también provoca el yerro del juzgador a quien le impide el dictado de una sentencia verdadera y consecuentemente tal situación se proyecta sobre las pretensiones del demandante. Es una cuestión de ida y vuelta, por lo tanto, no sólo recae la eventual responsabilidad penal en uno de los sujetos de un proceso, sino en ambos. En conclusión, en la estafa procesal —típica estafa en triángulo⁴⁸— se da la circunstancia de un desdoblamiento entre la víctima del engaño —juez o tribunal— y el ofendido —demandante o demandado⁴⁹ y algunos incluyen al tercerista—, pero el sujeto activo, utilizando

recho o en representación de un tercero”. “El tercero se transforma en parte cuando interviene en el juicio ya pendiente, Art. 90 C.P.C.C.N. Cuando se radica una demanda, se la contesta o interviene un tercero. El juez dicta un proveído en el que expresa que se lo tiene por (...) y parte. “Parte es la persona física o ideal, a quien el juez de la causa reconoce como legitimado para actuar en ella, persiguiendo un fin esencialmente práctico al fijar quienes pueden actuar en un juicio determinado”. Aparte es un sujeto del proceso, por la existencia de una relación de género a especie, pero no todo sujeto es parte, tal el caso del juez”. Con cita de FENOCHIETTO Carlos E. “*Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*” t. I Ed. Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 183.

⁴⁷ GAVIER Ernesto “*Delitos contra la propiedad consistentes en defraudaciones. Abusos de la situación. Apoderamientos de inmuebles y daños*” en “*Derecho Penal. Parte Especial II. Libro de estudio*” BALCARCE Fabián (Director) Ed. Advocatus, 4a edición, Córdoba, 2014, p. 47.

⁴⁸ Así lo entienden DONNA Edgardo “*Derecho Penal. Parte Especial*”, t. II-B, Segunda Edición Actualizada, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2012, p. 39; BUOMPADRE Jorge “*Estafas y otras defraudaciones*” Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, p. 80; ROMERO Gladys (ob. cit. p. 349).

⁴⁹ Así también LASCANO Carlos “*Algunas cuestiones acerca de la estafa procesal*” en

pruebas o elementos de convicción falsos o verdaderos, pero mañosamente desplegados⁵⁰, induce a error a la víctima para que ella produzca una resolución con la que se afecta y perjudica patrimonialmente al sujeto pasivo.

VIII. ¿Hay autoría mediata?

En este trance, se ha dicho que el juez o tribunal al ser un instrumento de comisión del delito se produce una verdadera autoría mediata, entendida ésta como la acción del que comete un hecho por medio de otro, quien para su ejecución se sirve como instrumento. Participa de esta idea Muñoz Conde quien entiende que en los casos en que un proceso se engaña a un juez y a consecuencia de éste dicta una sentencia judicial injusta que perjudica a la otra parte se da la llamada estafa procesal. En este caso, se utiliza al juez o tribunal como instrumento de comisión del delito de estafa en verdadera autoría mediata⁵¹. Donna también

“Pensamiento penal y criminológico. Revista de Derecho Penal integrado” año VII - n° 11, Ed. Mediterránea, Córdoba, 2007, p. 201.

⁵⁰ Si bien se ha adoptado oportunamente la tesis amplia que descarta la “*mise en scène*”, no debe considerarse que al hablar de despliegues mañosos en este tipo de delito se hace referencia a dicha forma de actuar. Lo que se quiere insinuar es que dadas las características de la estafa procesal, donde intervienen el aparato judicial y letrados, la maniobra requiere un cierto refinamiento y urdiembre para precisamente engañar a la víctima – juzgador – requiriéndose, en consecuencia un plus en el actuar del sujeto activo. “La estafa procesal requiere de los elementos propios de la estafa, entre ellos el engaño idóneo para producir error en la víctima; tal engaño puede estar constituido tanto por el uso de prueba documental falsificada como por el uso de documentos verdaderos pero fraudulenta y artificioamente empleados. Según la opinión que venimos exponiendo sobre el tipo de estafa, entendemos que si bien la simple manifestación falsa en el marco de un proceso jurisdiccional (simple mentira), desprovista de aptitud para engañar, por más temeraria o maliciosa que sea, no concreta el delito, debemos convenir que cuando tales afirmaciones (o negaciones) van acompañadas de otros elementos materiales (por ej. documentos falsificados) por medio de los cuales no sólo se convalidan las manifestaciones mendaces, sino que se pretende obtener un grado conviccional del juez para conducirlo a dictar una resolución contraria a los intereses patrimoniales de la parte contraria o de un tercero, el engaño adquiere suficiente aptitud como para producir el perjuicio patrimonial propio de la figura de estafa. La estafa procesal queda configurada también en aquellos supuestos en los que no sólo se demandan judicialmente documentos apócrifos, pretendiéndose cobrar lo no debido, sino también cuando el reclamo tiene su base en documentos verdaderos ya cancelados, retenidos o empleados fraudulentamente” (Cfme. BUOMPADRE Jorge “*Estafas ...*” ob. cit. p. 83).

⁵¹ MUÑOZ CONDE Francisco, “*Derecho Penal. Parte Especial*”, Undécima edición, re-

adhiera a dicha postura debido a que el juez actúa por error, causando el perjuicio, de manera que no existiría el desdoblamiento de la víctima tal como sucede en la estafa en triángulo⁵².

Empece a los argumentos dados a favor de esa alternativa, estimo juntamente con otros doctrinarios, que tal circunstancia no se da por la sencilla razón de que el juez no es quien realiza la acción típica sino el demandante, el demandado o el tercerista —si se admite a este último— quien ejecuta las maniobras que llevan al error del magistrado quien sólo ordena, basado en ese error, una disposición judicial que va en perjuicio del patrimonio del ofendido. Por ello se dice que el magistrado es víctima del engaño que motiva a dictar tal veredicto, pero en realidad no es él quien realiza la acción típica⁵³.

IX. Elementos que hacen a la estafa procesal

Se ha descartado que no cualquier mentira o engaño pueden inducir a error al juez en un pronunciamiento que perjudique la parte, por tal razón se le requiere la aplicación de una contracción inherente a su función fundada en la prudencia y razonabilidad, ello implica “aplicar un mínimo de diligencia exigible” a tal magisterio, de lo contrario fácilmente podría incurrir en un incumplimiento a sus deberes funcionales. Pero lo relevante es analizar cada caso en particular, pues justamente en cada caso los elementos convictivos fácilmente pueden diferir, y ellos, en la estafa procesal, virtualmente son dirimientes en el contexto en que se desarrolla la acción para la consumación o no de este tipo. Se ha sostenido que la ley no protege al que se quiere dejar engañar, y el hecho resulta atípico si el error proviene de la negligencia del sujeto pasivo, en este caso el juez.

Asimismo, se ha afirmado que la convergencia entre actor y demandado denominada “colusión” urdida para inducir en error al juez para que produzca un decisorio que perjudica los derechos de un tercero extraño al pleito, como sería simular un juicio de divorcio, para lograr una resolución de separación de bienes que le impida a los acreedores embargar el inmueble, la ejecución simu-

visada y puesta al día conforme al Código Penal de 1995, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 365.

⁵² DONNA Edgardo (ob. cit. t. II-B, p. 391); en igual sentido ABOSO Gustavo. (ob. cit. LL 1997 - C - 879)

⁵³ In extenso BAEZ Julio “*El silencio y la estafa procesal*” LL 2004 - E - 967.

lada para sustraer de los acreedores algún bien, eludiendo el riesgo de la acción pauliana, o el reconocimiento de créditos falsos para aumentar el pasivo concursal, pueden constituir casos de estafa procesal⁵⁴.

En definitiva, no basta que se aporte al proceso un elemento probatorio falso y que la decisión del juez sea perjudicial a la otra parte o a un tercero, pues, sin duda, debe mediar un nexo causal entre ambos y un perjuicio patrimonial imputable objetivamente a aquella actividad procesal que crea el riesgo no permitido, es decir, que ante la ausencia de estos elementos no habrá estafa procesal, no obstante la conducta del sujeto activo puede encasillarse en una falsedad documental, uso de documento falsificado, instigación al falso testimonio, etc. Según las atestaciones de Lascano (h) podrá configurarse el delito en cuestión cuando se reúnan algunos de los siguientes elementos del tipo objetivo:

“1. Que el sujeto activo haya utilizado en el proceso algunos de los siguientes ardides: a) Uso de prueba documental falsificada o adulterada (recibo falsificado para sostener la excepción de pago en el juicio ejecutivo); b) Empleo fraudulento y artificioso de documentos material e ideológicamente auténticos (si el autor para cobrar judicialmente un crédito que sabe que no se le debe, ejecuta pagarés dejados sin efecto, que no había restituido al librador); c) Utilización de cualquier medio probatorio fraudulento (testigos o informes periciales falsos; sustitución, ocultamiento o mutilación de algún expediente o documento; colusión dolosa entre ejecutado y tercerista apoyada por un contrato simulado) [ejemplo brindado *ut-supra*]. 2. Que los hechos falsos expuestos por el sujeto activo y acreditados mediante una “maquinación fraudulenta” (art. 931 C. Civil) [Art. 271 del C. C. y C.] hayan determinado el error del juez, y la consecuente sentencia injusta y perjudicial. O sea, tales ardides hayan sido idóneos para producir la equivocada convicción del juz-

⁵⁴ ZAVALETA Miguel (ob. cit. p. 274) citando a NÚÑEZ Ricardo (ob. cit. p. 311 nota 94 y 97). En este aspecto el Art. 103 del C.P.C.C.N expresa: “Cuando resultare probada la connivencia del tercerista con el embargado, el juez ordenará sin más trámite, la remisión de los antecedentes a la justicia penal e impondrá al tercerista, al embargado, u a los profesionales que los hayan representado o patrocinado o a todos ellos, las sanciones disciplinarias que correspondan. Asimismo, podrá disponer la detención del tercerista y del embargado hasta el momento en que comience a actuar el juez en lo penal”.

gador al fundamentar su fallo. 3. Aunque exista una sentencia firme, dictada por el tribunal como consecuencia de un error de hecho o de derecho inducido por la conducta procesal fraudulenta del sujeto activo, sino se produce el perjuicio patrimonial para la contraparte o un tercero, no se consuma este delito, que es material e instantáneo. Debe existir pues, una pérdida apreciable económicamente para el titular del bien jurídico protegido”⁵⁵.

Apunta Ciano que en todo proceso judicial cada una de las partes niega en forma sistemática los argumentos esgrimidos por la contraria y en circunstancias determinadas ello se erige en un imperativo procesal, pero en otras ocasiones no sólo se niega lo afirmado por la contraparte, sino que falsean la realidad o directamente inventan una versión de los hechos.

“Se ha afirmado que sólo excepcionalmente la mentira puede ser valorada como ardid suficiente para provocar el error que pueda configurar el fraude; y si sólo es excepcional para la estafa genérica, más difícil es aún imaginar de qué forma la simple mentira puede engañar a un magistrado. Si la mentira va acompañada de otras acciones, ya no será la mentira, sino la conjunción de las acciones señaladas lo que conforme el engaño; en cambio si sólo se miente al juez, el magistrado no puede resultar engañado por la simple mentira y en consecuencia, como principio general, tampoco habrá estafa procesal”⁵⁶.

Asimismo, la *injusta petitio* —petición dirigida a un órgano judicial, que contiene afirmaciones falsas, teniendo por objeto lograr que se haga lugar a la solicitud del demandante, condenando a la parte demandada a hacer algo a lo que no está obligada o abonar un monto superior al realmente debido— no constituye una estafa procesal, salvo que la misma sea acompañada por pruebas falsas. Es así que *injusta petitio* no basta por sí mismo para tipificar el fraude procesal y guarda parangón con la simple mentira.

⁵⁵ LASCANO (h) Carlos (ob. cit. ps. 204/205)

⁵⁶ CIANO Ariel “La estafa procesal y la defraudación por supresión de documentos” en “Temas de Derecho Penal argentino” FERRARA Juan (director), SIMAZ Alexis (coordinador), Ed. La Ley, Buenos Aires, 2006, p. 643.

En cuanto a la estafa procesal mediante el silencio puede ser factible su comisión en la medida que exista una obligación de denunciar o se ha asumido una posición de garante respecto del deber de conducirse en forma veraz “Entonces, quien se manifiesta silencioso en determinada petición procesal, incluso no evitando el error de otro, no comete el delito de estafa procesal —sino una mentira ausente entidad típica— cuando no se da una situación de excepción, vinculada con la garantía referenciada, merituable con carácter restrictivo, que lo obligaría a despejar el error de un tercero”⁵⁷.

X. Consumación y tentativa

En cuanto al momento de consumación las hipótesis no son concordantes sobre si se da en el instante en que se notifica la sentencia o el de ejecución, sea ejecutoriada o no.

Según Cerezo Mir, en la doctrina española el delito de estafa se consuma cuando el sujeto activo obtiene el lucro perseguido y en la alemana en la causación del perjuicio.

“En la estafa procesal, por tanto, el delito se consumará cuando recaiga sentencia firme o cuando, sin serlo, sea susceptible de ejecución provisional. En los demás casos, la sentencia que no sea firme no determina aún la consumación del delito, pues supondrá ya un perjuicio patrimonial para el sujeto pasivo (que verá disminuido su crédito), pero el sujeto activo no habrá obtenido aún provecho alguno. En algunos casos excepcionales el provecho injusto no se conseguirá hasta la ejecución de la sentencia”⁵⁸.

Oliva García⁵⁹ estima que no es preciso esperar a la ejecución de la sentencia pues ésta al encontrarse firme perjudica al perdidoso, quien ya ha perdido la disponibilidad de la cosa objeto del litigio. En este caso, considera que, no existe duda que hay una disminución patrimonial ya que la misma no aparece cuando

⁵⁷ BAEZ Julio “*Ocultamiento de herederos y estafa procesal*” LL 2007- A- 278.

⁵⁸ CEREZO MIR José (ob. cit. p. 133).

⁵⁹ OLIVA GARCÍA Horacio “*La estafa procesal*”, Madrid, 1970, p. 234).

desaparece el bien del patrimonio, sino incluso cuando se asume una obligación, pues de igual forma gravita sobre el patrimonio. No se puede perder de vista que la sentencia firme es ejecutable en cualquier momento y, por ende, desde el instante en que adquiere firmeza, una de las partes en virtud del acto de disposición del juez realizado sobre el patrimonio con la imperatividad propia de la actividad jurisdiccional, tiene la obligación de cumplir lo prescripto por aquélla.

Muñoz Conde había sostenido en ediciones anteriores que bastaba con la emisión de la sentencia, pero luego revé su postura y considera que se consuma cuando se produce la privación efectiva de bienes económicos al litigante vencido por cumplimiento o ejecución de la sentencia⁶⁰. En igual sentido Torio López⁶¹.

Para Núñez la estafa procesal —como la estafa en general— se consuma con la pérdida de la propiedad por el ofendido. Por consiguiente, tratándose de la sentencia o decisión judicial dispositiva de propiedad, debe distinguirse acerca de su eficacia para consumar la estafa: la que dispone el cumplimiento de una prestación susceptible de apreciación pecuniaria, como es la que se refiere al cumplimiento de obligaciones, no consuma por sí la defraudación y deja el hecho en el tramo de la tentativa mientras no se cumpla; pero la que es de por sí dispositiva de propiedad, como es la que niega una reivindicación o concede la prescripción de la deuda, consuma la defraudación⁶².

López González-Maiulini expresan su opinión teniendo en cuenta la concepción que se tenga sobre el patrimonio y en base a ello estiman que afirmar que el delito se consuma con la ejecución de la sentencia no alcanza, ya que, por ejemplo, con un embargo trabado en forma efectiva sobre el bien la existencia de una compensación económica elimina el perjuicio o éste es inexistente, de modo que resulta más atinado analizar la posibilidad de daño patrimonial en cada caso particular y de esta forma la mirada se extiende más allá del dictado, firmeza o ejecución de la sentencia⁶³.

⁶⁰ MUÑOZ CONDE Francisco (ob. cit. ed. 1996, p. 365).

⁶¹ TORIO LOPEZ Ángel “*Acción y resultado típico de la estafa procesal*” en “*Libro homenaje al profesor José Antón Oneca*”, Salamanca, 1982, p. 897) citado por MUÑOZ CONDE Francisco (ob. cit. ed. 1996, p. 365).

⁶² NÚÑEZ Ricardo (ob. cit. p. 312).

⁶³ LOPEZ GONZALEZ Mirta -MAIULINI Federico “*Estafa procesal. El momento de su consumación*” en “*Revista de derecho penal*” “*Estafa y otras defraudaciones*” T. II, DONNA Edgardo (Director), Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, p. 422.

Bien apunta Báez que, no obstante las particularidades que pueda tener la estafa procesal, el momento consumativo de esta resulta, en sus efectos, similar al de la estafa genérica, toda vez que el hecho se reputa consumado cuando se constata la pérdida del bien de propiedad del ofendido. Por ello, más allá de una sentencia judicial que consagre una prestación coactiva, es evidente que aún no se ha producido el desplazamiento del bien de una de las partes hacia la otra por imperativo de dicho resolutorio judicial y sólo se estaría en la faz de una tentativa⁶⁴.

De acuerdo al desarrollo que se ha hecho de este tópico, parecería, prima facie, que la estafa procesal tendría lugar en un juicio civil donde ambas partes pueden llegar a inducir error al juez para que, con las pruebas espurias aportadas, llegue una conclusión a favor de una u otra parte. Pero, es del caso que la situación en estudio, también se puede dar en el fuero penal, con la misma actitud puesta de manifiesto por el imputado o el querellante particular, para que justamente con el aporte de pruebas apócrifas se llegue a la condena de alguien que resulta ser inocente o a la absolución de quien no lo es, con el consiguiente perjuicio patrimonial, como sería el caso de la intervención del actor civil que luego o paralelamente inicia una acción indemnizatoria que se sustenta en un fallo erróneo en sede penal. También se puede citar como ejemplo la condena en sede penal en el caso de un accidente de tránsito, basado en la intromisión de pruebas no ciertas que inducen a error al juez y ello determina que la aseguradora demande posteriormente al supuesto culpable. La misma situación se puede dar en el fuero familiar, a guisa de ejemplo se puede exponer el caso de

⁶⁴ BAEZ “*El silencio ...*” (ob. cit. p. 973) “... Durante todo el desarrollo de ese proceso, y hasta tanto el imputado no desista de su pretensión injusta, el delito se encuentra tentado saliendo de ese estado ... en el momento en que la víctima ve disminuido su peculio y no con el pronunciamiento jurisdiccional que “dice el derecho” ... la presentación de la demanda falsa es sólo un acto preparatorio – ajeno a la reacción penal – que sale de ese estado cuando se introduce al proceso el material espurio.” LASCANO (h) afirma que la estafa procesal es un delito progresivo, pues se desenvuelve a lo largo del proceso, mediante la sucesivas maniobras tendientes a obtener ardidosamente la resolución judicial errónea y perjudicial para los intereses económicos del otro y tal característica es decisiva para la configuración de la tentativa – que puede implicar una conducta permanente – y para determinar el momento en que cesa de cometerse, a los fines del comienzo del plazo de prescripción de la acción. Entiende, que el comienzo de ejecución del delito tiene lugar con la iniciación de la conducta procesal ardidosa, esto es, al presentar la demanda ejecutiva acompañando un pagaré falso, o posteriormente, al producir prueba falsa o al iniciarse la tercería con colusión entre ejecutado y tercerista apoyada con elementos fraudulentos (Cfme. LASCANO (h) ob. cit. ps. 205/206).

una demanda de alimentos incoada en base a prueba falsa que lleve al juez a dictaminar en un sentido errado, con el consecuente perjuicio patrimonial por parte, en este caso, del demandado.

XI. Conclusión

Dada la extensión del fallo se ha hecho menester un comentario también extenso y tratar de analizar los diferentes institutos que el tribunal de juicio ha aplicado a los hechos sometidos a juzgamiento como así también la consecuente responsabilidad de los implicados. Así se llega a la conclusión que éstos conformaron una asociación ilícita para, mediante la falsificación de certificados médicos que daban cuenta de diferentes enfermedades laborales, elaborar demandas contra las A.R.T. Provincia y Segunda con el objeto de obtener, luego de llegar a un convenio en connivencia con los abogados de las aseguradoras, montos y acuerdos que luego fueron homologados por el juez laboral competente —mediante una estafa procesal— provocando el perjuicio patrimonial correspondiente.



Algunas aproximaciones a los procesos urgentes y los Códigos Procesales de Cuyo

ABG. CARLOS EMILIO NEIROTTI

I. La insuficiencia de las medidas cautelares en los procedimientos modernos

A partir de una insigne frase de Peyrano que dice: todo lo cautelar es urgente, pero no todo lo urgente es cautelar, es que me inspira a desarrollar el presente trabajo. Estos procesos —los urgentes—, que cada vez registran mayor frecuencia en la práctica forense han ido tomando un protagonismo digno de destacar. Las razones son variadas; sea porque los procesos de conocimiento del derecho procesal clásico han ido perdiendo eficacia para llevar justicia a los ciudadanos en tiempo oportuno, por el abuso en el ejercicio de derecho de defensa, y correlativamente desde hace varios años a esta parte por el surgimiento de pretensiones urgentes, en fin; de todas maneras la intención es visualizar los procesos urgentes en general y su análisis en las legislaciones procesales de la región, y verificar la necesidad de una regulación más específica, pues la que existe aparece como insuficiente.

Las herramientas cautelares que tienen a su alcance los justiciables —tanto en la Argentina como en la mayoría de los países de Latinoamérica— son insuficientes, o, más bien inidóneas para resolver de manera adecuada determinadas “situaciones urgentes”. Ahora bien: ¿qué entendemos por tal? Pues calificamos de ese modo a ciertas coyunturas que reclaman una pronta respuesta y solución de parte del órgano jurisdiccional. La existencia de una “situación urgente” se da cuando, v.gr., resulta admisible un amparo o un habeas corpus, y también, claro está, cuando deviene procedente el despacho de una medida cautelar. De ahí la justeza de la ilustrativa frase “si bien todo lo cautelar es urgente, no todo lo urgente es cautelar”. La categoría “urgente” es más amplia que el espacio concedido a una de sus especies, cual es la diligencia precautoria o cautelar. Sucede que algunas “situaciones de urgencia” no pueden encontrar una debida solución

en el marco del proceso cautelar ortodoxo. ¿Cuándo ocurre ello? Pues cuando, en verdad, el único interés que le asiste al justiciable es el de remover la urgencia, y punto. Vale decir que no pretende ni desea promover pretensión principal alguna posterior y pese a ello, se ve compelido a promoverla para así estar en condiciones de postular (y de conservar) la cautelar que realmente le importa. Sobre el particular, hemos dicho que “ante la falta de mecanismos idóneos los justiciables se ven obligados a ‘inventar’ procesos principales (habitualmente amparos o pretensiones meramente declarativas) para poder estar en condiciones de encaballar en los mismos pedimentos ‘cautelares’ cuya sustancia es, en realidad, lo único que les interesa y motoriza”¹.

Los repertorios jurisprudenciales son pródigos en casos en los cuales, a todas luces, para solucionar la “urgencia” se ha debido acudir a la vía oblicua de tener que promover una pretensión principal para así mantener “viva” la solución de urgencia lograda. En caso contrario, se operaría la temida caducidad de la diligencia precautoria concedida.

II. Categoría de los derechos que se discuten en los procesos urgentes

a. Derechos fundamentales y derechos humanos

En la terminología jurídica arraigada en España y en algunos otros países europeos (Alemania, Italia, etc.), la expresión ‘derechos fundamentales’ designa los derechos garantizados por la Constitución. Hay que destacar, sin embargo, que se trata solamente de un uso lingüístico establecido en algunos países. Por ello, es preciso ir más allá de las palabras y abordar el problema conceptual: ¿hay alguna diferencia relevante entre que la declaración de derechos haya sido aprobada mediante normas de rango constitucional o que lo haya sido mediante normas de rango legal o, en todo caso, infraconstitucional?

Ciertamente, el concreto régimen jurídico y, en especial, los mecanismos de protección de los derechos variarán según cuál sea el rango jerárquico de la

¹ PEYRANO, Jorge W. *Lo urgente y lo cautelar*. En: J.A., 1995-I. p. 889. También puede consultarse sobre el particular CARNOTA, Walter. *De cronogramas, amparos y medidas cautelares*, E.D., Boletín de 117 de Abril de 1996. Puede también consultarse El Proceso Civil y los Proyectos de reforma “Jaqué” a la pendencia. RÍOS, Gustavo Alejandro. En: Libro de Ponencias del XVIII Congreso Nacional del Derecho Procesal. p. 432.

norma en que estén reconocidos. Ahora bien, ello no autoriza a olvidar que se trata siempre de derechos tendientes a salvaguardar unos mismos valores que, desde un punto de vista moral y político, se consideran básicos. En este orden de ideas, Luigi Ferrajoli, un distinguido filósofo del derecho italiano, ha dado recientemente una definición original y refinada de la idea de derechos fundamentales: derechos fundamentales serían aquellos derechos que, en un ordenamiento dado, se reconocen a todas las personas —o, en su caso, sólo a todos los ciudadanos— por el mero hecho de serlo. Se trataría de derechos inherentes a la condición de persona o de ciudadano, tal como ésta es concebida en dicho ordenamiento; y, por eso mismo, serían derechos universales, en el sentido de que corresponden necesariamente a todos los miembros del grupo (personas o ciudadanos)².

La concepción formal de los derechos fundamentales, para la cual lo crucial no es su contenido, sino el rango de la norma que los reconoce. En la concepción formal, sólo son derechos fundamentales aquellos que están declarados en normas constitucionales o, al menos, en normas de rango supralegal. La idea que subyace aquí es que lo verdaderamente característico de los derechos fundamentales es su resistencia frente a la ley o, si se prefiere, que vinculan a todos los poderes públicos, incluido el propio legislador democrático. Ello sólo puede lograrse si se trata de derechos recogidos en normas de rango superior al de la ley. Así, la concepción formal de los derechos fundamentales sólo es viable en ordenamientos provistos de constitución rígida y de control de constitucionalidad de las leyes, puesto que sólo en esas condiciones es posible invocar derechos frente al legislador.

Sin embargo, la concordancia entre las concepciones formal y material de los derechos fundamentales no es necesaria, pues a veces se declaran, mediante normas de rango constitucional, derechos que nada tienen que ver con los valores básicos del constitucionalismo contemporáneo.

En resumen, hay dos posibles concepciones de los derechos fundamentales, no necesariamente incompatibles entre sí. La concepción formal pone el acento en que la máxima fortaleza jurídica de los derechos se produce cuando son declarados a nivel constitucional y hay, además, vías para la aplicación jurisdiccional de la constitución. La concepción material, por su parte, insiste en que

² FERRAJOLI, Luigi *Colección estructuras y proceso*, Serie Derecho, Ed. Trotta, cuarta edición 2009

regímenes jurídicos distintos no dan forzosamente lugar a realidades diferentes; y recuerda, además, que los países jurídicamente más refinados no son siempre y necesariamente los más efectivos en la protección de los derechos, ya que aquí entran en juego también otros factores (políticos, culturales, organizativos, etc.)³ Por su parte una primera definición de los derechos humanos puede ser: el conjunto de atribuciones reconocidas en los instrumentos internacionales y en las Constituciones para hacer efectiva la idea de la dignidad de todas las personas y, en consecuencia, que puedan conducir una existencia realmente humana desde los ámbitos más diversos, los que se imbrican, como el individual, el social, el político, el económico y el cultural⁴.

Los que actualmente se denominan derechos humanos han recibido a través del tiempo diversos nombres. Entre algunos de ellos se pueden mencionar los siguientes: derechos del hombre, garantías individuales o sociales, derechos naturales, derechos innatos, derechos esenciales, libertades públicas, derechos de la persona humana, derechos públicos subjetivos y una denominación que se ha extendido es la de derechos fundamentales, a tal grado que existe una importante corriente doctrinal que se basa en diferenciar éstos de los derechos humanos. Es probable que actualmente esta última corriente sea predominante.

Las definiciones de derechos humanos son infinitas. Muchas enfatizan que son aquellos que la persona posee por su propia naturaleza y dignidad, son aquellos que le son inherentes y no son una concesión de la comunidad política; que son los que concretan en cada momento histórico las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, los cuales deben ser reconocidos positivamente por el orden jurídico nacional e internacional; que son los que corresponden a la persona por esencia, simultáneamente en su vertiente corpórea, espiritual y social, y que deben ser reconocidos y respetados por todo poder o autoridad y toda norma jurídica positiva, pero que ceden en su ejercicio ante las exigencias del bien común; que son expectativas no previstas con claridad en alguna norma jurídica, incluso se llega a identificarlos con los “derechos morales”; que son aquellos imprescindibles para poder conducir una vida digna y auténticamente humana, y constituyen el elemento fundamental de un Estado constitucional democrático de derecho.

³ DíEZ-PICAZO, Luis María *Sistema de derechos fundamentales*, Ed. Thomson-Civitas, p. 33

⁴ http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932011000200001

En cambio, los derechos fundamentales, en el criterio de diversos autores, son aquellos que están recogidos en el texto constitucional y en los tratados internacionales, son los derechos humanos constitucionalizados; que su propia denominación indica la prioridad axiológica y su esencialidad en relación con la persona humana; que son los derechos humanos que se plasman en derecho positivo vigente, son las normas que protegen cualquier aspecto fundamental que afecte el desarrollo integral de la persona en una comunidad de hombres libres y en caso de infracción existe la posibilidad de poner en marcha el aparato coactivo del Estado; que son un sistema de valores objetivos dotados de unidad de sentido con interdependencia normativa, cuyo disfrute efectivo exige garantizar mínimos de bienestar económico para que se pueda participar en la vida comunitaria⁵.

En consecuencia, la relación entre derechos humanos y derechos fundamentales sería que los primeros implican un mayor matiz filosófico, guardan una connotación prescriptiva y deontológica, y aún no han sido objeto de recepción en el derecho positivo, mientras que los derechos fundamentales son los derechos y libertades reconocidos y garantizados por el derecho positivo de los Estados, y, para algunos autores, por el derecho internacional de los derechos humanos.

No obstante, considero que los conceptos de derechos humanos y derechos fundamentales cada día se acercan más y va a llegar el momento en que se van a identificar o van a ser sinónimos. Es la evolución y precisión de las ideas, pero, es más, es el sentido correcto del significado de la dignidad humana⁶.

b. Relación o diferencia de las medidas urgentes con las medidas cautelares

En primer término, se debe aclarar que calificamos a las medidas urgentes como a los procesos judiciales que están al servicio de ciertas coyunturas o situaciones que reclaman una pronta respuesta y solución de parte del órgano jurisdiccional.

⁵ *Ib idem*

⁶ Carpizo, Jorge. (2011). Los derechos humanos: naturaleza, denominación y características. *Cuestiones constitucionales*, (25), 3-29. Recuperado en 11 de febrero de 2019, de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S14059193201100020000&lng=es&tlng=es

Inmediatamente surge la noción de medidas cautelares como paradigma de proceso urgentes, entonces cabe decirse que, si bien las medidas precautorias tienen su regulación específica en la mayoría de las legislaciones procesales locales, las genéricas urgentes han tenido menos desarrollo legislativo, pero no así doctrinario o jurisprudencial.

Entonces se hace necesario formular algunas aclaraciones o diferenciaciones entre medida urgente y cautelar, que, de alguna medida ya fueron adelantadas al inicio del presente trabajo.

Los procesos cautelares, en ciertas ocasiones, no satisfacen adecuadamente las necesidades de 'respuesta inmediata' requerida por los justiciables. Parece que ha llegado la hora de diseñar una suerte de tutela judicial urgente sustantiva, vale decir con autonomía propia y con la finalidad de preservar ciertas y determinadas situaciones jurídicas. Morello también acuerda en el señalado distingo entre la citada 'tutela urgente' y la típica estructura cautelar, diciendo por falta de reglamentación y sólo por la comodidad que brindan las figuras análogas, para actuar esa tutela provisoria, nos valemos (por el cambio de circunstancias, la fragilidad de su cuantía sucesiva, o por las modalidades de su prestación) del régimen de las providencias cautelares, pero sin formar parte de él.⁷

Para mejor exponer los ribetes del proceso urgente, los contraponemos al del cautelar. Es un tanto escolar traer a cuento que son requisitos de este último la apariencia del derecho invocado, el peligro en la demora y la prestación de una contracautela. También lo es, memorar que el referido es un proceso 'abierto' (es decir que cualquiera fuere la coyuntura correspondiente si están reunidos los recaudos referidos al interesado podrá postular exitosamente que se despache en su favor una diligencia cautelar) y 'sirviente' (puesto que sólo puede existir en función de asegurar las eventuales resultas de un proceso principal respecto del cual es accesorio. Finalmente, el trámite cautelar se caracteriza porque se inicia con la postulación de que se despache favorablemente sin oír previamente a la parte destinataria de aquélla (*inaudita pars*).

En cambio, en el caso del proceso urgente (no cautelar), tenemos la concurrencia de las siguientes características: se reclama también peligro en la demora, se exige, no ya una apariencia del derecho alegado, sino una fuerte probabilidad (más que posibilidad) de que sean atendibles las pretensiones del peticionante,

⁷ MORELLO, Augusto M., *La cautelar satisfactiva*, JA 1995-IV-414, PEYRANO, Jorge W. *Lo urgente y lo cautelar* JA 1995-I-899

exigencia, esta última, que explica que no sea menester requerir contracautela. En relación con este último, memórese, otra vez, la opinión ya citada de Calamandrei quien convalidaba esa suerte de proceso urgente no cautelar al que llama 'declaración de certeza con predominante función ejecutiva' cuando se estaba ante una situación 'líquida', es decir marcada por una fuerte verosimilitud del derecho invocado, comprobada de ordinario merced a prueba prima facie. Por otra parte, tal proceso urgente es autónomo en el sentido de que no es accesorio ni tributario respecto de otro, agotándose en sí mismo; tratándose, además, de un instituto de alguna manera presidido por la idea del *numerus clausus*. Con esto último se intenta resaltar que, como regla, y aunque el legislador no lo haya dicho expresamente, el proceso urgente sólo podrá promoverse partiendo de alguna consagración legal que regule una situación en particular. Por sus especiales connotaciones, creemos que no puede defenderse un proceso urgente in genere sino de base legal (expresa o implícita) y destinado a disciplinar ciertas y precisas coyunturas. Por fin, corresponde destacar que el proceso urgente se asemeja al cautelar porque ambos se inician con la postulación de que se despache favorablemente e inaudita pars un pedido. Tal pedido inicial diferencia al proceso urgente de otros que son de 'respuesta inmediata' o 'trámite comprimido' (amparo, sumarísimo, etc.) pero que exigen la promoción de un proceso cautelar para lograr la 'respuesta inmediata' pretendida.⁸

En cualquier caso, se busca que el órgano jurisdiccional disponga medidas para hacer efectiva de manera real la salvaguarda de los derechos fundamentales y derechos humanos en juego.

III. Las legislaciones procesales de la región

Así las cosas, podemos ver los lineamientos generales en cuanto a cómo están previstos o regulados en los ordenamientos procesales regionales los procesos de los que venimos hablando.

En el Código Procesal, Civil, Comercial y Tributario de Mendoza, que entró en vigencia el 1° de febrero del año 2018, están previstas sólo las medidas cautelares en los arts. 112 a 130. Allí tienen un desarrollo genérico y luego puntual de cada una de las medidas previstas, siendo la enumeración enunciativa, puesto

⁸ PEYRANO, Jorge W. *Lo urgente y lo cautelar*. En: J.A., 1995-I. p.889.

que también se prevén medidas innominadas no previstas en el código pero que surjan o se deduzcan en la legislación de fondo; en general están destinadas a proteger bienes u objetos de contenido económico, sin referencia a las personas. No existe regulación específica ni diferenciada de la tutela urgente, sea en el formato de autosatisfactiva o despacho interino; por lo tanto, se entiende que, para canalizar alguna pretensión urgente, deberá recurrirse al amparo o a la medida autosatisfactiva innominada.

Por su parte el Código Procesal de Familia y Violencia Familiar, sancionado para fines del año 2018 y vigente a partir de principios del año 2019, incorpora desde el art. 64 a 67 el proceso urgente, como tipo procesal abierto, en el cual pueden tramitarse todo tipo de pretensión urgente con fuerte verosimilitud del derecho.

En ella podemos incluir en sentido amplio, cuestiones relacionadas con la salud, la educación, el centro de vida, con la subsistencia básica (alimentario) de las personas. Las mismas pueden tener el ropaje procesal de medida urgente, sea a través de la figura de las medidas precautorias nominadas o innominadas, las medidas autosatisfactivas y las sentencias anticipatorias. Asimismo pueden ser preparatorias, es decir, como la medida de instrucción preventiva (art. 129 del CPCCT), las diligencias preliminares (art. 152 del CPCCT), la búsqueda de prueba anticipada (art. 153, CPCCT) o los otros supuestos (art. 154 del CPCCT); por su parte cuando hablamos de medidas provisionales, éstas pueden tener el trámite de medidas precautorias tales como las previstas en los art. 721, 722 y 723 del CCyC, la protectoria del art. 43 del CCyC en cuanto a la designación provisoria de una persona de apoyo, o las medidas protectorias de los bienes del patrimonio en estado de indivisión previstas en el art. 483 CCyC; la traba de medidas cautelares para asegurar el cumplimiento de alimentos futuros según art. 550 del CCyC, la medida provisional de fijar alimentos provisorios en el juicio de reclamación de la filiación conforme al art. 586 del CCyC, todas ellas a modo de ejemplo.

En cualquier caso, se busca que el órgano jurisdiccional disponga medidas para hacer efectiva de manera real la salvaguarda de los derechos fundamentales y derechos humanos en juego, de los que ya hemos hablado en el presente.

La estructura normativa prevé la posibilidad de que la pretensión sea tramitada y despachada sin sustanciación, inaudita parte, sólo cuando se reúnan dos requisitos: prueba fehaciente referida a los hechos invocados y evidencia del derecho invocado en el grado que corresponda al tipo procesal elegido.

En el Código Procesal, Civil, Comercial y Minería de la provincia de San Juan, del año 2008 y puesta en vigencia a principios del año 2009 las medidas cautelares se encuentran reguladas en el capítulo III desde los arts. 197 hasta el 235, allí enumera las mismas, con un posterior desarrollo puntual de cada una de ellas incluyendo a las medidas cautelares genéricas (art. 234), y la novedad reside en que del art. 242 al 267 prevé la articulación de medidas mediante la tutela anticipada para los casos allí especialmente previstos, con un procedimiento oral rápido. Las llamadas medidas autosatisfactivas no están específicamente previstas, sin perjuicio de la posibilidad de recurrir a ellas como creación pretoriana a través del diseño doctrinario y jurisprudencial imperante.

Finalmente, en el Código Procesal, Civil y Comercial de la provincia de San Luis, que entró en vigencia en el año 2004 y modificado en el año 2009, regula a las medidas cautelares en el capítulo III, desde el art. 195 hasta el art. 237, con similares características que el código sanjuanino, pero sin la previsión de la tutela anticipada ni de las medidas autosatisfactiva, por lo que cabe el mismo comentario en cuanto a su viabilidad.

IV. El debido proceso en las medidas urgentes

En primer lugar, entiendo que el magistrado debe utilizar adecuadamente las contracautelas cuando decreta medidas de este tipo, esto es que, no siendo un obstáculo para la prestación por parte del solicitante, garanticen satisfactoriamente la efectivización de los daños y perjuicios al destinatario en los casos en que hubiesen sido peticionadas mediante abuso del derecho.

Cabe considerar que las aventuras judiciales en esta materia muchas veces son advertidas cuando se decretan tales medidas previa prestación de una caución seria, y no la mera caución juratoria, que debería ser desterrada salvo casos excepcionales, como por ejemplo cuando se está ante la posibilidad de frustración de un derecho humano esencial, como la salud o la vida y su imperiosa necesidad de satisfacerlo sin que la contracautela sea un impedimento fáctico o temporal para ejecutarla.

En definitiva, creo que la fijación de una contracautela apropiada es uno de los puntos intermedios que se puede lograr entre la denegatoria de una tutela urgente y su admisión ilimitada.

Por otro lado, me parece que en los casos que la efectivización pudiera causar perjuicios, se deberá prever la posibilidad de modificar la medida o los bienes sobre los que recae, e incluso suspender su ejecución, previa contracautela del destinatario.

Otra de las opciones es que, en todos los casos en que no existiera peligro de frustración del derecho a asegurar —como en un embargo o secuestro sobre bienes—, que el juez pueda sustanciar el planteo o bien al menos darle la posibilidad de audiencia a la contraria en un plazo breve. Fuera de aquellas hipótesis me pregunto: ¿no es mejor dictar una resolución de este tipo luego de oír a ambas partes si no existe tal riesgo de frustración del derecho?

Como consecuencia de ello se debe pregonar el destierro del dogma que algunas veces se sigue repitiendo, referido a que uno de los caracteres de las medidas cautelares es que se decretan —siempre— inaudita parte, especificando que se lo hace así —en todo tipo de proceso urgente— si existe riesgo de frustración de un derecho. De lo contrario, v. gr. en el caso de un empleado cesanteado que solicite precautoriamente su reincorporación laboral, ningún problema existirá para el juez, de considerarlo necesario, convocar a una audiencia y/o requerir documentación o informes que se encuentran en poder de la parte demanda. De hecho, muchas veces esta última opción se utiliza sin que nadie cuestione la supuesta violación del referido carácter “inaudita pars”. Al respecto cabe mencionar que gran parte de la doctrina actualmente concuerda con estas ideas. Arazí y Kamiker estiman que “En cuanto a la bilateralidad, sabemos que, en general, las medidas cautelares se ordenan inaudita pars postergándose el contradictorio para una vez que ellas se hayan cumplido. No obstante, tal postergación no es de la esencia de las cautelares ya que cuando se pueda cumplir cabalmente el principio de contradicción sin que se frustren las mismas, así deberá hacerse, como sucede por ejemplo en algunos supuestos de protección de personas o en el Derecho de Familia. En los casos que son materia de este trabajo, sólo cuando la urgencia fuese tal que no sea posible oír a la parte afectada se prescindirá de la bilateralidad previa, pero ella debe ser excepcional”⁹.

Como nota distintiva puede destacarse que, por el contrario, para la prueba anticipada, los códigos rituales prevén el no anoticiamiento del destinatario en

⁹ PEYRANO Y EGUREN también señalan que “Se evidencia una evolución tendiente a asumir como pauta general la previa sustanciación de la medida”, citando a continuación como ejemplos lo preceptuado por el Anteproyecto de Reforma a los rituales Santafesino y Sanjuanino. “Algunas reflexiones”, ob. cit.

casos de urgencia, cuando generalmente la participación del defensor oficial se debe no a la urgencia en sí sino a la posibilidad de frustración de la prueba, como sucede con el secuestro de instrumental en poder de la contraria (vgr.: historias clínicas). Es otra práctica forense cuya erradicación debe propiciarse.

Un régimen recursivo ágil: es una compensación lógica derivada de que en muchos supuestos el destinatario recién tiene posibilidad de alegar y probar en tal instancia¹⁰.

Otra posibilidad es diseñar un trámite posterior o juicio de oposición, a los procesos urgentes cuando no ha mediado sustanciación previa. En efecto, creo que favorece la economía procesal, específicamente la celeridad, que el propio magistrado que la dictó tenga la posibilidad de rever su decisión luego de que el destinatario ejerza sus derechos de alegación y prueba. Hace tiempo se ha dicho que las medidas autosatisfactivas poseen vías impugnativas incluso más amplias que las previstas para las medidas cautelares, pudiendo el legitimado para contradecirlas, entre otras opciones, interponer el recurso de revocatoria.

La abreviación de los términos procesales y de los trámites en la sustanciación del recurso de apelación. La experiencia nos demuestra que muchas veces se puede afectar el debido proceso con el tiempo que en la práctica insume la resolución de la apelación de una medida cautelar. En tales hipótesis no siempre es suficiente con la prioridad que le pueden dar a ese expediente tanto el tribunal a quo como el *ad quem*.

También está relacionada con el derecho de defensa del destinatario la limitación temporal de la medida: es otra herramienta que debe estar regulada y que debe ser utilizada con más frecuencia, especialmente en los casos en que el juez tenga mayores dudas sobre la procedencia. Esto significa no otorgarla sine die, sino por un plazo prudencial. Ello, junto con la adecuada contracautela, puede colaborar a asegurar el derecho de defensa del destinatario. El art. 722 del CCyC ha recepcionado esta idea y por lo tanto indica que, para su otorgamiento al consignar que "... La decisión que acoge estas medidas debe establecer un plazo de duración".

En los casos dudosos, el adecuado encuadre de la petición por parte del Tribunal, a través del ejercicio del iura novit curia¹¹.

¹⁰ ARAZI, R.; KAMINKER, M. "Algunas reflexiones", cit. p. 48.

¹¹ PEYRANO, M. L. "La medida autosatisfactiva y el derecho de defensa", en *Medidas Autosatisfactivas*, dir. Jorge W. Peyrano, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999, p. 23

En aquellos supuestos en que el tipo de tutela no esté expresamente regulado, o bien algunos aspectos de la misma lo estén en forma deficiente, la resolución debe ser lo más clara posible en cuanto a sus alcances, régimen impugnatorio, plazos y formas de hacerlo (apelación fundada en el mismo acto de interposición o no), y normas que analógicamente van a aplicarse.

V. Una mirada para reflexionar

Si hay que elegir alguno de los métodos legislativos y según se viene marcando las diferencias entre las medidas o procesos urgentes, como también los problemas de interpretación que surgen incluso con otros tipos de procesos urgentes, creemos conveniente que se aborden en artículos diferentes las medidas autosatisfactivas, las sentencias anticipadas y las medidas cautelares —en sus opciones genéricas, específicas y cautelar innovativa—.

Si bien existen muchos puntos de contacto entre todas las tutelas urgentes, llegando en algunos casos a tener que determinarse si lo pretendido es una sentencia anticipatoria parcial o una medida autosatisfactiva, según si se pretendieran o no otros conceptos, como vgr.: la problemática de los gastos de internación y sepelio derivados de un accidente de tránsito, en la mayoría de los casos se puede determinar con precisión cuál de las tutelas es la que corresponde, para examinar si están cumplimentados los presupuestos para su dictado como así el trámite que les corresponde.

Me parece que una regulación genérica puede tener el riesgo no solamente del erróneo encuadre, sino de excesos derivados de mezclar —tanto para admitir como para denegar— tutelas de este tipo, no obstante corresponder lo contrario. Sí estoy de acuerdo con que, siendo reguladas por separado las medidas autosatisfactivas y las sentencias anticipadas, cada una de ellas sí tenga una regulación genérica de los presupuestos y trámite —y no especificar según cada supuesto, como acontece con las diferentes cautelares—, porque las peticiones que se van a canalizar a través de cada una de ellas dependerán del derecho sustancial al que el proceso es instrumental, y por lo tanto las opciones pueden ser incontables.

VI. Algunas conclusiones

(i) En algunos casos el problema de la demora judicial determina el aumento de ciertas clases de pretensiones urgentes de manera indiscriminada, como ocurre con las medidas cautelares y en ciertos casos con las sentencias anticipatorias, es decir que vienen a paliar las urgencias coyunturales.

(ii) Consecuentemente la erradicación de la mora judicial —o una disminución considerable— hará probablemente que exista menor cantidad de reclamos de este tipo. En todo caso, es importantísima su existencia, al asegurar los efectos de las sentencias definitivas en algunos casos (cautelares) como así dar respuestas —al menos provisionales— a quien debe esperar años para obtener justicia definitiva, evitando la irreparabilidad de los perjuicios que se ocasionarían de esperar hasta el dictado de tal decisión de mérito.

(iii) En otros, como en las autosatisfactivas, no deberían estar relacionadas con la mora procesal, sino aplicadas en los casos de urgencias puras, en donde es innecesario tener que inventar un proceso de conocimiento amplio para lograr inter tantum una tutela cautelar, por darse los presupuestos para el dictado de una decisión definitiva.

(iv) En los casos en que están legisladas las medidas autosatisfactivas, en general han sido correctamente aplicadas, viniendo a remediar la relatividad propia de la teoría cautelar clásica. Los excesos ocurridos, fueron debido a su incorrecta aplicación por los operadores jurídicos y no a la legislación que las contempla.

(v) La expresa regulación legal de los tipos de tutelas urgentes es imprescindible para garantizar el derecho de defensa tanto del destinatario, como del solicitante de las mismas, ya que otorgará mayor seguridad jurídica que la aplicación analógica de otras herramientas creadas para diferentes finalidades.

(vi) Tanto en la legislación que las recepta como en los proyectos legislativos y opiniones doctrinarias, están contempladas las pautas tendientes a asegurar el derecho de defensa del destinatario de una tutela urgente. Así vemos: el grado de convencimiento del juez (verosimilitud en el derecho, fuerte probabilidad), la contracautela, la posibilidad de sustanciarlas o de oír previamente al destinatario, la de modificarlas e incluso suspender provisoriamente su ejecución, de fijar límites temporales y las formas de impugnar el decisorio.

(vii) Otras surgen implícitamente como deberes del órgano jurisdiccional, como sucede con la aplicación por parte del tribunal del *iura novit curia* al momento de ordenar una tutela urgente y el de delimitar en forma clara y precisa que es lo dispuesto y el procedimiento a seguirse cuando el instituto no está específicamente regulado.

(viii) Debería incorporarse expresamente la abreviación de los trámites del recurso de apelación contra la admisión o el rechazo de las diferentes tutelas urgentes.

(ix) La regulación de la sentencia anticipatoria —como una opción más para su otorgamiento—, el abuso en el derecho de defensa o el manifiesto propósito dilatorio del demandado.

Con una adecuada aplicación de las modalidades de los diferentes tipos de tutelas o procesos urgentes, se encuentra garantizado el derecho de defensa de los destinatarios, ya que los errores advertidos son en su utilización práctica y no en su regulación legal o propuestas doctrinarias. Además, se prestigian estas valiosísimas herramientas, cuyas bondades hemos estado desarrollando.

Principio antidiscriminatorio

DR. JUAN CARLOS PANDIELLA MOLINA

I. Introducción

Este principio, lo encontramos en el nuevo Proyecto de ley de Defensa al Consumidor, en el Título I- Sistema de protección del consumidor – Capítulo 1 – El sistema de protección del consumidor – Sección 2ª – Principios, Artículo 5, inc. 10º; en el mismo se establece lo siguiente:

“El sistema de protección del consumidor implementa las acciones conducentes con el objetivo que en el mercado no existan actos, omisiones o situaciones discriminatorias. Se consideran especialmente comprendidas en esta prohibición las fundadas en razones de identidad, género, raza, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, nacionalidad, edad, condición social o caracteres físicos de la persona humana”.

En el mismo Capítulo 1, Sección 4ª – Deberes, Parágrafo 3º – Deberes de protección y seguridad, artículo 21. Trato equitativo y no discriminatorio. Principio general. Los proveedores deben ofrecer y dispensar a los consumidores un trato equitativo y no discriminatorio. No pueden establecer diferencias basadas en pautas contrarias a la garantía constitucional de igualdad, ni incurrir en conductas u omisiones que distingan, excluyan, restrinjan o menoscaben de manera arbitraria a los consumidores por razones de raza, etnia, género, orientación sexual, edad, religión, condición física, psicofísica o socio-económica, nacionalidad, o cualquiera otra que violente el principio de respeto de la dignidad de la persona humana.

II. ¿Qué es discriminar?

Según el Diccionario de la Real Academia Española, discriminar proviene del latín, *discrimināre*, indicando que posee dos acepciones:

1) Seleccionar excluyendo.

2) Dar trato desigual a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, de sexo, de edad, de condición física o mental¹.

Conforme las acepciones indicadas en el párrafo anterior, se interpreta que existen dos consecuencias en torno al término discriminar, una positiva y otra negativa. La positiva implica separar o seleccionar excluyendo, por ejemplo, cuando en un contrato de compraventa se compran manzanas y no naranjas. La negativa, en cambio, es aquella en la cual se utiliza la separación o diferenciación de manera peyorativa brindando un trato de inferioridad y por motivos raciales, religiosos, políticos. Es decir, se trata de una discriminación prejuiciosa que diferencia categorías en datos inadecuados.²

En un mismo sentido, Tambussi, sostiene que el término discriminación tiene una acepción o un significado neutro que alude *prima facie* a categorizar, distinguir o referenciar, por ejemplo “presupuesto discriminado”, sobre el que no caben per se consideraciones negativas. La discriminación en sentido despectivo y contrario a los derechos humanos consiste en hacer la distinción sobre la base de criterios arbitrarios que impliquen un trato de inferioridad³.

Por otra parte, La Rosa, en un destacado trabajo, sostiene, la palabra castellana “discriminación” proviene directamente de la locución latina “*discriminare*”, formada por el prefijo “dis”, que remite a la noción de separar o poner aparte, y la locución “*crimen*”, que connota la noción de juicio. De este modo, “*discriminare*” significa el juicio que separa, distingue o discierne. Pero las dificultades en su definición provinieron de una progresiva carga emocional negativa al tiempo que su uso se fue generalizando, adquiriendo en consecuencia una vaguedad e indeterminación que, precisamente, atenta contra los fines con

¹ <https://dle.rae.es/?id=DtHwzw2>.

² Véase: Leiva Fernandez, L. F. (2015). Comentario al artículo 1098 CCyC. En J. H. Alterini (Dir.), I. Alterini (Coord.), Código Civil y Comercial Tratado Exegético (Primera ed., Vol. V, pág. 833). Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina: La Ley.

³ Tambussi, C. E. (2016). El principio de no discriminación. En A. Sánchez Herrero, Tratado de Derecho Civil y Comercial (Primera ed., Vol. II, págs. 964-967). Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley.

que puede ser interpretada una norma como la aquí tratada. Como antecedente de este concepto podemos remitirnos a la “acepción de personas”, según la cual comete grave falta moral quien al adjudicar a otros lo que se les debe según la justicia distributiva se deja llevar por consideraciones (basadas en alguna condición de la persona) ajenas al título que debe ser tenido en cuenta en ese caso concreto (Tomás de Aquino define a la misma cuando “no se concede a alguien algo por una causa que lo haga merecedor, sino que pura y simplemente se le atribuye a la persona” (nota); es decir que se otorga o quita algo a alguien no en virtud de un título jurídico sino sólo por tratarse de un individuo que presenta un carácter distintivo y que deriva de su personalidad).⁴

III. Antecedentes normativos

En los tratados internacionales, el principio de igualdad y no discriminación es la idea rectora, recibiendo contemplación expresa en la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículos 1,2 y 7)⁵, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14)⁶. La Convención Americana de Derechos Humanos, contiene el principio de no discriminación en su artículo 1, que establece:

“Los Estados Partes en esta convención se comprometen a respetar
los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre

⁴ La Rosa, M. R. (26 de Junio de 2006). Breve análisis de la Ley de Represión de Actos Discriminatorios. Jurisprudencia Argentina(3), 866.

⁵ Artículo 1. Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

Artículo 2. Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía. Artículo 7. Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.

⁶ Artículo 14: “1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia...”.

y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

El principio de igualdad y no discriminación se encuentra plasmado en el Preámbulo de la Constitución Nacional y en sus artículos 16 y 20⁷.

A nivel legislativo, en 1988, se sancionó la Ley N° 23.592 sobre actos discriminatorios (modificada ulteriormente por las Leyes N° 24.782 y N° 25.608). Kemelmajer de Carlucci enseña que, la fórmula amplia del artículo 1° de esa ley, habilita subsumir a las relaciones del consumo, en el ámbito de aplicación de dicha norma. Este artículo castiga los actos discriminatorios desde su categorización como ilícito civil, luego de referirse a las conductas discriminatorias en forma genérica establece que “A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos”, disponiendo el cese y la reparación moral o material de las consecuencias del acto u omisión discriminatorio⁸.

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación establece en su artículo 1098: Trato equitativo y no discriminatorio. Los proveedores deben dar a los consumidores un trato equitativo y no discriminatorio. No pueden establecer diferencias basadas en pautas contrarias a la garantía constitucional de igualdad, en especial, la de la nacionalidad de los consumidores.

⁷ Artículo 16 - La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas.

Artículo 20.- Los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano; pueden ejercer su industria, comercio y profesión; poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos; navegar los ríos y costas; ejercer libremente su culto; testar y casarse conforme a las leyes. No están obligados a admitir la ciudadanía, ni a pagar contribuciones forzosas extraordinarias. Obtienen nacionalización residiendo dos años continuos en la Nación; pero la autoridad puede acortar este término a favor del que lo solicite, alegando y probando servicios a la República.

⁸ Véase Tambussi, C. E. (2016), ob. cit.

IV. Prácticas discriminatorias

Las habituales prácticas discriminatorias en materia de consumo, se pueden considerar las formas más perversa de actuación de las empresas, toda vez, que no están escritas en los contratos y resultan de la práctica o de premeditadas políticas de marketing, aspecto que nos remite una vez más a la protección de derechos humanos elementales y resulta más evidente en los caso de los consumidores más débiles por sus condiciones objetivas frente a la relación de consumo por su vulnerabilidad mayor como pueden ser las personas con capacidades diferentes, niños, ancianos, analfabetos, etc⁹.

Los casos de discriminación arbitraria manifiesta, sostiene Chamatropulos, resultan fáciles de distinguir en la práctica, ello no siempre es así pues, a veces, intervienen otras cuestiones que tornan difícil concluir si existe o no efectivamente un acto discriminatorio.

En ese sentido, este autor, cita un interesante precedente jurisprudencial extranjero¹⁰ permite analizar la tensión constante entre evitar las conductas discriminatorias sin descuidar el deber de “preservar la seguridad”, lo cual no es fácil de compatibilizar. Este caso trató la situación de los “pasajeros disruptivos” en las líneas aéreas, es decir, aquellos que exhiben conductas alteradas, violentas o revoltosas que interfieren en las obligaciones y funciones de la tripulación, y perturban la tranquilidad de los otros pasajeros. En este supuesto concreto, la persona figuraba en la lista de pasajeros disruptivos por un incidente en el cual intentó detener la partida de un vuelo que debía abordar con su esposo aduciendo, falsamente, y a los gritos en el hall de la aerostación que en el avión había una bomba dentro de su equipaje. La pasajera finalmente fue indemnizada y se ordenó a la demandada sacar a la persona de esa lista. Los jueces chilenos repararon en el hecho de haberse esperado el embarque para recién allí negar el cumplimiento del contrato de transporte aéreo, además de señalarse que aquel incidente no terminó en condena alguna para la pasajera. Además de ello, se resaltó la inexistencia de un registro oficial que habilite a generar listas de personas no embarcables. ¿Es un caso de discriminación?

⁹ Véase Tambussi, C. E. (2016), ob. cit.

¹⁰ Corte Apel. Santiago (Chile), sala 2ª, 18/12/2013, “I.M.R.C. c. Aerolíneas Argentina SA, LA LEY, 2014-B, 178.

Situaciones como la narrada son complejas, sostiene Chamatropulos, pues podría suceder que el proveedor, en el afán de evitar llevar adelante conductas discriminatorias, termine siendo responsable por omisión en el cumplimiento del deber de seguridad si la persona sobre la cual no se ejerció el derecho de admisión causa luego graves daños. Sería el ejemplo clásico de los “barrabravas” en los estadios. Téngase en cuenta que muchas veces estas personas están siendo investigadas y no se encuentran todavía condenadas por algún delito relacionado con la violencia en el fútbol. Por esta razón, desde la perspectiva constitucional, podrían existir argumentos para decir que es arbitrario negarles el acceso a la cancha. Al mismo tiempo, si se los deja ingresar y luego cometen desmanes, también se podría sostener que los organizadores del espectáculo deportivo y quienes deben velar por su seguridad han facilitado con su actitud permisiva los daños producidos dentro del estadio siendo, en consecuencia, responsables ante los eventuales damnificados¹¹.

V. Jurisprudencia

Existen un sinnúmero de fallos que han tratado la conducta discriminatoria, por razones de extensión solo citaremos algunos de ellos.

El más paradigmático fallo, y de cita obligada, es “Machinandiaréna”, por el que la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires confirmó el fallo de la Sala 2 de la Cámara Civil y Comercial de Mar del Plata, que hizo lugar a la demanda promovida por el actor contra una empresa telefónica por no contar, en uno de sus locales, con rampa de acceso para personas con discapacidad motriz, viéndose el usuario imposibilitado de ingresar al interior del local para hacer un reclamo, siendo de esta manera discriminado (por omisión) por el proveedor. (Suprema Corte de Buenos Aires, 6-11-2012, “Machinandiaréna Hernández, Nicolás c/ Telefónica de Argentina S.A. s/ reclamo de actos de particulares”).

En otro fallo, se sostuvo que

“[...] importa un acto discriminatorio la negativa de la empresa de transporte demandada a otorgarle el beneficio de gratuidad para

¹¹ Véase Chamatropulos, D. A. (2016). Estatuto del consumidor comentado (Vol. I). Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina: LA LEY, pág. 350

el transporte terrestre que le correspondía al hijo menor de los reclamantes en su carácter de discapacitado, conforme Ley Nº 22.431, modificatorias y decretos reglamentarios” y que “la actitud que asumió la empresa de transportes demandada al denegarle un pasaje (gratuito) a una persona discapacitada, demostró la falta de interés y preocupación en el cumplimiento de lo normado por la Ley Nº 25.635, menoscabando el Derecho del Consumidor al no proporcionarle un trato digno en los términos del artículo 8º bis de la Ley de Defensa del Consumidor” (CNCivil, Sala K, 8–10–2015, “A., J. J. c/ Empresa General Urquiza S.R.L. s/ daños y perjuicios”).

En otro caso, se condenó a un hotel alojamiento, en razón de haberse visto el actor agraviado y discriminado frente a la negatoria de poder ingresar al establecimiento a causa de ser acompañado por su pareja del mismo sexo. Se juzgó lo siguiente:

“La ‘prohibición de discriminar’ constituye un límite a la ‘libertad de contratar’, lo que obliga a utilizar un criterio neutro predicable por igual para las parejas heterosexuales u homosexuales –en el caso de las discriminaciones directas–, así como a rechazar aquellos otros criterios que, aun cuando sean formalmente neutros, produzcan un resultado adverso para los integrantes de uno y otro sexo”. (CNCivil, Sala H, 16–12–2016, “P. D. N. c/ General Paz Hotel S.A. s/ daños y perjuicios”).

En un caso idéntico, la Corte Inglesa comenzó preguntándose:

“¿Es contrario a la ley que el propietario de un hotel, que practica la religión cristiana y cree sinceramente que las relaciones sexuales fuera de matrimonio son un pecado, rechace cumplir un contrato, celebrado por internet, y reúse albergar a una pareja del mismo sexo en una habitación matrimonial?”.

Concluyó que era ilegal la conducta del propietario, pues si presta un servicio al público no puede hacer predominar sus propias pautas religiosas (Suprema

Corte del Reino Unido, Sentencia del 27-11-2013, “Bull and another –Appellants – v. Hall and another”).¹²

Se juzgó:

“Es discriminatorio y da lugar a resarcimiento el hecho de obstaculizar a una familia el acceso a un supermercado, siendo éste un lugar abierto al público en general, lo que hace presumir que la prohibición de ingreso se debió a su condición social humilde y a sus rasgos étnicos, máxime cuando el demandado no dio explicaciones que pudieran tornar legítima o razonable la medida”. (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, Sala 3, 20-11-2008, “Pereyra, Gerardo Pedro y otro c/ Carrefour Argentina S.A. y otros”).

Aquí no está de más tener presente el tristemente célebre caso de la Corte de EE. UU., “Plessy v. Ferguson” (163 U.S. 537 –1896–), que finiquitó con la “legitimidad” del contrato de transporte que se “cumplía” separando personas de raza negra y blanca, con la justificación separados pero iguales, porque el servicio también se prestaba a las personas de raza negra¹³.

En la Provincia de Mendoza, los padres de un menor interpusieron demanda de daños contra el establecimiento educativo al que asistía por considerar que éste actuó de forma discriminatoria, a causa de ciertas medidas que tomó el colegio luego de reincorporar al menor tras haberlo suspendido y prohibirle su reinscripción al siguiente ciclo lectivo. El juez de primera instancia hizo lugar parcialmente al reclamo. Dicho pronunciamiento fue recurrido por el demandado. La Cámara hizo lugar al recurso y revocó el decisorio de grado, rechazando la demanda interpuesta por los progenitores de un adolescente que padecía una perturbación psíquica (síndrome de Asperger), contra el establecimiento educativo que no renovó el contrato para el ciclo lectivo siguiente, porque la conducta asumida por la demandada no aparecía discriminatoria, toda vez que existían motivos serios para actuar sí desde que: i) al momento de ins-

¹² Véase Stiglitz, G., & Sahián, J. (2018). Derecho fundamental a un trato equitativo y digno- Dimensión constitucional de la tutela frente a prácticas abusivas. En W. F. Krieger, *Prácticas abusivas en el Derecho del Consumidor* (Primera ed.). Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina: El Derecho.

¹³ Véase Stiglitz, G., & Sahián, J. (2018), ob. cit.

cribirlo, los padres ocultaron la enfermedad psiquiátrica que padecía; ii) frente a hechos graves ocurridos durante el curso del año escolar (acoso a una compañera, amenazas de suicidio, etc.) demostraron una total falta de colaboración; iii) el establecimiento permitió al adolescente seguir en las clases de apoyo y rendir los exámenes pendientes. La Suprema Corte de Justicia hizo lugar al Recurso Extraordinario de Inconstitucionalidad del actor y admitió la demanda. (Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, Sala I, 5-12-2008, “Romboli, Mónica G. y ot. p/ su hijo menor c/ Colegio Instituto San Buenaventura”).

VI. Reflexiones finales

Confesamos, que en el transcurrir de estos días de aislamiento por la pandemia del CoronaVid-19, al realizar el presente trabajo nos daba una sensación de impotencia al leer los distintos casos en que, ante esta situación extrema que vive la humanidad, se han vulnerado la dignidad de la persona y el principio del trato antidiscriminatorio. Vasta como ejemplo de ello, la situación de un banco que decidió bloquear las tarjetas de débito de sus clientes al no haber podido realizar la entrega de las nuevas tarjetas y ninguna autoridad de dicha entidad salió a dar la cara y menos aún solución alguna; por otra parte los escraches realizados, principalmente en las redes sociales, a las personas que habían sido contagiados por el virus y/o aquellos casos que para proteger a sus progenitores en situación de vulnerabilidad se trasladaron a un domicilio distinto a realizar el aislamiento preventivo de catorce días.

Nos resonaba constantemente la poesía de nuestro folclore nacional, “La pucha con el hombre”¹⁴, que en una de sus estrofas dice: “Sólo se diferencia del

¹⁴ El hombre nace y muere a veces sin vivir/ camina desde el niño al viejo sin gozar/ eso que él mismo le llama felicidad/ y si la tiene aquí la va a buscar allá.// Tropieza tantas veces en una misma piedra/ frutas que llegan pasas sin madurar.// Si tiene tira o quiere tener mucho más./ Es un misterio y el de la vida al azar/ tiene alma de guitarra encordada de estrellas/ y es una falta envidia su corazón.// Sólo se diferencia del reino animal/ porque es el hombre el único capaz de odiar/ pero mientras el hombre se asombre, llore y ría/ será la fantasía que Dios creó.// Es una lágrima de niño y de crepín/ es monte denso, copla, vida y manantial/ y es muy capaz de dar la vida o de matar/ es luz y sombra, tierra arada y arenal./ La pucha con el hombre querer ser tantas cosas y nunca es más cuanto tan sólo es él. Es un camino que anda solo bajo el sol sendero trajinado de sueños y amor

reino animal porque es el hombre el único capaz de odiar pero mientras el hombre se asombre, llore y ría será la fantasía que Dios creó”. Y en otra: “La pucha con el hombre querer ser tantas cosas y nunca es más cuanto tan sólo es él”.

Ante la violación reiterada del trato digno de las personas, trato no discriminatorio, etcétera no nos queda otra que decir, “la pucha con el hombre”.

Dios los bendiga.

tiene alma de guitarra encordada de estrella y es una falta envidia su corazón. Autor: Pablo Raúl Trullenque Música: Carlos Carabajal.

Nacimiento y desarrollo de la empresa, incluso, despegando ya claramente a la sociedad de la empresa

La sociedad como ropaje jurídico de la empresa

Tendencias legislativas

ABG. FERNANDO PÉREZ HUALDE

I. Introito

La legislación societaria argentina ha sufrido importantes cambios en los años 2015 (Ley N° 26.994 mediante) y 2017¹ (Ley 27.349 N° -LACE-). Esos cambios, en gran medida, han respondido a una nueva manera de realizar negocios y, con ello, a un nuevo modo de estructurarse y desempeñarse las Empresas en el mercado.

El nacimiento, desarrollo y desenvolvimiento de las Empresas en la actualidad (era de la digitalización y protección del planeta), se han constituido en fuertes condicionantes, entre otras, de la regulación societaria de las mismas. Han generado la necesidad de actualizar la legislación existente, y adecuarla a los nuevos requerimientos.

Incluso, han modificado el concepto mismo de sociedad, en tanto se han dejado de lado principios decimonónicos que parecían ser indiscutidos, para dar cabida a conceptos amplios, *aggiornados* a los requerimientos del hombre y sus tiempos, con fuerte aceptación de la autonomía de la voluntad.

En el contexto del análisis global de la Empresa que la Academia realiza en estos días, y considerando la relación que la misma tiene con la legislación societaria, creemos imperioso exponer el panorama actual de dicha relación.

¹ Publicada en el Boletín Oficial el día 12 de abril de 2017, denominada de Apoyo al capital emprendedor.

II. Empresa y Sociedad

El concepto de Empresa surge del campo de la economía política para, designar determinadas organizaciones de los factores de la producción².

Si bien el Código Civil Italiano no la define (si lo hace respecto del Empresario), doctrina calificada entiende a esta última como “la organización del trabajo y de los factores de la producción mediante la cual se desarrolla la actividad profesional del empresario”³. Actividad económica con fines de producción o intercambio de bienes o servicios, con destino al mercado.

El derecho ha dado forma jurídica y regulado la actividad constitutiva de empresa desde distintas aristas.

En el caso particular del derecho societario lo ha hecho respecto de aquellos supuestos en que la actividad aludida es desarrollada y/o imputada a más de una persona (empresa colectiva⁴). Situación por demás común que ha llevado a considerar desde antiguo a la Sociedad como la forma jurídica típica de la Empresa económica⁵. Ello no implica, como bien previene Fontanarrosa, confundir Empresa con Sociedad. Del mismo modo que “una persona física (hoy humana) no puede ser nunca una empresa, sino un empresario, así ocurre también con las sociedades comerciales; la persona jurídica es simplemente empresario y, como tal, titular de la empresa, pero no la empresa misma”⁶.

La confusión viene dada, muchas veces, por el hecho de que tanto la sociedad como la empresa descansan en el elemento de la “organización. Pero en la empresa se organizan los factores de la producción, mientras que en la sociedad se organiza el empresario, el cual a su vez organiza la empresa como titular de ella”⁷.

² FONTANARROSA, RODOLFO O., *Derecho comercial argentino*, Parte General, Ed. Zavallia, Bs.As., 1985, pág. 173.

³ BRUNETTI, ANTONIO, *Tratado del derecho de las sociedades*, Milano, Ed. Giuffrè, 1948-1950, Buenos Aires, Librería El Foro, 2003, (traducido por Felipe Solá Cañizares), T. I, pág. 78.

⁴ Al decir de GALGANO, FRANCESCO, *Derecho comercial, Sociedades*, Santa Fe de Bogotá, Colombia, Ed. Temis S.A., 1999, Volumen II, pág. 3

⁵ BRUNETTI, ANTONIO, *Tratado ...*, cit., T. I, pág. 67

⁶ FONTANARROSA, RODOLFO O., *Derecho ...*, cit., pag. 175.

⁷ RICHARD, EFRAÍN HUGO – MUIÑO, ORLANDO M., *Derecho societario*, Bs.As., Ed. Astrea, 1997, pág. 28.

De modo que no toda empresa debe ser concebida bajo una forma societaria. Bien puede esa actividad de coordinación y dirección (atributiva de empresa y ejecutada por el empresario) ser desarrollada e imputada de manera individual a una persona humana.

Inclusive, otro rasgo diferencial entre Empresa y la Sociedad, ha estado dado por el hecho de que en la primera no necesariamente existe un fin de lucro (subjetivo). Como bien lo señala Galgano, “una actividad empresarial puede ejercerse para obtener, además de fines de índole económica, también fines de naturaleza ideal, o, como se quiera, no económica, por ejemplo, de naturaleza cultural o recreativa, o asistencial o política, etc.”⁸. En tanto que cuando hablamos de sociedad, necesariamente dicha actividad debe no solo estar apuntada a la producción de un lucro o provecho —lucro objetivo— (art. 2247 código civil italiano y art. 1 de nuestra Ley General de Sociedades -en adelante LGS), sino que además el mismo debe tener por destino su distribución entre los integrantes —lucro subjetivo—.

Así se desarrolló, con matices, la relación Sociedad – Empresa en el derecho argentino.

Hasta el año 2015 en nuestra legislación, no era posible utilizar la estructura societaria, cuando se presentaba el supuesto de unipersonalidad⁹. Nuestro legislador entendió a la sociedad comercial típica, como aquel supuesto en que “dos o más personas en forma organizada conforme a uno de los tipos previstos en esta ley se obligan a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios, participando de los beneficios y soportando las pérdidas”^{10 11}.

Ese fue para nosotros el concepto legal de sociedad conforme a la concepción comprendida hasta el año 2015, plasmado en el artículo primero de la Ley de Sociedades Comerciales N° 19.550. Se daba así cumplimiento a las palabras de Girón Tena, en el sentido de que “el concepto es una abstracción definitoria del legislador”¹².

⁸ GALGANO, FRANCESCO, Derecho comercial ..., ob. cit., pág. 17.

⁹ Con excepción de las Sociedades del Estado (art. 2, Ley 20.705), o la situación temporal y extraordinaria de la sociedad unipersonal conforme tratamiento que tenía en el art. 94, inc. 8, LSC.

¹⁰ Texto del art. 1 de la Ley de Sociedades Comerciales, previo a su modificación por parte de la Ley 26.994.

¹¹ Algo similar ocurría con la sociedad civil, caracterizada en el art. 1648 del Código Civil hoy derogado.

¹² GIRÓN TENA, J., Derecho de sociedades, Madrid, Artes Gráficas Benzal, 1976, T.I,

Lo dicho no implica la inexistencia de un concepto general de sociedad (no estrictamente legal o típico), extraído por la doctrina de aquellos elementos que podríamos calificar de elementales y comunes en las distintas regulaciones de la sociedad civil. Así se alude a aquellos casos en que existe un fondo común, aplicado a un fin común, a través de una gestión común, con ánimo de lucro, y con participación en los beneficios y en las pérdidas de todos sus componentes¹³.

Conforme lo hasta aquí expuesto, vemos que el concepto del art. 1 de la Ley de Sociedades Comerciales N° 19.550, destacaba un origen claramente negocial del ente, exigido desde el momento mismo de su nacimiento (constitución). El concepto en cuestión (tipicidad de primer grado) era comprensivo de la mayoría de los supuestos de estructura empresarial que se presentaban (repetimos, con la participación de dos o más personas).

Así entonces la Ley de Sociedades Comerciales contaba con el desarrollo de figuras representativas de las distintas estructuras empresariales posibles, mediante los múltiples y diferentes tipos societarios legislados (tipicidad de segundo grado). Bien podríamos afirmar que fue la Empresa (como actividad) la que determinó el diseño de los distintos tipos societarios.¹⁴

Como ha sido sostenido recientemente por el profesor Embid Irujo, el papel de la Empresa fue “decisivo para la estructuración ordenada del material jurídico-mercantil”. Cumplió una función de “centro organizador” del Derecho Mercantil. “Así ha sucedido (...) con la vertiente relativa a la titularidad de la empresa o, si se prefiere, con las cuestiones propias de su organización jurídica, tradicionalmente integradas en el régimen de las sociedades”¹⁵

Pero ello no impidió que la forma de legislar la sociedad y sus diferentes tipos no produjera el efecto inverso, en particular, respecto de los límites que

pág. 24.

¹³ Concepto abarcativo de aquellas figuras societarias no típicas, como lo es el caso de las sociedades de hecho.

¹⁴ Es de recomendable lectura el trabajo de CUERVO, RODRIGO, El efecto SAS como el ACV de las máquinas jurídicas: ¿Hacia el viejo derecho societario?, en Hacia un nuevo derecho societario, Rosario, Ed. Advocatus, 2019, T. II, pág. 1039 y ss., en el que realiza un detalle de la evolución del derecho societario, conforme a forma de realización de los negocios en común.

¹⁵ EMBID IRUJO, JOSÉ MIGUEL, El derecho mercantil en Europa: perspectiva general, en La modernización del derecho mercantil, ALCALDE SILVA, JAIME – EMBID IRUJO, JOSÉ MIGUEL, directores, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2019, pág. 158.

dichos tipos imponían a la autonomía de la voluntad de aquellos que quisieran organizarse bajo alguno de los tipos previstos en la legislación societaria.

Fernández de la Gándara destaca cómo los tipos societarios son conceptualizados como un límite a la autonomía de la voluntad en materia asociativa¹⁶.

Richard - Muiño, en oportunidad de comparar la tipicidad penal con la societaria, sostiene respecto de la segunda qué “en materia societaria, se tipifica lo permitido, de manera que lo que no está permitido está prohibido: la ley sanciona con nulidad absoluta a la sociedad que se constituya con un tipo no autorizado por la ley (art. 17, LSC)”¹⁷.

Como bien lo afirma Raspall, “hemos estado en presencia de sociedades con limitación de la responsabilidad estructuradas y reguladas por una ley imperativa con principios indisponibles”¹⁸. Así el tratamiento que la Ley General de Sociedades realiza hoy de las Sociedades Anónimas.

El límite que produce la tipicidad a la autonomía de la voluntad implica un corsé.

“La tipicidad de la Ley N° 19.550 otorga una visión estrangulada de la autonomía negocial, particularmente en las sociedades cerradas. Ello a través de una interpretación excesivamente literal de la ley, entendiendo como indisponibles normas que pueden ser razonablemente interpretadas como dispositivas, como así también por medio de la construcción de un sistema conceptual cercado por dichas normas imperativas que asfixia cualquier espacio a la libertad que pueda existir en el entendimiento de que todo lo que no está expresamente autorizado, está prohibido”¹⁹.

Una clara demostración de lo aquí sostenido es el análisis y relato que realiza Fargosi, siguiendo un trabajo de Domingo Buonocure, relativo a la modifica-

¹⁶ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, LUIS, La atipicidad en derecho de sociedades, Zaragoza, Pórtico, citado por Richard – Muiño, op. cit., p. 53.

¹⁷ RICHARD, EFRAÍN HUGO – MUIÑO, ORLANDO M., Derecho..., Op. cit., p. 59.

¹⁸ RASPALL, MIGUEL ANGEL, Un sistema para emprendedores, cuyo lugar de publicación desconocemos, habiendo llegado el trabajo a nuestras manos a través de la denominada “confradía concursal”.

¹⁹ CUERVO, RODRIGO, ¿Es trivial el derecho societario? Razones para la disolución por voluntad de una minoría, RDCO, Nro. 290, 2018, p. 527.

ción del texto del art. 2381 del Código Civil Italiano en el año 2003²⁰. Destaca el autor cómo “Es necesario, para una correcta aprehensión, tener en cuenta que la incorporación del principio de adecuación a la normativa societaria (si bien limitada a la sociedad anónima) deviene como principio general de la organización de la empresa y, en consecuencia, no como una opción, sino como una obligación en cabeza del empresario”.

La situación descripta produjo, sobre todo hasta el año 2017, la utilización de manera importante de las hoy denominadas sociedades de la Sección IV, del capítulo I de la LGS, hasta el año 2015 identificadas como sociedades irregulares y de hecho²¹.

Paralelamente con lo señalado, se presentó otra situación en el ámbito del comercio y la industria, que no era acompañada por la legislación societaria vigente. Nos referimos a aquellas actividades empresarias desarrolladas de manera unipersonal, por un solo titular, quien, con el fin de evitar la responsabilidad ilimitada y directa que ofrecía el ejecutar dicha actividad a nombre propio poniendo en riesgo todo su patrimonio, optaba por la simulación de constituir una sociedad con responsabilidad limitada (bien fuera SA o SRL).

Así proliferaron las sociedades con su capital distribuido en porcentajes del noventa y nueve y uno por ciento (99 - 1%), que gozaron de cierta tolerancia, hasta la sanción, por parte de la Inspección General de Justicia de la Nación (IGJN), de la Resolución General 7/2005²², a partir de la cual en jurisdicción de

²⁰ HORACIO P. FARGOSI, “Sociedad Anónima – Empresa: Adecuación”, en Rev. LA LEY, Bs.As., Editorial la Ley, 3 de julio de 2012, pag. 2.

²¹ Las que por cierto contaban con un régimen sancionatorio que no solo las condenaba a una frágil estabilidad (atento la posibilidad de pedir su disolución sin justificación alguna), sino también a la inoponibilidad de sus cláusulas, incluso, entre los socios, además de condenar a estos a una responsabilidad solidaria, directa e ilimitada.

²² Res. Gral. 7/2005 IGJN: Artículo 55.– La Inspección General de Justicia no inscribirá la constitución de sociedades cuya pluralidad de socios sea meramente formal o nominal. Los alcances del ejercicio del control de legalidad comprenden la verificación de la existencia de pluralidad de socios en sentido sustancial, a cuyo fin se evaluará el aporte inicial de cada socio fundador, determinando para decidir sobre la procedencia de la inscripción, si el mismo reviste relevancia económica mínima suficiente para conformar, con el de los restantes, un efectivo sustrato plurilateral. En el supuesto del párrafo anterior, previo a pronunciarse contra la inscripción del acto constitutivo, se requerirá la presentación de instrumento complementario del cual resulte la configuración de la pluralidad sustancial requerida. Inaplicabilidad. La exigencia contenida en este artículo no se aplica si la sociedad que se constituye debe someterse a normas especiales que imponen o permiten participaciones cuasiintegrales.

la Ciudad de Buenos Aires, se exigía la pluralidad sustancial de socios, arrogándose el organismo con la difícil tarea de determinar si los diferentes aportes realizados por los socios (en particular, los minoritarios), revestían relevancia económica mínima suficiente para conformar, con el de los restantes socios, un efectivo sustrato plurilateral. Planteo no solo contradictorio con los mínimos de capital que exigía el legislador en ese momento (de \$12.000 para una S.A. y sin mínimos para una SRL), sino además impracticable en los hechos, lo que terminó con la exigencia en la práctica de que el socio mayoritario no debía contar con una participación superior al 95% del capital.

III. El comportamiento del hombre como generador de la costumbre

Desde el nacimiento del derecho comercial, ha sido la costumbre su fuente principal. Fue su primera y exclusiva fuente histórica²³. Los primeros estatutos de las corporaciones en la Edad Media estaban basados en ella. La observancia constante y uniforme de una regla de conducta generada por el artesano y hombre de comercio primero, y el industrial después, con la convicción de responder a un mandato legal, es la que ha sido determinante en la fisonomía de la legislación mercantil en general, y societaria en particular.

De este modo la autonomía de la voluntad ha jugado un papel preponderante, sustentador de la propia ley, obviamente con variados márgenes según la época, circunstancias, y sector concreto de la disciplina mercantil que se considere²⁴.

Se ha navegado, tanto en el derecho argentino como en el ámbito internacional, entre el soft law y hard law, entre lo dispositivo y lo imperativo²⁵. En palabras de Velasco San Pedro, así ha ocurrido en el derecho societario desde su existencia, una cierta circularidad, con alternativas más reguladoras o intervencionistas, seguidas o precedidas, según se mire, por otras más liberales o desre-

²³ FONTANARROSA, RODOLFO O., *Derecho Comercial* ..., ob. cit., pág. 53.

²⁴ Confr. EMBID IRUJO, JOSÉ MIGUEL, *El derecho mercantil* ..., ob. cit., pág. 161

²⁵ VELASCO SAN PEDRO, LUIS ANTONIO, ¿Institución o contrato? Reflexionando (una vez más) sobre el carácter imperativo o dispositivo que debiera tener el derecho de sociedades de capital, en *Estudios de derecho mercantil, Libro homenaje al Prof. Dr. h. c. José Antonio Gomez Segade*, Ana M. Tobío Rivas, Coordinadora, Madrid, Marcial Pons, 2013, pág. 324.

guladoras. De manera que no ha sido siempre igual el margen existente para dar cabida a la autonomía de la voluntad aludida. No obstante ello, fuere uno u otro el momento que se transitaba, está claro que el hombre de negocios (incluyendo aquí tanto a la industria como el comercio), es el que ha generado la necesidad de realizar cambios en la legislación.

Un ejemplo de ello, donde la ley tuvo que ceder a la conducta humana, enmarcada en principios de libertad y autonomía, es el caso de las sociedades unipersonales.

La indispensable asignación de capital para el desarrollo de una actividad empresarial, y el deseo de aquellos que lo aportan de limitar su responsabilidad, generó, primero en el orden internacional^{26 27}, y finalmente en nuestro sistema jurídico objetivo, la aceptación de la Sociedad Unipersonal. Bien podría decirse que llegó tarde y por sobre todo con mala técnica legislativa²⁸. Pero lo cierto es que la Ley N° 26.994 inculcó el instituto en la, a partir de allí denominada, Ley General de Sociedades, permitiendo de manera explícita su uso en el tipo de la Sociedad Anónima (denominada SAU)²⁹. Las exigencias primigenias con que fue legislada redujeron su uso al de un vehículo útil solo para los grandes grupos de inversión³⁰, pero lo cierto es que su incorporación permitió una nueva mirada, sobre todo, frente a la exigencia de la pluralidad sustancial que en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires existía.

²⁶ Claro ejemplo de ello es la 12ª Directiva de la Comunidad Económica Europea, que impuso a los países miembros la necesidad de prever en su legislación la posibilidad de que una sola persona, pudiera contar con responsabilidad limitada para ejercer una actividad empresarial. Si bien proponía la figura de la SRL, daba por cumplida la exigencia, incluso, con la regulación de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada (camino adoptado por ejemplo por Portugal).

²⁷ Confrontar al respecto PEREZ HUALDE, FERNANDO, *El patrimonio independiente con personalidad jurídica*, en *Derecho Societario y de la Empresa*, Córdoba, Advocatus, 1992, Tomo I, pág. 291 a 305.

²⁸ Que de ningún modo puede ser imputable al redactor. Lamentablemente el texto proyectado sufrió importante recortes antisistémicos en su paso por el Ministerio de Justicia.

²⁹ Decimos de manera explícita, porque la mala técnica legislativa del art. 94 bis LGS, ha permitido a la doctrina más seria sostener la posibilidad de que el instituto también pueda ser utilizado por otros tipos societarios, aunque no de manera originaria.

³⁰ Ello determinado por la exigencia de contar con al menos tres directores e igual cantidad de síndicos, lo que fue corregido al poco tiempo por la Ley N° 27.290, que los limitó a uno en cada caso.

De manera tal que bien podemos afirmar que el régimen societario, de este modo, también tiene dada una solución estructural a la Empresa, cuando la misma fuere de titularidad de una sola persona. Algo que, como vimos en los capítulos introductorios, no existía. Esto, entendemos, produce un acercamiento, y si se quiere hasta una superposición entre uno y otro concepto.

Fue la conducta del hombre también, y el constante uso de las sociedades informales o no regularizadas por éste, lo que generó de algún modo la modificación de la Sección IV del Capítulo I de la Ley General de Sociedad, dejando atrás su claro régimen sancionatorio.

No obstante los ingentes esfuerzos del Ministerio de Justicia de la Nación por evitar la modificación de la Ley General de Sociedades conforme los proyectistas lo habían dispuesto en su texto original, lo cierto es que se modificó también esta Sección IV del Capítulo I de la Ley (denominado ahora “De las sociedades no constituidas según los tipos del capítulo II y otros supuestos”), de manera relevante, incorporando importantes cambios respecto de la responsabilidad de los socios (ahora mancomunada por cabeza, como principio general), la oponibilidad del instrumento constitutivo (cuando este existiera) y, como consecuencia de ello, otorgando mayor estabilidad en la duración de la entidad, en los casos en que dicho instrumento contara con un plazo de vigencia³¹. Ello sumado a que el régimen en cuestión, ahora “abrazo” y da cabida a los supuestos de sociedades atípicas, otrora sancionadas de nulidad por el art 17 de la LSC, le dio una categoría a esta Sección IV que no tenía, y por sobre todo permitió dar una mejor regulación a aquellos supuestos de organización informal propios del ejercicio de la libertad en su máxima expresión.

El permitir la oponibilidad interna (y también externa, con la debida puesta en conocimiento de los terceros) de las cláusulas del contrato, la autonomía de la voluntad de los socios tomó un vuelo impensado. Contaban ya con un régimen legal estable (si así lo hubieran dispuesto), que no debía ajustarse a las estrictas exigencias de los diferentes tipos de la LGS, tal como lo ordena el encabezado del art. 11 LGS.

³¹ Ello además de otras modificaciones de importancia como la de receptar a las sociedades atípicas (nulas hasta ese momento), o establecer un claro régimen de titularidad de bienes registrables por parte de la sociedad, entre otras cosas.

IV. El ejercicio de la autonomía de la voluntad, como generadora de nuevas costumbres y consecuentemente, de una nueva empresa

El hombre cambió. Se incorporaron nuevas generaciones con sus particularidades. Así es el caso de los *Millennials* (nacidos entre 1982 y 1994) y *Centennials* (1995 en adelante), caracterizados por su apego a la tecnología, emprendedores, creativos e idealistas. Son independientes y autónomos, lo que los lleva a no atarse a bienes materiales ni compromisos de largo aliento (laborales o sentimentales). Se trata de generaciones en las cuales el éxito no se mide por el acopio o la tenencia de bienes materiales, sino y en todo caso por likes y seguidores en una red social como Twitter, Instagram, u otras.

Cambiaron las prioridades. Se desmaterializó el deseo. Cambió el patrón de medida de los intereses de las personas.

El cambio de la persona trajo aparejado el cambio en la forma de hacer negocios. Y con ello cambiaron las empresas, y por sobre todo la forma de constituir las o conformarlas. Tomaron relevancia prominente aquellas prestadoras de servicios por sobre las que producen bienes materiales. Ello explica por qué las empresas más importantes y valiosas del mundo tienen un origen o soporte tecnológico y, paradójicamente, no cuentan con importantes inversiones en bienes tangibles. Podemos nombrar Airbnb, Uber, Mercado Libre, por citar algunas.

El soporte tecnológico de las mismas trajo como inevitable consecuencia su internacionalización. Rompen las fronteras no solo de la jurisdicción, sino también de la imaginación. Una idea cuyo desarrollo empresario no sea escalable internacionalmente, es de corto aliento, dificultándosele procurar inversión para su impulso. Incluso las empresas previamente existentes, han debido *aggiornarse* incorporando tecnología e innovación. De lo contrario tienen firmado su certificado de defunción.

El protagonismo de la tecnología ha hecho de ella no solo una forma de facilitar la comercialización e inserción de la empresa en el mercado, sino que además ha tenido una influencia directa en su organización (elemento característico de la misma). Ha cambiado la forma de tomar decisiones y su comunicación.

Se ha sostenido, que “la empresa, en los tiempos de la conectividad instantánea de diversos elementos portátiles multimedios, funciona más rápida y eficientemente que la estructura formal de la sociedad en términos jurídicos”³².

³² Confr. CARLINO, BERNARDO, Manual de reuniones multimedios. Personas jurídi-

Por ello el legislador, tal como veremos en el desarrollo de los puntos siguientes, no ha tenido otra alternativa que acompañar los cambios impulsados por esta generación de *millenials*.

Así, refiriéndonos a la estructura orgánica de las personas jurídicas nuestro Código Civil y Comercial de la Nación, Ley N° 26.994 mediante, dio un paso fundamental en este sentido, por ejemplo, con la incorporación de la tecnología en la estructura de las personas jurídicas. En su art. 158 expresamente regula la posibilidad de realizar una reunión de socios (órgano de gobierno), utilizando medios que les permitan a los participantes comunicarse simultáneamente entre ellos^{33 34}.

Este movimiento generacional, tanto en el contexto internacional como en el local, produjo con su poder de decisión, importantes cambios en la legislación societaria³⁵, que han impactado no solo en las estructuras societarias (donde la autonomía de la voluntad toma un papel relevante), sino también en el concepto mismo de sociedad.

En línea con el reconocimiento de esta mayor autonomía del hombre y, por sobre todo de la faz actitudinal, se produjeron también importantes cambios con la sanción de la Ley N° 26.994, en el campo del derecho sucesorio con un doble fin: reconocer la impronta de algún heredero en particular y, a través de ello, proteger la empresa.

No todos los herederos cuentan con las mismas herramientas en el proceso sucesorio. No son todos iguales frente a la ley (del mismo modo que no son iguales todos los hijos —aunque esto cueste aceptarlo³⁶).

cas privadas, Buenos Aires, Errepar, 2019, pag. 14.

³³ Art. 158 CCCN: "... En ausencia de previsiones especiales rigen las siguientes reglas: a) si todos los que deben participar del acto lo consienten, pueden participar en una asamblea o reunión del órgano de gobierno, utilizando medios que les permitan a los participantes comunicarse simultáneamente entre ellos. El acta debe ser suscripta por el presidente y otro administrador, indicándose la modalidad adoptada, debiendo guardarse las constancias, de acuerdo al medio utilizado para comunicarse ...";

³⁴ De este modo seguía la línea comenzada por el Decreto 677/01, que en su art. 65 regulara las reuniones a distancia para los órganos de administración de las sociedades cotizadas (pudiendo hacerlo extensible al órgano de gobierno, con la debida autorización previa.

³⁵ Es destacable al respecto el rol que ha tenido la Asociación Argentina de Emprendedores (ASEA), sobre todo en la redacción, tratamiento y aprobación de la Ley de Apoyo al Capital Emprendedor, 27.349.

³⁶ Como siempre destacamos en oportunidad de exponer sobre la temática de la empresa familiar, es sostenible la tendencia natural que tenemos los padres de dejar implantada

Así el legislador, con el fin de proteger la empresa en todas sus expresiones (lo hace bien refiriéndose a ella o al establecimiento), ha reconocido derechos tales como la posibilidad de que un heredero pueda oponerse a la partición de la empresa por un plazo de diez años, cuando el mismo ha participado activamente en la explotación de la misma (art. 2333 CCCN)³⁷. Clara muestra de reconocimiento de lo actitudinal.

Algo similar ocurre con el derecho de atribución preferencial del establecimiento, respecto del cónyuge o heredero que participaron en su formación (art. 2380 CCCN). Incluso dicho principio es aplicable cuando la explotación se realizare bajo alguna forma societaria³⁸.

Entre los nuevos instrumentos protectorios de la empresa en el ámbito sucesorio, pero con base en un fuerte reconocimiento de la autonomía de la voluntad, debemos citar el art. 1010 CCCN, que permite, con el fin de conservar la unidad de gestión empresarial, o prevenir o solucionar conflictos, el pacto de herencia futura, cuando este se aplicare sobre una explotación productiva o participaciones societarias de cualquier tipo.

Este último instituto, permite la posibilidad de realización de un pacto, sin que del mismo participe necesariamente el futuro causante y su cónyuge.

Como podemos observar ha existido una clara preferencia en el legislador por la empresa, incluso, por sobre la familia³⁹.

la semilla de un futuro conflicto entre los hermanos, como consecuencia de nuestras acciones (las de los padres) tendientes a “compensar” las diferencias que, con nuestro propio lente, percibimos en nuestros hijos, no logrando otro cometido que “profundizar y sumar” a las diferencias existentes, nuevas diferencias. Cuán difícil es sacar de la estructura mental de una madre o un padre la apreciación de “pobrecito”, respecto de un hijo en particular. Más difícil aún es evitar el daño futuro que dicha actitud genera.

³⁷ ARTICULO 2333.- Oposición de un heredero. En las mismas circunstancias que las establecidas en el artículo 2332, un heredero puede oponerse a la inclusión en la partición del establecimiento que constituye una unidad económica si, antes de la muerte del causante, ha participado activamente en la explotación de la empresa.

³⁸ ARTICULO 2380.- Atribución preferencial de establecimiento. El cónyuge sobreviviente o un heredero pueden pedir la atribución preferencial en la partición, con cargo de pagar el saldo si lo hay, del establecimiento agrícola, comercial, industrial, artesanal o de servicios que constituye una unidad económica, en cuya formación participó. En caso de explotación en forma social, puede pedirse la atribución preferencial de los derechos sociales, si ello no afecta las disposiciones legales o las cláusulas estatutarias sobre la continuación de una sociedad con el cónyuge sobreviviente o con uno o varios herederos. El saldo debe ser pagado al contado, excepto acuerdo en contrario.

³⁹ De recomendable lectura al respecto resulta el trabajo de GUERRERO, LAURA C., Protagonismo de la próxima generación de herederos en la planificación sucesoria, en

Algo similar ha ocurrido en el ámbito del derecho societario respecto del reconocimiento de lo actitudinal y la generación de un mayor margen de acción a la autonomía de la voluntad.

Aquí han jugado un papel preponderante los Emprendedores, que a través de asociaciones que los nuclean, impulsaron el dictado de la Ley N° 27.349 de Apoyo al Capital Emprendedor.

La misma, básicamente, ha permitido suministrar un marco jurídico adecuado a aquel que tiene una idea y pretende validarla en el mercado. Para ello, el legislador ha dotado a este emprendedor de un instrumento de fácil y rápida consecución, y por sobre todo de bajo costo. Nos referimos al tipo de la Sociedad por Acciones Simplificada regulada de los arts. 33 al 62 de la Ley 27.349.

Todas estas normas, tanto sucesorias como societarias, debemos enmarcarlas dentro de lo que hoy podemos denominar derecho blando. Esta tendencia, en palabras de Embid Irujo, responden en gran medida a la economización del derecho, donde “se aspira a desplazar la metodología jurídica, cualquiera sea su forma u orientación (...) y su aspiración, más o menos intensa, a la realización de la justicia. En su lugar se colocarán la eficiencia como objetivo y la autorregulación como método.”⁴⁰, es que como bien cita el autor, el derecho comercial, no puede marginar a la realidad económica sobre la que se proyectan sus instituciones y en la que adquieren su pleno sentido⁴¹.

V. Un nuevo concepto de Sociedad – La Sociedad por Acciones Simplificada (SAS)

El tipo de la SAS⁴² no está comprendido entre los aludidos en el art. 1 LGS. Se

Revista de Derecho Privado y Comunitario, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2019, Tomo 2019-II, Sucesiones, pág. 189.

⁴⁰ EMBID IRUJO, JOSÉ MIGUEL, El derecho mercantil en Europa ..., ob. cit., pág. 164.

⁴¹ HEDEMANN, JUSTUS W., Deutsches wirtschaftsrecht, 1943, pág. 2, citado por EMBID IRUJO, JOSÉ MIGUEL, El derecho ..., ob. cit. Pág. 165.

⁴² QUE ha tenido un importante tratamiento por parte de la doctrina. Además de los recientes excelentes libros de BALBÍN, SEBASTIAN, SAS. Sociedad por acciones simplificada, Buenos Aires, Ed. Cathedra Jurídica, 2019; RAMIREZ, ALEJANDRO H., SAS. Sociedad por acciones simplificada, Buenos Aires, Astrea, 2019, encontramos trabajos de excelente factura como lo son RAGAZZI, GUILLERMO E., La sociedad por acciones simplificada (breves notas sobre sus antecedentes y régimen legal), en RDCO Nro. 285, Ed. Abeledo- Perrot, Buenos Aires, agosto 2017, pp. 757 y ss.; VITOLO, DANIEL R., La Sociedad Anónima Simplificada (SAS), un desafío a la imaginación o una próxima re-

trata de un nuevo tipo societario (así lo dice de manera expresa el art. 33, L.A.C.E.), que, si bien está regulado en una ley extraña a la ley General de Sociedades N° 19.550, queda sometido al régimen tipológico de dicha Ley⁴³. Consecuencia de ello es que su regulación no solo permite de manera expresa la transformación voluntaria de cualquiera de los tipos societarios regulados en la ley General de Sociedades en SAS (art. 61 LACE), sino que incluso prevé (a la inversa) la transformación obligatoria de una SAS en alguno de los tipos previstos en la ley General de Sociedades, cuando la primera se encontrare comprendida en algún supuesto del art. 39 LACE.

Lo dicho no quiere decir que estemos hablando de un tipo societario de estructura similar a los desarrollados por la LGS. La SAS incluso sale también del molde del concepto de sociedad que desarrolla el art. 1 LGS y sus márgenes (nos referimos al art. 13 de dicho ordenamiento).

Al analizar la SAS, la doctrina ha coincidido en destacar, entre otros aspectos, la facilitación que su regulación propone respecto de los trámites de constitución y puesta en marcha (arts. 38 y 60 LACE). Ello sin lugar a dudas se constituye en una impronta plausible, pero, tal como lo hemos manifestado⁴⁴, no creemos que sea (y mucho menos que “deba ser”), una característica tipificante, el menor tiempo que demande su inscripción en el Registro Público⁴⁵, la obtención de una clave única tributaria (CUIT), o la apertura de una caja de ahorro en un banco oficial.

Dichas normas tienen un carácter declarativo o de mera expresión de deseos (deseos que hoy no se cumplen en la mayoría de las jurisdicciones argentinas). Tal como ha sido sostenido con certeza, no es el Congreso Nacional quien puede

alidad, Ed. Errepar, Doct. Soc. y Conc., octubre/2016, p. 1002 y ss.; ROVIRA, ALFREDO L., Necesaria reforma integral de la ley general de sociedades. Régimen de sociedad anónima simplificada, La Ley 17/10/2016; ABDALA, MARTÍN E., Análisis del proyecto de ley de sociedad por acciones simplificada, Revista La Ley 8/2/2017; DUPRAT, DIEGO A. J., Sociedad por acciones simplificada (SAS), Revista La Ley, Edición Especial, 21/4/2017; MOLINA SANDOVAL, CARLOS A., Sociedad por acciones simplificada (SAS)”, Revista la Ley Edición Especial, 21/4/2017.

⁴³ No es el único supuesto, así contamos por ejemplo con las Sociedades de Garantía Recíproca, reguladas en la ley 24.467, del año 1995, a las que se aplica supletoriamente la LGS (art. 32, LSGR).

⁴⁴ PÉREZ HUALDE, FERNANDO, “La autonomía de la voluntad como nota tipificante de la Sociedad por Acciones Simplificadas”, Revista La Ley, 03/11/17;

⁴⁵ Prueba de ello es que la IGJ, a esta altura de las circunstancias, ya tiene un trámite urgente o inscripción en 24 hs. de las S.R.L. o S.A.

dictar normas de técnica registral administrativa provincial, en tanto son competencias no delegadas a la Nación⁴⁶. Por ello, son las distintas jurisdicciones las que deben dictar las normas en cuestión⁴⁷.

Prevé el tipo en cuestión también, bajos costos de constitución, considerando, entre otros aspectos, que el capital mínimo exigido, es el equivalente a dos salarios mínimos, vitales y móviles.

Pero lo novedoso del tipo en cuestión pasa por el amplio margen que el mismo otorga a la autonomía de la voluntad para su estructuración. Esa es, entendemos, su nota tipificante. ¿Y por qué ello así ocurre?

Porque, tal como dijimos en el presente, su regulación responde a la necesidad planteada por nuevas generaciones que tienen, a su vez, nuevas formas de generar los negocios, y que, en consecuencia, constituyen nuevas empresas (las ya aludidas de base tecnológica, en general de servicios e internacionales).

Han sido los Emprendedores los que necesitaban contar con un instrumento que les permitiera, básicamente, una forma fácil y ágil de conseguir inversión para poder validar una idea y, en su caso, desarrollarla.

De allí las características de velocidad, sencillez y bajo costo.

Con ese formato es que el legislador ha regulado la SAS en tan solo 30 artículos de la LACE, pero ojo, lo hace dentro de una ley que tiene por fin el Apoyo al Capital Emprendedor.

De manera tal que las características tipificantes de la SAS están dadas no solo por los aspectos antes destacados, o la división de su capital en acciones, sino también, y como elemento distintivo, por el amplio margen que la ley concede a la autonomía de la voluntad⁴⁸.

Esa autonomía de la voluntad es absolutamente necesaria atendiendo a cuál es la génesis de la SAS y su ubicación dentro de un marco normativo que tiene por fin auspiciar y facilitar la tarea de los Emprendedores.

Esa libertad o mayor autonomía de la voluntad es necesaria para permitir la convivencia dentro de una misma sociedad, de dos categorías de socios to-

⁴⁶ Confr. DE LAS MORENAS, GABRIEL, Análisis exegetico de la nueva. Ley de Sociedad por Acciones Simplificada. Especial referencia al ámbito de la provincia de Mendoza, Revista La Ley, Gran Cuyo, Año 2018.

⁴⁷ Son muchas las Jurisdicciones que, siguiendo el ejemplo de la Resolución General 6/17 de la IGJ, han dado regulación al trámite de la S.A.S.

⁴⁸ PÉREZ HUALDE, FERNANDO, Sociedad por acciones simplificadas. Sus notas tipificantes, en Crowdfunding y sociedades por acciones simplificadas, Dir. Martín Arecha y Laura Filippi, Ed. Didot, Bs.As., 2018, pág. 121 y ss.

talmente diferentes⁴⁹. El EMPRENDEDOR, que tiene una idea fuerza y tiempo disponible para desarrollarla, y el INVERSOR, que cuenta con los fondos necesarios para permitir el desarrollo de la idea (normalmente en alguna de sus etapas), y así lograr (o no), validar la misma.

En esa estructura societaria con dos claras categorías de socios adquiere sentido el especial régimen de prestaciones accesorias que la ley dispone (art. 42 LACE), debiendo preverse en el instrumento constitutivo los antecedentes justificativos de su valuación (en cuanto conformen quizás el único aporte del socio Emprendedor).

De igual modo, la posibilidad de que acciones con idénticos derechos puedan contar con diferente precio de adquisición o venta (incluso en el acto fundacional previsto en el art. 41 LACE⁵⁰), lo que permitirá al socio Emprendedor suscribir acciones integrándolas a su valor nominal (compensando la diferencia con la prestación accesorias asumida), en tanto que el socio inversor lo hará con un desembolso mayor, prima de emisión mediante. Esto es una herramienta fenomenal para que el Emprendedor no sea licuado en sucesivos y necesarios aumentos futuros de capital.

La estructura legal cierra, con la posibilidad de prohibir la transferencia de las acciones por hasta diez años (art. 48 LACE) que seguramente se impondrá al Emprendedor a fin de que “cumpla” con el aporte por él comprometido (muchas veces intuita personae).

Todas estas características de la SAS responden justamente a esta relación Emprendedor – Inversor, al igual que lo hacen los primeros 32 artículos de la LACE.

Tanto los primeros treinta y dos artículos de la LACE como los últimos cuatro (Arts. 63 al 66) se encargan de crear instrumentos que tienen por fin generar y favorecer la inversión en Emprendedores⁵¹, como así también protegerlos⁵².

⁴⁹ PÉREZ HUALDE, FERNANDO, La autonomía de la voluntad como nota tipificante de la Sociedad por Acciones Simplificadas, Rev. La Ley, 03/11/17.

⁵⁰ Así lo sostuvimos en el XIV Congreso Argentino de Derecho Societario y X Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, celebrado en Rosario, Argentina, en el mes de septiembre de 2019.

⁵¹ Registro de Instituciones de capital Emprendedor; FONDCE; Tratamiento impositivo especial para los inversores; Sistemas de financiamiento colectivo -plataformas de crowdfunding-; y la creación del Programa de Capital Semilla.

⁵² Prueba de ello es el requisito de que los Emprendedores tengan el control político de la persona jurídica, para ser categorizado como “Emprendimiento” (art. 2, segundo pá-

La ley no solo busca incentivar la inversión en capital de riesgo, sino que además invita a realizarla de una determinada manera, es decir, fraccionada en varios emprendimientos (o emprendedores) y realizada por distintos inversores (con la posibilidad cierta de poder captar por medio de ella inversiones que bien puede ser de carácter micro⁵³), e incluso en distintos momentos de la vida del emprendimiento. De allí por ejemplo el desarrollo que realiza de las plataformas de inversión (crowdfunding).

La “invitación” a invertir que realiza la ley tiene esa premisa. No olvidemos que, conforme las estadísticas, ocho de cada diez emprendimientos no sobrevivirán más allá de dieciocho meses⁵⁴, implicando que ocho de ellos nunca llegarán a conformar una “Empresa”. Por eso es recomendable invertir en forma indirecta a través de fondos manejados por especialistas, de manera que el monto dispuesto por el inversor tenga como destino —por ejemplo— diez emprendimientos, y no solo uno. A su vez, esto permite incrementar el número de inversores.

Como consecuencia de esta forma de invertir cambia también el concepto de ganancia en el marco de una SAS, respecto de aquel que tenemos incorporado en los términos de la Ley General de Sociedades (mensurable en dividendos obtenidos). Aquí, la expectativa del Inversor será la de lograr “dar valor” a la inversión a través del éxito del emprendimiento, de manera tal que le permita en un futuro poder “salir” del negocio (transferencia mediante de su participación), habiendo multiplicado varias veces los invertido⁵⁵.

Esto que acabamos de describir, es lo que permite entender por qué el legislador en la SAS no habla de Estatuto (como en la SA) o Contrato (como en las SRL). Aquí se refiere a Instrumento Constitutivo. Y ello es así porque será justamente dicho instrumento (imaginemos una SAS con capital mínimo que cuenta con un único socio) el que le permitirá el intento de procurar los fondos necesarios para validar su idea y así llegar a conformar una Empresa. Instrumento que, por otra parte, cambiará sus términos conforme fueren las exigencias de los inversores en las siguientes rondas de inversión.

rrafo, LACE).

⁵³ El mega decreto de necesidad y urgencia 27/2018, de fecha 10-1-18, ratificado posteriormente por la Ley 27.444, vino a superar esta limitación, al suprimir del inc. 1º del art. 39 de la LACE, la mención del inc. 1º del art. 299 de la LGS, de forma que lo elimina como uno de los supuestos prohibidos para la SAS.

⁵⁴ Plazo necesario estimado para poder validar o no un emprendimiento.

⁵⁵ En el idioma de los emprendedores, lo que se merita es cuantas “X” logró uno darle al monto invertido.

De esta manera, con la LACE, queda despegado de forma definitiva la necesaria identidad del binomio “Sociedad – Empresa”. Muchos serán los casos en que dichas estructuras societarias, no lleguen a calificar para ser denominadas empresa.

Las notas señaladas exigen analizar e interpretar de manera “integral” la Ley N° 27.349. No podemos conocer las características tipificantes de la SAS sin valorar la totalidad del marco normativo en que la misma está contenida. La posibilidad de que las acciones con idénticos derechos políticos y económicos tenga distinto precio (a través de la prima de emisión que en el caso de la SAS puede ser diferente para cada accionista aun tratándose del mismo aumento⁵⁶), cobra sentido cuando comprendemos el modo en que los Emprendedores captarán fondos a través de una SAS⁵⁷.

Cuando el art. 33 LACE habla de la aplicación supletoria sólo de las normas de la LGS que sean conciliables con las de la LACE, se está refiriendo a los 68 artículos de la LACE, y no exclusivamente a aquellos referidos a la SAS (del 33 al 62, Título III). De lo contrario hubiera dicho que la conciliación debía hacerse con las normas del “tipo” de la SAS, y no con “...las de esta ley.”

Ignorar los Títulos I, II y IV de la Ley N° 27.349 nos llevaría a una visión sesgada e incompleta del tipo de la SAS y, en consecuencia, nos impediría siquiera saber que su régimen dista mucho de aquel de la LGS.

Incluso, debemos tener presente que la regulación de la temática no se agota en la Ley N° 27.349 (LACE) y sus reformas (Ley N° 27.444), sino que la misma está integrada por distintas regulaciones que la complementan (decreto reglamentario, resoluciones ministeriales, etc)⁵⁸.

⁵⁶ En clara discrepancia con lo establecido por el art. 202 LGS.

⁵⁷ No es lo mismo aportar diez mil dólares cuando la startup está en su sexto mes, que hacerlo dos años después cuando el proyecto ha sido validado y se encuentra facturando. A su vez, aquél que integró los diez mil dólares en el sexto mes, bien podría poner como condición para hacerlo, no ser licuado su porcentaje de participación en el futuro más o menos cercano, en una ronda de inversión en la que él no realice aporte alguno. En definitiva, es indispensable contar con un margen de libertad suficiente que permita negociar esas condiciones.

⁵⁸ Decreto Reglamentario N° 711 de fecha 8 de septiembre de 2017, la Resolución N° 442 de fecha 11 de septiembre de 2017 del Ministerio de Producción, la Resolución N° 416 de fecha 12 de septiembre de 2017 de la SEPYPE, el Contrato de Fideicomiso firmado entre la SEPYPE, como fiduciante y el Banco de Inversión y Comercio Exterior Sociedad Anónima como fiduciario (“BICE” o el “Fiduciario”), cuyo texto fue aprobado mediante la citada resolución (el “Contrato de Fideicomiso”), así como la Resolución de la

VI. Corolario

A través del desarrollo realizado en el presente informe, hemos tratado de destacar cómo ha evolucionado la relación Sociedad – Empresa, según los cambios producidos en el hombre y en su forma de hacer negocios, donde, por cierto, el desarrollo tecnológico ha jugado un papel preponderante.

Los cambios en la manera de desarrollar la actividad empresarial, han generado novedades legislativas en materia societaria que han impuesto, incluso, una revisión del concepto mismo de sociedad. Ello se percibe en particular respecto de la SAS, en tanto sus características y la forma en que ha sido legislada tornan difícil encorsetarla en las reglas de la LGS.

Así, observamos que no encuadra la realidad de la SAS en el concepto de sociedad del art. 1 LGS, en la mayoría de los pretendidos límites del art. 13 LGS (cláusulas leoninas), o incluso en el concepto de capital que desarrolla la Ley General de Sociedades (que persiste en la idea de utilizarlo como patrón de medida de solvencia alguna⁵⁹).

La ruptura producida por el legislador de la SAS no solo está contextualizada en el marco internacional, sino que además parece ser continuada por las nuevas tendencias legislativas en materia societaria, que evidencian la clara tendencia de dar un mayor margen y reconocimiento a la autonomía de la voluntad⁶⁰, avizorando así que los cambios producidos, bien pueden sostenerse en el tiempo.

La tecnología, seguirá aportando lo suyo y nos someterá a nuevos desafíos. La Inteligencia Artificial⁶¹, ya incorporada a muchos procesos empresarios en

SEPYME mediante la cual se aprueban Bases y Condiciones de la convocatoria para Aceleradoras, y la Resolución 598-E/2017 de la Secretaría de Emprendedores y de la Pequeña y Mediana Empresa del Ministerio de Producción de la Nación, entre otras.

⁵⁹ Así por ejemplo siguen las reservas legales atadas al porcentaje de capital. Un verdadero rictus a la lógica empresarial.

⁶⁰ Nos referimos al art. 1, segunda parte, del Proyecto presentado el 5 de junio de 2019 al Senado de la Nación Argentina (a los Dres. Federico Pinedo y Ada Rosa del Valle Itúrriz de Capellini, cuyo estado parlamentario desconocemos a la fecha), que permite dar cualquier destino a los beneficios obtenidos o su aprovechamiento, como así también el no reparto de utilidades entre socios. Lamentablemente esa línea no fue seguida de una derogación, al menos parcial, del art. 13 LGS y del concepto anticuado de capital, que se mantiene.

⁶¹ Según describe Salvochea, dicha terminología fue utilizada por primera vez por el informático estadounidense John McCarthy en 1956, y se refiere a aquellas máquinas o al-

el mundo, nos someterá a nuevos desafíos a los que habrá que dar respuesta desde lo jurídico.

Incluso ya está en debate la posibilidad de crear un status jurídico especial para la Inteligencia Artificial, o de pensar su posible uso en la administración de empresas. Esto, no solo cambiará la forma de administrar las empresas o desarrollar la mentada “actividad” que las constituye, sino que además pondrá en duda incluso, el propio concepto de acto jurídico, conforme lo concibe nuestro derecho positivo (art. 259 CCC), excepto reconozcamos al acto así ejecutado, el discernimiento indispensable para estar frente a un acto voluntario (art. 260 CCCN)⁶².

Como vemos el futuro, no solo se presenta desafiante, sino también y en gran medida impredecible.

goritmos dotados de una inteligencia símil a la de los seres humanos. Si bien se asocia a la de los “robots”, estos usualmente se refieren a una maquinaria manejada por un elemento de inteligencia artificial en forma autónoma o semiautónoma. Las formas más comunes de inteligencia artificial son las “aplicaciones”, hoy tan presentes en nuestros teléfonos. SALVOCHEA, RAMIRO C., Ciencia Ficción Societaria: La Admisión de una Persona Jurídica Sintética, ponencia presentada y premiada en el reciente XIV Congreso Argentino de Derecho Societario y X Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Córdoba, Ed. Advocatus, 2019.

⁶² ARTICULO 260 CCCN: Acto voluntario. El acto voluntario es el ejecutado con discernimiento, intención y libertad, que se manifiesta por un hecho exterior.

Responsabilidad social en la empresa minera

Impacto económico, social y ambiental en la Provincia de San Juan

MG. RICARDO COCA*

Resumen: El fenómeno de transnacionalización de la economía ha generado el desarrollo de corporaciones a nivel mundial más poderosas en cuanto a generación y explotación de riquezas que superan largamente los valores del PBI de países en vías de desarrollo. El desarrollo de estos países y sus regiones queda condicionado al comportamiento corporativo de esas empresas. En el caso de la provincia de San Juan se observa esta tensión en el desarrollo de la minería metalífera a gran escala. El crecimiento económico generado debe contemplarse a la luz de las posibilidades de que este se convierta en desarrollo económico. La actividad corporativa debe atender a las regulaciones internacionales, en general de cumplimiento voluntario y las demandas de licencia social de las organizaciones de la sociedad civil.

I. Introducción

Es necesario tener en cuenta que el concepto de Responsabilidad Social Empresaria aún está en construcción y que cada vez que uno lo utiliza debe tratar de acordar que se entiende por él. Por ser la Responsabilidad Social Empresaria una construcción social, a lo que se debe aspirar es a aproximarse a ella a través de las distintas miradas, intereses y componentes que la conforman.

A falta de esa definición única de RS, se han elaborado muchas. Afortunadamente, en casi todas ellas aparecen unos cuantos componentes que nos ayudan a definir qué es la RS: una referencia a tres ámbitos de responsabilidad,

* Universidad Nacional de San Juan - Mail: ricardococa@hotmail.com

económico, social y medioambiental (completada a veces, con una mención al carácter ético de esas responsabilidades); una alusión a los interlocutores o *stakeholders* ante los que la empresa se presenta como responsable; la identificación de esas responsabilidades como voluntarias; y, en algunos casos, alguna referencia al carácter integrado de la RS en la estrategia, las políticas y las operaciones. Al final, resulta una definición compleja, probablemente porque la realidad de la RS también lo es.

Debe entenderse por tanto a la RSE como la búsqueda de una cultura de excelencia propia de las prácticas de gestión de las empresas y no como una moda pasajera. La relación entre producción y consumo supone analizar cómo se implementan los sistemas de producción en cuanto al uso de recursos, el respeto por el ambiente y las relaciones interpersonales. El consumo responsable será la contrapartida de la RSE apuntando a minimizar la presión sobre el uso de los recursos no renovables.

En el caso de la provincia de San Juan, se trata de analizar el impacto de la minería en las tres dimensiones mencionadas de la RSE, económico, social y ambiental. Los aspectos positivos y sus externalidades, como así mismo los desafíos de la actividad minera en el desarrollo de la Provincia en el mediano plazo.

II. La ética empresarial y el impacto social

La ética es un saber normativo que pretende dirigir las acciones de los seres humanos, siendo la ética empresarial la aplicación de los valores morales y los principios al ámbito de la empresa.

Esos principios deben referirse fundamentalmente al compromiso con:

- La sustentabilidad.
- El cumplimiento de las regulaciones.
- La transparencia.
- El respeto a las comunidades donde se inserta, sus costumbres y tradiciones.
- La provisión de trabajo decente.
- Brindar productos y servicios acordes a los requerimientos de calidad.

Es importante que cada empresa desarrolle su escala axiológica y actúe conforme a ella.

Para Bernardo Kliskberg las grandes desigualdades tienen, además de sus contraindicaciones económicas, consecuencias muy directas sobre la vida de las personas que contrarían la ética básica. A mayor desigualdad más criminalidad, mayor mortalidad infantil, más obesidad, más embarazos adolescentes, mayor discriminación de género y menor esperanza de vida.¹

Para el autor la demanda de ética en la economía está creciendo en el mundo. Se espera ética de los políticos y los responsables gubernamentales, pero también de los empresarios y las empresas. Esta demanda forma parte de un sentimiento más profundo. Existe la percepción que el debate ético en general ha sido marginado de la agenda colectiva.

Ante ello surge como imperativa la ética a nivel de Organismos Internacionales, Gobiernos, Empresa y Organizaciones de la Sociedad Civil. Lógicamente ello depende del ejercicio ético de las personas en su vida social.

La provincia de San Juan es una provincia rica en recursos cuya explotación paso de estar en manos de pequeñas empresas mineras a grandes corporaciones transnacionales. La primera pregunta que surge entonces es; ¿Cumplen estas empresas con sus códigos de ética o poseen un doble estándar?

Hablamos de ética empresarial considerando la moralidad en la empresa y de la empresa. La ética en la empresa se ocupa de las actividades de profesionales y directivos actuando en la empresa, mientras que ética de la empresa se refiere a las decisiones directivas que se realizan en nombre de la empresa o representando a la empresa y que, de algún modo, marcan el modo de actuar de otros para llevar a cabo la actividad corporativa de la empresa.

Domènec Melé indica que existen tres maneras de entender la ética empresarial. La primera, se denomina economicismo limitado, tiene como criterio supremo maximizar beneficios, pero acepta como restricción cumplir la legalidad vigente y, en algunos casos, las exigencias sociales del entorno. La segunda versión, el dualismo racionalista, introduce la necesidad de justificar cada decisión mediante juicios éticos que se hacen partiendo de alguna teoría ética de corte racionalista que define qué es correcto. La tercera versión es llamada realismo moderado al aceptar la capacidad humana de un conocimiento moderado de la realidad. Esta última entiende que la ética es parte integrante de toda acción en la medida en que ésta incide en quien la realiza y contribuye o dificulta el logro

¹ Kliksberg, BERNARDO (2012). *Un examen de las relaciones entre ética y economía*. En Valores y ética para el siglo XXI. España: BBVA.

de la excelencia humana, a diferencia de otras teorías. Uno de los puntos básicos en la búsqueda de la excelencia humana es reconocer la dignidad de todo ser humano, portador de derechos, y abierto al desarrollo propio de quien es una persona. Esto exige respeto y una actitud de servicio y cooperación, que es justamente lo que da lugar a una mejora en la excelencia humana. Otro elemento importante de esta versión de la ética empresarial es la importancia capital de quien toma la decisión. Él es, en último término, quien deberá hacer el juicio moral acerca de su decisión. En esta versión hay una ética de “primera persona”.² Se espera un comportamiento ético de la empresa acorde al que desarrollan en sus países de origen, independientemente de la eficacia de los organismos de contralor.

III. Responsabilidad social empresaria

Para el Banco Interamericano de Desarrollo la Responsabilidad Social Empresarial “Es una visión sobre la empresa que concibe el respeto a los valores éticos, a las personas, a las comunidades y al medio ambiente como una estrategia integral que incrementa el valor añadido y por lo tanto mejora la situación competitiva de la empresa”.

Para Justo Villafañe, la RSE “es el compromiso de una empresa de mantener un comportamiento corporativo autoexigente con todos sus stakeholders.”³

La Norma ISO 26000 la define como la “responsabilidad de una organización ante los impactos que sus decisiones y actividades ocasionan en la sociedad y en el medio ambiente, mediante un comportamiento ético y transparente que contribuya al desarrollo sostenible, incluyendo la salud y el bienestar de la sociedad, que toma en consideración las expectativas de las partes interesadas, que cumpla con la legislación aplicable y sea coherente con la normativa internacional de comportamiento, y que está integrada en toda la organización y se lleva a la práctica en sus relaciones”.

En ella aparecen todos los elementos antes mencionados, menos el carácter voluntario que, de todos modos, está implícito.

² Melé, DOMENEC (2002). *Tres versiones de la ética empresarial, una nota exploratoria*. Obtenido de http://www.etic.aed.org/10_mel%E901.pdf

³ Villafañe, JUSTO. (2004). *La buena reputación, claves del valor intangible de las empresas*. Pirámide.

La Comisión Europea (CE) brinda una definición muy sencilla, “la Responsabilidad Social es la responsabilidad de las empresas por sus impactos sobre la sociedad”.⁴

Antonio Argandoña, profesor titular de la Cátedra ‘la Caixa’ de Responsabilidad Social de la Empresa y Gobierno Corporativo del IESE, al definir la RSE dice;

“la empresa es responsable de todo ello. Cada minuto que pasa, la empresa adquiere o descarga responsabilidades de todo tipo: produce impactos en la sociedad, como dicen las definiciones de la CE y de la ISO 26000. Pues bien: la RS es eso, el conjunto de responsabilidades que la empresa adquiere ante la sociedad, representada por sus stakeholders, entendidos estos en un sentido muy amplio, porque también nuestros nietos y los nietos de los que ahora viven en el otro extremo del mundo se verán beneficiados o perjudicados por los impactos de esa empresa. Por eso, el añadido sobre el medioambiente de la definición de la ISO 26000 es redundante, a no ser que queramos dar a ese stakeholder una personalidad propia.”⁵

Archie Carroll, sostiene que se pueden distinguir distintos tipos de responsabilidades en una empresa;

- Económica: que tiene que ver con el retorno a la inversión de los accionistas.
- Legal: que tiene que ver con las obligaciones que deben respetar y que son exigidas en las sociedades en las que actúan.
- Ética: que tiene que ver con lo que esperaría una sociedad, aunque no se constituya en una exigencia legal.
- Filantrópica: que tiene que ver con donaciones consideradas como deseables por la empresa, más allá de las responsabilidades legales y éticas.⁶

Así permite apreciar a las empresas desde el punto de vista de la responsa-

⁴ Comisión Europea. (2011). *Comunicación a renewedstrategy 2011-2014 for corporate social responsibility*. Bruselas

⁵ Argandoña, ARMANDO (2007). *La responsabilidad social; ¿Qué modelo económico? ¿Qué modelo de empresa?* Navarra: IESE Business School.

⁶ Carroll, ARCHIE, & Buschholtz, ANN (2006). *Business & Society: Ethics & Stakeholder Management*. EEUU: Thompson.

bilidad social empresarial. No se trata solo hacer utilidades y cumplir con las obligaciones legales. No basta con asumir responsabilidades filantrópicas. Lo que prima en una empresa socialmente responsable es su responsabilidad ética.

Bernardo Kliksberg se pregunta que demanda la gente cuando se habla de RSE, a lo que responde;

- Políticas de personal que respeten los derechos de los integrantes de las empresas y favorezcan su desarrollo.

- Transparencia y buen gobierno corporativo.

- Juego limpio con el consumidor.

- Políticas activas de protección del medio ambiente.

- Integración a los grandes temas que hacen al bien común.

- No practicar un doble código de ética.⁷

Podemos identificar distintas etapas de la RSE, dichas etapas implican una evolución del concepto, pero a su vez están todas presentes en la concepción de empresarios y sociedad. Por lo cual hay que hacer un esfuerzo para avanzar en la generación de acciones que atiendan al concepto más moderno de la RSE.

- **RSE cosmética**, asociada a la filantropía. Las empresas cuyo comportamiento es puesto en tela de juicio debido a malas prácticas, escándalos, etc. realizan acciones de filantropía con objetivos de marketing.

- **RSE correctiva**, las empresas dejan de hacer daño y buscan superar las externalidades que producen sus acciones. Planes de remediación ambiental, cierres de yacimientos y otras acciones se incluyen en esta etapa.

- **RSE contributiva**, se busca mejorar la sociedad y el entorno, no se trata de compensar sino de contribuir. Las tareas culturales, educativas, el apoyo a planes de desarrollo local son parte de la RSE contributiva.

- **RSE identitaria**, la RSE se constituye en parte de la estrategia de la empresa, se tiene en cuenta el papel de esta en la sociedad, su relación con todos los grupos de interés. La concepción del negocio parte desde los postulados de la RSE.

- **RSE integral**, basada en la transparencia y la trazabilidad de los ingresos y la aplicación de fondos. Está relacionada con el concepto de *accountability* cuyo significado podríamos traducir como rendición de cuentas. Esta etapa está vinculada a los mayores controles referidos a aportes a campañas políticas, con-

⁷ Kliksberg, BERNARDO (2011). Obtenido de http://plataforma.responsable.net/sites/default/files/bernardo_kliksberg.pdf

troles de fondos, depósitos en paraísos fiscales y demás. Quienes desarrollan este nivel de RSE deben controlar minuciosamente todas sus operaciones.

Teniendo en cuenta que la RSE es voluntaria y responde a programas generados dentro de la propia empresa, solo será eficaz si atiende al cumplimiento de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y medio ambiente.

Las críticas descreen del autocontrol de las empresas respecto a su impacto social y al ambiental. Se verifican en distintos países que las empresas tienen políticas laborales, salariales, de seguridad ambiental y sociales, muy distintas a los estándares aplicados en sus sedes centrales.

Los enfoques limitados de RSE se centran en la obtención de la licencia social, esto es a través de la filantropía como donaciones o compensaciones. A través de estas acciones buscan el acuerdo de los grupos de interés.

En instancias más avanzadas de la RSE la búsqueda de procesos de desarrollo en las comunidades resulta de mayor interés. Es necesario que las actividades de RSE de las empresas se realicen en el marco de complementación con los organismos de gobierno y contralor. Ello por cuanto en comunidades donde el poder de contralor del estado es laxo el contacto directo con las comunidades puede avanzar en modos de cooptación.

Las empresas toman medidas efectivas cuando perciben la pérdida del valor accionario por sus actividades que afectan social o ambientalmente. Por ello es que no basta con que las empresas apliquen sus códigos de ética y sus programas de RSE, la responsabilidad del Estado deberá enfocarse en que estas cumplan efectivamente los principios de la debida diligencia en materia de derechos humanos.

IV. Las empresas y los derechos humanos

Si bien el tema de las empresas y el respeto a los Derechos Humanos es una preocupación universal, es cierto también que para Latinoamérica es un tema de especial interés. Los distintos grados de desarrollo y la abundancia de recursos naturales generaron el interés de las empresas trasnacionales por su explotación. Los largos períodos de gobiernos de facto, o democráticos con escaso sentido de la protección de los recursos y su explotación racional, permitieron que la Inversión Extranjera Directa se desarrollara bajo estándares más laxos que los de sus países de origen.

Luego de distintas iniciativas el Consejo de Derechos Humanos de la ONU convoca a John Ruggie, profesor de la Universidad de Harvard para realizar un análisis y propuesta de la protección de los Derechos Humanos por parte de las empresas y los Estados donde estas desarrollan sus actividades. Así en el año 2011 se establece la primera plataforma sobre responsabilidad empresarial en cuanto al respeto de los derechos humanos.

“El Marco se basa en tres principios fundamentales. El primero es la obligación del Estado de ofrecer protección frente a los abusos de los derechos humanos cometidos por terceros, incluidas las empresas, mediante medidas adecuadas, actividades de reglamentación y sometimiento a la justicia. El segundo es la obligación de las empresas de respetar los derechos humanos, lo que significa actuar con la debida diligencia para no vulnerar los derechos de terceros, y reparar las consecuencias negativas de sus actividades. El tercero es la necesidad de mejorar el acceso de las víctimas a vías de reparación efectivas, tanto judiciales como extrajudiciales. Cada uno de estos principios constituye un elemento esencial de un sistema interrelacionado y dinámico de medidas de prevención y de reparación: el deber del Estado de brindar protección, ya que constituye la base misma del régimen internacional de derechos humanos; la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos, por tratarse de la expectativa social más elemental en relación con las empresas; y el acceso a vías de reparación porque ni siquiera los esfuerzos mejor coordinados pueden impedir totalmente que se cometan abusos.”⁸

Los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos, puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para proteger, respetar y remediar, en sus principios 18 a 21 definen los componentes esenciales de la debida diligencia. Esta está fundamentalmente vinculada a la evaluación de impacto, los mecanismos de reclamación y la reparación tanto estatal como no estatal.

⁸ Ruggie, JOHN. (2011). *Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para proteger, respetar y remediar*. Washington: A/HRC/17/31. Obtenido de www.globalbusiness-initiative.org/wp-content/uploads/2012/07/Gps-Spanish.pdf

No obstante, la falta de establecimiento de mecanismos legales y obligatorios genera incertidumbre sobre la eficacia de estos principios rectores para evitar las violaciones de los derechos humanos y la conducta predatoria de algunas empresas transnacionales;

“En conclusión, el desbocado e imparable poder de las empresas transnacionales y la ausencia de instrumentos internacionales convencionales obligatorios no parecen presagiar un escenario optimista. Situación, que viene favorecida por la resistencia a imponer unas normas limitativas de los excesos promovidos por la nueva *lex mercatoria* y que pueda acudir en defensa de las víctimas de las violaciones de los derechos humanos. En parte, todo ello se explica por una reticencia de la mayoría de los Estados, que viene acompañada por la apática reacción o estado de complacencia de las organizaciones internacionales, como las Naciones Unidas, que no parecen poder superar con decidida solvencia este desafío. Ante la imposibilidad presente de una salida institucional a esta status de impunidad, la sociedad civil con sus víctimas se ven abocadas a exigir ante distintos tribunales de justicia, con más o menos éxito, la responsabilidad penal y civil de las empresas infractoras de los derechos fundamentales de las personas y de los pueblos. Mientras tanto queda por constatar si en un futuro próximo, el Grupo de Trabajo de los Principios Rectores, dota de contenido y eficacia a los mismos, y logra con determinación y solvencia despejar las dudas y lagunas de este nuevo Marco de las Naciones Unidas para proteger, respetar y remediar”.⁹

Así la fijación de estándares debe reflejar una equivalencia entre lo ofrecido y el impacto a las comunidades donde la actividad se centra.

Las empresas deberían;

⁹ Esteve Moltó, J. E. (2011). *Los Principios Rectores sobre las empresas transnacionales y los derechos humanos en el marco de las Naciones Unidas para «proteger, respetar y remediar»: ¿hacia la responsabilidad de las corporaciones o la complacencia institucional?* Anuario Español de Derecho Internacional Vol. 27, <https://www.unav.edu/publicaciones/revistas/index.php/anuario-esp-dcho-internacional/article/viewFile/2559/2432>.

- Especificar sus políticas de derechos humanos.
- Integrar esa política en todas las áreas de la empresa.
- Evaluar el impacto actual y potencial sobre sus actividades sobre los derechos humanos.
- Auditar sus impactos a través de reportes de sustentabilidad.

Es dable observar que en el caso que nos ocupa no está al alcance del ciudadano tener acceso a la información de reportes sobre la actividad de la empresa minera. Aún en casos de accidentes los informes tomaron estado público por mensajes de ciudadanos antes que por informes del Gobierno o de la empresa.

V. Desarrollo sostenible, sustentabilidad y sostenibilidad

La Comisión Sarkozy¹⁰, presidida por los premios Nobel Joseph Stiglitz y Amartya Sen, propone que hay que apuntar hacia una visión más amplia del desarrollo. El crecimiento económico es uno de los objetivos del mismo, pero no el único. Se requiere, entre otros aspectos, mejorar la inclusión social, la equidad, el acceso a la cultura, la ampliación de la libertad, la convivencia armónica con la naturaleza, la participación en todos los planos.

Con frecuencia hay una compensación latente que solo se explicita cuando el desarrollo no se mide únicamente con el producto bruto, sino con indicadores más amplios, como los que propone la comisión y anteriormente el paradigma de desarrollo humano de la ONU.

Así, la explotación sin control de la naturaleza puede incrementar el crecimiento a corto plazo, pero genera desequilibrios que llevan a dejar sin su hábitat histórico a millones de personas, y genera graves daños económicos a medio y largo plazo.

Es importante distinguir entonces entre crecimiento y desarrollo. El crecimiento es el aumento continuo de la producción agregada a través del tiempo, se mide por el crecimiento del Producto Bruto Interno en un país en el término de un año. Su objetivo es evaluar la efectividad de las políticas macroeconómicas

¹⁰ Comisión Sarkozy. (2009). *Informe de la Comisión sobre la Medición del Desarrollo Económico y del Progreso Social*. Obtenido de https://www.palermo.edu/Archivos_content/2015/derecho/pobreza_multidimensional/bibliografia/Biblio_adic5.pdf

de un país. En economía lo representamos como el desplazamiento hacia afuera de la Frontera de Posibilidades de Producción. El desarrollo podemos definirlo como el aumento persistente del bienestar de una población. Implica un proceso de cambio en los sistemas económicos que generan un aumento del bienestar social.

Confluyen en el análisis del crecimiento y del desarrollo los aspectos económicos, sociales y medio ambientales. Su medición se realiza mediante el análisis de diversos indicadores como la tasa de desempleo, acceso al sistema de salud, tasa de escolarización, acceso a la vivienda, servicios, infraestructura, etc. Ambos conceptos están muy vinculados, aunque no basta el crecimiento para generar desarrollo (teoría del derrame). En el corto plazo podemos tener incluso desarrollo sin crecimiento. En el largo plazo es necesario el crecimiento para generar un desarrollo sostenible.

El desarrollo debería permitir;

- La igualdad de oportunidades
- La reducción de la discriminación
- Disminuir la exclusión social
- Mejorar la distribución del ingreso (coeficiente de Gini)

En la práctica surgen caracterizaciones como las de países desarrollados, países subdesarrollados o el eufemismo de países en vías de desarrollo. Lo importante es discernir como se incrementa la brecha entre aquellos que tienen índices de bienestar creciente, mientras que otros sufren un deterioro permanente de sus posibilidades. Incluso países que destruidos por los conflictos internos o las guerras quedan marginados de los procesos de desarrollo y solo pueden esperar la ayuda humanitaria de los organismos internacionales.

El informe de la Comisión Brundtland (Comisión Mundial para el Medio Ambiente y el Desarrollo, 1987) define el desarrollo sostenible como la posibilidad de “satisfacer las necesidades del presente sin comprometer la posibilidad de generaciones futuras de satisfacer las suyas”.¹¹

El concepto de desarrollo sostenible trae de hecho la idea de sostener, para ello debe tenerse en cuenta el consumo de capital y las posibilidades de regeneración. El término desarrollo sustentable refiere a mantener el sistema en el tiempo, este tiene capacidad autónoma de sustentarse por sí solo.

¹¹ ONU. Informe Brundtland. (1987). *Informe de la Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo*. Extraído de <https://es.scribd.com/doc/105305734/ONU-Informe-Brundtland-Ago-1987-Informe-de-la-Comision-Mundial-sobre-Medio-Ambiente-y-Desarrollo>

“El concepto de sustentabilidad hace referencia a la interrelación de tres elementos: (1) La sustentabilidad ambiental, que se refiere a la necesidad de que el impacto del proceso de desarrollo no destruya de manera irreversible la capacidad de carga del ecosistema (2) La sustentabilidad social, cuyos aspectos esenciales son (a) el fortalecimiento de un estilo de desarrollo que no perpetúe ni profundice la pobreza ni, por tanto, la exclusión social, sino que tenga como uno de sus objetivos centrales la erradicación de aquélla y la justicia social; y (b) la participación social en la toma de decisiones — es decir, que las comunidades y la ciudadanía se apropien y sean parte fundamental del proceso de desarrollo. (3) La sostenibilidad económica, entendida como un crecimiento económico interrelacionado con los dos elementos anteriores. En síntesis, el logro del desarrollo sustentable será resultado de un nuevo tipo de crecimiento económico que promueva la equidad social y que establezca una relación no destructiva con la naturaleza.”¹²

VI. Impacto económico de la gran minería en San Juan

El cambio en la estructura económica en la provincia de San Juan a partir de la llegada de la gran minería es fácilmente reconocible teniendo en cuenta que hasta el año 2005 no se producía oro. Hasta ese año el 50% de las exportaciones estaba representado por el complejo vitivinícola y el de hortalizas y legumbres que hoy representan el 14% de las mismas.

Dicho cambio de la estructura económica implica también cambios en el desarrollo de infraestructura, en los ejes de desarrollo territorial de la provincia y en la cantidad y los tipos de empleo. Hoy las exportaciones de metales preciosos equivalen al 74,8%.

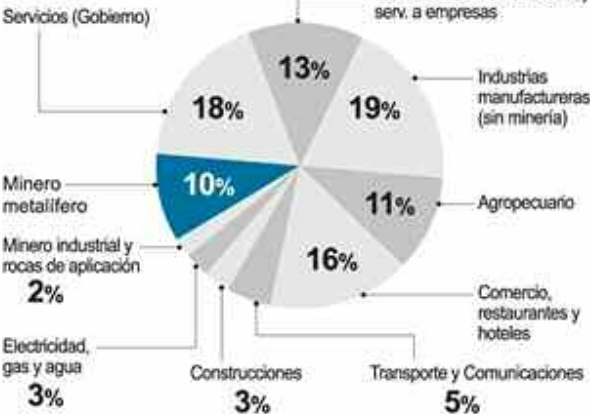
¹² Fajardo, ARTURO (2006). *Desarrollo humano sustentable; concepto y naturaleza. Obtenido de Civilizar. Ciencias Sociales y Humanas*. Obtenido de https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=10022_0322001

Evolución de la estructura económica

Participación de cada actividad en el PGB de San Juan

Actividad	En 1993	En 2003	En 2013
Servicios (Gobierno)	26%	29%	16%
Establecimientos financieros y serv. a empresas	22%	22%	5%
Industrias manufactureras (sin minería)	19%	16%	18%
Agropecuuario	11%	13%	11%
Comercio, restaurantes y hoteles	9%	7%	16%
Transporte y comunicaciones	5%	4%	5%
Construcciones	4%	4%	6%
Electricidad, gas y agua	3%	5%	2%
Minero industrial y rocas de aplicación	0%	0%	3%
Minero metalífero	0%	0%	11%

En 2017



Ranking de provincias mineras, según producción en 2017

Distrito	Millones de U\$S	Distrito	Millones de U\$S
Santa Cruz	1.347	Córdoba	174
SAN JUAN	873	San Luis	126
Catamarca	706	Río Negro	47
Jujuy	258	Neuquén	18
Buenos Aires	206	Resto de provincias	168

Fuente: Cámara Minera de San Juan.

DIARIO DE CUYO 13

¹³ Infografía Diario de Cuyo en base al Informe de impacto socioeconómico de la minería sanjuanina. Autor LR Consultora para Cámara Minera de San Juan (2019).

De acuerdo al Informe de impacto socioeconómico de la minería sanjuanina el Producto Bruto Geográfico creció más del doble en el período 2005-2017, modificando en términos relativos y absolutos la estructura económica. Así, por ejemplo, el sector Gobierno bajo su peso relativo en un 10 % con los efectos positivos que esto conlleva.¹⁴

Las exportaciones crecieron en un 336% pasando de 500 millones de dólares a 2400 por la incorporación del complejo minero metalífero. El informe estima a su vez que el 77% del valor de las exportaciones de oro y plata con origen en San Juan queda en el país en concepto de bienes y servicios adquiridos, sueldos y honorarios y la recaudación del Estado tributaria y no tributaria directa. Mientras que la generación de empleo es de 4,25 empleos indirectos por cada empleo directo.

Los proyectos principales en ejecución son;

- Proyecto Casposo a cargo de Troy Resources Argentina Ltda., localizado en el Dpto. de Calingasta en etapa de explotación desde el año 2011 consistente en pequeña minería de oro y plata con explotación a cielo abierto y subterránea.

- Proyecto Gualcamayo a cargo de Yamana Gold y como operador Minas Argentinas S.A., localizado en el Dpto. Jachal en etapa de explotación desde el año 2009 a cielo abierto y subterráneo.

- Proyecto Veladero a cargo de Barrick Gold y Shandong Gold Group y como operador Minera Andina del Sol, localizado en el Dpto. de Iglesia en etapa de explotación desde el año 2005 a cielo abierto.¹⁵

Podemos concluir que el aporte en términos económicos de la actividad a la estructura económica de la provincia se torna considerable y difícil de sustituir por otros sectores. Esto plantea la necesidad de desarrollar exploraciones y nuevos proyectos que sustituyan el aporte de los actuales para el momento en que culmine su etapa de explotación.

¹⁴ *Informe de impacto socioeconómico de la minería sanjuanina*. Autor LR Consultora para Cámara Minera de San Juan (2019). Extraído de www.miningpress.com/nota/322830/como-impacto-el-boom-minero-en-san-juan-el-informe

¹⁵ MINISTERIO DE MINERIA PROVINCIA DE SAN JUAN, extraído de <http://mineria.sanjuan.gov.ar/#minas>

VII. Impacto ambiental

Si bien el análisis del impacto ambiental de la minería en San Juan tiene una gran cantidad de variables, extracción de recursos no renovables, transformación del paisaje, degradación de suelos, uso del agua, drenajes, vertederos, efluentes, etc., tomaremos para el análisis el elemento más crítico; los accidentes acaecidos en la explotación.

La cronología de los distintos accidentes mineros en la provincia de San Juan podría resumirse en la siguiente;

- 12 y 13 de septiembre de 2015, millones de litros de solución con cianuro y otros metales cayó al Río Potrerillos, la sanción aplicada fue de 2,5 millones de dólares.

- 14 de septiembre de 2016, derrame de solución con cianuro.

- Enero de 2017, drenaje de agua pesada.

- 29 de marzo de 2017, desacople de cañerías con solución rica de oro y plata.

Por este caso y el del año 2016 se aplicó una multa de 1,8 millones de dólares.

Todos ellos se produjeron en la mina Veladero.

A ellos hay que sumar el conflicto generado por la Minera Pelambres de Chile por los pasivos ambientales que depositó en territorio de la provincia, por la cual se aplicó una multa de 715.000 dólares a Pachón S.A. de la empresa Glencore por negligencia al dejar instalar la escombrera ajena en el suelo de sus operaciones aún en etapa de exploración.

Otro de los aspectos a considerar es el proceso de cierre de minas en cuanto a las tareas que deben desarrollarse para preservar y recuperar el medio ambiente. La provincia carece de una ley, aunque se ha anunciado su envío para tratamiento legislativo durante el corriente año.

El proyecto de ley exige que las empresas elaboren un plan de cierre, tanto para las explotaciones metalíferas como no metalíferas. El objetivo es el de preservar, recuperar y resguardar el medio ambiente, la salud y la seguridad. Establece un fondo de garantías constituido por la empresa para la etapa de cierre, del cual un 30% formará parte de un fondo de previsión ambiental.

El fondo deberá constituirse a la mitad de la vida útil de la mina para los proyectos que tengan una vida útil de hasta quince años, o a los 10 años cuando el plazo de explotación sea mayor. Se prevén sanciones de apercibimiento, multas, suspensión, ejecución de la garantía, clausura o inhabilitación.

VIII. Conclusiones

Al crecimiento económico aportado por la gran minería en San Juan, es necesario orientarlo a un proceso de desarrollo fundamentalmente de las comunidades donde se desarrolla. Las mismas deben estar en óptimas condiciones de seguir sus procesos de desarrollo una vez terminadas las explotaciones.

Debe exigirse la aplicación y difusión de estándares de control social y ambiental como el GRI (*Global Reporting Initiative*). Una posibilidad es aplicar los estándares de desempeño social y ambiental de la Corporación Financiera Internacional¹⁶. Los mismos deben estar al alcance de las organizaciones de la sociedad civil y del ciudadano que quiera conocerlos. Hoy es muy escasa la información al respecto y de difícil obtención.

Deberían aplicarse estándares mínimos de beneficios aplicados por el Estado no dejando al libre albedrío de las empresas la determinación de los mismos.

Las sanciones por accidentes deberán ser en el futuro más severas, fundamentalmente apuntando al cierre de las explotaciones y no solo multas dinerarias.

Es dable esperar el envío del proyecto de Ley de cierre de minas al Poder Legislativo para garantizar la preservación del medio ambiente con posterioridad a la finalización de la explotación.

En definitiva, toda acción de Gobierno debe estar dirigida a lograr que las empresas cumplan con la debida diligencia; proteger, respetar y reparar.

Solo es posible sostener la explotación minera si esta genera un auténtico desarrollo en la provincia minimizando su impacto ambiental y protegiendo a la sociedad en la cual se inserta.

¹⁶ CORPORACION FINANCIERA INTERNACIONAL, extraído de; <https://firstforsustainability.org/es/risk-management/implementing-ifc-environmental-and-social-requirements/establish-and-maintain-an-esms/ifc-environmental-and-social-performance-requirements/ifc-performance-standards/>

El estado empresario

Influencia económica y social

La experiencia de la Provincia de San Juan

DR. PASCUAL EDUARDO ALFERILLO

Resumen: Desde la creación del Estado moderno, la definición de sus políticas económicas es un tema trascendente por cuanto determina el grado de la participación del mismo en dicha actividad. Al respecto, se conocen distintas etapas, que van del no intervencionismo (*Laissez faire laissez passer*) a la participación activa en el marco del “Estado de bienestar”, incluyendo su actividad como empresario.

Esta problemática jurídico-económica que se da a nivel mundial ha tenido su repercusión en la política nacional y, de igual modo, en las provincias. En San Juan, se destaca que las políticas del Estado intervencionistas se remontan a las primeras décadas del siglo XIX, apenas finalizada la Primera guerra mundial, mientras que, en Europa, recién fue tenida en consideración luego de finiquitada la Segunda confrontación mundial.

Palabras Claves: Estado. Empresa. Ideologías económicas. Estado provincial. San Juan.

Abstract: Since the creation of the modern State, the definition of its economic policies, is a transcendent issue because it determines the degree of its participation in that activity. In this regard, different stages are known, ranging from non-interventionism (*Laissez faire laissez passer*) to active participation in the framework of the “welfare state”, including its activity as an entrepreneur.

This legal-economic problem that occurs worldwide, has had an impact on national politics and, in the same way, on the provinces.

In San Juan, it is emphasized that the interventionist State policies date back to the first decades of the 19th century, as soon as the First World War was over, while in Europe, it was only taken into consideration after the Second World Confrontation was over.

Keywords: *State, Enterprise, economic ideology, provincial State, San Juan.*

I. Introducción

El desafío intelectual presentado por la Corporación Académica para la Reunión General de Institutos (Córdoba - 2019), consulta la visión jurídica y social que ha tenido, tiene y debería tener “La Empresa” en el desarrollo de la República Argentina.

Sin lugar a hesitación, el eje de la convocatoria tiene una vasta gama de aristas que pueden ser tratadas de un modo particularizado, por ello, el primer dilema a resolver son los límites de la temática que se pretende abordar en procura de aportar una conclusión que se transforme en un grano de arena para la construcción de una idea general que sea la guía lumínica que permita el progreso socio-económico nacional en un mundo globalizado y signado por la crisis de paradigmas los tradicionales, como es por ejemplo: la trascendencia de la estructura de los Estados nacionales¹ o las nuevas modalidades del trabajo.²

¹ Ver: KENICHI OHMAE, *El fin del estado – nación*, Editorial Andrés Bello, Santiago, Chile, 1997, p. 15 y sig.; DANIEL GARCIA DELGADO, *Estado – nación y globalización. Fortalezas y debilidades en el umbral del tercer milenio*, Ed. Ariel, Buenos Aires, Argentina, 1998, p. 11 y sig.; ZYGMUNT BAUMAN, *La globalización. Consecuencias humanas*, editorial Fondo de la Cultura Económica, Brasil, 1999, p. 75 y sig., entre otros autores.

² Ver: FRANCIS FUKUYAMA, *El fin del Hombre. Consecuencias de la revolución biotecnológica*, traducción Paco Reina, Ediciones B S.A., Barcelona, España, 2002, p. 11 y sig.; LUIS BECCARIA – NÉSTOR LÓPEZ (Comps.) Autores S. FELMAN – V. GALLI – G. KESSLER- R. MALFÉ – M. MURMIS – V. TOKMAN, Sin trabajo. *Las características del desempleo y sus efectos en la sociedad argentina*, Unicef/Lozada, Buenos Aires, Argentina, 1° edición octubre 1996, p. 7 y sig.; JEREMY RIFKIN, *El fin del trabajo. Nuevas tecnologías contra puestos de trabajo: el nacimiento de una nueva era*, editorial Paidós SAICF, 1° edición argentina, 1996, p. 17 y sig.; GIOVANNI SARTORI, *Homo videns. La sociedad tele-dirigida*, Santillana S.A. Taurus, Madrid, España, 1998; A. ARGANDOÑA – S. GÓMEZ

La conceptualización de empresa como una unidad o conjunto económico y social organizado, compuesto por factores humanos, materiales y técnicos con el propósito de obtener ganancias a través de su labor de prestatarios de bienes y servicios, deja abierta una serie de clasificaciones. Por ejemplo, en función del sector productivo en el cual actuarán, primario, secundario o terciario; por su constitución jurídicas, individuales o societarias (dentro de estas según su tipo); etc.

En función de ello se estimó, como tema apto para ser examinado por su trascendencia tanto en el mundo público como en el privado, la relación del Estado con la figura de “La empresa” observando cual es la influencia que ello ha tenido en la estructuración social que inexorablemente está vinculado, de igual modo, con los logros o fracasos económicos del país.

La propuesta de estudio, más allá de formular un paneo global de las ideologías influyentes, se acotará, responsablemente, a las observaciones de la evolución del tema en un territorio definido, como es el de la provincia de San Juan, modelo que puede tener similitudes en otras latitudes de la Nación.

Todo ello, destacando el contexto histórico de cada situación que se analizará. En este sentido cuadra examinar, además de la evolución del Estado provincial, la proyección de dos empresas que han influido notablemente en la economía y en la sociedad local.

Finalmente, para cerrar esta introducción al tema, es importante precisar que la norma jurídica, además de ser una expresión de la soberanía interior³,

– D. MELE, *Empleo y trabajo: Previsión de futuro*. Biblioteca IESE de gestión de empresas, Universidad de Navarra, Ed. Folio S.A., Barcelona, España, 1997, p. 13 y sig.; JULIO C. TESTA – CLAUDIA FIGARI, “De la flexibilidad a la precarización. Una visión crítica de las vinculaciones entre el empleo y el sistema de relaciones laborales” en *Empleo y globalización. La nueva cuestión social en la Argentina*, Ernesto Villanueva (Coordinador), Universidad Nacional de Quilmes, Buenos Aires, Argentina, 1997, p. 188; entre otros. CHARLES HANDY, *El futuro del Trabajo humano*, traducción de Antoni Vicens, 1° edición setiembre 1986, Ed. Ariel S.A., Barcelona, España, p. 13 describía que “estamos viendo la disminución gradual de la sociedad del empleo, una sociedad en la cual los puestos de trabajo son la medida y el medio para la mayor parte de las cosas. Una sociedad del empleo general la mayor riqueza a través de los puestos de trabajo; cuanto mayor sea el número de personas que trabajen de una manera formalmente organizada, mayor será la riqueza transferible, puesto que gana una persona en su trabajo le permite adquirir lo que produce otra. En una sociedad de pleno empleo el puesto de trabajo es la vía que tiene la sociedad de distribuir riqueza entre sus ciudadanos...”.

³ PASCUAL EDUARDO ALFERILLO, *El poder de policía y la desregulación*, <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/el-poder-de-policia-y-la-desregulacion>

posee un sentido teleológico, un propósito, una *ratio legis* que a lo largo de la evolución del Estado construido a posteriori de la Revolución francesa ha tenido variaciones sustanciales que deben ser tenidas en cuenta.

En esa dirección, siguiendo las enseñanzas del profesor de la universidad de Bremen, Norbert Reich, se reconoce una primera etapa presidida por los ideales del liberalismo en el cual se reconocía el gobierno de las leyes y la actividad jurisdiccional se limita a la exegesis de la misma. En esta etapa se ponderaba la autonomía de la voluntad, la libertad de contratación, la defensa de la propiedad privada y el derecho a fundar empresas. Todo bajo la idea de no intervención del Estado que debía dejar hacer y dejar pasar el proceso económico y social.⁴

La transición a la etapa del Estado Social se presenta con una puja dialéctica entre quienes procuran el statu quo de los derechos de libre empresa, de acceso a los mercados, de extensión de los derechos de propiedad, libre competencia y actividades mercantiles frente a los sectores de intereses que procuraban la protección individual de los derechos colectivos, derecho de coalición a pactos colectivos, a las huelgas, etc.⁵

En esta fase que se caracteriza por los procesos de industrialización⁶, la ley asume

2019. En ese trabajo se especificó que “el “Poder de Policía” es aquella potestad que tienen las autoridades constituidas por la ley básica del Estado para dictar o crear normas reglamentarias de la libertad y propiedad tendientes al fin último que se ha propuesto sostener como sociedad, podemos decir, que dicha función es parte integrante de la soberanía del Estado”.

⁴ NORBERT REICH, “Formas de socialización de la economía: reflexión sobre el post-modernismo en la teoría jurídica” en libro *Derecho y Economía en el Estado Social*, Editorial Tecnos, Madrid, España, 1988, p. 117.

⁵ Ibidem.

⁶ PASCUAL EDUARDO ALFERILLO, *Reflexiones sobre la conexidad histórica entre los factores de atribución de responsabilidad y los regímenes socio - económicos*, <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/reflexiones-sobre-la-conexidad-historica-entre-los> 2019. El autor diferencia dos fases de la industrialización: La “primera etapa de los cambios en los métodos mecánicos de producción, Rifkin estima que concluye en el año 1860 describiendo que “el vapor se empleó para abrir minas de metales, producir textiles, y fabricar un amplio abanico de productos que, en épocas anteriores, habían sido fabricados a mano. Los buques de vapor sustituyeron a los viejos veleros, la locomotora ocupó el lugar de los vagones tirados por caballos; así se mejoró ampliamente el proceso de transporte y el movimiento de materias primas y de productos terminados. El motor a vapor se convirtió en un nuevo tipo de esclavo de trabajo, una máquina cuya potencia física excedía con mucho la fuerza conjunta de animales y seres humanos...”. Por su parte, “la segunda revolución industrial, para algunos autores, como Rifkin se produjo entre

la función de ser instrumento de cambio. Mediante ella, el Estado procura equilibrar los desfases de equidad entre las fuerzas productivas⁷ y de ellas, con las laborales.

Este actuar del Estado como intervencionista en las relaciones económicas para alcanzar el bienestar social, trajo como resultado la materialización de los derechos de “regulación social”, codeterminación, derecho de los consumidores a la libre elección, seguridad, protección legal, calidad del medio ambiente, derecho a la no discriminación (mujeres, extranjeros, etc.)⁸.

A su vez, la transición hacia la sociedad de riesgo o post modernismo se enfrenta el interés por mantener los privilegios sociales protegidos por los gobiernos frente al derecho de acción para la difusión de intereses, con movimientos sociales que actúan de forma organizada tal cual fueran sindicatos, actividades colectivas, responsabilidad social, etc.⁹

En este tiempo, la ley actúa como foro orientador de conflictos reglando los procesos para dirimir los intereses contrapuestos y, ante la complejidad y celeridad de los cambios, se torna necesario reglar con pautas generales orientadoras.

Como se puede colegir no se puede separar en estancos la visión jurídica de la conceptualización política que se tenga para reglamentar la actuación y el rol que les cabe a las empresas en el desarrollo nacional.¹⁰

1860 y la primera Guerra mundial; en cambio otros pensadores no se preocupan por preciar el inicio de esta sub-etapa de la mecanización manufacturera pues estiman que es la profundización de la primera, pero coinciden en fijar, las postrimerías de la misma, entre el final de la segunda guerra mundial y la década del sesenta del siglo XX (Toffler, Sakaiya, etc.). Este tiempo se caracteriza, conforme los estudios realizados por Rifkin, del siguiente modo: “el petróleo empezó a competir con el carbón mientras que la electricidad fue utilizada por primera vez, creando nuevas fuentes de energía para hacer funcionar los motores, encendía las luces de las ciudades y proporcionaba comunicación instantánea entre las personas. Al igual que lo que ocurrió con la revolución del vapor, el petróleo, la electricidad y los inventos que acompañaron la segunda revolución industrial continuaron transfiriendo el peso de la actividad económica del hombre a la máquina. En la minería, la agricultura, el transporte y la fabricación, las fuentes inanimadas de potencia combinada con máquinas permitían aumentar, amplificar y, finalmente, sustituir cada vez más al hombre y al animal en las tareas propias del proceso económico...”

⁷ PASCUAL EDUARDO ALFERILLO, *El contrato de elaboración por el sistema de maquila. Vino – Caña de Azúcar*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, Argentina, 1994, p. 51 y sig.; JOSÉ PANETTIERI, *Proteccionismo, liberalismo y desarrollo industrial*, Biblioteca Política Argentina N° 11, Centro Editor de América Latina S.A., Buenos Aires, 1983, p. 15/21; entre otros.

⁸ REICH, “*Formas de socialización...*”, cit., p. 117.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ MICHEL J. TREBILCOCK – MARIANA MOTA PRADO, *Derecho y desarrollo. Guía*

II. Las principales doctrinas económicas en las cuales se estructuró el Estado nacional

Sin tener por objetivo un estudio pormenorizado de los pensamientos económicos elaborados para direccionar en un sentido u otro el desenvolvimiento de las actividades del Estado, se intenta acercar los principales conceptos defendidos por las principales corrientes ideológicas que informan el tema.

Al respecto, Ralph Miliband, reflexiona que:

“como nunca antes, los hombres viven hoy a la sombra del Estado. Lo que desean realizar, individualmente o en grupos, depende hoy, en lo fundamental, de la venia y apoyo del Estado. Pero como esa venia y ese apoyo no se otorgan indistintamente, tienen que procurar, cada vez más directamente, influir y dar forma al poder y a las intenciones del Estado, o si no, intentar apropiarse de él por completo. Por la atención del Estado, o por su control, compiten los hombres; y contra el Estado rompen las olas del conflicto social. En grado cada vez mayor, el Estado es aquello con lo cual los hombres tropiezan al enfrentarse a otros hombres”¹¹.

fundamental para entender por qué el desarrollo social y económico depende de instituciones de calidad, Colección Derecho y Política, Siglo veintiuno editores, Argentina, 2017, p. 69. Estos autores expresan que “los proponentes de la visión optimista respecto de la relación entre estado de derecho, o el derecho en general, y el desarrollo han formulado aseveraciones en extremo audaces acerca del impacto potencialmente benéfico de las reformas jurídicas. Por ejemplo, en su influyente libro *The Other Path* (1989: 185, 187), Hernando de Soto afirma: “El sistema jurídico puede ser la principal explicación de la diferencia que existe en materia de desarrollo entre los países industrializados y los que no lo son” y que “el derecho es el instrumento de cambio más útil y consciente del que disponen las personas”.

¹¹ RALP MILIBAND, *El estado en la sociedad capitalista*, 14ª edición, Siglo XXI editores, México, 1988, p.3. El autor concluye su idea expresando que “por esto, porque son seres sociales, son también seres políticos, lo sean o no. Nos está permitido no interesarnos en lo que hace el Estado; pero es imposible dejar de sentir su influencia. Lo que acabo de decir ha cobrado una dimensión nueva y única en la época actual: si grandes partes del planeta quedan, algún día, devastadas por una guerra nuclear será porque hombre que actúan en nombre de su Estado y están investidos de su poder así lo habrán decidido, o erróneamente apreciado”.

2.1. La doctrina liberal

El pensamiento que ha perfilado la doctrina del liberalismo en la economía a lo largo de su historia, entiende que el progreso económico de las naciones debe fundamentarse en la consolidación de un mercado sin intromisión del Estado, para que la movilidad de la oferta y demanda procuren de un modo natural y libre, el equilibrio de los precios. Es la aplicación en la teoría económica del principio del Estado liberal: *Laissez faire laissez passer*.

Ludwig von Mises explica que “el liberalismo es una teoría que exclusivamente se interesa por la terrenal actuación del hombre. Procura, en última instancia, el progreso externo, el bienestar material de los humanos y, directamente, desde luego, no se ocupa de sus necesidades metafísicas, espirituales o internas. No promete al hombre felicidad y contento; simplemente la satisfacción de aquellos deseos que, a través del mundo externo, cabe atender”¹².

El autor contesta la crítica relacionada con la tendencia que tendría el capitalismo de favorecer a los capitalistas y grandes empresarios sosteniendo que “el liberalismo ha pugnado siempre por el bien de todos. Tal es el objetivo que los utilitaristas ingleses pretendían describir con su no muy acertada frase de “la máxima felicidad, para el mayor número posible”¹³.

Finalmente se expresa que “la propiedad privada constituye, pues, la base de toda actividad individual independiente; es el terreno fecundo donde germinan las semillas de la libertad, donde echa raíces la autonomía personal y donde todo progreso, tanto espiritual como material, se genera. Hay quienes aseguran que la institución constituye ineludible presupuesto para el desarrollo del individuo”¹⁴.

¹² LUDWIG VON MISES, *Liberalismo*, Editorial Planeta – De Agostini S.A., Barcelona, Buenos Aires, 1994, p. 18

¹³ VON MISES, *Liberalismo*, cit., p. 23. El autor completa su pensamiento expresando que “desde un punto de vista histórico, el liberalismo fue el primer movimiento político que quiso promover no el bienestar de específicos grupos, sino el general. Difiere el liberalismo del socialismo –que igualmente proclama su deseo de beneficiar a todos– no en el objetivo perseguido, sino en los medios empleados”.

¹⁴ VON MISES, *Liberalismo*, cit., p. 92. JOHN CHAMBERLAIN, *Las raíces del capitalismo*, Biblioteca de Economía, Ediciones Folio, Barcelona, España, p. 41, sostiene que “el mercado, institución que caracteriza al capitalismo, expresa una relación de comprador y vendedor. Es, en efecto, lo que resulta cuando la libre elección se aplica a la disposición de la propiedad, o de lo que se hace con la propiedad, “mezclándola” con trabajo. Las comparaciones que posibilita el mercado conducen a la creación de valor, que es un

Por su parte, otros de sus principales exponentes, sostiene que

“el comercio es un acto social. Todo el que se dedique a vender al público mercancías de cualquier clase hace algo que afecta a los intereses de otras personas y de la sociedad en general; y, por consiguiente, su conducta cae dentro de la jurisdicción de la sociedad; de acuerdo con esto, se sostuvo en un tiempo que era deber de los gobiernos fijar los precios y regular los procesos de fabricación en todos los casos que se considerasen de importancia. Mas ahora se reconoce, no sin haber sostenido una larga lucha, que en la baratura y buena calidad de los productos quedan más eficazmente asegurados dejando a productores y vendedores completamente libres, sin otra limitación que la de una igual libertad por parte de los compradores para proveerse donde les plazca”¹⁵.

Mill, completa su exposición argumentando que

“el valor de un Estado, a la larga, es el valor de los individuos que le componen; y un Estado que propone los intereses de la expansión y elevación mental de sus individuos, a un poco más de perfección administrativa o a la apariencia que de ella da la práctica en los detalles de los asuntos; un Estado que empequeñece a sus hombres, a fin de que puedan ser más dóciles instrumentos en sus manos, aun cuando sea para fines beneficiosos, hallará que con hombres pequeños ninguna cosa grande puede ser realizada; y que la perfección del mecanismo, a la cual todo lo ha sacrificado, ter-

compromiso de juicios individuales. El vendedor busca recuperar el trabajo y energía que ha invertido, además de una ganancia; el comprador desea ahorrarse trabajo y energía realizando un intercambio. Dos subjetividades se encuentran en un precio objetivo. Pero antes de la creación de valor debe haber propiedad entendida como derecho a disponer de un bien o servicio”.

¹⁵ JOHN STUART MILL, *Sobre la libertad*, Alianza Editorial, Madrid, España, 8va reimpresión en “El libro de Bolsillo”, 1992, p. 180/181. El autor completa su idea diciendo que “esta es la doctrina llamada de libre-cambio, que se apoya en fundamentos distintos, aunque igualmente sólidos, que el principio de la libertad individual proclamado en este ensayo. Las restricciones al comercio o a la producción para fines comerciales constituyen verdaderas coacciones, y toda coacción, qua coacción, es un mal...”.

minará por no servirle para nada por falta del poder vital que, en aras de un más fácil funcionamiento de la máquina, ha preferido proscribir”¹⁶.

2.2. La doctrina del Estado de bienestar

La doctrina denominada indistintamente del “Estado Social”, “Estado de bienestar”, “*Welfare State*” o “Estado providencia”, fue el modelo social y económico adoptado por las naciones occidentales bajo la influencia capitalista a partir de la Segunda Guerra Mundial, consolidándose en el decenio siguiente y llegando a su apogeo en la década de 1960.

El principal ideólogo del intervencionismo estatal, Keynes, defendía —en la década del treinta— “el ensanchamiento de las funciones de gobierno, que supone la tarea de ajustar la propensión a consumir con el aliciente para invertir, (...) por cuanto consideraba (...) que era el único medio practicable para evitar la destrucción total de las formas económicas existentes, como por ser condición del funcionamiento afortunado de la iniciativa individual...”¹⁷.

Esta concepción del “Estado benefactor” en su faceta asistencialista se ocupaba directamente de los más desfavorecidos, garantizando con su intervención su poder adquisitivo, como también los aseguraba de las incertidumbres (desempleo, salud, de vida, accidentes laborales, subsidios por nacimientos, servicios públicos gratuitos, etc.) y cuidaba que tuvieran igualdad de oportunidades.

Ese mismo modelo de Estado fue intervencionista en la economía regulando el mercado por los más diversos motivos: para evitar crisis, legislando contra los monopolios, controlando los precios (precios máximos, precios sostén para la exportación, etc.), fijando las políticas salariales y legislando las leyes laborales con un criterio absolutamente proteccionista del trabajador a punto de

¹⁶ MILL, *Sobre la libertad*, cit., p. 206.

¹⁷ JOHN MAYNARD KEYNES, *Teoría General de la ocupación*, el interés y el dinero, traducción Eduardo Hornedo, Ed. Planeta Agostini – España – 1994, p. 334/335. El autor completa su idea expresando que “los sistemas de los estados totalitarios de la actualidad parecen resolver el problema de la desocupación a expensas de la eficacia y la libertad. En verdad el mundo no tolerará por mucho tiempo más la desocupación que, aparte de breves intervalos de excitación, va unida en mi opinión inevitablemente al capitalismo individualista de estos tiempos; pero puede ser posible que la enfermedad se cure por medio de un análisis adecuado del problema, conservando al mismo tiempo la eficiencia y la libertad”.

establecer, en algunas naciones, una naturaleza de orden público para esa normativa, etc.¹⁸

Sin perjuicio de implementar las políticas referenciadas en la Argentina, el “Estado Social”, en su variante de interventor, ha tenido un gran desarrollo. Así, ha participado como empresario no sólo de los servicios estratégicos (agua, luz, correo, telecomunicaciones, etc.) sino también en otros emprendimientos de real importancia, como fue la fabricación de aceros, industria automotriz, explotación de petróleo, gas, empresas navieras, bancos, ferrocarriles, etc.

De igual modo, en su tarea asistencial el Estado ha tenido una gran actividad implementando la más variada de las políticas sociales.

Los principales lineamientos de este tipo de política se transcriben para comprender la fenomenología social y económica en la historia de San Juan dado que la misma ha tenido una gran influencia en la República Argentina, en general, y en la provincia, en particular.

2.3. La revisión de las políticas del Estado de bienestar

En el pensamiento mundial, particularmente de Europa, las primeras críticas contra la conformación del “Estado de Bienestar” provienen de dos órdenes principales: la de los viejos liberales y de los marxistas.

Los primeros ponían de manifiesto que “el Estado de Bienestar no funciona sin un considerable grado de nacionalizaciones (...) de donde resulta que es ruinosa, pues las empresas públicas son siempre deficitarias y más caras que las privadas”. Asimismo, observan que “el Estado de bienestar es incomprensible sin una política fiscal a la que cabe tachar de confiscatoria. La excesiva presión fiscal agota los manaderos de la iniciativa privada, única fuente real de riqueza en las sociedades y, en consecuencia, a la larga, es ruinosa...”¹⁹.

¹⁸ Ver: NIKLAS LUHMANN, *Teoría política en el Estado de Bienestar* (Ed. Alianza Universidad, Madrid, España, 1994; ERNESTO ISUANI - RUBÉN LO VUOLO - EMILIO TENTI FANFANI, *El Estado Benefactor – Un paradigma en crisis*, de Miño y Dávila Editores S.A. - Buenos Aires – Argentina – mayo 1991), p. 9 y sig.; JOSEP PICO, *Teorías sobre el Estado de Bienestar*, Ed. Siglo XXI de España editores S.A., Madrid, España, 1990, entre otros autores.

¹⁹ RAMÓN GARCÍA COTARELO, “Crisis y reformulación del Estado de Bienestar”, en el libro *Derecho y Economía en el Estado Social*, de Tecnos, Madrid, España, 1988, p. 25; FRIEDRICH HAYEK, *Los fundamentos de la libertad*, Unión ed., Madrid, 1982, p. 122; ERNESTO ISUANI - RUBÉN LO VUOLO - EMILIO TENTI FANFANTI, *El Estado be-*

Para los marxistas el Estado de Bienestar es una manifestación del Estado capitalista, cuya crisis general —conforme la teoría del hundimiento del capitalismo— arrastra a la expresión social del Estado²⁰. Vale decir, los ideólogos marxistas no atacan directamente a la intencionalidad benefactora hacia las clases desprotegidas por cuanto constituiría una contradicción a sus propios postulados, sino que la crítica va dirigida a la estructura capitalista del Estado.

En el marco de los reproches a esta concepción del Estado se predijo que “mientras más activo económicamente sea el Estado, mientras más numeroso sean los programas de activación económica, ocupación, subvenciones o de infraestructura que estableció ese Estado, mayor será el número de personas que puedan vivir de los intereses de estos programas. ¡Las democracias en las cuales se practica con frecuencia esa forma política, se arruinarán así misma!”²¹.

En forma paralela a la aparición de las primeras manifestaciones de la crisis del “Estado de bienestar” se inicia una nueva etapa en el desarrollo tecnológico de la humanidad a la que se denomina “segunda revolución industria” que produjo el aumento de la productividad y de la especialización del trabajo.

En función de ello, la aplicación de las nuevas tecnologías elevó los índices de paro en todas las economías, por cuanto las empresas que no tuvieron la posibilidad de acceder a esa mejora en la producción y calidad quedaron en desventaja para competir en el mercado lo cual en la mayoría de los casos los llevó a su quiebra. Asimismo, esta revolución basada en la robótica y en la informática que permitió a algunos de los autores hablar de la “sociedad digital”²², provocó la sustitución de la mano de obra artesanal de los obreros con el lógico incremento de la desocupación.

nefactor – Un paradigma en crisis, Ed. Miño y Dávila Editores S.A., Buenos Aires, Argentina, mayo 1991, p. 16; JESÚS RUIZ – HUERTA CARBONELL, “la crisis del Estado de Bienestar: algunas consideraciones sobre el caso español” en *Estado, privatización y bienestar. Un debate de la Europa actual*, Gregorio Rodríguez Cabrero (comp.), Economía Crítica, ed. ICARIA – FUHEM, España 1991, p. 185, entre otros autores.

²⁰ GARCÍA COTARELO, “Crisis y reformulación...”, cit., p. 26; JAVIER PEREZ ROYO, “Crisis del Estado Social: Un falso debate” en el libro *Derecho y economía en el Estado Social*, Ed. Tecnos, Madrid, España, 1988, p. 39; CLAUS OFFE, *Contradicciones en el Estado de bienestar*, Alianza editorial, México D.F., 1990, p. 135 y sig.-

²¹ PAUL C. MARTIN, *Cash, estrategia frente al Crack – Como evitar la quiebra de las empresas o del Estado*, traducción del alemán Joaquín Adsuar Ortega, ed. Sudamericana, Planeta, 1986, Barcelona, España, p. 164.

²² P.A. MERCIER, P.A., F. PLASSARD, V. ECARDIGLI, *La sociedad digital. Las nuevas tecnologías en el futuro cotidiano*, traducción del Francés Jordi Marfa, Biblioteca Ariel, Sudamericana Planeta, 1985, Barcelona, España.

Este cuadro social y económico fue más grave en las economías de los países subdesarrollados que tenían un alto grado de endeudamiento externo que les impedía acceder a créditos para la renovación tecnológica que les permitiese incorporar algún valor a sus productos primarios.

Estas circunstancias motivaron que los Estados iniciaran fuertes políticas de ajuste, de austeridad salarial, de restricciones monetarias, de reconversión industrial y de deliberada orientación de la actividad productiva hacia esos que se llama “sectores punta” de la economía, esto es, aquellos en que la rentabilidad del capital es máxima y a plazos más breves y que ofrecen mayores posibilidades de salir airoso del aumento de competitividad en los mercados internacionales²³.

En la Argentina se puede comenzar a observar los primeros síntomas de la crisis del Estado de Bienestar desde el momento mismo de la reinstalación de los gobiernos de origen constitucional, por cuanto la plena vigencia de las instituciones democráticas expone a la consideración general los problemas para generar y distribuir los valores económicos y las deficiencias de la organización de las sociedades modernas.

En directa relación con esta particularidad de la crisis del “Estado Providencia”, Barbeito - Lo Vuolo ratifican que “solo con la recuperación democrática los individuos van formando conciencia de una situación crítica en el funcionamiento de las instituciones sociales porque es allí cuando se pueden enfrentar dos valores contrapuestos: La norma jurídica que crea la “moneda social” y la efectiva distribución de valores económicos”. Esta situación llega a su cima cuando “el proceso inflacionario de 1989 que acelera la caída del gobierno de la UCR puede considerarse como el punto de plena manifestación de la crisis del Estado de bienestar argentino, a partir del cual se precipita la deslegitimación del conjunto del arreglo social vigente”²⁴.

Por su parte, los sectores liberales fueron los primeros en criticar el excesivo intervencionismo estatal. En este sentido, De Oromi Escalada advertía que “... en la medida en que comprenda la importancia que tiene la reorganización del Estado, para el proceso de Reorganización Nacional, será menor la resistencia de los sectores económicos afectados por las medidas concretas que se tomen,

²³ GARCÍA COTARELO, ob. cit., p. 27.

²⁴ ALBERTO BARBEITO – RUBEN M. LO VUOLO, *La modernización excluyente – Transformación económica y Estado de Bienestar en Argentina*, ed. Unicef/CIEPP/Lozada, Buenos Aires, Argentina, 1992, p. 132/133.

así como también se podrá contar con el apoyo político y militar sin el cual cualquier programa de reducción del gasto público está condenado al fracaso”²⁵.

En nuestro país, se tornó evidente la revisión de las políticas del Estado interventor propias de las teorías de la Welfare State, en los años 1990/1995 cuando propició, por ejemplo, el dictado del Decreto 2284/91 conocido como de “Desregulación económica” y también el proceso de privatizaciones de empresas del Estado como SEGBA (electricidad); Gas del Estado, OSN (agua), ENTEL (Teléfonos), YPF (Combustibles) y Aerolíneas Argentinas, entre otras.²⁶

III. El desarrollo socio económico de la provincia de San Juan

3.1. Una breve descripción geográfica. (Una lucha cultural contra la adversidad)

De la amplia geografía de la República Argentina, la provincia de San Juan se caracteriza por estar situada en un territorio semidesértico cruzado de oeste a este por dos ríos principales sobre los cuales se han asentado los oasis de cultivo y las poblaciones. El principal, es el Río San Juan cuyo nacimiento está en el departamento de Calingasta y tiene —como cualquier río de montaña— un caudal limitado y condicionado a las precipitaciones nivas que acaecen en la cordillera. El segundo, de similares características situado al norte de la provincia, tiene un caudal notablemente inferior y sus afluentes que nacen en el departamento de Iglesia y finiquitan en Jachal.

²⁵ MIGUEL DE OROMI ESCALADA, *La reforma del Estado según la Constitución Nacional*, Ed. Sudamericana, Buenos Aires, Argentina, 1982, p. 23; ALBERTO BENEGAS LYNCH (h) – MARTIN KRAUSE, *Proyecto para una sociedad abierta*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1993, 13 y sig.

²⁶ JORGE EDUARDO BUSTAMANTE, *desregulación. Entre el Derecho y la Economía*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina. 1993, p. 91 y sig. El autor entre otros importantes conceptos sobre el tema especifica que “en general el proceso de desregulación trata de introducir la competencia mediante la eliminación de barreras de entrada en los mercados, circunstancia que caracteriza a las regulaciones de fomento y a muchas regulaciones de control (regulaciones “organizativas”). Esta desregulación tiene como correlato necesario la existencia de un mercado abierto a la competencia extrema y un régimen “anti trust” o de defensa de la competencia que impida la formación de monopolios de hecho o el abuso de posiciones dominantes”. Ver: <http://www.tel.org.ar/lectura/privarg.html> 2019; <https://www.economia.gob.ar/cuentas/internacionales/documentos/privatizaciones.doc> 2019; <https://www.airedesantafe.com.ar/economia/entel-privatizaciones-argentina/> 2019, entre otros

La distribución del agua de regadío, siguiendo la tradición ancestral, se realiza por medio de un sistema de acequias que tienen una organización por turnos.

Las lluvias son escasas, dado que no gozan de la influencia de los océanos. Por un lado, alejado del Atlántico y, por el otro, separado del Pacífico por la Cordillera de los Andes que en la zona tiene la característica de ser la más elevada del continente.

Como se podrá inferir la tierra vale por el agua que tiene asignada, marcando una característica permanente para la economía provincial y el desarrollo de las empresas, las cuales como punto inicial deben prever con cuánta agua cuentan para el desarrollo de su actividad.

Toda la actividad de control y adjudicación de las dotaciones de agua está legalmente prevista y es ejecutada por la Dirección de Hidráulica.

En este contexto geográfico básico, en esta realidad, se fueron desarrollando distintas empresas que procuraron dinamizar a la economía local. Sin duda, las ideas y proyectos tuvieron la influencia de intereses, internos y externos.

3.2. Las políticas que estructuraron el Estado de bienestar provincial

La provincia de San Juan no fue ajena a las influencias de las teorías del “Estado de Bienestar”, sino por el contrario, su estructura económica y social fue diseñada en base a los lineamientos doctrinales con anterioridad a su implementación en la Nación.

Los gobiernos que motorizan la actuación intervencionista del Estado en la provincia se remonta al Cantonismo, partido político que en las primeras décadas del siglo XIX, con una visión socialista de la realidad provincial (muy actualizada para la época), inició la ejecución de programas de asistencialismo social y participación activa del Estado en la economía.

En el año 1932, el pensador Gallardo fundaba esta línea de acción del gobierno sosteniendo que

“los gobernantes del nuevo criterio sociológico (los bloquistas) han de tender por una parte, a la independencia política del pueblo, y por otra parte, a su redención económica. Desde luego aquella no se concibe sin ésta, y la redención económica (...) Para alcanzar

esos objetivos el gobierno evoluciona hacia el perfeccionamiento de sus vínculos de solidaridad con el pueblo, ensanchando día a día la orbital de sus atribuciones para su intervención directa en los destinos de todas las clases sociales de acuerdo con su rol en la democracia presente y futura (...) Vamos hacia la creación del Estado todopoderoso, porque sin esa omnipotencia no es posible que la sociedad cumpla sus destinos como sistema político de cooperación integral, máxime cuando dicha cooperación no es voluntaria y libre, sino imperiosa y forzosa”²⁷.

Sobre el particular el profesor Garcés recuerda que:

“el rol asignado al Estado no terminó en la creciente incorporación de instituciones capaces de regular distintas instancias de la vida social, sino que además fue extendido a su intervención en la propia actividad económica (...) así (...) el bloquismo ha intervenido en la explotación de algunas industrias, ya sea tomando parte directamente en esa explotación o mediante concesiones de previsora liberalidad. Es el caso de la Bodega del Estado, de la Azucarera de Cuyo y de la Constructora Sanjuanina”²⁸.

En el mismo sentido, en un notable trabajo la historiadora Ramella de Jefferies recuerda que entre los años 1929 y 1931 los periódicos mencionaban la grave situación de los obreros sin trabajo. La cifra de desocupados variaba entre los 4.000 a 15.000. Es por ello que el gobierno centralizó a solución en las obras públicas. Esos obreros, en una cantidad aproximada a los 6.500, fueron contratados para trabajar en el Parque Rivadavia, en la pavimentación de las calles del Parque de Mayo, en la prosecución del camino a Calingasta, de Gualiñuizil y Agua Negra, en la Construcción de la Bodega del Estado, de la Colonia Oficial y Marmolería del Estado. Esta actividad realizada desde el Gobierno permitió a Cantoni sostener en el mensaje a la Legislatura de 1933 que “como programa de gobierno,

²⁷ J.P. GALLARDO, *Definición doctrinaria del bloquismo sanjuanino*, Ed. Americana – Rosario – Argentina – 1932, citado por LUIS JAVIER GARCÉS. *La escuela cantonista – Educación, sociedad y Estado en el San Juan de los años 20*, Ed. Fundación Universidad Nacional de San Juan – San Juan – 1992, p. 135

²⁸ GARCÉS, *La escuela...*, p. 140.

he dedicado a las obras públicas la mayor preocupación, afrontando la realización de obras importantes y diversas, respondiendo a una triple finalidad. Convertirlas en factores de solución económica. Resolver el problema circunstancial de la desocupación. Fomentar el turismo como medio de vinculación de nuestra provincia el resto del país...”²⁹.

Por su parte, un reflejo normativo inequívoco de la posición doctrinaria cantonista es el contenido social de la Constitución Provincial de 1927. En ese sentido, los arts. 31 y 32 son elocuentes cuando reconocían a todos los habitantes de la provincia, el derecho a un mínimo de seguridad económica. Para lo cual se preveía establecer por la ley la jornada de trabajo con relación a las exigencias de la vida higiénica y desarrollo industrial y agrícola – ganadero.

De igual modo, instala en la Constitución el instituto del salario mínimo con relación al costo de vida, un régimen de seguros contra enfermedades, la vejez y la invalidez, el amparo de la maternidad, la viudez y niñez desvalida para lo cual podían fijarse contribuciones obligatorias.

También se promovía la construcción de viviendas, la reglamentación de los sindicatos y el encauzamiento normal de las relaciones entre el capital y el trabajo y se reglamentaba la figura del “Hogar de Familia” que tenía carácter de inembargable.

A posteriori de los gobiernos conservadores, el peronismo local —siguiendo los lineamientos marcado por la dirigencia nacional— comenzó la consolidación del modelo del “Estado de Bienestar” en la provincia, el cual fue esencialmente direccionado hacia el asistencialismo puro dado que gobernó durante la etapa posterior al terremoto de 1944, ayudando a la reconstrucción de la ciudad de San Juan.

En ese tiempo comienza la dificultad que dura hasta la fecha (ver el cuestionamiento del resto de las provincias a la distribución de los impuestos coparticipables y al Fondo de Reparación Histórica), para los gobiernos de la Capital Federal y provincia de Buenos Aires relacionada con la radicación de fuertes corrientes migratorias internas y externas en sus territorios, y la necesidad de crear una gran cantidad de empleo para dar repuestas a los requerimientos laborales. Es por ello que provincias, como la de San Juan, con escaso nivel de po-

²⁹ SUSANA T. RAMELLA DE JEFFERIES, *El radicalismo bloquista de San Juan*; edición del Gobierno de la Provincia de San Juan, San Juan, Argentina, 1986, p. 439/440.
http://www2.mecon.gov.ar/hacienda/dinrep/Informes/archivos/san_juan.pdf

blación y alejada de los centros de producción y comercialización (que incrementan los costos de fletes para la adquisición de insumos y comercialización del producto obtenido) no se benefició adecuadamente con aportes del Estado nacional para fomentar la radicación de industrias que no fueran las relacionadas con la vitivinicultura. Estos aportes se focalizaron en el conurbano de la provincia de Buenos Aires.

La plataforma política original (Cantonismo) del Partido Bloquista, en la etapa liderada por el Dr. Leopoldo Bravo, tiene continuidad histórica. Ello se advierte con mayor precisión a partir del momento de la toma del poder, al punto de llevar en su gestión de gobierno, la estructuración del Estado intervencionista, a su máxima expresión.

Esta idea partidaria de origen y pensamiento provincialista, en algún momento, asoció partido con Estado. A consecuencia de ello, mientras se mantuvo en el gobierno, las soluciones a todos los problemas, sean personales, sectoriales o de la administración, siempre eran requeridas al Estado y su satisfacción provenían de sus finanzas.

Avanzando en este estudio, en este punto merece una referencia el perfil doctrinario de la Constitución de 1986, la cual derogó la del año 1927 antes descripta.

En este instrumento liminar se marcó el ideario pergeñado para estructurar el Estado local, cuando en el art. 5 se estableció que “el bienestar y la elevación de la dignidad de las personas, basados en la libertad, en el conocimiento y en la solidaridad económica y social, constituyen premisas básicas en la organización política y social de San Juan...”. Para lo cual en el art. 20 reglamentó que “competé (...) al Estado asegurar la progresiva y acelerada eliminación de los problemas sociales, económicos, políticos y culturales que afecten a las personas”.

Para cumplir con éste propósito se reglamentó en el Capítulo IV los “Derechos, Libertades y Garantías Sociales”, los cuales en su mayoría el cumplimiento de las mismas, están a cargo del Estado.

A partir del estudio de este instrumento legal resulta evidente que el diseño del Estado para los constituyentes de 1927 y 1986 respondía a la concepción de la doctrina del “Estado de Bienestar” o “Estado Providencia”.

En los años de 1990, se advierte en la ideología de los gobernantes, una división en las ideas para encarar la gestión de gobierno, dado que un sector responde a la visión clásica de defender la implementación de las política del

“Estado benefactor” proponiendo soluciones que tuvieron éxito en su aplicación en la década de 1945 a 1955, mientras que otros propiciaban una revisión crítica de las ideas de la Welfare state sugiriendo un curso de acción diferente para dar respuesta a las dificultades socio económicas vigentes y enfrentar, con alguna posibilidad, las complicaciones del futuro.

3.3. Efectos sociales y económicos de las políticas intervencionistas

3.3.1. Las fuentes de ingresos para el financiamiento de las actividades socioeconómicas

San Juan reconoce históricamente, en el presupuesto previsto para el ejercicio de sus funciones del gobierno de la provincia, el mayor ingreso de divisas para su distribución entre las actividades propias a desarrollar por el Estado local y las municipalidades.

En segundo lugar, se encuentra ubicado el presupuesto previsto por el Estado Nacional para el desenvolvimiento de su función académica por la Universidad Nacional de San Juan.

Y, en tercer lugar, se ubica la vitivinicultura como generadora de divisas. Cabe acotar que esta actividad básicamente agrícola tiene la característica de ser monocultivo en la provincia, de ahí que el resto de la actividad primaria tiene un nivel muy inferior en la creación de divisas.

La actividad vitivinícola primaria (producción de las vides) esta encadenada con la elaboración de los vinos por los establecimientos bodegueros. Este intercambio de intereses ha generado algunas situaciones de especulación y desequilibrio económico que ha motorizado la intervención del Estado local y nacional, con el dictado de distintas normas para controlar su desenvolvimiento y generar herramientas alternativas para mantener la actividad, como fue la reglamentación de elaboración de vinos por el sistema de maquila.

En los últimos años es muy importante y relevante para la economía provincial el aporte de capital invertido en la explotación de los emprendimientos mineros que tiene la virtud de acelerar el crecimiento de las empresas de servicio de apoyo y necesarias para el desarrollo de sus actividades. En ese sentido, es de público conocimiento la toma de mano de obra con sueldos significativos que se vuelcan en un mayor consumo.

3.3.2. La centralización demográfica

La geografía local tiene la particularidad de contener en todo el territorio únicamente de dos ríos principales, el San Juan y el Jachal. De allí que no resultará difícil, sino por el contrario casi natural, la concertación demográfica sobre las márgenes de estos cursos hídricos.

Pero, a la par de ello el notable desarrollo del “Estado Benefactor provincial” centralizó, aún más, a ese conjunto poblacional marginando a los departamentos alejados. Entre las principales causas fue la centralización de las respuestas gubernamentales (viviendas, puestos de trabajo en el Estado, ayuda social, etc.) a los departamentos con mayor cantidad de ciudadanos, lo cual motiva, a su vez, nuevas migraciones desde el interior de la provincia en un círculo vicioso. Sin perjuicio de ello, la crisis de las economías departamentales provocó el abandono de los campos y la migración hacia centros poblados.

De acuerdo con el último censo de población realizado por el INDEC, en el año 2010, habitaban 681.000 personas en la provincia de San Juan, el 1,7% de la población total del país. Entre 2001 y 2010 la población provincial creció un 9,8%, relativamente menos que la Región Cuyo a la cual pertenece, y que el país.

La densidad poblacional de San Juan en 2010 fue inferior a los 8 habitantes por kilómetro cuadrado. El 73% de los habitantes se localiza en los departamentos Capital, Chimbas, Santa Lucía, Rivadavia, Rawson y Pocito, que en conjunto ocupan sólo el 1,2% del territorio provincial.³⁰

3.3.3. El Estado como fuente de empleo

Para los seguidores de la concepción keynesiana, la toma de trabajadores por el Estado constituye la premisa básica para el incremento del consumo y de allí, la motorización del conjunto de la economía³¹. Esta idea fue llevada a su aplicación máxima por los responsables de la administración provincial conforme a los roles que podía asumir el Estado provincial en su relación con el empleo.

En ese sentido, se observa que el Estado, en el caso el provincial, puede funcionar como:

³⁰ KEYNES, *Teoría General...*, cit., p. 249.

³¹ KEYNES, *Teoría General...*, cit., p. 249.

1. Empresario propiamente dicho que puede tener distintas variantes conforme su participación en esta actividad.

2. Empleador directo en su estructura burocrática.

3. Como promotor de empleo, sea,

3.1. A través de la obra pública realizada por empresas privadas;

3.2. A través de promover ventajas, normalmente impositivas, que facilitan la radicación de empresas privadas (industriales, agrícolas, turísticas, etc.).

4. Asistencialista para menguar la situación socio-económica de los ciudadanos en situación de paro.

3.3.3.1. *El Estado local como empresario*

En la primera función descripta, la de empresario propiamente dicho, fue descripta *up supra* cuando se referenció la actividad gubernamental de la década 1920/1930.

Al respecto, Garcés recuerda que, para la ideología gobernante, “el rol asignado al Estado no terminó en la creciente incorporación de instituciones capaces de regular las distintas instancias de la vida social, sino que además fue extendido a su intervención en la propia actividad económica. “Nada hay que se oponga —decía Gallardo— a que el Estado pueda asumir el rol de agricultor o de industrial, asignando nuevas formas o modalidades al régimen de la riqueza, en concordancia con las exigencias del bienestar y del progreso”³².

Este criterio, reconocía la ideología expuesta precedentemente por Gallardo cuando manifestaba que “como exigencia de ello abandonase los conceptos individualistas y no sólo se socializa la noción de bien público y las cuestiones a las que a él se refieren, sino que al mismo tiempo se impone al Estado responsabilidades y deberes más amplios, previsores y categóricos”³³.

En esa idea se promovió la Azucarera de Cuyo, respecto de la cual Maturano describe que “este fue el primer emprendimiento Bloquista con el que se sentó las bases y, dio los primeros pasos para una nueva industria: la del azúcar de remolacha. En efecto la ley N° 52 del 23 de noviembre de 1923 autorizaba a instalar una fábrica de azúcar, con sus respectivas maquinarias, usina hidroeléctrica y

³² GARCÉS, *La escuela...*, cit., p. 140.

³³ GALLARDO, *Definición doctrinaria...*, citado por GARCÉS, *La escuela...*, cit., p. 135.

construcción de obras de irrigación. Debía moler mil toneladas diarias de remolacha, y proveer a la provincia del azúcar que consumiera”³⁴

Mansilla, relata sobre el tema que

“durante los gobiernos bloquistas se ensayaron plantaciones de remolacha en la colonia Media Agua, dando ello excelentes resultados. Allí se edificó una fábrica de azúcar a 60 kilómetros de la ciudad de San Juan que llegó a funcionar a la perfección en el año 1928, elaborando abundante cantidad de azúcar, con un rendimiento de 18 a 24 por ciento de sacarosa, prometiendo una producción de 20.000 toneladas anuales. Para su mejor administración se constituyó una sociedad anónima llamada Azucarera de Cuyo con el auspicio del gobierno, y accionistas de San Juan y de varias provincias”³⁵.

El cambio de ideología del gobierno provincial terminó por desarticular a esta iniciativa y vender a la misma para su total desaparición.

De igual modo se creó la Marmolería del Estado el 3 de octubre de 1932 por Ley 497, a fin de utilizar los productos provenientes de la cantera de mármoles.³⁶

Pero sin lugar a duda, ocupa un lugar preferencial en la historia del Estado sanjuanino la creación de la Bodega del Estado mediante la Ley N° 432 del 23 de febrero de 1932 que tenía como propósito el de resolver la crisis del sector vitivinícola. Ello por cuanto en el año 1963, se promovió la creación de la Corporación Agroeconómica Vitivinícola Industrial y Comercial (CAVIC) a la cual se le concedió el manejo del edificio de la Bodega del Estado.

Maturano rememora que “esta bodega se transformó en una moderna planta industrializadora de vinos, y se puso bajo la responsabilidad de los propios interesados: los viñateros; es decir, su conducción y control. En aquellos años se avecinaba una excepcional cosecha de uvas, lo que implicaba para la provincia un grave problema, ya que la capacidad vinaria era totalmente insuficiente. Este fue uno de los principales motivos de su creación, con una ocupa-

³⁴ MATURANO, *Pioneros...*, cit., p. 27.

³⁵ CÉSAR L. MANSILLA, *Los partidos provinciales*, Biblioteca Política Argentina, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1983, p. 24.

³⁶ MATURANO, *Pioneros...*, cit., p. 27.

ción de mano de obra de alrededor de 1.500 personas y beneficiando a unos 5.000 productores”³⁷.

En simultáneo, se fue pergeñando las aristas tipificantes de una figura jurídica que ocupará un papel trascendental en la economía local, como es el contrato de maquila. Este convenio celebrado entre el productor primario y el bodeguero fue reglamentado originalmente, por un año, mediante la Ley N° 17.662³⁸. Posteriormente, y de igual modo en forma exclusiva para la producción vitivinícola, se dictó la Ley N° 18.600. Finalmente, se extendió la tipicidad legal del contrato de maquila para toda clase de producción agrícola ganadera, mediante el dictado de la Ley N° 25.113³⁹.

³⁷ MATURANO, *Pioneros...*, cit., p. 27; ADALBERTO ZELMAR BARBOSA, *El federalismo bloquista. Bravo o el pragmatismo político*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1988, p. 95 describe la difícil relación del gobierno con los sectores de la producción vitivinícola cuando describe que “la liga de Defensa fue aumentando sus actitudes de franco enfrentamiento con el gobierno y, de la resistencia pasiva, amenazó con pasar a la acción directa. Sus integrantes se negaban a pagar los impuestos “confiscatorios” establecidos por la Legislatura y, cuando lo hacían, recurrían a las Letras de Tesorería que el propio gobierno se negaba a aceptar. Las letras fueron perdiendo gradualmente su valor y Cantoni llegó a emplazar a los productores para que en 48 horas pagasen sus tributos bajo apercibimiento e crear nuevos impuestos al vino. La reacción de los bodegueros no se hizo esperar y anunciaron que cerrarían las puertas de las bodegas y suspenderían el despacho del vino. Cantoni tampoco se quedó atrás: ante la amenaza de *lock-out*, comunicó que el Estado se haría cargo de la administración de las bodegas cerradas y produciría el vino para venderlo al costo”. Sin duda, en este punto ya estaba in mente la idea de que el Estado debía intervenir en la producción de vino, tal cual se hace con la creación de la Bodega del Estado.

³⁸ PASCUAL EDUARDO ALFERILLO, *El contrato de elaboración por el sistema de maquila. Vinos. Caña de Azúcar*, Ediciones Jurídicas de Cuyo, Mendoza, 1994, p. 47. El autor relata que “el convenio por el cual el bodeguero se compromete a elaborar, cuidar, conservar y mantener en depósito por un tiempo determinado, el vino obtenido con las uvas del viñatero, recibiendo en pago por su labor, una porción del propio caldo vínico industrializado o su equivalente en dinero, ha sido denominada en las zonas productoras de vides, de modo indistinto: “de elaboración por cuenta de terceros”, “de elaboración por cuenta exclusiva del viñatero”, o “de maquila”.

Esta forma tan especial de pactar la elaboración de vinos era conocida y empleada en el ámbito vitivinícola sin un marco legislativo de referencia.

Pero la agudización de la crisis estructural de la vitivinicultura en la década de los años sesenta a consecuencia de cosechas con excelentes rendimientos, originaron la existencia de volúmenes superiores a las posibilidades de consumo. A ello se debe adicionar, el temor cierto de que la emergencia económica facilite el abuso en perjuicio de los viñateros. Esta situación excepcional fundamentó la sanción de la ley 17.662”.

³⁹ PASCUAL EDUARDO ALFERILLO, “Comentario de la ley 25.113 “Contrato de maquila”” en Belluscio, Augusto C. (dir.) - Zannoni, Eduardo A. (coord.), *Código Civil Co-*

El detalle relevante del contrato, desde su génesis, es el intervencionismo del Estado en la definición de los derechos y obligaciones de las partes que tenía la clara intención de tutelar a la más débil de la relación, al viñatero.

Cabe recordar que, definida la voluntad del viñador en favor de la celebración del contrato de elaboración por el sistema de maquila, de inmediato se comprueba, que la intervención estatal centraliza su accionar, en la primera etapa, en la configuración interna del contrato. Allí, limita la voluntad autónoma de las partes, en la elección del tipo de producto a elaborar, y en el contenido normativo del convenio.

Por imperio legal, la Ley N° 18.600 y sus reglamentaciones complementarias, actualmente vigentes, determinan el objeto de la relación contractual, que debe ser la elaboración de una determinada cantidad y calidad de vino para el productor maquilero. Va de suyo, que, optado por la celebración de un contrato de maquila, se definió, en ese instante, cual es el objeto del mismo. En otras palabras, el contenido del convenio de maquila tiene carácter imperativo.

Por otra parte, cabe resaltar que la función de policía del Estado Nacional se ejerce sobre toda la actividad vitivinícola, a través del Instituto Nacional de Vitivinicultura y de los distintos organismos de control creados en el orden provincial. Ello encuentra justificación, sin duda, en la propia esencia del vino que brinda grandes posibilidades de llevar a cabo maniobras enológicas que atenten contra la calidad y cantidad de los vinos perjudicando a los consumidores.

En este punto es menester precisar que la intervención del Estado en la actividad vitivinícola tiene dos facetas perfectamente diferenciadas. La primera, referida al poder de policía, cuando fija la política de producción y comercialización de los productos vínicos, donde se enmarca la normativa reguladora del contrato de elaboración de vinos por el sistema de maquila, el cupo de vinificación, las autorizaciones para plantar o erradicar vides, etc. Y, por otro lado, el

mentado, anotado y concordado, Ed. Astrea, 2004, t. IX, pp. 1211 a 1241; “Comentario de la Ley 25.113 “Contrato de maquila” en Bueres, Alberto J. (dir.) - HIGHTON, Elena I. (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrina y jurisprudencial*, t. 8C “Normas complementarias. Obligaciones. Contratos”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2012, pp. 377 a 475; “Modificación introducida por la Ley 25.113 al régimen de restitución de bienes de terceros en la falencia del elaborador”, JA feb. 9-2000, nro. 6180, p. 11; “El contrato de maquila en la actualidad del siglo XXI”, *Rev Foro de Córdoba.*, Año XX, noviembre de 2010, Córdoba, p. 15, “El contrato de maquila y el Código Civil y Comercial. La autonomía de la voluntad, la buena fe y el abuso de la posición dominante”, La Ley 11/04/2018, 1, La Ley 2018-B, 947, entre otros estudios.

control sobre la calidad de los productos elaborados. Esta última actividad de policía, por su avanzado desarrollo normativo en protección de los consumidores, es digno de un análisis particular que no se llevará a cabo en este estudio por exceder la temática propuesta.

El Instituto Nacional de Vitivinicultura (creado mediante Ley N° 14.878 sancionada el 23/10/1959 - promulgada: 6/11/1959 y publicada B.O.N.: 25/11/1959) ejerce, en toda la Nación, la función de policía sobre la actividad vitivinícola, fijando los tipos de vinos (art. 17 y 18), las prácticas enológicas (art. 19 a 21), entre otros controles reglamentarios.⁴⁰

El Decreto de desregulación nacional P.E.N. 2284/91 no deroga a la Ley N° 18.600 sino que, de sus artículos y nuevos principios, dejan sin vigencia algunos artículos. Posteriormente, se dictó, la Ley N° 25.113 reguladora del contrato de maquila para todas las actividades que debe ser complementada con histórica regulación.

De retorno de esta pequeña digresión por la figura del contrato de maquila que permitió sobrevivir a la industria vitivinícola a sus peores crisis, es oportuno resaltar que el Estado en las últimas décadas, adopto nuevas formas para estructurarse como empresa. Así, para prestar sus servicios en varias de sus actividades esenciales.

A modo de ejemplo, se puede transcribir la historia oficial de la empresa de provisión de la energía eléctrica⁴¹. Allí se recuerda que en:

“el año 1911, San Juan era una ciudad fronteriza donde los adelantos y progresos prácticamente llegaban sólo desde Buenos Aires. En esa época, sólo algunos sectores contaban con energía eléctrica, pues se necesitaban grandes inversiones para conectarse a los generadores, dado que no existían instalaciones de distribución. Ugarte, Sabatié y Fernández, propietarios de los generadores que entonces existían, contaban con dos usinas, una en Zonda que generaba 225 kW y otra en Concepción con 160 kW.

Posteriormente en 1920, la Compañía Eléctrica de Los Andes (CELA) compró las usinas dando continuidad al servicio, hasta que el terremoto de enero de 1944 echó por tierra los incipientes tendidos urbanos que entonces se había logrado levantar y se dañaron los generadores, los que rápidamente debieron ser reparados.

⁴⁰ ADOLFO GONZALEZ ARROYO, “Intervención del Estado en la Industria vitivinícola. El Estado y los productores.” en el libro “*Crisis vitivinícola...*”, cit., p. 89.

⁴¹ <http://www.energiasanjuan.com.ar/index.php?ver=historia> 2019.

En el año 1956 se crea el Instituto Provincial de la Energía (IPE), con el fin de impulsar la instalación de redes de distribución en las zonas alejadas de los principales asentamientos de la Provincia, continuando su tarea posteriormente la Empresa Provincial de Energía (EPE), la que en 1975 realizó importantes obras para la interconexión de zonas de frontera, cerró el anillo de 33 kV en el Valle de Tulúm, suministró electricidad a la zona industriales importantes en la Provincia como la de las caleras, electrificó zonas agrícolas para el riego y se construyó la línea de 132 kV de Usina Pie de Presa, en la Quebrada de Ullum.

En 1981 nace Servicios Eléctricos Sanjuaninos Sociedad del Estado (SES S.E.), a la que son transferidas las instalaciones de distribución pertenecientes a Agua y Energía Eléctrica Sociedad del Estado. Estas instalaciones son transferidas del Gobierno Nacional al Gobierno Provincial.

La cobertura de servicios del SES alcanzaba a todo el Sistema Interconectado Provincial, Valle de Tulum (con excepción de la zona de Caucete), Ullum, Zonda y los Sistemas de Generación Aislados, ubicados en los departamentos de Jáchal, Iglesia, Valle Fértil y Calingasta.

A raíz del proceso de reestructuración y privatizaciones iniciado en Argentina hacia comienzos de la década de los '90, el Gobierno de la Provincia decide privatizar el servicio de distribución eléctrica que realizaba el antiguo SES a través de una Licitación Pública Internacional.⁴²

⁴² Como consecuencia de ello en el año 1996, Agua Negra S.A., sociedad constituida por las empresas EMEC S.A. y GENER S.A. (a través de su filial argentina GENER ARGENTINA S.A.), ambas de la República de Chile, se adjudica el 90 % del paquete accionario de EDESA, ex SES S.E. por un valor de U\$S 63,3 millones. El 10% restante de las acciones quedaron sujetas al Programa de Propiedad Participada.

De esta manera, el 9 de enero de 1996 el consorcio Agua Negra S.A. se adjudicó EDESA, Empresa Distribuidora de Electricidad Sanjuanina S.A., dándose inicio a la administración privada de la misma el 22 de enero de 1996.

En septiembre de 1997, con el lanzamiento de una nueva imagen corporativa, comienza una nueva etapa en la vida de la distribuidora produciéndose el lanzamiento de un nuevo nombre para la misma, nace ENERGÍA SAN JUAN S.A. Este hecho marcó el hito del término de una etapa transición que comenzara el 22 de enero de 1996.

El nuevo nombre de la distribuidora simboliza el espíritu y compromiso de colaboración, servicio y trabajo para el desarrollo de la Provincia de San Juan. Su iso-logo, que refleja modernidad y dinamismo, representa el sol y las montañas tan característicos de esta tierra, y sus colores gris y naranja los contrastes propios de su paisaje.

El 30 de abril de 1999, el consorcio AGUA NEGRA S.A. adquirió el 10% de las acciones clase "C" (acciones del Programa de Propiedad Participada) de Energía San Juan S.A. y cedió una acción a manos del señor Uriel O'Farrell.

Posteriormente en diciembre del mismo año, GENER ARGENTINA S.A. vendió, cedió

En los últimos tiempos, la generación y provisión de energía eléctrica abrió un nuevo capítulo en cuando se creó Energía Provincial Sociedad del Estado (EPSE)⁴³.

La información institucional oficial relata que nació en el año 2004 con un objetivo principal de redireccionar el proyecto “Complejo Los Caracoles – Punta Negra”, que se encontraba paralizado desde el año 2000.

Otro de los desafíos es dar respuesta a diferentes necesidades relacionadas con la generación y administración de la energía eléctrica generadas por la provincia de San Juan.

Administrar todos los recursos energéticos provinciales según la política que establezca el Poder Ejecutivo a través de la Dirección de Recursos Energéticos se convirtió en el motor de esta Empresa.

Paralelamente comenzaron a crecer los proyectos energéticos a partir de la incorporación de diferentes profesionales especializados en energías no convencionales, como por ejemplo solar, eólica y geotérmica.

EPSE se transformó así en la empresa que estudia, administra y distribuye energías convencionales y no convencionales producidas en el territorio sanjuanino.

Su capital inicial fue de \$100.000 pesos argentinos, aportados por el presupuesto 2004 de la Provincia. Se emitieron 100 certificados nominativos por 1000 pesos cada uno.

El Tribunal de Cuentas de la Provincia ejerce la fiscalización externa. La fiscalización interna corre por cuenta de un síndico y de dos auditores: uno técnico y otro administrativo contable. El EPSE no es alcanzado por los delegados fiscales de la Contaduría General de la Provincia.

y transfirió a EMEC S.A. la totalidad de las acciones clase “B” de la Sociedad AGUA NEGRA S.A. de la cual era titular, quedándose con sus acciones clase “A”. De esta manera EMEC S.A. pasó a ser accionista mayoritario con el 82,66% del capital accionario y GENER ARGENTINA S.A. quedó como accionista minoritario con el 17,34% de dicho capital.

Luego el 31 de enero del 2001, GENER ARGENTINA S.A. vendió a la Compañía General de Electricidad S.A. (CGE S.A.) el total de las acciones clase “A” de AGUA NEGRA S.A. de las cuales era titular (17,34%).

Sobre fines del 2001 (21 de diciembre), CGE S.A. compró a EMEC S.A. la totalidad de las acciones clase “A” y “B” de AGUA NEGRA S.A. de las cuales esta última era titular. Al mismo tiempo, CGE S.A. vendió a International Financial Investments S.A (I.F.I.S.A.) una acción clase “B”. De esta manera CGE S.A. quedó con el 99,99999% de las acciones de AGUA NEGRA S.A. e I.F.I.S.A. con el 0,00001% de las mismas.

⁴³ <https://www.epse.com.ar/> 2019.

EPSE debe operar y mantener sus instalaciones y equipos, de manera que no constituyan peligro alguno para la seguridad pública y a cumplir con los reglamentos y resoluciones del Ente Regulador pertinente o del Organismo de Control que corresponda.

El Gobierno de la Provincia de San Juan desde su posición estatal ha sabido convertirse en una herramienta estratégica para la gestión de los recursos energéticos de la provincia en materia de Aprovechamientos Hidroeléctricos. Energía Solar. Energía Eólica. Energía Geotérmica. Energía a partir de Biomasa.

La cuestión estratégica de EPSE: más energía renovable y mayor eficiencia en el consumo energético.

Por su parte, Obras Sanitarias Sociedad del Estado (OSSE – San Juan) se estructuró como una Empresa del Estado Provincial dedicados a la administración, distribución y control de los servicios de Agua Potable y Cloacales en la Provincia de San Juan. La misma comenzó su accionar el 26 de febrero de 1982, ocasión en que Obras Sanitarias de la Nación transfirió definitivamente los servicios cuya aplicación, hasta ese momento, se encontraba a su cargo. En simultáneo, la Ley N° 4991 habilitó a la empresa a usar la sigla OSSE.⁴⁴

Finalmente, resaltar la última creación empresarial del Estado provincial como es la constitución de Cannabis Medicinal San Juan Sociedad del Estado (Ca.Me. San Juan S.E.) mediante su aprobación, por parte de la Cámara de Diputados del proyecto remitido por el Poder Ejecutivo de adhesión a la Ley Nacional N° 27.350.⁴⁵

Esta empresa, estará orientada al cultivo y explotación de cannabis y sus derivados con fines científicos, medicinales y terapéuticos, en todas sus variedades, como su producción, industrialización y comercialización; la instalación y explotación de establecimientos, equipamientos y plantas industriales necesarias a tales fines.

⁴⁴ <http://www.ossesanjuan.com.ar/v3/> http://www.ossesanjuan.com.ar/v3/empresa/nuestro_compromiso 2019. Esta página oficial informa que “en la actualidad, más de 530 personas integramos esta gran familia sanitarista. Juntos, entre el personal de los servicios, de obras, de operaciones de las plantas potabilizadoras y depuradoras; de laboratorios, los grupos operativos que patrullan las calles y nuestros agentes instalados en las oficinas de atención comercial, OSSE está presente en casi toda la provincia lo más cerca posible de la comunidad”.

⁴⁵ <https://www.canal13sanjuan.com/politica/2019/9/5/es-ley-crearon-san-juan-cannabis-medicinal-sociedad-del-estado-123127.html> 2019.

Además, habilitaron la adquisición, elaboración, fabricación, transporte, almacenamiento, distribución, comercialización, importación y exportación de semillas, plantas, abonos, material vegetal, material fitosanitario, fertilizantes y demás recursos. También en lo relacionado con aceites y otros productos derivados del cannabis con fines científicos, medicinales y terapéuticos.

Como se colige, el Estado de la provincia de San Juan tiene un largo historial relacionado con la estructuración de sus servicios mediante la conformación de empresas.

3.3.3.2. *El Estado como empleador directo en su estructura burocrática*

La segunda vinculación del Estado de San Juan, con el empleo, es la descripta como empleador directo en su estructura administrativa central para cumplir con sus fines.

En el presupuesto correspondiente al presente año 2019, Ley N° 1869-I, se prevé una cantidad global de 47.302 empleados públicos en su planta de personal que incluye a la Administración Gubernamental, Seguridad, Servicios sociales y Servicios económicos (art. 2, 31 y 32).

En una comparación formulada por organismo oficiales (Ministerio de Trabajo de la Nación) e informada periodísticamente, se hace saber que en San Juan existen 84 empleados públicos por cada 100 privados registrados⁴⁶.

De igual modo se informó que:

“la evolución del empleo público provincial de la provincia de San Juan ascendió un 7% en abril de 2018 en relación al mismo mes del año pasado, mientras que el empleo de jurisdicción municipal en la provincia tuvo una reducción interanual de 2,5%. A nivel nacional el empleo público mostró un descenso de 1% entre abril de 2018 y abril de 2017.

El empleo público en la provincia de San Juan ascendía, en el año 2017, a alrededor de 56 mil trabajadores. Esto representa el 2% del total del empleo público del país, considerando la jurisdicción nacional, provincial y municipal.

⁴⁶ <https://www.diariolaprovinciasj.com/u/fotografias/fotosnoticias/2016/7/18/103121.jpg> 2019.

Considerando el empleo público provincial y municipal, se contabilizan 85 trabajadores estatales por cada 1.000 habitantes. Con este valor, la provincia se ubica por encima del promedio nacional (78 empleados públicos cada 1.000 habitantes)⁴⁷.

3.3.3.3. *El Estado como promotor de la radicación de empresas privadas*

En el presente estudio, no es central, examinar al Estado como promotor de la radicación de empresas privadas.

Sin perjuicio de ello esta actividad estatal se llevó a cabo, mediante la Ley N 4.762 (221-J) de Promoción industrial, (B.O. 10 setiembre 1980), la cual tenía por objetivo general promover el desarrollo de la actividad industrial, a los efectos de contribuir a diversificar la estructura económica de la provincia, adoptando al mismo tiempo los objetivos generales de la Ley Nacional de Promoción Industrial, sus Decretos Reglamentarios y el Decreto Regional para la Provincia de San Juan.

Sin lugar a hesitación que más allá de los objetivos particulares previstos en el art. 3⁴⁸, se procura la toma de mano de obra, de empleos privados. Al respecto se observó que muchas veces la promoción industrial era de importantes sumas de dinero en inversión, pero de escaso reflejo en la cantidad de toma de obreros.

Dentro de este marco de favorecer a la instalación de empresas privadas, se destaca nítidamente la radicación de grandes emprendimientos mineros de capitales internacionales. Ello fue favorecido por la suscripción en fecha 29 de diciembre de 1997 del “Tratado entre la República de Chile y la República Argentina sobre integración y complementación minera”, siendo perfeccionado en fecha 20 de agosto de 1999 con un Protocolo complementario, constituyéndose finalmente la Comisión Administradora de dicho Tratado.

⁴⁷ http://www.trabajo.gob.ar/downloads/estadisticas/informesprovinciales/InfDiagLab_201908AGO_SanJuan.pdf 2019.

⁴⁸ Art. 3.- Los objetivos particulares de esta Ley son: a) Propiciar la instalación de nuevas industrias en la Provincia, especialmente en zonas de frontera procurando no afectar la industria eficiente ya instalada o en vías de instalación. b) Fomentar el aprovechamiento racional de los recursos e insumos de la Provincia. c) Fortalecer y apoyar el desarrollo y perfeccionamiento de las empresas nuevas y la expansión de las existentes. d) Fomentar la especialización integración, fusión de empresas, economía de escala y cambios de estructura, tendientes a lograr una mayor eficiencia de la industria, cuidando de no facilitar el establecimiento de un poder monopólico u oligopólico en los mercados de que se trate.

Específicamente, en la provincia se instalaron empresas para la explotación del proyecto Veladero (Iglesia), El Pachón (Calingasta) y binacional el Pascua-Lama (Iglesia), entre otras.

El detalle es el fomento de la minería en grandes escalas, con empresas multinacionales, dejándose de lado a los pequeños empresarios mineros, que están autorizados para explotar por el sistema de maquila. La influencia de la minería en estos niveles es palpable a simple vista, dado que toma mucho empleo, genera el crecimiento de la industria de servicios mineros, transportes de las más diversas clases, radicación de parques industriales para la concentración de las antes mencionadas empresas, etc.

En efecto, en el art. 2 del Tratado se especifica en el punto K) “Maquila o Transformación por Terceros: Actividad por la cual un producto minero es procesado en plantas de tratamiento pertenecientes a personas naturales o físicas y jurídicas distintas del propietario de dicho producto minero, el que paga con una porción de la producción o en dinero”.

La pregunta surge de inmediato para conocer las razones por las cuales se incorporó esta figura, conocida en nuestro país para la producción agrícola ganadera, al Tratado. La explicación surge desde el país trasandino dado que allí se fomenta la industrialización de las labores de los pequeños mineros a través de la Empresa Nacional de Minería (ENAMI)⁴⁹ y de la Corporación Nacional del Cobre (CODELCO)⁵⁰, quienes industrializan la explotación minera primaria. Y, en algunos casos, hasta comercializan en forma unificada, el producto final.

3.3.3.4. *El Estado asistencialista de los trabajadores en paro*

Finalmente, cabe brevemente resaltar que el Estado no puede pasar sin responsabilidad cuando aparecen situaciones de paro laboral. Este tema de los planes paliativos, normalmente, está centralizado a nivel nacional quién formula la distribución entre la población de menores recursos o mayores necesidades.

⁴⁹ <https://www.enami.cl/api/Descarga?f=/Estados%20Financieros/ESTADOS%20FINANCIEROS%20AL%2030%20DE%20SEPTIEMBRE%202015.pdf> 2019.

⁵⁰ https://www.codelco.com/memoria2018/site/docs/20190405/20190405152423/memoria_anual_codelco_2018.pdf 2019.

IV. A modo de conclusión

Las recetas socio económicas fundamentadas en puritanismos ideológicos en ningún contexto de la realidad han sido viable, siempre existe una fórmula, una alquimia particular para cada situación, para cada país, para cada provincia. Una prueba de ello es el capitalismo/comunista de China o el liberalismo/proteccionista de los Estados Unidos.

El sincretismo ideológico adecuado a cada escenario socio, económico, es el único camino para encontrar la receta más idónea, la más conveniente, para superar las dificultades que se presentan en el corto y largo plazo.

En este sentido, “la empresa” tiene la virtud de tener contornos flexibles que, si no se adecuan a las exigencias sociales y económicas imperantes, pueden perder capacidad competitiva y, en algunos casos, perecer.

Así, no existe impedimento alguno para que se constituyan empresas estatales, ni para que el Estado promueva, en paralelo, la conformación de otras de génesis privada. No se puede encontrar la solución para el bienestar de la sociedad con dogmatismos, sino con soluciones que realmente procuren resolver los problemas, en el marco de una sociedad globalizada y con nuevos paradigmas de vida.

Este sincretismo ideológico se encuentra avalado por la opinión de uno de los ideólogos de la economía que ha tenido mayor trascendencia en el siglo XX por sus postulados. En efecto, Keynes decía que “cada país necesita una política nacional meditada sobre qué tamaño de la población, mayor, igual o menor que el actual, es más conveniente. Y habiendo establecido esta política, debemos tomar las providencias para el desarrollarla. Puede llegar el tiempo, un poco más adelante, en que la comunidad como un todo deba prestar atención tanto a la cualidad innata como a las simples cifras de sus futuros miembros”⁵¹. El autor completa su preocupación diciendo que “nuestro problema es construir una organización social que sea lo más eficiente posible sin contrariar nuestra idea de un modo de vida satisfactorio”⁵².

⁵¹ JOHN MAYNARD KEYNES, *Ensayo sobre intervención y liberalismos*, traducción del inglés, Jorge Pascual, Ediciones Folio, Biblioteca de Economía, Barcelona, España, 1996, p. 86.

⁵² KEYNES, *Ensayo sobre intervención...*, cit, p. 88. El autor completa la idea expresando “el siguiente paso adelante debe venir, no de la agitación política o de los experimentos prematuros, sino del pensamiento. Necesitamos aclarar nuestros propios sentimientos

En otras palabras, el desafío actual, bien vislumbrado por la corporación académica, es repensar con seriedad futuro argentino, sin dogmatismos ideológicos que llevan inexorablemente a intolerancias de todo tipo. Esa es nuestra responsabilidad y debemos asumirla, porque el porvenir no depende de los otros sino de nuestras propias acciones que tiendan a concretar el sueño de una Argentina en pleno desarrollo.

mediante un esfuerzo de la mente”.

Investigación delictiva

Algunos aspectos de la función policial en la investigación penal

MGTER. PABLO GUIDO PEÑASCO

Las atribuciones policiales en materia de investigación penal

I. Introducción

El trabajo policial en toda investigación delictiva tiene importancia trascendental para el destino del proceso, puesto que la policía es la autoridad que normalmente toma conocimiento del hecho en primer lugar, lo que generalmente ocurre por aviso que la población afectada comunica a través de los números de emergencias policíacas (911), donde las comunicaciones se pueden efectuar sin costo desde cualquier teléfono. En otras ocasiones, aunque menos numerosas, la gente que se entera de algún hecho delictivo avisa a la Comisaría o destacamento Policial más cercano a su domicilio, presentándose personalmente o llamando a sus números telefónicos, pero, por lo general, son los números de emergencias los utilizados para dar aviso e informar sobre delitos o situaciones que requieran de la intervención de fuerzas de seguridad. Los miembros de la institución policial son quienes llegan primero que los funcionarios judiciales al lugar del ilícito y toman contacto directo con las pruebas existentes, con el escenario del hecho, con las víctimas, sospechosos, testigos, elementos e instrumentos del delito y con cuantos indicios, cosas y circunstancias tienen relación con el suceso que se investigará. Esto es así por una cuestión de lógica y de funciones que a cada órgano público pre dispuesto por la ley le compete.

Por otro lado, la extensión y distribución territorial que tiene la Policía en las numerosas Provincias de nuestro país y para otros casos y competencias territoriales, Gendarmería Nacional y Policía Federal Argentina, permite y facilita

su acceso por parte de grupos de población que vive alejada de los centros urbanos. Dicha extensión territorial también favorece la presencia inmediata o en menor tiempo, de las fuerzas de seguridad en los lugares donde ocurrió el delito o donde sea necesario el cumplimiento de órdenes o la toma de decisiones y el despliegue de acciones para resguardar, recabar, producir u obtener pruebas de utilidad en una causa y en otras situaciones, para impedir que los delitos consumados tengan efectos posteriores.

Como puede advertirse, la policía tiene un rol esencial en la investigación penal y su actividad ejerce una influencia tan importante sobre el curso y destino del proceso penal, que en muchos casos dependerá de su buen trabajo el esclarecimiento o el fracaso de la Investigación Penal Preparatoria (IPP), el juicio, la condena o absolución de los responsables o inocentes. En consecuencia, el trabajo de los funcionarios y agentes policiales tiene influencia directa con la eficacia y celeridad del proceso penal.

El Código Procesal Penal de la Provincia de Mendoza implementado por Ley N° 6.730, destina el Capítulo 3 titulado “Actos de la policía judicial”, a tratar en gran parte las funciones policiales, entre las que indica que “...deberá investigar los delitos de acción pública, impedir que los cometidos sean llevados a consecuencias ulteriores, individualizar a los culpables y reunir las pruebas útiles para dar base a la acusación o determinar el sobreseimiento...” (art. n° 333). El C.P.P.F. a partir del art. 96 confiere amplias facultades en la investigación penal a las fuerzas de seguridad, destacando el art. 97 del mismo cuerpo legal que atribuye al M.P.F. Federal el dictado de instrucciones generales necesarias para coordinar la labor de las Fuerzas de Seguridad a fin de lograr la mayor eficacia en la investigación de los delitos.

II. Atribuciones en general

El art. 336 del C.P.P. de Mendoza establece las atribuciones de la Policía en función judicial¹. Así por ejemplo se atribuyen funciones para la recepción de denuncias, cuidar el escenario del delito, resguardar pruebas, labrar actas de procedimientos u otros informes, clausurar locales preventivamente, interrogar sumariamente a testigos, citar y aprehender al presunto autor de delitos y usar la fuerza pública si fuere necesario.

¹ Ver el contenido del art. 336 del C.P.P. de Mza. Ley N° 6730

III. Otras atribuciones

Existen otras atribuciones conferidas a la policía para la investigación penal, mencionadas en distintos artículos del Código Procesal Penal de la Provincia de Mendoza. Así, por ejemplo el art. 219 que establece los requisitos para que se pueda cumplir con validez legal un allanamiento de domicilio sin orden judicial².

La Ley Orgánica Policial le atribuye facultades para inspeccionar vehículos y personas en la vía pública debiendo ejercer esta atribución con razonabilidad³.

El C.P.P. de Mendoza reconoce la atribución para que los integrantes de la Fuerza Pública de Seguridad pueden efectuar aprehensiones de personas en flagrancia⁴, debiendo presentar y dar aviso inmediatamente a la autoridad Judicial, a más tardar en el plazo de seis horas conforme las previsiones de los artículos siguientes del C.P.P. de Mza.

Además de las atribuciones policiales que se han indicado en las citas legales pertinentes, existen otras a las que se hará referencia durante el desarrollo de este trabajo.

IV. Delimitación de la temática

En esta oportunidad los temas que se abordarán serán los que se titulan a continuación, por cuanto el análisis de todas las atribuciones policiales en el proceso penal excede los objetivos propuestos en este sencillo estudio.

V. Tareas de investigación e inteligencia Policial: en busca del esclarecimiento de un crimen

En primer lugar, es necesario establecer el concepto de los medios de investigación, de las tareas de inteligencia policial y su diferencia con los medios de prueba. “El medio de prueba es un procedimiento tendiente a lograr el ingreso del elemento de prueba al proceso (p. ej. Testimonial, pericial, etc.). A su vez, el

² Ver el art. 219 del C.P.P. de Mza.

³ Ver art. n° 15 de la Ley N° 6.722 Orgánica de Policías de Mendoza.

⁴ Art. 287 del C.P.P. Mza, Ley N° 6730.

elemento de prueba es el dato objetivo que incorporado legalmente es idóneo para producir un conocimiento cierto o probable sobre determinados hechos o circunstancias de interés procesal (p. ej. la conclusión del perito). En cambio, las **medidas de investigación son aquellos actos de averiguación tendientes a orientar una pesquisa, obtener una hipótesis delictiva o conseguir elementos de prueba** (p. ej. búsqueda de testigos), actividad que, de tener un resultado positivo (encontrar testigos que conozcan sobre el hecho) podrá derivar en obtención de elementos de prueba (dichos del testigo) que se introducirán al proceso a través de un medio específico (ej. la testimonial). De esta manera las medidas de investigación son previas a la obtención de evidencia. Ejemplo de aquéllas son la búsqueda de pruebas en general, la indagación en informantes, los muestreos fotográficos, el registro, la intervención telefónica, la extracción de sangre, etc. Señala Jaime que hay actos de utilidad investigativa que están compuestos de dos partes bien diferenciadas, indicando y deslindando aquéllos “preparatorios y viabilizadores de la obtención de elementos probatorios”⁵.

“En suma, las **medidas de investigación son**, en muchos casos, instrumentales respecto de la evidencia, pero en sí mismas carecen de autonomía para fundar un conocimiento cierto o probable, por lo cual no pueden considerarse prueba en sentido estricto. Por lo tanto, la secuencia podría ser: medida de investigación (p. ej. datos de informantes) –resultado (ubicación de testigos)–testimonial por la cual se va a introducir el conocimiento para el proceso”⁶.

Además, existen las llamadas “**Tareas de Inteligencia**”, llevadas a cabo por la Policía, en procura de esclarecer delitos. Se ha indicado que

“Las tareas de inteligencia constituyen una metodología normal en la detección de delitos y sus posibles autores (...) tratándose de una actividad absolutamente esencial para las fuerzas policiales y cuerpos de seguridad, integrando las funciones que en modo imperativo derivan del art. 183 del Código Procesal Penal de la Nación

⁵ Jaime, Marcelo J. “Actos de Prueba Invasivos de la Intimidad y Garantías Constitucionales...”.

⁶ Hairabedián, Maximiliano y Gorgas, María de los Milagros: “Cuestiones prácticas sobre la investigación penal”.

(CPPN), consistiendo en el desarrollo de una pluralidad de actividades orientadas a la investigación, averiguación, verificación y pesquisa de datos para la adopción de medidas de control, a los fines del mantenimiento del orden público y la seguridad ciudadana, la prevención de la delincuencia, la interrupción de infracciones en curso o el apartamiento de un peligro real e inminente”⁷.

Asimismo, se ha sostenido, con respecto a las “comúnmente llamadas tareas de inteligencia”, que

“es cierto que ninguna policía puede rebajarse a una suerte de fuerza automatizada que solo reciba órdenes de la autoridad judicial y en ese sentido no se requiere ser especialista en la materia para advertir que la lucha contra el delito no se agota en su represión, sino que requiere muchas veces una labor de campo, previa o posterior a los hechos investigados. Previamente se cruzan datos formando coordenadas que permitan partir de hipótesis de investigación (mapas del delito, zonas conflictivas, índices de reiteración delictiva, etcétera) y elaborar patrones de conductas o de posibles autores para así cumplir con rigor la labor preventiva con que caracterizaba Vélez Mariconde a la policía administrativa. La inteligencia posterior al hecho se basa en esos datos anteriores a fin de aplicarlos a la resolución del caso, sumando luego los nuevos datos obtenidos a partir de éste”⁸.

“Es imprescindible marcar la diferencia que existe entre ‘investigar’ y ‘probar’, ya que muchas veces se confunden en la Práctica policial e incluso judicial. La investigación es una tarea que solamente se justifica para averiguar en primer lugar qué ha pasado y no siempre permite conseguir elementos que luego sirvan de pruebas, entendidas éstas como aquellas documentales, testimoniales o periciales, rendidas ante un tribunal. Incluso las pruebas no necesariamente son el fruto de la investigación oficial, sino que mu-

⁷ CNCP Sala III, “Maidana, Carlos D. y Otros”.

⁸ Vega, Dante, *Investigación Penal Preparatoria*, Ed. Mediterránea, Córdoba, pág. 188.

chas veces son aportadas por las partes, o son espontáneamente producidas por el propio imputado, y ello ocurre cuando confiesa libremente su autoría ante el tribunal. **Lo cierto es que la investigación está tan íntimamente ligada a la tarea posterior que implica probar ante el tribunal la fundamentación de verosimilitud que contiene la requisitoria fiscal**, que lo ideal es que, si bien la practique la policía, **la conducción la tenga estratégicamente el Ministerio Público Fiscal**. Precisamente uno de los pilares en que se sustenta el modelo de Código Procesal Penal de Córdoba, que fuera seguido por Tucumán y Buenos Aires, es que la instrucción sea responsabilidad del Ministerio Público Fiscal con la colaboración de la policía. Esta tendencia compatible con el modelo acusatorio, no puede concebir que la tarea de investigar y conseguir pruebas para sostener una acusación penal sea cumplida por un juez”⁹.

Esa es la línea impuesta por el CPP de Mendoza mediante Ley N° 6.730 y por el C.P.P. Federal. Se trata de leyes que, como lo vienen haciendo la gran mayoría de las Provincias Argentinas, sientan las bases del sistema procesal penal acusatorio adversarial donde se atribuye la responsabilidad de la Investigación Penal Preparatoria, a los Ministerios Públicos Fiscales.

VI. Sustento Normativo

El art. 183 del C.P.P.N. establece en su primera parte que

“La policía o las fuerzas de seguridad deberán investigar, por iniciativa propia, en virtud de denuncia o por orden de autoridad competente, los delitos de acción pública, impedir que los hechos cometidos sean llevados a consecuencias ulteriores, individualizar a los culpables y reunir las pruebas para dar base a la acusación”.

⁹ Corvalán, Víctor R.: “El informante anónimo...”.

Semejantes son los términos del art. 333 del C.P.P. de Mendoza Ley N° 6730 que dice:

“La Policía Judicial por orden de autoridad competente o, en casos de urgencia, por denuncia o iniciativa propia, deberá investigar los delitos de acción pública, impedir que los cometidos sean llevados a consecuencias ulteriores, individualizar a los culpables y reunir las pruebas útiles para dar base a la acusación o determinar el sobreseimiento...”. En términos semejantes encontramos los arts. 96, 97 y siguientes del C.P.P.F.

Además de los códigos procesales penales también algunas leyes orgánicas policiales se ocupan con más detalle de las funciones referentes a tareas de investigación e inteligencia. Así, la Ley N° 6.722 de la Provincia de Mendoza, dice en el art. 27 incisos 17 a 20 lo siguiente: art. 27:

“Serán funciones esenciales de la Policía en función Judicial, además de las comunes, las siguientes: ...17) Organizar y mantener servicios de identificación de autores de ilícitos y contraventores. 18) Organizar y mantener las capacidades y los servicios necesarios para realizar estudios e investigaciones técnico científicos referidos a ilícitos y contravenciones. 19) Mantener actualizadas las bases de datos y sistemas informáticos necesarios para el cumplimiento de su misión. 20) Organizar y mantener las capacidades y los servicios necesarios para realizar investigaciones de delitos de alta complejidad y narcotráfico”.

VII. Semejanzas y diferencias entre medidas de investigación y tareas de inteligencia

Las **medidas de investigación** tienen varios puntos en común con las tareas de inteligencia, dado que son previas a la obtención de evidencia, tienen como objetivo la búsqueda de pruebas en general. Las medidas de investigación, por lo general, consisten en actos policiales de averiguación para orientar el curso del proceso, sostener u obtener una hipótesis delictiva o hallar elementos de prueba.

Para ello la policía se vale de informantes, en otros casos de personas a quienes se les formulan simples interrogatorios porque pueden tener conocimiento del hecho, de sus autores o proporcionar alguna noticia útil, comunicaciones o informaciones anónimas o de personas de identidad reservada, muestreos fotográficos según archivos existentes en las dependencias de Investigaciones; cotejo de fotografías, rastros, seguimiento de personas. También podemos incluir dentro de tareas propias de medidas de investigación, la revisión de residuos domiciliarios, el empleo de animales adiestrados para obtener elementos del delito (generalmente estupefacientes, en tal sentido los canes son seres muy valiosos para esclarecer delitos), empleo de micrófonos, fotografías y filmaciones; inspección aérea; el empleo de artefactos de detección térmica o radial en determinados lugares; la utilización de programas de computación u otros métodos aportados por la ingeniería de sistemas, para conocer mensajes, correspondencia electrónica, archivos, contactos y comunicaciones de personas, entre otros. Muchos de estos medios de investigación requieren la previa orden judicial para su empleo.

Entre las **tareas de inteligencia policial** se han mencionado especialmente la labor en el territorio que llevan a cabo los especialistas, recabando información o datos que debidamente entrelazados, puedan tener utilidad para la prevención o investigación delictiva, como por ejemplo, la elaboración de mapas del delito, determinación de zonas conflictivas y de sus principales protagonistas, la comparación de índices de reiteración delictiva y de patrones de conductas para establecer vinculaciones entre los posibles autores. También se han considerado la observación domiciliaria, como una tarea propia de las actividades de campo o en el territorio a evaluar. Se podría decir que las tareas de inteligencia se valen de las tareas de investigación. Está claro que las tareas mencionadas son algunas de las más comunes, toda vez que la evolución del hombre, de sus conocimientos, de la tecnología, de las ciencias auxiliares a la investigación criminal y de la seguridad ciudadana, aportan día tras día, nuevos métodos e instrumentos que pueden ser aplicados a la “investigación e inteligencia policial”.

VIII. Necesidad de la investigación e inteligencia policial

Ya se indicó al citar el Fallo Maidana de la CNCP, sala III, que las tareas de inteligencia constituyen una metodología normal en la detección de delitos, que se trata de una actividad absolutamente esencial para las fuerzas policiales y que tienen como fin, entre otras, la obtención de información para adoptar medidas de control para el mantenimiento del orden público, la seguridad ciudadana, prevención de la delincuencia, interrupción de infracciones en curso, etcétera. La información que se logra por las mismas repercute en la labor de investigación delictiva.

Si los fiscales a cargo de un proceso penal no contaran con la colaboración policial desde el inicio de la investigación, prácticamente sería imposible llegar a resultados favorables para el conocimiento de la verdad, la aplicación de la ley y la justicia. En consecuencia, la actividad de los funcionarios policiales al servicio de la justicia tiene íntima relación con la eficacia y celeridad de los procesos penales, por cuanto, si omiten cumplir con las medidas de investigación pertinentes, la progresividad de la causa se trunca; si llevaran a cabo dichas tareas al margen de las disposiciones legales vigentes, sin respeto a los derechos y garantías constitucionales y convencionales, el esfuerzo será en vano, ante la posible declaración de nulidad que revoque lo actuado y eche por tierra el proceso. Será necesario en consecuencia, el cumplimiento de las medidas de investigación con el cercano control de las autoridades judiciales competentes: es decir del M.P.F.

IX. Garantías Constitucionales y Medidas de Investigación

El empleo de medidas de investigación y tareas de inteligencia policial, que tengan como consecuencia la obtención de medios de prueba y posterior incorporación de evidencias al proceso ha sido cuestionado desde una particular interpretación de derechos constitucionales: el debido proceso legal (relacionado con la obtención de los fines del proceso y justamente los medios empleados para alcanzar esos fines), y el derecho a la Defensa en Juicio (en lo que se relaciona al ejercicio del contradictorio, garantía de inviolabilidad de la defensa). También frecuentemente está en crisis el derecho a la intimidad (garantía constitucional prevista en el art. 19 C.N.) El argumento mayormente invocado se

sustenta en la violación del derecho al juicio con igualdad de armas (contradictorio), toda vez que se sostiene como argumento central, la ilegalidad de las medidas de investigación e inteligencia, por violar la regla del contradictorio reconocida constitucionalmente. En esa tesitura se sostuvo que la aceptación de tales actos implicaría coartar el derecho de defensa en juicio material y técnica, porque se imposibilitaría lograr la comparecencia de las personas que habrían colaborado con los efectivos que llevaron adelante las tareas de investigación o de inteligencia mediante la entrega de información. Pero este argumento sería de aplicación para el caso de tratarse de información anónima o provista por “informantes” vulgarmente llamados “dateros” que emplean los investigadores policiales. En contra de los datos o información lograda de esta forma, se sostiene que el estado no puede valerse de la actividad de dichas personas que, frecuentemente tienen relación con los hechos y quedan impunes a cambio de colaboración. Otro argumento en su contra hace referencia a que si tales medidas fueren consideradas (a mi entender, erróneamente) como definitivas e irreproducibles, se infringe la posibilidad de su control por las partes. Sobre este punto se sostiene que considerar a este tipo de trabajo policial “Como fuentes extraprocesales de conocimiento o información que puedan dar origen a una investigación policial, fiscal o judicial, a la que se le extienden las mismas exigencias de legitimidad que se requieren para las pruebas que quieran utilizarse en el proceso, de modo que si resultan tener como origen la vulneración de alguna garantía constitucional, v.g. escuchas telefónicas ilegales, vulneración de correspondencia y otros papeles privados o sustraídos, no será válido.”¹⁰

En la jurisprudencia nacional, la posición doctrinaria aludida ha sido seguida en numerosos fallos (C.N.A.C.C., Sala 6, Cap. Fed., “Ponce, J.C. c/, S. n° 21738, 23/9/91; C.N.A.C.C. Federal, autos “India Chávez, Jesús y Otros” –Dres. Riva Aramayo, Viglilani, Crotelezzi– S. n° 1053, 29/12/94; C.N.A.C.C., Sala 4, Cap. Fed., S. 1328, 8/3/94; C.N.A.C.C., Sala 1, Cap. Fed. Auto Interlocutorio n° 3.258, 11/8/95; C.N.A.P.E., Sala B, Cap. Fed. S. n° 517, 29/11/95; C.N.A.C.C. Fed., Sala 1, A.I. 239, 26/3/96; entre muchas otras más). El Dr. Cafferata Nores, distingue el dato anónimo –cuya legitimidad ciñe a que no provenga de una fuente ilegal según hemos visto– del testigo de identidad encubierto, del agente encubierto, del agente para encubierto o informador y del arrepentido, cuyos dichos se mantienen en secreto fuera de los plazos de reserva durante la inves-

¹⁰ Cafferata Nores, José, I., “Cuestiones actuales sobre el proceso penal”.

tigación preliminar. Para estos supuestos condiciona la legitimidad a la observancia del principio del contradictorio, esto es a la producción “en presencia del defensor, del acusador y del tribunal” ya que sólo así “sus expresiones podrán tener confiabilidad como base posible de una condena, pues únicamente la intermediación con aquellos sujetos podrá permitir una valoración seria sobre la sinceridad y veracidad de ellas, es decir, sobre su credibilidad”. Si no se produce, tampoco acepta la validez de las pruebas encaminadas a confirmar las versiones¹¹.

“El proceso penal aspira a poner de relieve la verdad acerca de la imputación inicial. El proceso de conocimiento llevado a cabo por el juez significa una reconstrucción histórica de un hecho sucedido en el pasado con las circunstancias objetivas y subjetivas. Para ello se parte de una hipótesis a verificar mediante el proceso de conocimiento y se trabaja con las pruebas y rastros que han perdurado”. “El derecho procesal penal objetiva más la averiguación de la verdad que otras regulaciones jurídico-procesales, por la naturaleza pública del interés represivo (interés del Estado en una justa actuación de la ley penal)”¹².

Tanto la Constitución Nacional como los Tratados incorporados con su jerarquía, no han perdido de vista que el fin del proceso penal es el conocimiento de la verdad objetiva, pues de esa manera se afianza la justicia. Por su parte el principio de inviolabilidad de la defensa que tiene como una de sus principales repercusiones al contradictorio, significa “que las partes tengan la oportunidad de ser oídas antes de la decisión jurisdiccional capaz de afectar sus intereses jurídicos y, por consiguiente, la posibilidad de fiscalizar la actividad judicial o de la parte contraria o de refutar los argumentos que la afecten”¹³.

¹¹ S.T.J. de Cdba., en fallo n° 45 de fecha 08/06/2000 – “Sánchez, Manuel Ricardo p/ Robo Calificado – Recurso de Casación y (Cafferata Nores, José. I. “La Prueba en el Proceso Penal –Medios extraordinarios de investigación–” 3ª. edición actualizada y ampliada, págs. 221 y ss. ed. Depalma, Bs. As. agosto de 1998).

¹² Coussirat, Jorge – Guajardo, Laura – Peñaloza, Fernando – Quiroga, Paula. Manual de Derecho Procesal Penal, Ed. Jurídicas Cuyo, 2008 (Mendoza).

¹³ Vélez Mariconde, Alfredo.

Es decir que se coloca en situación de plena igualdad al imputado y su defensor con el acusador y querellante, quienes tendrán facultades para producir prueba y controlar la evidencia de cargo para que puedan verificar su legitimidad u objetividad. Teniendo en cuenta los conceptos señalados, en cuanto a la finalidad inmediata del proceso (conocimiento de la verdad objetiva) y mediata (aplicación de la ley penal sustantiva), al mismo tiempo que el principio de inviolabilidad de la defensa impone la regla del contradictorio, especialmente durante la etapa del plenario o juicio común, las medidas de investigación y de inteligencia policial no aparecen violatorias de las garantías mencionadas, partiendo de los conceptos que se formularon al comienzo, cuando se estableció la diferencia entre éstas y los medios de prueba.

Se arriba a la conclusión citada porque **las tareas de investigación e inteligencia pueden ser fuente de pruebas, pero no son en sí mismas, elementos probatorios. Por ello es que no se verá afectada la inviolabilidad de la defensa.** Lo importante será determinar que la prueba que se pueda obtener a partir de las tareas en estudio, no provenga de actos prohibidos en cuanto al conocimiento de la información que conduzca hacia la obtención probatoria. Es decir, **si las tareas de investigación e inteligencia policial se cumplieron sin violentar garantías constitucionales y así permitieron conocer evidencias pertinentes y útiles, su pase al proceso y posterior valoración judicial tendrá plena legitimidad en la medida que se incorporen elementos probatorios que permitan exponer oralmente la información de calidad lograda a partir de las tareas policiales en estudio.**

Lo indicado hasta aquí, impone la obligación de analizar en cada caso concreto las medidas de investigación desplegadas por la policía para establecer su valor legal y si los elementos probatorios que se obtengan a partir de las mismas, pueden ser correctamente incorporadas a la I.P.P., luego si las evidencias pueden ser traídas al proceso por medio de sujetos (en juicio oral, público, contradictorio y continuo), que expongan sobre las mismas y así ser valoradas a los fines del dictado de la sentencia, razón por la cual, pasamos a tratar a continuación, algunas de las medidas de investigación policial más conocidas.

X. Informantes: concepto

10.1. Bajo la denominación de informantes, vulgarmente conocidos como “daderos” según el uso policial, se conocen aquellas personas que se ocupan de manera habitual o casual en brindar información a los investigadores policiales con respecto a un hecho sujeto a pesquisa. En principio, si se habla de **informantes habituales**, se puede sostener que son personas que de alguna manera se dedican a suministrarle información a la policía, relacionadas con hechos que pretenden esclarecer, investigar o que lo están siendo y que cumplen o llevan a cabo sus tareas a cambio de algún tipo de contraprestación, generalmente dineraria, mediante el empleo de fondos reservados que podrían estar destinados por ley a tales fines; o también es frecuente que colaboren a cambio de algún tipo de consideración por parte de los miembros de la fuerza policial, como pueden ser varias maneras de protección.

También se ha definido al informante como “una persona que aporta datos, informes, testimonios, documentación y todo otro elemento o referencia fehaciente a fin de contribuir al esclarecimiento de hechos”.¹⁴

10.2. Informantes o colaboradores casuales: Por otro lado, es muy frecuente que la policía solicite a los Fiscales de turno y éstos a los organismos jurisdiccionales cuando corresponda, el uso de medios probatorios (allanamientos y registros de domicilios, intervenciones telefónicas, requisas personales, etc.) por **contar con información confidencial, omitiendo indicar su origen**. Es que la mayoría de las veces son los propios vecinos o allegados de los delinquentes quienes informan a la policía, sin pedir nada a cambio (solo su anonimato), y por la sola razón de pretender que sus vidas sean protegidas con la posterior imputación y siguiente detención de los autores de hechos delictivos, dado que la convivencia vecinal o familiar con estas personas frecuentemente resulta peligrosa para los propios informantes. En estos casos, estamos en presencia de un colaborador o informante casual o único, a diferencia de los conceptuados al principio.

10.3. El problema de la validez procesal de los datos que aportan: En la doctrina, algunos autores consideran que los informantes, por lo general son con autores, cómplices, instigadores, o que han tenido participación en hechos delictivos, y

¹⁴ Decreto n° 2052/98 de la provincia de Buenos Aires, art. n° 1.

que por razones que no dan a conocer, generalmente para lograr la impunidad, delatan a los otros en secreto a cambio del perdón policial, sin que la autoridad judicial tome conocimiento de su identidad y de esta especie de trueque con la policía, en realidad más que informantes serían “arrepentidos” o también llamados delatores judiciales.

Otros estudiosos han sostenido que:

“En realidad, la existencia de los informantes, constituye un fenómeno mundial, y son una muestra de la falta de ‘códigos’ entre los mismos delincuentes (si partimos del concepto que informante es un con autor, cómplice, instigador o encubridor). Éstos compran impunidad para ilícitos menores, con datos que solamente pueden conocer por estar en contacto con el ambiente del hampa y en consecuencia exigen mantener en reserva su identidad como si se tratara de un ‘secreto profesional’, porque todos saben que puede estar en juego nada menos que la propia vida”.

“El problema es antes que jurídico obviamente ético, ya que no puede admitirse sin reparos que la llamada tarea de ‘inteligencia’ parta de ese modo de operar clandestino y obviamente corrupto. Una equivocada concepción de que el fin justifica los medios, ha instalado en el operar policial la comodidad de recurrir a estos ‘datos’ para esclarecer los hechos que, por diversas razones (políticas, presión de los medios de comunicación, e incluso porque ofrecen alternativas de obtener beneficios económicos ilícitos) les interesa descubrir. En este sentido—sostiene el autor—, adherimos a quienes le quitan todo valor probatorio a los ‘trabajos de inteligencia’ de la policía como fuente de la persecución penal”¹⁵.

Por su parte debe diferenciarse entre valor probatorio (como aporte de elementos de convicción judicial), que no es lo mismo que meros indicios para orientar una investigación); **la policía no puede hacer oídos sordos o mirar para otro lado, cuando recibe información de personas que interesada o desinteresadamente, colaboran con la investigación de un delito y allegan relatos o ver-**

¹⁵ José I. Cafferata Nores “Cuestiones actuales sobre el proceso penal”.

siones pertinentes y útiles, que pueden motorizar otras medidas para la obtención de elementos probatorios de importancia. Es obvio que si dicha información se logra a través de hechos ilegales, contrarios a las disposiciones procesales, la misma carece de valor para impulsar medidas de investigación posteriores, pero cuando se trata de información donde las personas que la brindan no quieren darse a conocer por estar en juego bienes jurídicos más importantes (la vida del confidente o de sus familiares), los funcionarios policiales deberán corroborar que las circunstancias aportadas tienen respaldo con otros indicios considerados con objetividad e idoneidad, para fundar mínimas sospechas razonables (siguiendo el criterio sentado por la C.S.J.N., en fallos diversos), comunicar al magistrado competente y solicitar las medidas que correspondan para la obtención de evidencias.

Como se sostuvo, **cualquier trabajo de inteligencia o de investigación procesal penal que pretenda lograr medidas judiciales que afecten garantías constitucionales, basado en información anónima o en datos brindados por “informantes”, no es suficiente por sí solo o, mejor dicho, si se sostiene aisladamente, sin ningún tipo de referencia a otros indicios o evidencias que la sustenten.** Es necesario que las mismas tengan respaldo en otros elementos objetivos idóneos capaces de **generar mínimas sospechas razonables** que justifiquen legalmente, la procedencia de actos que restrinjan garantías en vistas a lograr evidencias lícitamente.

“...desde la óptica del proceso justo, la información sin la asistencia pública del informante ante las partes, no tiene valor probatorio ya sea por sí misma o **confirmada por otro elemento de juicio externo.** La razón elemental es que, mientras no preste declaración testimonial, su aporte en términos constitucionales no es un medio de prueba judicial, sino un conocimiento privado del Juzgado o Tribunal, inoponible a las partes como el análogo caso de las denuncias anónimas (art. 18 Constitución Nacional y arts. 206 y 249 del Código procesal Penal de la Nación)”¹⁶.

Sobre el punto, se ha sostenido que

¹⁶ Rudi, Daniel Mario: “Protección de Testigos y Proceso Penal”.

“...no cabe asignarle ningún tipo de validez al testimonio del denunciante con identidad reservada, ni siquiera a título indiciario, porque la opinión contraria implica vulnerar principios con jerarquía constitucional (art. 18 Constitución Nacional; art. 8, Convención Americana sobre Derechos Humanos)”. “La imputación dirigida contra el causante por un denunciante cuya identidad fue reservada, no es prueba ni siquiera en esta etapa del sumario”.¹⁷

Así, todo funcionario policial responsable que tome conocimiento de información anónima relacionada con un delito, debe tomar todas las medidas necesarias para procurar la veracidad de la información recibida, pero hacerlo con mucha prudencia en resguardo de las garantías constitucionales vigentes. En esa línea, corresponderá documentar la información recibida considerando la estrategia diseñada según sus superiores

“Proceder a investigar las dos puntas fácticas que aparecen: la informada y la del informante. Ese doble camino a recorrer es ineludible si se quiere conseguir algún elemento que luego el fiscal pueda pretender utilizar como prueba válidamente colectada en un proceso penal según la Constitución. **De allí que nos queden muchas dudas sobre la procedencia de los allanamientos pedidos a instancias de un policía que lo único que cuenta es con elementos provenientes de un informante anónimo, cuya verosimilitud es solamente apoyada en el conocimiento que aparenta tener de los hechos ocurridos.** ¿Acaso es suficiente tal fundamento fáctico, para justificar el allanamiento de un domicilio? Obviamente pensamos que no reúne suficiente entidad y no debió permitirse avanzar en ese sentido cautelar”¹⁸.

En la práctica tribuna licia Penal se pueden ver a diario, solicitudes que se basan en pedidos cursados donde se invoca que “por información anónima recabada”, peticionan orden de allanamiento de determinada morada o domicilio para el

¹⁷ Cámara Federal de San Martín, Sala II, 17-4-1997 causa “Paolini”; y mismo Tribunal en fecha 06/09/2001 en autos “Coronel” 2004 reg. 1930.

¹⁸ Corvalán, Víctor R.: ídem pág.3.

secuestro de elementos relacionados con el delito o la aprehensión de personas sospechadas de criminalidad. Se destaca que, para el otorgamiento de la orden solicitada, corresponderá evaluar prudentemente todos los indicios u otros elementos de convicción que hasta ese momento se hubiere logrado, a los fines que la orden que dicte el Juez competente tenga sustento objetivo. Lo cierto es que muchas veces los indicios, rastros, huellas, evidencias o elementos que permiten arribar a un grado de sospecha mínimo se logra cuando el Funcionario Policial que interviene en la investigación explica al Ayudante Fiscal que la información del domicilio señalado proviene de los propios vecinos o personas cercanas al sospechado, que a su vez no quieren ser identificados ni posteriormente citados por temor, porque corren serio riesgo su integridad, salud, vida o vínculos familiares. Es lo que suele ocurrir en la mayoría de los casos. Esta afirmación puede sostenerse a partir de la investigación de campo efectuada donde se llevaron a cabo entrevistas con distintos funcionarios del Ministerio de Seguridad los que refieren a que la gran mayoría de tareas de investigación son a partir de la colaboración de vecinos y/o de personas allegadas a los sospechosos o al lugar de los hechos, quienes aportan datos para orientar las investigaciones policiales. A ello debe agregarse otros medios como las imágenes logradas por cámaras de seguridad públicas o privadas; las comunicaciones anónimas que se cursan al C.E.O. (Centro Estratégico Operacional, n° 911); la información confidencial que puedan lograr los investigadores, etc., y es también de suma importancia la labor de Criminalística (Policía Científica) y del Área de Delitos Tecnológicos.

La situación de los informantes en posición cercana del sospechado, es claramente vulnerable, toda vez que cuentan con información transmitida a las autoridades y para el caso de revelarse su identidad, es probable que sufran represalias. En consecuencia, las diligencias de los funcionarios de las Fuerzas de Seguridad o del M.P.F. con la finalidad de obtener actos jurisdiccionales para el secuestro de elementos delictivos, sus productos, aprehensión de personas sospechadas de criminalidad o practicar inspecciones u otros actos necesarios, pueden tener sustento válido en las declaraciones o informaciones policiales donde los investigadores dejen constancia de la información obtenida y de las condiciones de vulnerabilidad de quienes la suministraron sin necesidad de su identificación. A ello se pueden valorar otros indicios a modo complementario de los datos, como la cercanía con el lugar del hecho, resultados de encuestas reservadas, características de los hechos y su modo comisivo con relación al sos-

pechado y sus posibilidades de consumación, contenido e información en muros de redes sociales que aporten datos pertinentes, empleo de celulares y su ubicación, etc. Concluyendo: los actos jurisdiccionales que permitan la incorporación de elementos probatorios útiles en todo proceso penal pueden ser autorizados a partir de información de personas cuyos datos de identidad pueden mantenerse como anónimos, si además se ponderan y verifican otros indicios que complementen la información brindada por quien esté en peligro en caso de darse a conocer.

10.4. Legislación Procesal Penal de Italia: Considerando la realidad de un país que tiene experiencia por el flagelo de la mafia,

“la Ley procesal italiana, que distingue medios de prueba de medidas de investigación, reconoce la existencia de informantes y establece expresamente que el juez no puede obligar a los miembros de las fuerzas de seguridad o de investigación a revelar los nombres de quienes le aportan la información –art. 203–. De esta manera la figura del confidente es considerada como medio de investigación lícito, pues se ampara la ocultación del nombre, pero al mismo tiempo la información no puede ser tenida como prueba”¹⁹.

También se ha manifestado que el art. 203 de la ley procesal italiana recoge la figura del

“confidente, considerándola como un medio de investigación lícito, pues se ampara la ocultación del nombre de los informadores de la policía judicial, el personal dependiente de los servicios de información y seguridad militar o democrática, y se establece que el juez no puede obligar a los receptores de esta información a revelar las fuentes. Como contracara se dispone que si estos datos no son revelados a fin de ser examinados como testigos en el juicio, carecerán de todo valor y no podrán ser utilizados como prueba”²⁰.

¹⁹ Villagómez, Marco, “El Nuevo Proceso Penal Italiano”.

²⁰ Hendler, Edmundo S. – Sistemas Procesales Penales Comparados.

Por las razones indicadas, las medidas siguientes que resulten de los datos proporcionados por “informantes”, deberán estar respaldados por otros elementos objetivos idóneos (indiciarios, informativos, materiales, objetivos, testimoniales, etc.) para sustentar una mínima sospecha razonable, que permita conferir fundamentos lógicos a todos aquellos actos procesales que impliquen restringir garantías constitucionales, pues la sola manifestación del informante no será suficiente si la misma se presenta aislada como una mera deducción policial sin otro sustento que el anonimato. Esto por lo general no ocurre, porque siempre existen otros elementos de sospecha, pero es frecuente que no sean debidamente explicados o expuestos en los respectivos pedidos de órdenes judiciales para obtención probatoria. Una medida idónea sería, por ejemplo, verificar la veracidad de la confidencia otorgada por quien no puede revelar su identidad, o al menos, determinar si la misma está reforzada por otros indicios que señalen su veracidad o probabilidad afirmativa. Recordemos que se deben lograr motivos de sospecha para proceder con las medidas de investigación, por lo tanto, el grado de conocimiento sobre los extremos del delito solo se basa en la sospecha suficiente para solicitar una orden de allanamiento por ejemplo u otro medio coercitivo para la obtención probatoria. No hará falta probabilidad, ni certeza, solo un estándar de sospecha fundada, con el mínimo grado de objetividad que requiera en cada caso la medida.

Otra cuestión que se presenta en este esquema, es determinar el procedimiento cuando en la etapa del debate, la defensa o la fiscalía requieran al funcionario policial que revele las formas o métodos de adquisición de la información que, cotejada o valorada con otros datos, sirvió de fundamento para ordenar medidas judiciales en búsqueda de pruebas. En esta dirección se ha sostenido que ello contraría la propia naturaleza de la actividad policial, caracterizada por la inmediatez, celeridad y movilidad, notas que son imprescindibles para enderezar la pesquisa en la etapa inicial; tarea que puede aportar datos, fuentes de conocimiento, noticias variadas e innumerables y haberse originado de distintos lugares y personas. Por lo tanto, se ha dicho: exigir al previsor que explicita en cada caso y en forma cabal y minuciosa, las pautas que han guiado su investigación, no solo trastornaría y entorpecería injustificadamente el desempeño policial, sino que resultaría además una tarea estéril, pues, en definitiva, un pronunciamiento condenatorio solo podrá reposar sobre el material probatorio efectiva y regularmente incorporado al proceso. Además,

lo relevante para el caso sería que la defensa o cualquiera de las partes interesadas demuestren que los medios de investigación empleados, se basaron en informaciones ilícitamente obtenidas, para menoscabar las pruebas logradas por estos medios, de manera tal que, si ello no ocurre, serán plenamente válidos los elementos de prueba que se logren a partir de las tareas de investigación policial, cuya ilicitud no se demuestre, y que han tenido como consecuencia el dictado de medidas judiciales de investigación (basadas en las primeras y en todo el contexto del caso), cuando el informante y sus datos aparecen corroborados por otros medios de prueba, como pueden ser el testimonio del policía que recibió la confidencia anónima y su cotejo con otros indicios y elementos objetivos de incriminación afirmativa que habiliten los motivos de sospechas para orientar la investigación²¹.

XI. Seguimiento de personas y su vigilancia policial. Nociones generales

Los procedimientos de vigilancia y seguimiento de personas, son algunas de las frecuentes medidas policiales de investigación aplicables especialmente en materia de tráfico y comercialización de estupefacientes; y que también pueden emplearse en la investigación por parte de la justicia ordinaria (nacional o provincial) para hechos graves como asociaciones ilícitas, privaciones de libertad, corrupción de menores, promoción y facilitación de la prostitución, encubrimientos agravados por ánimo de lucro (compra, desarmado, venta de autopartes), homicidios agravados; etc., para los casos que sea necesario acudir a este tipo de actos investigativos. Son actividades que se complementan con el uso de mecanismos técnicos digitales de filmación, fotografía, seguimiento satelital (G.P.S.), Video filmación con Drones, observación a distancia con binoculares, empleo de micrófonos que captan sonidos desde lugares lejanos u otros.

1. Limitación del Tema: En esta oportunidad, se tratarán aquellas medidas de investigación que no invadan el domicilio de las personas ni su ámbito de intimidad, pero necesariamente se evaluará esta última situación problemática porque las impugnaciones planteadas a los procedimientos policiales que se registran en

²¹ Ábalos, Raúl Washington: Código Procesal Penal de la Nación – Comentado, Anotado, Concordado.

la jurisprudencia y que han tenido mayor consideración por los jueces, ha sido la violación de derechos con jerarquía constitucional con motivo del exceso en la aplicación de los métodos empleados.

2. *Casos en que se requiere autorización judicial*: Para el tratamiento de la cuestión, será de especial interés establecer lo siguiente:

- Si las actividades en estudio tienen valor procesal para que puedan ser admitidas como medios legítimos que sustenten posteriores órdenes judiciales con el fin de lograr elementos de prueba (allanamientos y registros domiciliarios, secuestros de cosas o elementos del delito, intervenciones telefónicas, requisas, etc.).

- Determinar si el seguimiento y observación de personas es una medida de investigación que requiera autorización judicial bajo sanción de nulidad.

- En su caso, si puede o no ser empleada por la policía actuando por iniciativa propia y sin orden judicial o al menos, si se requiere comunicación al magistrado competente.

Supongamos que los investigadores policiales vienen trabajando intensamente para esclarecer uno o más homicidios agravados u otros hechos que afectaron seriamente bienes jurídicos valiosos. La utilización de tecnología aplicada al conocimiento de traslados, movimientos, reuniones y acciones de personas (desde el exterior), puede ser fundamental para posteriores medios probatorios de gran utilidad, idóneos para lograr prontitud en el trámite y resolución de un proceso.

De manera que previo a seguir con el tratamiento sobre la validez de las medidas, se considera necesario analizar el derecho constitucional de la privacidad, lo que permitirá conocer si el seguimiento de personas avanza o no, indebidamente sobre esta garantía fundamental.

“El art. 19 de la Constitución y el art. 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos aseguran el derecho a la privacidad. Numerosos fallos judiciales lo consideran un valor que debe protegerse, hasta punto tal que la Corte Suprema, en ‘Ponchete de Balbín’, lo juzgó en ciertas circunstancias superior al propio derecho a la información”.

“Esta valoración goza de amplio consenso: Cada individuo aprecia estar solo, o con quienes elija, o preservado de miradas indiscretas, en diversas situaciones o actividades que la cultura en la que vivimos prefiere sustraer en mayor o menor medida a la observación de los demás o aun al mero conocimiento público. También hay datos o informaciones acerca de las personas que la mayoría desea mantener en reserva. Todos estos datos, situaciones y actividades reciben el nombre genérico de vida privada. Claro está que esta denominación es vaga, porque dentro de ella hay elementos que juzgamos más privados que otros y porque se admiten también excepciones fundadas en un interés colectivo”.

“Así, nuestras comunicaciones se consideran privadas, en cuanto constituyen manifestaciones de nuestro pensamiento sólo dirigidas a persona determinada, pero una orden judicial puede inmiscuirse en ellas cuando se trata de investigar un delito. Otro tanto puede decirse de nuestro domicilio, el ‘castillo’ privado por excelencia, que se acepta sujeto a allanamiento en ciertas condiciones. Muchos de nuestros datos privados están a disposición de las autoridades estatales, al menos en ciertas condiciones, y hasta nuestras cuentas bancarias –tema privadísimo, en especial para quienes temen el control tributario se hallan sometidas al escrutinio fiscal según la Ley N° 25.246 (Adla, LX-C, 2805)”²².

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece el derecho a la protección a la honra, la reputación personal y la vida privada y familiar y el art. V dice: Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar, mientras que el art. IX dice que toda persona tiene el derecho a la inviolabilidad de su domicilio.

La Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU dice en el Art. 12: Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.

²² Guibourg, Ricardo A.: “Privacidad”. Publicado en La Ley.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece en su art. 17.1. que Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 2.- Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos – Pacto de San José de Costa Rica, establece: Art. 11 Protección de la honra y de la dignidad. 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

Por último, la Convención sobre los Derechos del Niño, establece en su art. 16.1. que: Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación. 2. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques.

Sin embargo, el avance de la tecnología en cuanto a los medios de comunicación: telefónicos, satelitales vía Internet (correo electrónico), posibilidad de enviar mensajes de textos por teléfonos móviles o celulares (WhatsApp, Messenger, chat por msm, etc.); el aumento del uso de imágenes satelitales de domicilios tomadas desde el aire, a los que se tiene acceso fácilmente (google maps por ejemplo), las observaciones mediante cámaras de seguridad, etc., han puesto en vilo el derecho a la intimidad.

“Ahora cada vez que entregamos nuestros datos –y nos vemos obligados a hacerlo con frecuencia creciente para cualquier trámite, estatal o privado– es prácticamente imposible detectar por qué vía esos datos van a parar a bases que se venden hasta por correo electrónico y quedan así a disposición de quien anónimamente quiera adquirirlos. Es pues, cada vez más difícil mantener esa privacidad que tanto queremos defender (...) No solo hay un inevitable intercambio informático de los datos que alguna vez hayamos suministrado voluntariamente: para revelar lo que queremos mantener oculto también existen los grabadores minúsculos, los micrófonos

direccionales y las imágenes satelitales. En la práctica, casi cualquiera puede enterarse de casi cualquier información acerca de casi cualquier persona con solo poner algún empeño e invertir en ello una reducida cantidad de dinero”²³.

El crecimiento del uso de las redes sociales donde los usuarios publican voluntariamente datos relacionados con su vida de familia, amistades, relaciones laborales, personas conocidas, actividades personales, relaciones afectivas, etc., ha significado que las personas exponen públicamente distintos aspectos de sus vidas que en numerosas oportunidades comprenden situaciones de su intimidad. La información contenida en los muros o páginas públicas de información de las personas que utilizan redes sociales, puede ser empleada legítimamente para la obtención de medios de pruebas, indicios o evidencias para orientar las investigaciones criminales, sin embargo en los sitios privados de las personas en cada red social, se pueden encontrar datos de su intimidad que requieren una orden judicial para obtenerlas, como es el caso del contenido de comunicaciones por Messenger, pero ejemplo.

En atención a lo expuesto y la problemática del avance sobre el derecho a la privacidad por el empleo de la tecnología informática, satelital y digital, entre otras, se destaca que “hay actividades que legítimamente forman parte de la vida íntima y en las que se advierte un celo en ser mantenidas en el ámbito de la reserva individual. Entre estas últimas, hay que distinguir las lícitas de las ilícitas, porque el art. 19 de la CN sólo protege a los ciudadanos por las primeras, es decir de aquellas “acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofenden al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero”, que “están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados”. En definitiva, es muy distinto que alguien sea monitoreado en su actividad “sensible” que no es contraria a la ley –p. ej. el seguimiento a una persona para ver si va al psiquiatra–; a que una persona esté siendo observada cuando despliega una actividad delictiva –p. ej. vende droga–. Por eso se ha dicho que

“cuando alguien se conduce a través de la ciudad, va al cine o al teatro, o a cenar en un restaurant no espera que alguien no se enterará que estuvo allí. Pero ello no conduce necesariamente a que

²³ Guibourg, Ricardo A., ob. Cit. pág. 1.

haya consentido a una persona, y mucho menos al Estado, observar y filmar todos sus movimientos completos –incluyendo, quizás, visita a templos, médicos, organizaciones políticas y compilando una contabilidad íntima de su vida diaria”²⁴.

Teniendo en cuenta lo expuesto, según se ha venido indicando, la regla general es que las medidas de investigación policial, pueden ser llevadas a cabo sin orden judicial o comunicación previa, salvo cuando se haya establecido expresamente lo contrario y según su duración, previsibilidad y permanencia temporal,²⁵ porque se trata de medidas que tienen relación directa de las actividades preventivas de la seguridad pública, que son las más importantes de las fuerzas de seguridad, aunque como lo hemos expuesto, también se cumplen cuando ya se encuentra en curso un proceso penal en cuyo caso deben ser cumplidas con conocimiento del titular de la acción penal (M.P.F.).

Pero no puede ser dejado de lado que este tipo de medidas pueden resultar ineficaces cuando avancen sobre el domicilio, las comunicaciones privadas, correspondencia, o la intimidad de las personas o cuando se extiendan en un tiempo más que razonable.

“La vigilancia de personas puede recaer sobre sus movimientos, hábitos, relaciones, rutinas, horarios, etc. Muchas veces involucra el derecho a la intimidad, pero no cualquier roce sobre éste es susceptible de proscribir medidas de investigación sin orden judicial. Es que la intervención jurisdiccional sólo se exige cuando la práctica avance sobre una legítima expectativa de privacidad de la persona, esto es, cuando sorprende su cuidado, su previsión normal y habitual; o si avanza sobre las actividades que legítimamente se quieren sustraer del conocimiento de los demás. De allí que para determinar cuándo hace falta una autorización judicial, es necesario diferenciar los distintos tipos de seguimientos que pueden presentarse y su impacto en la intimidad personal”²⁶.

²⁴ “State vs. Jackson”, NISSENBAUM, Helen, “Protecting Privacy in an Information Age: The Problem of Privacy in Public”, y comentario al fallo “U.S. vs. García” citado infra, Harvard Law Review, cit. por Hairabedián, M. en ídem.

²⁵ Hairabedián, Maximiliano: ¿Hace falta orden judicial para seguir personas en la investigación penal?

²⁶ Hairabedián, Maximiliano, ob. cit. pág.1.

3. Clases de seguimientos y vigilancias

3.1. *Observación visual y con audio en espacios públicos o de acceso al público:*

Esta medida se lleva a cabo cuando la persona observada se encuentra en lugares públicos o de acceso al público, en lugares abiertos o frente a una ventana de un domicilio particular que permita ser visto involuntariamente por cualquier persona (en caso de filmación). Para estos supuestos **no se requiere orden judicial previa**. También serán válidas las tomas fotográficas, filmaciones y labrado de croquis ilustrativos en tanto y en cuanto sean empleadas con fines reservados de la investigación.

La casación nacional ha sostenido que

“las diligencias llevadas a cabo por el personal policial consistentes en observar la finca que habitaba el imputado y en la confección de un croquis demostrativo, sin haber procedido a la realización de cualquier otro acto que afectase alguna garantía constitucional del encartado, resultan ajustadas a derecho porque no exceden las tareas de inteligencia autorizadas por el art. 183 del Cód. Procesal Penal de la Nación”²⁷.

La Corte Suprema de Estados Unidos tiene dicho que el tránsito personal por vías públicas no goza de expectativa de privacidad en sus movimientos²⁸. **Relativo a las filmaciones, “la jurisprudencia española ha confirmado en varios fallos la validez de estas técnicas”**²⁹.

La doctrina ha considerado válidas aquellas tareas de grabación en audio, de conversaciones personales que los vigilados han tenido en la vía pública o en lugares de acceso público, cuando las mismas fueron documentadas simulando la calidad policial o no, según los casos y se trataba de conversaciones que podrían ser escuchadas por personas indeterminadas. Sobre el particular se ha sostenido que:

²⁷ CNCP Sala IV, 12/5/06, “Barrios”.

²⁸ U.S. vs. Knotts, 460 U.S. 276, 281–1983.

²⁹ T.S., Sala II, Sent. N° 1733 del 14/2/02, Fallos citados por Hairabedián en ob cit.

“La prueba recolectada por el policía que concurrió al lugar donde los imputados se encontraban habitualmente, haciéndose pasar por un pariente de la víctima, pero sin revelar su condición de agente policial, no fue ilegalmente obtenida, pues, además de que sus dichos fueron corroborados por los registros filmicos y fotográficos, **su actividad fue judicialmente supervisada y su comparecencia al juicio oral, en el que brindó un extenso testimonio acerca de su accionar en pos del esclarecimiento del hecho, permitió a las partes un control directo de su testimonio**”³⁰.

Para todos estos casos, no se requiere autorización judicial, pero sí será necesario el aviso al titular de la acción penal y representante del ministerio público fiscal y al juez de instrucción en su caso, a fin que tengan conocimiento de las actividades policiales para una efectiva supervisión y control, toda vez que las disposiciones procesales vigentes, si bien autorizan a la policía en función judicial a investigar por iniciativa propia los delitos de acción pública, los Códigos procesales en general imponen el deber de comunicar inmediatamente al juez competente y al fiscal la iniciación de las actuaciones de prevención (ver art. 186 del C.P.P.N., y art. 333 C.P.P. Mza., Ley N° 6730).

Distinta es la situación del policía que, en las condiciones señaladas, cuando simula ser otra persona, ingresa en morada ajena, en cuyo caso se requiere orden judicial.

3.2. Observación en el exterior de domicilios y lugares privados

No es necesaria una orden judicial para la simple observación visual de un sitio privado desde un lugar al que se tiene acceso legalmente sin vencer los obstáculos colocados en resguardo de la privacidad

“(v. gr. Ver u observar desde la vía pública lo que se hace en la parte visible de una casa –p. ej. en el balcón–; observar desde el techo de una casa a la que se permitió el ingreso lo que hace el vecino en el patio), porque en este caso la presencia en el lugar no está prohibida por el orden jurídico y no se sorprende la legítima expectativa de

³⁰ CNCP, Sala IV, 7/9/06, “Meza”.

privacidad del morador (**el marido que golpea a la mujer con la ventana abierta y sin cortinas, no puede pretender evitar ser visto**)³¹.

Como lo sostiene Maximiliano Hairabedián,

“Si para observar domicilios se emplea un elemento ampliatorio de los sentidos (v. gr. prismáticos), se podrá prescindir de la orden sólo cuando la imagen captada con el apoyo tecnológico sea también accesible a simple vista, y se lo emplee para mayor comodidad o mejor percepción de detalles (p. ej., el policía que, para evitar llamar la atención, observa con mira de visión nocturna a quien vende droga desde la ventana de su casa). Pero no se la podrá evitar (la autorización) cuando su uso sea la condición para sortear las defensas de la privacidad del afectado o cuando hubiere sido imposible sin la ayuda tecnológica acceder al sitio, porque esto sorprende la expectativa legítima de privacidad (v. gr. mirar con un potente telescopio lo que hace una persona en una casa ubicada a varios kilómetros dentro de un campo)”³².

Para terminar este capítulo, podemos concluir que las circunstancias, modos, posibles derechos afectados y caracteres de cada caso, según los lugares donde se encuentre la persona sobre la que se llevan a cabo tareas de seguimiento, observación y vigilancia, permitirá indicar si es necesaria la autorización judicial o si pueden cumplirse por parte de la policía, sin contar con la misma. Lo cierto

³¹ La expectativa de privacidad no se extiende a la observación visual desde lugares públicos de un automotor que arriba a una propiedad y que después parte haciendo su recorrido por vías públicas (U.S. vs. Knotts, 460 U.S. 276, 281 –1983–). En esta línea, la jurisprudencia española ha sostenido que “la filmación de ventanas de edificios desde los que sus moradores desarrollaban actividades delictivas, se ha estimado válida... (porque) en principio la autorización judicial siempre será necesaria cuando sea imprescindible vencer un obstáculo que haya sido predispuesto para salvaguardar la intimidad, no siendo en cambio preciso el ‘Placet’ judicial para ver lo que el titular de la vivienda no quiere ocultar a los demás” (T.S., Sala II, Sent. N° 1733 del 14/2/02, Pensamiento Penal y Criminológico N° 7, Mediterránea, Cba., 2003).

³² Hairabedián, Maximiliano: ¿Hace falta orden judicial para seguir personas en la investigación penal? Publicado en sup. Penal 2010 (febrero), 27–La Ley 2010–A, 516 Buenos Aires y en laleyonline.com.ar sección doctrina.

es que, cuando se llevan a cabo procedimientos policiales con las modalidades detalladas, se deben cumplir tareas que generalmente requieren mucho tiempo, esfuerzo, recursos humanos y logísticos; por lo que se propicia que se mantenga informado al Fiscal o Juez para el caso del C.P.P.N., o al Fiscal en el caso del CPP de Mza., o C.P.P.F., quienes efectuarán los controles de legalidad acerca de su implementación y validez. Sabemos que las órdenes de autorización de allanamientos y registros de domicilios se dictan sin mayores demoras, por lo menos así es actualmente, al igual que los decretos fundados o autos (según la ley procesal lo exija), de intervención de comunicaciones telefónicas o de pedidos de informes. De manera que, para la legitimidad y validez de las acciones investigativas, corresponde que se informe al Fiscal, para su conocimiento y para que dicte la autorización respectiva o se solicite la orden al Juez competente, si corresponde, o las evalúe inmediatamente al momento de ser informadas. Sin embargo y como se ha sostenido antes,

“No se condice con la letra ni con la finalidad de las normas procesales (...) pretender que todas las tareas de inteligencia sean puestas en conocimiento de la autoridad judicial con antelación a su realización, máxime cuando la misma ley habilita la posibilidad de que sean ejercidas por propia iniciativa”³³,

por ello es que el criterio que se propone es el de avisar al fiscal o juez competente, pero si la urgencia o características del caso no lo permiten, ello no acarrea la nulidad si el aviso es posterior, dentro de un espacio de tiempo razonable.

XII. Empleo de videocámaras y grabaciones de imágenes en lugares públicos

En los puntos anteriores ya se hizo referencia al uso de cámaras filmadoras y su plena legitimidad sin que se requiera orden judicial cuando las imágenes captadas de personas están en lugares públicos o de acceso público. El tema es importante debido a la creciente instalación de las mismas en distintas ciudades del país, por razones de seguridad, para prevenir y facilitar la investigación de

³³ C.N.C.P. Sala IV, en autos Barrios, Oscar E., del 12/5/2006 en La Ley Online – cita online: AR/JUR/5954/2006.

delitos. En tal sentido, valga destacar que en la Provincia de Mendoza fue sancionada la Ley N° 7924 que legisla sobre la utilización y uso de videocámaras, grabaciones e imágenes en lugares públicos y cerrados, entre otros temas. Algunos de sus artículos tienen relación directa con la cuestión traída a estudio en este trabajo. Así, en resguardo del derecho a la intimidad y del honor e imagen, para garantizar el mismo se estableció que

“Sin perjuicio de las disposiciones específicas contenidas en la presente Ley, el tratamiento automatizado de las imágenes se regirá por lo dispuesto en la Ley N° 25.326 de Datos Personales”, y más adelante se indica en su art. 4 que “...las imágenes y sonidos obtenidos tienen carácter absolutamente confidencial y que las mismas sólo podrán ser requeridas por Magistrados o Fiscales, que se encuentren avocados a la investigación y/o al juzgamiento de causas penales o contravencionales”.

Además, la finalidad del empleo de estos dispositivos es la seguridad pública, prevención y en su caso, facilita las pruebas para los procesos legales pertinentes, al mismo tiempo que son herramientas útiles para la investigación de delitos. Por ello se ha impuesto que

“Cuando las grabaciones capten hechos que pudieran ser constitutivos de ilícitos penales, se pondrán a disposición de la autoridad judicial en el plazo máximo de veinticuatro (24) horas desde su captación”, en tanto que el art. 6 expresamente reconoce dichos fines al indicar que “Las videocámaras solo podrán emplearse para el mantenimiento y preservación de la seguridad ciudadana y demás fines previstos en esta ley”.

Son expresas disposiciones que impiden atentar contra el art. 19 de la C.N., las del art. 6 de la ley, que más adelante sostiene que no **se podrán utilizar videocámaras para tomar imágenes: a) Del interior de propiedades privadas, salvo por autorización judicial expresa. b) Cuando se afecte de forma directa y grave la intimidad de las personas, no obstante estar situada en espacios públicos.**

También se impone la obligación de señalar la existencia de las cámaras, al decir que debe informarse mediante un cartel indicativo de manera clara, sin especificar su emplazamiento, excepto orden y/o autorización judicial en contrario debidamente fundada. Esta obligación se considera prudente y ajustada a derecho, toda vez que hace saber a los ciudadanos o publicita la existencia de las mismas para que las personas tengan pleno conocimiento de su existencia y que son filmadas.

Por último, se destaca el art. 12 de la norma en comentario que dice:

“Los responsables de la operación de videocámaras y otros equipos, deberán adoptar las medidas necesarias que garanticen la seguridad y confidencialidad de las imágenes, sonidos y datos por ellas obtenidos, evitando su alteración, pérdida, tratamiento o acceso no autorizado. Cualquier persona que, en razón del ejercicio de sus funciones o de un modo accidental tenga acceso a las imágenes, sonidos y datos que regula la presente ley, deberá observar absoluta reserva y confidencialidad”.

Esta ley de la Provincia de Mendoza deja claro que no se necesita orden judicial previa para la observación de personas determinadas o indeterminadas en lugares públicos y de acceso al público, al mismo tiempo que establece distintos recaudos relacionados con el funcionamiento, manejo y tratamiento que los responsables de las videocámaras deben cumplir, los que confieren seriedad y confiabilidad al sistema, al punto tal que podrán ser solicitados por la autoridad judicial como elementos de importancia en la investigación de hechos delictivos. Deja en claro además para qué casos se requerirá orden judicial.

La legislación que ha sancionado la Provincia de Mendoza en la materia, es de plena aplicación, a criterio del suscripto, para los casos de seguimiento, vigilancia y observación de personas, en cuanto a la autorización para el empleo de los elementos receptores de imágenes en lugares públicos o de acceso al público. **La Ley N° 7924 de la Provincia de Mendoza viene a facilitar con claridad la temática en estudio y despeja las críticas de inconstitucionalidad** en procesos penales referentes a imágenes registradas. Gran claridad aporta el contenido de la sentencia dictada por el Tribunal Supremo Español, Sala II sentencia 1733 de fecha 14/02/2002, que en su parte pertinente dice:

“...que las tareas de investigación de todo hecho delictivo están encaminadas a practicar las diligencias necesarias para comprobar y descubrir a los delincuentes y recoger todos los efectos, instrumentos y pruebas del delito, poniéndolos a disposición de la autoridad judicial. **En el desarrollo de estas funciones se pueden realizar labores de vigilancia u observación de lugares o personas que pudieran estar relacionadas con el hecho que es objeto de la investigación.** Estas labores de vigilancia se pueden desarrollar en la vía pública concentrándose en tareas de seguimiento o visualización de comportamiento y conductas de las personas consideradas como sospechosas. **Para llevar a cabo estas funciones se puede utilizar toda clase de medios que permitan constatar la realidad sospechada y que sean aptos para perfilar o construir un material probatorio que después pueda ser utilizado (...) ante la autoridad judicial.** No están descartados los sistemas mecánicos de grabación de imágenes y su utilización debe realizarse dentro de los márgenes marcados por el respeto a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio. **Los derechos establecidos por la ley (...) reguladora de la Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, no pueden considerarse absolutamente ilimitados.** Imperativos de interés público pueden hacer que por ley se autoricen expresamente determinadas entradas en el ámbito de la intimidad que podrán ser reputadas legítimas. Según el art. 8 de la Ley Orgánica, antes mencionada, no se reputarán intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la autoridad competente de acuerdo con la ley. El art. 282 LECrim autoriza a la policía a practicar las diligencias necesarias para comprobar los delitos y descubrir a los delincuentes. No existe obstáculo para que las labores de investigación se extiendan a la captación de la imagen de las personas sospechosas de manera velada, y subrepticia en los momentos en que se supone fundadamente que está cometiendo un hecho delictivo. Del mismo modo que nada se opone a que los funcionarios de Policía hagan labores de seguimiento y observación de personas sospechosas, sin tomar ninguna otra medida restrictiva de derechos,

mediante la percepción visual y directa de las acciones que realiza en la vía pública o en cualquier otro espacio abierto. No existe inconveniente para que pueda transferir esas percepciones a un instrumento mecánico de grabación de imágenes que complemente y tome constancia de lo que sucede ante la presencia de los agentes de la autoridad. La captación de imágenes se encuentra autorizada por la ley en el curso de una investigación criminal siempre que se limiten a la grabación de lo que ocurre en espacios públicos fuera del recinto inviolable del domicilio donde tiene lugar el ejercicio de la intimidad. Por ello cuando el emplazamiento de aparatos de filmación o de escucha invada el espacio restringido reservado para la intimidad de las personas, solo puede ser acordado en virtud de mandamiento judicial que constituye un instrumento habilitante para la intromisión de un derecho fundamental”. Luego enseña la resolución española que ***“El material fotográfico y videográfico obtenido en las condiciones anteriormente mencionadas y sin intromisión indebida en la intimidad familiar, tiene un innegable valor probatorio siempre que sea reproducido en las sesiones del juicio oral”***³⁴ (el resaltado es del suscripto).

Comentando brevemente la valiosa sentencia del Tribunal Supremo de España, se destacan los siguientes aspectos:

A. Finalidad de las tareas de investigación: “practicar diligencias necesarias para comprobar y descubrir a los delincuentes y recoger todos los efectos, instrumentos y pruebas del delito, poniéndolos a disposición de la autoridad judicial”.

B. Admite como una de estas tareas a las de vigilancia y observación.

C. Limita el lugar de las personas observadas: que se encuentren en la vía pública y lugares públicos abiertos.

D. Autoriza el empleo **de toda clase de medios que permitan constatar la realidad sospechada y que sean aptos para perfilar o construir un material probatorio que después pueda ser utilizado para concretar una denuncia ante la autoridad judicial**. No están descartados los sistemas mecánicos de gra-

³⁴ Tribunal Supremo Español, Sala II sentencia 1733 de fecha 14/02/2002, citada por Hairabedián, Maximiliano en “Jurisprudencia Penal Comparada”.

bación de imágenes y su utilización debe realizarse dentro de los márgenes marcados por el respeto a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio.

E. Enseña que los derechos al honor, intimidad personal y familiar y la propia imagen deben respetarse, pero no pueden considerarse absolutamente ilimitados. Ello es concordante con el art. número 18 de la Constitución española, que establece:

“1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. 2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él **sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito**. 3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, **salvo resolución judicial**. 4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”.

En función del análisis conceptual, doctrinario, legal y jurisprudencial nacional y comparado del asunto traído a estudio, se puede sostener que la aplicación oportuna y ajustada a derecho de procedimientos de investigación policial, llevados a cabo con legalidad y rapidez, permitirá mejorar la eficacia procesal en cuanto a obtener otros elementos probatorios que pueden ser pertinentes en favor del avance de causas complejas, cuya pesquisa puede estar demorada por distintas razones, para lo que es necesario que los operadores de seguridad pública y judiciales, tengan una adecuada y completa capacitación.

XIII. Intervención Judicial en las tareas Policiales – Organización Legal

La celeridad de toda investigación criminal y su efectividad requieren de labores policiales iniciales que sean respetuosas de garantías y derechos fundamentales de las personas, pero que a su vez impliquen un trabajo sostenido, rápido y eficiente de los investigadores en vistas del pronto esclarecimiento del caso. En esa línea, en el Sur de la Provincia de Mendoza, en los Departamentos de San Rafael, General Alvear y Malargüe, la Policía de Mendoza lleva a cabo estas tareas bajo

las órdenes del M.P.F., cuando toma conocimiento de un delito y es informado del caso, con motivo de la aplicación de la Ley N° 6.730 a partir del día 1 de agosto del año 2017 mediante Ley N° 8937 en el ámbito territorial de los Departamentos mencionados.

Procuración General de la S.C.J.M. dispuso el desempeño de Ayudantes Fiscales en distintas comisarías, sin ser asistidos por personal administrativo del M.P.F., lo que implicó una diferencia importante respecto de la situación de las Oficinas Fiscales que se desempeñan en la zona del Gran Mendoza, que cuentan con esta estructura en recursos humanos. En el Sur de Mendoza los Ayudantes Fiscales cumplen funciones en Comisarías u otras dependencias policiales, trabajando con gran esfuerzo y con el apoyo que en gran parte brinda el personal policial de comisaría que sea autorizado en ciertos casos para ello, porque los efectivos en su gran mayoría son destinados al cumplimiento de tareas propias de la fuerza y salvo casos específicos, han dejado de cumplir las funciones de sumariantes como lo hacían durante la vigencia de la Ley N° 1908 (C.P.P. que regía el sistema mixto).

Los Ayudantes Fiscales trabajan bajo las directivas del Fiscal competente. Por resoluciones de Procuración General de la S.C.J.M., se crearon distintas Unidades Fiscales especializadas, criterio que ha favorecido a los procesos penales, lo que se puede verificar mediante el respectivo análisis de los datos estadísticos de información pública. La distribución de actuaciones en Unidades Fiscales según su especialización del M.P.F. mejoró notablemente la celeridad porque los Fiscales especializados y sus respectivos equipos de trabajo han profundizado el estudio de cada una de los delitos en que intervienen, lo que tiene directa repercusión en la velocidad procesal. Esto implica que las directivas que les dictan a los Ayudantes Fiscales y funcionarios Policiales intervinientes durante la I.P.P., son específicas de la materia según los casos, lo que favorece su eficacia.

XIV. Conclusiones

El trabajo policial en toda investigación delictiva tiene importancia trascendental para el destino del proceso, puesto que, por lo general, la policía es la autoridad que normalmente toma conocimiento del hecho en primer lugar.

Las tareas de investigación policial tienen como fin “practicar diligencias necesarias para comprobar y descubrir a los delincuentes y recoger todos los efectos, instrumentos y pruebas del delito, poniéndolos a disposición de la autoridad judicial”.

Las tareas de inteligencia constituyen una metodología normal en la detección de delitos, que se trata de una actividad absolutamente esencial para las fuerzas policiales y que tienen como fin, entre otras, la obtención de información para adoptar medidas de control para el mantenimiento del orden público, la seguridad ciudadana, prevención de la delincuencia, interrupción de infracciones en curso, etcétera.

Entre las tareas de inteligencia policial se han mencionado especialmente la labor en el territorio que llevan a cabo los especialistas, recabando información o datos que debidamente entrelazados, puedan tener utilidad para la prevención o investigación delictiva, como por ejemplo, la elaboración de mapas del delito, determinación de zonas conflictivas y de sus principales protagonistas, la comparación de índices de reiteración delictiva y de patrones de conductas para establecer vinculaciones entre los posibles autores.

Las tareas de investigación e inteligencia policial pueden ser fuente de pruebas, pero no son en sí mismas, elementos probatorios. Se trata de actividades privativas de las fuerzas de seguridad pública en su gran parte (tareas de inteligencia), o con conocimiento o bajo la dirección del M.P.F. para los casos de las tareas de investigación.

Los actos jurisdiccionales que permitan la incorporación de elementos probatorios útiles en todo proceso penal pueden ser autorizados a partir de información de personas cuyos datos de identidad pueden mantenerse anónimos, si además se ponderan y verifican otros indicios que complementen la información brindada por quien esté en peligro en caso de darse a conocer.

“...las diligencias llevadas a cabo por el personal policial consistentes en observar una finca en su exterior y en la confección de un croquis demostrativo, sin haber procedido a la realización de cualquier otro acto que afectase alguna garantía constitucional del encartado, resultan ajustadas a derecho porque no exceden las tareas de inteligencia autorizadas por el art. 183 del Cód. Procesal Penal de la Nación”.

La Corte Suprema de Estados Unidos tiene dicho que el tránsito personal por vías públicas no goza de expectativa de privacidad en sus movimientos.

Las tareas de investigación policial logran mayor legitimidad cuando son supervisadas por el MPF o el órgano jurisdiccional competente en los sistemas mixtos.

En cuanto a las videocámaras de seguridad pública, no se podrán utilizar para tomar imágenes: a) Del interior de propiedades privadas, salvo por autorización judicial expresa. b) Cuando se afecte de forma directa y grave la intimidad de las personas, no obstante estar situada en espacios públicos.



La teoría de la imprevisión y otros remedios jurídicos en el escenario de la pandemia COVID-19, aplicada a los contratos de transporte aéreo

AB. MARÍA VICTORIA GIUBERGIA

AB. GUADALUPE HIDALGO

I. Introducción

El transporte aéreo constituye una actividad económica donde en su contratación se hacen presentes una parte fuerte –la compañía aerocomercial– y otra débil –el pasajero–. En el contrato de transporte aéreo, en algunas ocasiones, el pasajero puede resultar perjudicado por acciones u omisiones de las compañías de transporte aéreo. La realidad mundial que nos encontramos atravesando, con relación a la pandemia por el COVID-19, ha generado repercusiones negativas en la economía y al turismo a nivel mundial, y, en consecuencia, en la situación económica de muchas empresas de transporte aerocomercial y operadores de turismo.

Se trata de un suceso que tiene paralizado al mundo y a la expectativa de cómo será el futuro de la humanidad y las relaciones comerciales. Como es de público conocimiento, el derecho es una herramienta de regulación y control de la vida humana en sociedad, pero su actualización no es instantánea, por el contrario, la sociedad avanza mucho más rápida que el derecho, y, por tanto, es normal que existan cuestiones del día a día que no se encuentren reguladas. Sin hablar de que es la primera vez en la historia de la humanidad que se produce un cese de muchas actividades comerciales, cierres de fronteras, suspensión de espectáculos deportivos, y lugares de alta concentración de personas.

Lo expuesto, lleva a la necesidad de improvisar. Es una situación que excede a las empresas, a los gobiernos, y a la gente. Por fortuna, nuestro derecho, contempla la posibilidad de aplicar la teoría de la imprevisión, como “cláusula de escape” o solución a este problema evitando el menor daño posible para la parte

más débil de la relación contractual: el consumidor. En la doctrina nacional encontramos una discusión, respecto de la conveniencia o no, de la aplicación de la normativa que tutela los derechos de los consumidores al pasajero en un contrato de transporte aéreo. Es decir, si el pasajero podría ser considerado –o no– consumidor y cuáles serían las vías de reclamo en caso de que tuvieran algún problema con su billete de avión, equipaje, etc.

Todo contrato nace para ser cumplido. Es este un imperativo lógico y jurídico que deriva de la autonomía de la voluntad. Corolario de lo dicho es el principio de la *pacta sunt servanda* que impone a los contratantes ajustar su conducta a los términos de lo convenido.

Puede suceder, en los contratos que proyectan sus efectos en el tiempo, que al momento de cumplimiento cambien radicalmente las circunstancias tenidas en cuenta, expresa o implícitamente, por las partes al contratar justamente como está aconteciendo en el ámbito turístico en la actualidad, y que es espacio de nuestro análisis.

Ordinariamente, hay cambios que no inciden en los términos de lo pactado. Las ventajas o desventajas que ellos puedan provocar forman parte del riesgo negocial que soportan los contratantes, como ha acontecido con las variaciones cambiarias desde el momento de adquisición y compra del servicio hasta el momento de su efectiva utilización y que ya hoy no se encuentran en discusión.

Sin embargo, no siempre es así. Ocurre, a veces, que, por una alteración sobreviniente, extraordinaria e imprevisible, la ecuación negocial resulta gravemente desequilibrada durante el periodo de ejecución contractual. Como consecuencia de ello, la prestación de uno de los contratantes deviene excesivamente onerosa respecto de la del otro, con grave ruptura de la armonía real del contrato.

En tal caso, se plantean algunos interrogantes: ¿Debe el contratante cuya prestación se ha degradado ajustar su conducta a lo formalmente convenido, y cumplir con la prestación debida? ¿Debe el ordenamiento jurídico legitimar la pretensión de cumplimiento de quién se beneficia por circunstancias fortuitas, y el correlativo perjuicio de su contraparte? Cumplir literalmente un contrato desnaturalizado en sus bases económicas por circunstancias extraordinarias y sobrevinientes, que han tornado excesivamente onerosa la prestación de un contratante ¿es cumplir con lo pactado por las partes, con lo realmente querido por ellas?

El objetivo del presente consiste en realizar un análisis de esta situación que nos toca cerca, y que requiere de soluciones rápidas y lógicas, para evitar también el futuro colapso de los Tribunales, tras aluviones de reclamos y demandas por incumplimiento contractual y derechos subjetivos vulnerados. Para ello, tendremos en cuenta qué se entiende por pasajero en el derecho argentino, las soluciones brindadas por las compañías de transporte aéreo y agencias de viaje a sus clientes, basándonos en la teoría de la imprevisión y otras figuras jurídicas como remedio legal y cuáles son las medidas que adoptará la industria de la aviación ante este nuevo escenario mundial.

II. Contrato de transporte aéreo

El contrato de transporte aéreo se encuentra regulado, en nuestro país, por el Convenio de Varsovia del 29, el Protocolo de la Haya del 55 modificatorio de aquél, el Convenio de Montreal del 99 o bien por las normas correspondientes del Código Aeronáutico, según que se trate respectivamente de transportes internacionales o de transportes internos. Las condiciones de transporte de la “Asociación Internacional del Transporte Aéreo” (en adelante IATA) contribuyen, asimismo, a determinar el régimen jurídico del contrato en lo que respecta a los derechos y obligaciones de las partes. Por último, cabe tener en cuenta el denominado “Acuerdo de Montreal del 66” según el cual las que realicen transportes con partida, destino o escala en los Estados Unidos aplicarán condiciones que implican un apartamiento de las normativas contenidas en el Convenio de Varsovia – La Haya¹.

El Código Aeronáutico establece que el contrato de transporte de pasajeros debe ser probado por escrito, y aún más, cuando se trate de transporte efectuado por servicios regulares dicho contrato se prueba, no sólo a través de cualquier escrito sino específicamente con el billete de pasaje.

No obstante, la ausencia, irregularidad o pérdida del billete de pasaje no perjudica la existencia ni la validez del contrato de transporte, el cual igualmente se registrá por las disposiciones del Código. Pero, si el transportador hubiese acep-

¹ Páramo de Santiago, C. (04/01/2012). La protección del consumidor ante las compañías aéreas. Denegación de embarque. (CED, Ed.) Fecha de consulta: el 20/04/2020, de *Revista Práctica de Derecho*. <https://www.civil-mercantil.com/introduccion-contrato-transporte-aereo.html>

tado pasajeros sin expedir el billete de pasaje, no podrá ampararse en la limitación de su responsabilidad.

Desde el 1 de junio del 2008, todas las compañías aéreas pertenecientes a la IATA emiten pasajes electrónicos. El pasaje electrónico es un registro en el sistema de reservas de la compañía aérea que contiene toda la información relacionada con el vuelo, el viajero y su forma de pago que reemplaza al billete de pasaje papel.

El pasajero que adquiere un pasaje electrónico recibe en su correo una copia del mismo, el cual contiene el código de la reserva. El pasaje en sí es un conjunto de información electrónica almacenada en el computador encargado de guardar la base de datos de la aerolínea.

El transportador tiene como obligación principal trasladar al pasajero hasta el lugar de destino. Por ello debe utilizar una aeronave en perfecto estado de mantenimiento con su tripulación reglamentaria y realizar el vuelo en las condiciones previstas de horario, itinerario, escalas. Asume el transportista la obligación relativa a la seguridad a favor del pasajero, consistente en hacerlo llegar sano y salvo a destino. El incumplimiento de esa obligación pone a su cargo las responsabilidades consiguientes.

En cuanto a las obligaciones del pasajero se refieren principalmente al pago del precio del pasaje y a la observancia de las reglamentaciones internas establecidas por el transportador. Las condiciones de la IATA contienen diversas disposiciones referidas al pasajero, tales como: prohibición de transferir el boleto; llegar al aeropuerto a la hora establecida.

III. La figura del pasajero de los contratos de transporte aéreos

En particular, en cuanto que al tratarse de contratos en los que las entidades de transporte pueden fijar, y de hecho es lo habitual que hagan, las condiciones generales que conforman el contenido de la relación contractual, suelen incluir cláusulas que no siempre son acordes a Derecho. Más aún, si tenemos en cuenta que en el contrato de pasaje la compañía aérea concluye esta relación con el pasajero, siendo este último la parte más débil de la relación comercial. En la doctrina aeronáutica se encuentra discutido si el pasajero reviste o no la calidad de consumidor o usuario, y, por lo tanto, cuál es la legislación y procedimiento aplicable a ellos.

El Decreto 565/2008 observó el art. 63 de la Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240, modificada por Ley N° 26.361, disponiendo que “para el supuesto de contrato de transporte aéreo, se aplicarán las normas del Código Aeronáutico, los tratados internacionales y, supletoriamente, la presente ley”. Esto significa que la Ley de Defensa del Consumidor es de aplicación supletoria a aquellas situaciones del Derecho Aeronáutico que no se encuentren contemplados en el Código Aeronáutico y Tratados Internacionales, como, por ejemplo, la Resolución 1532/98 del ex Ministerio de Economía, Obras Públicas y Servicios que reglamenta el Contrato de Transporte Aéreo, modificada por la Resolución 203/13 del 12 de abril de 2013. Por tanto, en las cuestiones relacionadas con el Transporte Aéreo que no constituyan el núcleo nodal de su objeto –llevar personas o cosas de un lugar a otro por aeronaves–, se aplica la LDC². Es decir, todas las vinculadas con la comercialización, la publicidad, igualdad tarifaria, overbooking, trato digno, etc.

Este criterio ha utilizado varios tribunales nacionales, y en los últimos años han comenzado a hacer una aplicación más extensa de la LDC al transporte aéreo conforme la regla de la supletoriedad imperante. Sin embargo, es importante destacar que parte importante de la doctrina nacional aún sostiene en algunos casos la inaplicabilidad de la ley consumeril al transporte aéreo, atento considerar que el pasajero es parte del contrato de transporte aéreo porque es quien elige las tarifas del pasaje a su gusto, escogiendo también las condiciones del billete de pasaje que compra³.

Por tanto, “la particularidad de la actividad aerocomercial sin duda justifica la aplicación de un régimen especial, pero en la actualidad el régimen específico del transporte aéreo es deficiente en torno a la protección de los usuarios, y la supletoriedad en la aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor, consagrada en su art. 63, pone a los pasajeros aéreos en una posición desventajosa en comparación con cualquier otra categoría de usuarios, dado que sus derechos no se encuentran íntegramente amparados, a pesar del constante incremento de los reclamos en los términos de la Ley N° 24.240”⁴.

² Balián, E. N., & Benegas, M. N. (2013). Prescripción aeronáutica. Necesidad de adecuar el régimen de responsabilidad aeronáutica a la Ley de Defensa del Consumidor. *DCCyE 2013 (octubre)*, 117.

³ Folchi, M. O. (2015). Derecho aeronáutico y Derecho del Consumidor. (I. Editores, Ed.) *Revista Latinoamericana de Derecho Aeronáutico*.

⁴ Hidalgo, G., & Pesqueira Nozikovsky, M. S. (2019). Derecho Aeronáutico Vs Derecho

En la actualidad a raíz de la pandemia, los Decretos de Necesidad y Urgencia dictados por el Gobierno Nacional, y las medidas para evitar la proliferación del virus COVID-19 (cierre de fronteras, cancelaciones de vuelo, cierre de lugares de alta concurrencia de personas, medidas de aislamiento obligatoria para la sociedad, etc.), pusieron en jaque la posibilidad de las empresas aerocomerciales de cumplir con sus obligaciones –trasladar personas o cosas, de un lugar a otro–.

Muchas veces, y en condiciones favorables sin pandemia, existen cláusulas contractuales que implican un desequilibrio relevante para la parte más débil del contrato (el pasajero) que pueden calificarse de abusivas. La tutela de los intereses de los consumidores y usuarios, como es sabido, es un principio constitucionalmente reconocido y que ha sido desarrollado mediante la aprobación de una normativa específica que, junto a las disposiciones aplicables al contrato de transporte aéreo con los pasajeros, es indispensable observar a efectos de que el contrato sea lícito.

En general, las cláusulas, en este tipo de contratos, vienen determinadas por la compañía aérea que se obliga a realizar el transporte de la persona que lo solicita en un momento determinado y a un lugar preciso, junto con el equipaje que lleve, obligándose el viajero a pagar el precio que corresponda de acuerdo con las tarifas previamente establecidas. Es importante destacar que, no tienen la consideración de parte en este contrato las agencias de viajes cuando actúen como mediadoras.

Hoy cada vez más la contratación con las empresas aerocomerciales y la compra de pasajes se realiza por vía electrónica o telemática, a través de páginas web. En estos casos, ya sea con carácter previo o posterior, debería hacerse, una remisión a las condiciones generales que debe ser objeto de información previa, de manera veraz, eficaz y completa, para que quiere realizar un viaje, tenga una información sobre las cláusulas del contrato.

Pese a la emergencia sanitaria de nivel mundial que nos encontramos viendo, muchas empresas aerocomerciales continuaron vendiendo boletos de pasaje, y a muy bajo costo, siendo ello algo peligroso y preocupante, porque se obligan a trasladar personas o cosas de un lugar a otro, sin saber si van a poder

del Consumidor. Cuestión de Competencia. Jurisprudencia resonante de la Provincia de Córdoba, Argentina. *XLIII Jornadas Latino Americanas de Derecho Aeronáutico y Espacial y el XII Congreso Internacional de Derecho Aeronáutico*. Palma de Mallorca, España: Difusión Jurídica. ISBN 978-84-17677-04-6.

cumplir con esa obligación diferida en el tiempo. En el afán de ganar dinero, ya sea para el mantenimiento de las aeronaves, los gastos de hangaraje, los sueldos de los empleados (administrativos, personal aeronavegante, personal terrestre), o por avaricia, se obligan a una prestación hoy por hoy de imposible cumplimiento o de cumplimiento tardío.

En estos casos, creemos que el pasajero tiene cierta responsabilidad que le es imputable, ya que aprovecha la oferta, paga un precio bajo –por no decir irrisorio– y se arriesga a poder recibir –o no– la contraprestación a futuro.

Sin perjuicio de ello, el verdadero problema al que nos enfrentamos en la actualidad, radica en aquellos pasajeros que compraron sus billetes con anterioridad a la pandemia, y que el contrato de transporte debía ejecutarse luego o durante el periodo de vigencia de las leyes de emergencia sanitarias dictadas, no sólo por nuestro país, sino que también por varios otros Estados.

IV. Teoría de la imprevisión en contratos aéreos en tiempos de pandemia

El escenario actual de pandemia generó que los gobiernos se vean obligados a tomar medidas drásticas para tratar de combatir la emergencia sanitaria. El gobierno argentino no fue ajeno a ello y sancionó Decretos de Necesidad y de Urgencia previstos por nuestra Constitución Nacional como de excepción, y dota de atribuciones legislativas del Poder Ejecutivo. Con el Decreto Nro. 274/2020 de fecha 16 de marzo pasado ordenó el cierre de las fronteras de la Argentina, tanto por tierra por agua como así también por aire. Como es de público conocimiento, se trata de una situación generalizada, íntimamente relacionada con la globalización y también con la materia contractual, ya que dichas medidas adoptadas por los gobiernos ocasionaron variaciones en los contratos de transporte aéreo que se encontraban en proceso de ejecución o que eran de cumplimiento diferido.

La mayoría de la doctrina nacional entendió que la pandemia, era un supuesto de aplicabilidad de la Teoría de la Imprevisión. Sin embargo, otro sector doctrinario más bien lo ven como una oportunidad para mantener vivo el contrato y que las partes vuelvan a renegociar las condiciones del mismo.

En primer lugar, la Teoría de la Imprevisión, es un remedio jurídico reconocido por nuestro Código Civil y Comercial de la Nación en el art. 1091, el

cual establece la posibilidad que frente a un contrato en el cual las contraprestaciones se desequilibraron por circunstancias externas no imputables a las partes, tornándose una de ellas excesivamente onerosa, la parte afectada, pueda solicitar que se deje sin efecto de forma total o parcial el contrato, o adecuarlo. Para que proceda, entonces, es necesario que se den una serie de requisitos⁵:

a) La existencia de un contrato de ejecución diferida o permanente. Aplicable también a contratos conmutativos de ejecución diferida o permanente y contratos aleatorios, si la prestación se torna excesivamente onerosa por causas ajenas.

b) Una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, es decir que aparezca con posterioridad al momento de su celebración. O sea, en la etapa de ejecución contractual. Esta es una de las grandes diferencias con la figura de la lesión subjetiva. Se desencadena en la etapa de ejecución negocial, desquiciando el equilibrio genético que tenía el contrato.

c) La alteración debe ser consecuencia de un hecho extraordinario, sobreviniente a la celebración de contrato, ajeno a las partes y diferente del riesgo asumido por la parte afectada.

d) Que la prestación del contrato se vuelva excesivamente onerosa para una de las partes. Esto último se trata de una cuestión que deberá ser valorada prudencialmente, por el juez, atendiendo a las circunstancias del caso. A tal fin, habrá que poner en relación los valores originarios de ventaja y sacrificio, no en función de un grado de onerosidad ideal, sino del que realmente tenía el negocio en términos de razonabilidad.

e) Legitimados Activos: la parte contractual afectada, el tercero beneficiario u obligado en una estipulación a favor de terceros, en los términos del art. 1027 del Cód. Civil y Comercial o cargo de un tercero.

De esta manera, la parte afectada podrá solicitar la resolución total o parcial del contrato o su adecuación, es decir que el contrato vuelva a tener un equilibrio y equivalencia entre el cotejo de derechos y obligaciones de ambas partes, ya sea en forma extrajudicial o judicial⁶.

⁵ Pizarro, Ramón D. (2015). *La Teoría de la Imprevisión en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*. Publicado en Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos. Cita online AR/DOC/388/2015.

⁶ Barocelli, S. S. (s.f.). (D. Diario, Ed.) Fecha de consulta: el 24/04/2020, de <https://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2015/07/Doctrina1452.pdf>

No obstante, existe otro sector de la doctrina, como lo manifestó la Dra. Lidia Garrido en las transmisiones en vivo programadas por la Asociación Iberoamericana de Derecho Privado, en marco de programa “Derecho Privado ante la pandemia”⁷, que han analizado el escenario actual –ya no desde la aplicación de la Teoría de la Imprevisión– que sería conveniente la aplicación de otras instituciones también contenidas en nuestro Código Civil y Comercial.

Por ejemplo, entienden que, en estos casos de imposibilidad de cumplimiento de ciertas prestaciones por caso fortuito o fuerza mayor, podría aplicarse la suspensión temporaria de los contratos en ejecución o de cumplimiento diferido. La diferencia con la imprevisión es que acá las partes si van a “poder cumplir”, no hay una excesiva onerosidad, sino que es imposible que se cumpla con una determinada prestación porque existe un decreto de cierre de fronteras y de aislamiento obligatorio que prohíbe la circulación dentro del país y al exterior. Creen que se trata de una actividad suspendida y que podría ser posible la aplicación del art. 1090 del CCyC, la frustración del fin del contrato.

Es la manera más amorosa de mantener la relación contractual, ya que probablemente las partes sigan conservando el animus de contratar porque no hubo mala fe, ni ocultamiento, ni falta de información, simplemente se trata de una situación que excede a ambas partes, y si extingue el contrato por ello, se estaría dañando la economía. Para esta jurista argentina, con lo anteriormente expuesto, se estaría evitando daños contractuales individuales y colectivos. Destaca, además, que el “volver a dar vida” al contrato puede hacer que el precio de la prestación cambie, y ello trae aparejado otro problema.

Por lo expuesto, la pandemia no solo influye a la hora de determinar qué instituto aplicar para la extinción o conservación del contrato, sino también lo relacionado el valor de la prestación. En estas situaciones, tanto en sede judicial como extrajudicial, deberá primar el in dubio pro consumidor y el principio de conservación del contrato.

En suma, habría que ver al contrato como un tinte social, a los fines de cumplir y respetar con el principio de fraternidad contractual y bienestar social, y, por lo tanto, ante esta situación grave a nivel mundial, sería más conveniente la

⁷ Garrido, L. (24/04/2020). Los contratos frente a la imprevisión en el derecho argentino: ¿hay otros remedios? *Transmisiones en vivo en marco del programa “Derecho Privado ante la pandemia”*. Asociación Iberoamericana de Derecho Privado. Buenos Aires, Argentina.

renegociación de las cuestiones generales de los contratos de transporte aéreo, en vez de extinguirlo.

No caben dudas que, el hecho generador de estas acciones tomadas por el gobierno constituyen un caso fortuito⁸ o de fuerza mayor (1730 CCCN); son imprevisibles; extraordinarios; inevitables e irresistibles; y ajenos a las partes del contrato. Como tal exime de responsabilidad al obligado. Y si bien la regla general de nuestro ordenamiento jurídico es el *pacta sunt servanda* o efecto vinculante (Art.959 CCCN), ante el incumplimiento de alguna de las partes el mismo ordenamiento nos brinda remedios.

Entre las opciones, puede pasar que la obligación emergente del contrato se postergue o se difiera su cumplimiento, y por ende el interés del acreedor de recibir la prestación acordada (modifica el elemento tiempo). En este caso como no hay imputabilidad y en atención al principio general de la buena fe, priman las facultades conservativas del contrato.

Otra opción que se puede configurar es que resulte ser un impedimento definitivo para el cumplimiento de la obligación, es decir se frustra el objeto y aniquila el interés del acreedor. Son los casos puntuales donde el plazo es esencial.

Ahora bien, el art.1732 CCCN cuando habla de imposibilidad de cumplimiento dice que esa imposibilidad “debe apreciarse teniendo en cuenta las exigencias de buena fe y la prohibición del ejercicio abusivo de los derechos”. Claramente no cabría indemnización y si restitución por vía del instituto del enriquecimiento sin causa, sobre todo teniendo en cuenta que el incumplimiento no es imputable al obligado.

Como otra alternativa posible es que resulte una alteración de la ecuación económica financiera, volviéndose la prestación excesivamente onerosa para una de las partes, por un cambio de las circunstancias existentes al momento de la contratación. En nuestro país le sumamos un plus al efecto post pandemia, tal es el efecto dólar debido a la particular situación económica en la que ya estábamos inmersos. Alteración que debe ser significativa, excesiva y que, nueva-

⁸ Mateu, Isabel, “La Crisis del Covid y los contratos”, <https://www.lawandtrends.com/noticias/civil/la-crisis-del-COVID-19-y-los-contratos-1.html>) y Chang Hernández, Guillermo, “Frustración del cumplimiento contractual por emergencia sanitaria y responsabilidad de las partes. A propósito del DS 044-2020-PCM”, <https://lpderecho.pe/frustracion-cumplimiento-contractual-emergencia-sanitaria-responsabilidad-partes-ds-044-2020-pcm>

mente por imperativo de la buena fe se debe aplicar un criterio de razonabilidad, no en función de lograr un equilibrio ideal sino del grado de desbalance.

Es así que es posible cumplir con los requisitos del art. 1091 CCCN para la aplicación de la Teoría de la imprevisión, presentándose una alteración al momento de la ejecución del contrato, rompiendo el equilibrio genético del mismo como producto de un acontecimiento extraordinario, sobreviniente a la celebración; ajeno a las partes; cuyo riesgo no es asumido o previsto y con un impacto significativo en la ecuación económica financiera original.

V. Procedimientos de las compañías aéreas – flexibilización de las condiciones generales

Ante el escenario mundial de cierres de fronteras, las compañías aéreas fueron adecuando sus condiciones generales de acuerdo a las situaciones que se presentaban. Dichas condiciones no permanecieron inmóviles, y hasta que no se dio el cierre definitivo de fronteras en la mayoría de los países, las políticas de contratación se iban adecuando a cada país de origen/destino. Ya con los cierres definitivos a todo tipo de vuelos, las compañías aéreas comenzaron a anunciar la cancelación de sus operatorias, algunos hasta abril, otras mayo y junio inclusive.

Con la sanción de la Resolución de ANAC 144/2020 del día 25 de abril del año en curso, dichas cancelaciones anunciadas por las compañías aéreas a inicios de esta situación debieron extenderse hasta el mes de septiembre.

Esto trae como consecuencia, la imposibilidad de prestación de servicios a un sinnúmero de pasajeros que contaban ya con sus pasajes adquiridos y alcanzó a la paralización total de los vuelos ante la situación mundial que se vive.

La reanudación del tráfico aéreo internacional dependerá de las medidas que adopte cada Estado con respecto a la apertura de sus fronteras y protocolos requeridos para que dicha reanudación de vuelos sea posible. En el caso de Argentina mediante la nueva resolución de ANAC citada anteriormente, se establece que las Líneas Aéreas que operan servicios de transporte aéreo de pasajeros desde, hacia o dentro del territorio nacional podrán reprogramar sus operaciones regulares o solicitar autorizaciones para operaciones no regulares a partir del 1° de septiembre de 2020.

En su art. 2 autoriza a las Líneas Aéreas que operan servicios de transporte aéreo de pasajeros desde, hacia o dentro del territorio nacional a comercializar pasajes aéreos con fecha de inicio de operaciones a partir del 1° de septiembre de 2020. Aclara que la reprogramación de operaciones y las autorizaciones referidas en el art. 1 estarán supeditadas al efectivo levantamiento de las restricciones impuestas al transporte aerocomercial y a las modalidades de operación que oportunamente se pudieren establecer en función de la salida ordenada de la emergencia generada por el nuevo Coronavirus COVID-19⁹.

No obstante, los pasajeros cuentan con políticas de cambio para todos los vuelos afectados por cancelaciones que debieron efectuarse por los cierres de fronteras ante este estado de emergencia, que afecta a diversas regiones del mundo. En su mayoría las compañías han establecido sus políticas por períodos de fechas. Encontramos que algunas tienen una política para vuelos cancelados hasta el 31 de mayo del 2020. Y otras, como ya lo dijimos, hasta junio 2020 inclusive. Todo este escenario es muy incierto –tanto para el pasajero como para las compañías aéreas– y hace que semana tras semana haya pequeñas modificaciones en la flexibilización de los cambios de pasajes. Por tanto, consideramos que seguirán surgiendo modificaciones a medida que los gobiernos anuncien sus políticas sanitarias tras el avance de la COVID-19, lo que generará reiterados cambios de procedimientos de acuerdo a las circunstancias cambiantes de cada Estado donde operan.

Cabe resaltar que en todos los casos la gestión de cambios debe ser a través del mismo canal por el que fueron adquiridos los boletos, es decir que si la compra se realizó en canal directo de la compañía se gestiona a través de las sucursales, líneas de atención al cliente (call center) o en caso que se usó un intermediario como agencias de viajes, portales de agencias on line, los cambios deben ser realizados por igual medio, lo que acarrea otra dificultad en la atención de los llamados por parte sobre todo de los call center de las agencias on line, dada los altos volúmenes de ventas que representa dicha modalidad.

Analizando las políticas de compañías que operan en el territorio argentino anteriores al dictado de la nueva Resolución de ANAC, encontramos en líneas generales las siguientes opciones de readecuación del contrato de transporte: en

⁹ Resolución de Anac. (25/04/2020). Autorización Transporte de Pasajeros. Buenos Aires. Fecha de consulta: 26/04/2020, en <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/228284/2000427>

lo que respecta al cambio de fecha es permitido sin penalidad, ni diferencia de tarifa siempre que se reserve en la misma clase del boleto original, caso contrario, se deberá abonar la diferencia de tarifa correspondiente. En lo atinente al cambio de ruta, esta opción es permitida sin cobro de penalidad por cambio, pero con diferencia de tarifa que hubiese de acuerdo al destino y tarifa correspondiente.

Para las *nuevas fechas de vuelo* se estableció en un primer momento que el viaje debía completarse antes del 31/12/20 y luego antes los cambios introducidos por la Resolución de ANAC para la reanudación de vuelos internacionales es que las compañías han flexibilizado aún más dicha fecha y el nuevo viaje debe completarse antes del 31/12/21.

Cabe aclarar que esta disposición beneficia a todos los pasajeros que han comprado sus tickets en el año 2019, dado que la política general de validez de un ticket ante su no utilización es de un (1) año contado a partir de la fecha de compra, lo que disminuye en todos los casos su período de utilización de acuerdo a la fecha de viaje programada que uno tiene al momento de viajar y que hoy se trata de una flexibilización de las compañías. Si bien las nuevas fechas pueden ser durante el 2021 debe observarse que en su mayoría las compañías aéreas han establecido como plazo máximo para remitir los tickets hasta el 31/08/20 o antes de cumplirse 1 año contado desde la fecha de emisión del boleto original.

En el caso de las compañías europeas también están otorgando un descuento que se podrá aplicar en aquellas remisiones que tengan diferencia de tarifa. Dichos descuentos van de 25 a 100 euros de acuerdo a que la ruta sea de media o larga distancia y se deducen de la cantidad calculada, en el caso de cargo adicional.

Otra modalidad adoptada en el caso de aquellos pasajeros que aún no tengan una fecha decidida es el voucher. Dicho voucher tiene las siguientes características: validez de 2 años a partir de su fecha de emisión; los boletos que aún no hayan sido utilizados y opten por el Voucher (desde el 09APR20), también gozaban de un incentivo, un 20% de valor adicional. Por ejemplo, si el boleto original tiene un importe total de 100 USD, el cupón se emitirá con un importe total de 120 USD.

Condiciones: – Puede utilizarse para viajes o servicios en vuelos operados únicamente por la compañía; – Puede utilizarse por completo o parcialmente.

En este último caso el valor remanente puede utilizarse en compras futuras, independientemente de su validez; – Puede utilizarse por terceros, con la autorización del titular; – Una vez emitido, el bono no es reembolsable. Cabe resaltar que el voucher es emitido en USD convertido al cambio de la fecha de emisión original del ticket.

Cabe destacarse que la política de reembolso no se ha flexibilizado y sigue vigente la cláusula que tenía la tarifa abonada. Por lo que los tickets cuya restricción es no reembolsable, sólo podrán optar por los cambios de fecha o re-marcación, mientras aquellas tarifas que sí lo permiten se aplican los cargos de reembolso correspondiente exceptuando únicamente el ítem de NO SHOW en los casos que acontecieron hasta el 17 de abril. Luego de esa fecha ya el reembolso debe ser efectuado de acuerdo a los procedimientos de la regulación vigente de la tarifa adquirida.

En el caso de los vuelos nacionales, la política adoptada¹⁰ sigue los lineamientos anteriormente descritos.

1– Pasajeros con o sin vuelos cancelados que deseen realizar un cambio, con fecha original de viaje desde el 15 de marzo hasta el 03 de mayo de 2020:

- Cambios:

- a. Sin cobro de penalidad ni diferencia de tarifa/millas para viajar regresando hasta el 30 de noviembre de 2020 (*).

- b. Sin cobro de penalidad, abonando diferencia de tarifa/millas si la hubiese, si deciden volar luego el 1 de diciembre de 2020 (*).

- c. Los pasajes adquiridos con millas + pesos solo podrán realizar la devolución

2 – Pasajeros que deseen realizar un cambio, con fecha original de viaje desde el 04 de mayo hasta el 30 de junio de 2020:

- Cambios: Sin penalidad, abonando diferencia de tarifa/millas si la hubiese para volar hasta el 30 de noviembre (*)

(*) siempre que realicen el cambio de fecha, antes de cumplido el año de la fecha de compra del boleto.

Los pasajes adquiridos con millas y pesos solo podrán realizar la devolución.

¹⁰ Aerolíneas Argentinas. (s.f.). Fecha de consulta: el 21/04/2020, de https://www.aerolineas.com.ar/es-ar/landingsespeciales/landings/721_informacion-importante-coronavirus

Con la resolución de ANAC las compañías que operan rutas domésticas han flexibilizado aún más sus políticas de cambios y remarcación extendiendo los períodos de las nuevas fechas de viaje para el año 2021 sin el cobro de penalidades por cambio de fecha y aplicando diferencias de tarifa según los casos que correspondieren.

En este contexto se hace aún más difícil la actividad aerocomercial desde y hacia Argentina, lo que puede traer también consecuencias laterales en las decisiones de los transportadores aéreos como es el caso de Air New Zealand que definitivamente anunció el cierre de sus rutas hacia nuestro país o el anuncio de Latam Argentina de cancelar sus rutas domésticas iniciando el procedimiento preventivo de crisis.

VI. Pronunciamiento de IATA – JURCA ante resolución de ANAC 144/20 – respuestas

La IATA, que agrupa a todas las aerolíneas del mundo, no tardó en manifestar su descontento con las medidas adoptadas por la autoridad aeronáutica nacional este último 25 de abril ppdo. Es así que el organismo expresó su queja a distintas autoridades argentinas, por la resolución que prohíbe no solo la comercialización, sino que también el inicio de los vuelos hasta el 1 de septiembre próximo, por parte de las aerolíneas que operan desde, hacia y dentro de la República Argentina.

La IATA, entienden el objetivo de ANAC es no solo proteger a los pasajeros del transporte aéreo sus intereses como consumidores, sino también la seguridad sanitaria al momento de dar reinicio a las operaciones.

“... Las aerolíneas han realizados grandes esfuerzos para permitir la repatriación de un número considerable de argentinos durante este periodo, así como la importación de medicinas, equipos médicos y otros elementos necesarios para la atención de la emergencia pública sanitaria...”¹¹.

¹¹ Chandler, S. (27/04/2020). Sir Chandler – blog de un viajero frecuente. Fecha de consulta: 03/05/2020, de <https://www.sirchandler.com.ar/2020/04/iata-envio-queja-al-gobierno-nacional-por-la-prohibicion-de-vuelos-hasta-septiembre/>

No obstante, la IATA consideró que existen múltiples razones para afirmar que estas resoluciones dictadas a nivel nacional crean inconvenientes y traen aparejadas consecuencias económicas y legales.

En primer lugar, explicaron que el hecho de limitar las operaciones aéreas hasta el 1 de septiembre próximo tiene un efecto económico grave, pues implica que las aerolíneas no generarán ningún ingreso por más de cuatro meses, poniendo en riesgo los más de 329.000 empleos sustentados por el sector en el país. Se estaría poniendo en peligro la continuidad del servicio de transporte aéreo en el país, el aporte económico de la aviación y la conectividad necesaria con el resto del mundo.

Por otra parte, la industria aeronáutica, en coordinación con la OACI y la Organización Mundial de la Salud (OMS) han realizado esfuerzos para desarrollar un plan global de reactivación de las operaciones aéreas siguiendo las mejores prácticas de salud y seguridad para los pasajeros y las tripulaciones, coordinando acciones entre Estados, industria y otras partes interesadas. Resulta importante destacar que la República Argentina participó en la Reunión de Directores convocada por la Oficina de Suramérica de la OACI, en la que manifestó su intención de alinearse a las recomendaciones globales al reconocer la importancia de la coordinación entre Estados para reactivar a la industria aérea. No obstante, la IATA manifestó, que las resoluciones dictadas, no reflejan el compromiso asumido por la República Argentina ante la reunión de Sudamérica de la OACI y los acuerdos bilaterales firmados.

Entienden que lo conveniente es continuar con la actividad acorde con los protocolos de reactivación programados, y que las restricciones de vuelo sigan los tiempos de cuarentena establecidos por el gobierno nacional debido a la emergencia sanitaria, tal y como lo están realizando los otros países de la región. Para la IATA “no existe una razón médica comprobada para determinar que la industria aeronáutica no pueda retomar sus actividades (de manera segura y bajo estrictos protocolos de salud) en la fecha en la que dichas medidas sean levantadas.” Aún no se sabe con exactitud cuál será la fecha de ello, o si habría una nueva prórroga del confinamiento. La reactivación de la actividad aeronáutica, implicaría mayor flexibilidad en la programación de vuelos a las líneas aéreas y evitar que el país quede aislado en caso de que los demás países abran sus fronteras en las próximas semanas.

En resumen, la IATA consideró sustancial que no se restrinjan las operaciones aéreas hasta el 1 de septiembre próximo, ya que creen que con ello se “pone en peligro la viabilidad de la industria aérea en Argentina y retrasaría la recuperación económica del país”¹².

Por su parte, la Cámara de Compañías Aéreas en Argentina (JURCA), organismo nacional que nuclea a las empresas aéreas que operan en territorio argentino, también demostró disconformidad con la resolución de la ANAC, y expresó que resulta imprescindible evaluar otras alternativas. Ante este desafiante contexto, se mostraron abiertos al diálogo y dispuestos a trabajar con el gobierno de manera conjunta para arribar a las soluciones necesarias, que resuelvan tanto las ineludibles demandas sanitarias, como las urgentes necesidades de la industria aérea.

La nueva resolución, si bien subsana en parte lo dispuesto por su inmediata predecesora (la Nro. 143-2020), ya que esta no definía plazo alguno para la prohibición, impone un horizonte muy lejano para el reinicio de las operaciones aeronáuticas, poniendo en riesgo la sustentabilidad de la actividad aerocomercial y, por ende, la continuidad de los más de numerosos empleos directos e indirectos asociados a ella.

El Director Ejecutivo de JURCA, Felipe Baravalle, estimó que “la abrupta caída de la demanda y el consecuente impacto en los ingresos ya ha generado un escenario crítico para los operadores, que sólo podría agudizarse si la autoridad sostiene esta decisión de cerrar las operaciones regulares durante tanto tiempo, determinación que resulta inédita en la región y en el mundo”.

Si comparamos las medidas adoptadas por el resto de los países, tanto europeos como latinoamericanos, respecto de la postura de Argentina, se concuerda con lo que expresan los representantes de ambos organismos que estamos ante medidas de extrema prohibición que ponen en peligro la actividad aeronáutica.

En países como Chile, Brasil, Estados Unidos e inclusive algunos países europeos, el tráfico aéreo interno de carácter comercial se redujo a una malla aérea llamada esencial, pero no se ha paralizado la actividad de forma total. En su mayoría para fines de mayo, o principios del mes de junio intentará reactivar la misma con todas las medidas de seguridad pertinentes.

¹² *Ibidem*.

Entendemos que resulta necesaria la coordinación entre los Estados en pos de luchar contra la pandemia, tratar de unificar criterios para reactivar de manera paulatina y controlada la actividad aerocomercial a nivel mundial, respetando las medidas de seguridad dispuestas por la OMS y fijando como rumbo, la normalización del transporte aéreo. De lo contrario, si las drásticas restricciones al tráfico aéreo y otras formas de viaje persisten a escala global, el tráfico internacional de pasajeros terminará en un pozo muy profundo de difícil salida, con numerosas empresas en quiebra y pasajeros perjudicados.

ANAC por su parte emite una respuesta antes las solicitudes de IATA y JURCA e indica que acorde a la política sanitaria instaurada por DNU, los vuelos ya se encontraban suspendidos, es decir que la programación de los vuelos regulados bajo la RAAC 21 (Reglamentaciones Aeronáuticas para Aviación Civil) habían perdido vigencia por resolución 100/2020 de ANAC donde sólo se autorizan por causas puntuales. Una vez restablecidos los servicios de transporte aéreo y previo al inicio de las operaciones comerciales, las empresas deberán solicitar la aprobación de sus vuelos regulares conforme a lo establecido por ANAC y la nueva modalidad instaurada. Sus medidas son acordes a las políticas que dicta el Poder Ejecutivo Nacional y el objetivo principal es dotar de certidumbre la venta y operatorias aéreas para que puedan ser cumplidos y de este modo proteger los derechos del consumidor.

VII. ¿Cuáles son las medidas que propone la industria de la aviación?¹³

Muchas son las incógnitas sobre el futuro post-coronavirus. Esta situación de incertidumbre sin dudas, tendrá como corolario consecuencias inmensurables, y nos hace reflexionar respecto de los cambios definitivos que se producirán en la industria del turismo y principalmente de la aviación y en todos los ámbitos de nuestra vida donde nos desarrollamos.

Las compañías aéreas están adoptando medidas especiales para contener la expansión de las enfermedades contagiosas a futuro luego del fin de la pandemia. Por ejemplo, en Canadá, a partir del 20 de abril, se comenzó a exigir a los pasajeros usar máscaras en el proceso de embarque y durante el vuelo. Emirates

¹³ <https://www.infobae.com/economia/2020/05/21/nuevos-protocolos-para-viajar-en-avion-que-medidas-proponen-las-aerolineas-para-reactivar-los-vuelos/>

realiza el testeo del virus durante el check in además de proveer a sus funcionarios de ropa descartable, guantes y protector de ojos. La compañía KLM también tomó medidas similares para su tripulación.

Los distintos organismos involucrados en la actividad aeronáutica han establecido protocolos de seguridad sanitaria y operacional que deberán las compañías aéreas y los Estados adoptar para la reanudación de las operaciones aéreas. Se trata de unificar las medidas que priorizan la obligación de seguridad. De acuerdo al Anexo 9 de OACI "Facilitación", los Estados contratantes en cooperación con los operadores de aeropuertos deberán garantizar el mantenimiento de la salud pública incluyendo cuarentenas; en concordancia el Convenio de Aviación Civil Internacional (Art. 14) establece que cada Estado contratante se compromete a adoptar medidas efectivas para impedir propagación de enfermedades contagiosas por medio de la navegación aérea.

Por su parte el transportador tiene como obligación hacer llegar al pasajero sano y salvo a destino, obligación de seguridad que se encuentra ínsita en el contrato de pasaje. La seguridad operacional incluye salubridad, y en un contexto de pandemia, se traduce en extremar recaudos para preservar la salud conforme las circunstancias lo exijan. Ésta se va a abordar con un enfoque sistémico, basado en el método de mitigación de riesgos por capas, es el Método Reason o comúnmente llamado de los agujeros del queso. Entre las medidas propuestas se detallan:

Antes del vuelo: recopilación de datos de los pasajeros antes del viaje por parte de los gobiernos, incluida información sobre su estado de salud, a través de canales bien probados, como eVisa o el sistema electrónico para la autorización de viaje.

En el aeropuerto de origen: limitar el acceso a la terminal solo a empleados del aeropuerto o aerolíneas y viajeros. La excepción serían los acompañantes de personas con discapacidad o menores; control de temperatura en los puntos de acceso a la terminal; distanciamiento físico a lo largo de todos los procesos de atención al pasajero, incluidas las filas de espera; uso de barbijos o tapabocas por pasajeros y empleados, de acuerdo a la normativa de cada lugar; opciones de autoservicio (facturación online, con tarjetas de embarque electrónicas o impresas); puntos de autoservicio de equipaje (con etiquetas impresas desde casa) y auto embarque; nuevo diseño de las puertas de embarque, prioridad de embarque para reducir la congestión y limitación del equipaje de mano; limpieza

y desinfección de superficies de alto contacto y aprovisionamiento continuo de desinfectante de manos.

Durante el vuelo: protectores faciales para todos los pasajeros y mascarillas para la tripulación; servicio de cabina simplificado y productos de catering preenvasados para reducir la interacción entre pasajeros y tripulación; medidas para evitar la confluencia de pasajeros a bordo; limpieza más profunda y mejorada de la cabina.

En el aeropuerto de destino: control de temperatura por personal cualificado a requerimiento de las autoridades; control automatizado de los controles de aduana a través de aplicaciones para el teléfono y tecnología biométrica; agilización de los reclamos de equipaje para reducir filas y mantener la distancia social; declaración jurada de salud del viajero y seguimiento eficaz de contactos, medidas a tomar por los gobiernos para reducir el riesgo de importar cadenas de transmisión del virus.

Hay países y aerolíneas que ya han implementado realizar tests de COVID-19 con métodos que proporcionan resultados fiables y rápidos, al inicio del proceso de viaje. Por otro lado, se plantea el desarrollo de los llamados “pasaportes de inmunidad”, que permiten diferenciar a los viajeros sin riesgo, cuando sean avalados por la comunidad científica y reconocidos por los gobiernos.

A lo que respecta la medida de dejar el asiento del medio libre –al que ya se ha desistido– se argumentó que provocaría mayores costos y se debería trasladar al precio de los pasajes. Además, hoy las aerolíneas aseguran que las propias características de la cabina reducen el riesgo de transmisión, ya que todas han implementado el sistema de aire acondicionado con filtros especiales de alta eficiencia HEPA (High Efficiency Particulate Air) que permite la renovación constante del aire de la cabina eliminando el 99.9% de bacterias, microbios y virus que circulen y hace del ambiente un lugar seguro.

En definitiva, el futuro es la era de la “educación para viajes”. Esto sin duda transformará la industria de transporte aéreo de pasajeros. Cambiará toda la estructura aeroportuaria y de cabina, de manera tal que haya el menor contacto humano posible entre los pasajeros respecto de otros pasajeros y el personal. Sin lugar a dudas, esto responde a una perspectiva cada vez más divulgada: la nueva *low touch economy*.

VIII. Conclusiones

Como hemos visto la teoría de la imprevisión, o doctrina de la excesiva onerosidad sobreviniente, podría ser una respuesta justa y equilibrada a esta cuestión. Conforme a ella, rige el principio de la *pacta sunt servanda*, pero en tanto y en cuanto las cosas permanezcan de igual modo (*rebus sic stantibus*). En el caso de que la prestación se torne excesivamente onerosa, como vimos, el ordenamiento jurídico posibilita la resolución (rescisión) contractual o, conforme el criterio amplio que sustentamos, su reajuste equitativo.

Dicha teoría, no es el único remedio jurídico posible. Tal ha sido expuesto en el presente, nos encontramos con un hecho sobreviniente, imprevisible y extraordinario, que nos permite aplicar alguna de las demás alternativas explicadas, y, por lo tanto, el efecto que se produce en el contrato es distinto. No se estaría impidiendo el cumplimiento de lo debido y la extinción del contrato – pues la obligación es material y jurídicamente susceptible de ejecución – ya que, por lo visto, podría degradar la ecuación económica, a veces hasta extremos insospechados. Sino que la renegociación de las cláusulas generales del contrato, sería el remedio más óptimo para aquellas partes que conservan el ánimo de negociar.

No entra en discusión que la pandemia es un hecho generador de la alteración extraordinaria e imprevisible, pues de lo contrario integraría el riesgo asumido por la parte afectada al tiempo de contratar, y reúne todos los requisitos para la aplicación de las soluciones jurídicas mencionadas.

Como pudimos observar de las opciones brindadas a los pasajeros, la reacomodación, o reprogramación es la principal, evitando la cancelación de los servicios contratados. Esta opción consideramos como la manera más adecuada para ponerle solución a los problemas que la pandemia puede llegar a ocasionar a pasajeros que vieron frustrados sus vuelos.

Esto produce que se abra una brecha para el litigio en aquellos casos donde pueda invocarse la teoría de la frustración del fin y allí entre a jugar en esta compleja situación particular la protección del consumidor en los contratos de transporte aéreo que tan controvertida es para la doctrina nacional, en atención a la calidad o no de consumidor que reviste a la figura del pasajero y la subsidiariedad de la aplicación de ley que los ampara.

Podemos advertir que el sistema de transporte aéreo mundial, tampoco está preparado –como se refieren principalmente a los sistemas de salud– para enfrentar una situación de quietud y paralización mundial de estas características. Las herramientas clásicas no van a poder auxiliar en algunos casos, por tanto, debemos pensar en un derecho de emergencia integral, con una perspectiva de “función social” como varios autores lo advierten y aggiornarlo a las nuevas realidades.

La particularidad de esta pandemia es que se trata de un perjuicio colectivo, ambas partes sufren las consecuencias de este hecho generador, imprevisible y externo a ellas. Así como muchas personas no puede concurrir a sus trabajos y generar dinero, ocurre lo mismo con las compañías aéreas, quienes tienen costos operacionales, de administración y de mantenimiento muy elevados. Al encontrarse sin poder realizar los vuelos programados, sumado a los reclamos extrajudiciales de los pasajeros para obtener devolución del precio del billete, muchas compañías de transporte aéreo se encuentran en riesgo. Sus pasivos podrían llegar a superar a sus activos, si esta situación de emergencia continúa por un tiempo más, y por desgracia caer en un proceso de concurso preventivo o quiebra. Esto resulta preocupante, no solo para la economía mundial, sino que también con relación al futuro colapso de los sistemas judiciales que deberán atender y dar respuesta a las consecuencias negativas nefastas que esto podría ocasionar.

A lo largo de la historia mundial, muchos fueron los acontecimientos que nos marcaron como sociedad, y que llevaron de la mano una serie de cambios que aún perduran y forman parte de nuestro cotidiano. Por ejemplo, mientras que los atentados del 11 de septiembre del año 2001 llevaron a la suspensión de vuelos domésticos en los Estados Unidos por tres días, el COVID-19 viene reduciendo la cantidad de vuelos por todo el mundo en menos de un mes, con la particularidad de que el enemigo hoy es un virus difícil de ser detectado.

Los gobiernos comenzaron a hacer las inversiones necesarias sanitarias incluyendo las de seguridad aeroportuarias, mientras que las compañías aéreas han adecuado sus procedimientos de embarque, a bordo y desembarque acordes a la nueva realidad. De esta forma muchas conductas cambiarán y afectarán directamente a los pasajeros quienes se tendrán que adaptar a las próximas reglas que regirán el mundo del transporte aéreo.

Bibliografía

- Balián, E. N., & Benegas, M. N. (2013). Prescripción aeronáutica. Necesidad de adecuar el régimen de responsabilidad aeronáutica a la Ley de Defensa del Consumidor. DCCyE 2013 (octubre), 117.
- Barocelli, S. S. (s.f.). (D. Diario, Ed.) Fecha de consulta: el 24/04/2020, de <https://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2015/07/Doctrina1452.pdf>
- Chandler, S. (27/04/2020). Sir Chandler – blog de un viajero frecuente. Fecha de consulta: 03/05/2020, de <https://www.sirchandler.com.ar/2020/04/iata-envio-queja-al-gobierno-nacional-por-la-prohibicion-de-vue-los-hasta-septiembre/>.
- Folchi, M. O. (2015). Derecho aeronáutico y Derecho del Consumidor. (I. Editores, Ed.) Revista Latinoamericana de Derecho Aeronáutico.
- Garrido, L. (24/04/2020). Los contratos frente a la imprevisión en el derecho argentino: ¿hay otros remedios? Transmisiones en vivo en marco del programa “Derecho Privado ante la pandemia”. Asociación Iberoamericana de Derecho Privado. Buenos Aires, Argentina.
- Hidalgo, G., & Pesqueira Nozikovsky, M. S. (2019). Derecho Aeronáutico Vs Derecho del Consumidor. Cuestión de Competencia. Jurisprudencia resonante de la Provincia de Córdoba, Argentina. XLIII Jornadas Latino Americanas de Derecho Aeronáutico y Espacial y el XII Congreso Internacional de Derecho Aeronáutico. Palma de Mallorca, España: Difusión Jurídica. ISBN 978-84-17677-04-6.
- Ligerio, B. (01/05/2020) Viagem e turismo. Como serão as viagens de avião após a pandemia de coronavírus. Fecha de consulta 03/05/2020, en <https://viagemeturismo.abril.com.br/materias/como-serao-as-viagens-de-aviao-apos-a-pandemia-de-coronavirus/>
- Páramo de Santiago, C. (04/01/2012). La protección del consumidor ante las compañías aéreas. Denegación de embarque. (CED, Ed.) Fecha de consulta: el 20/04/2020, de Revista Práctica de Derecho. <https://www.civil-mercantil.com/introduccion-contrato-transporte-aereo.html>.
- Pizarro, Ramón D. (2015). La Teoría de la Imprevisión en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Publicado en Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos. Cita online AR/DOC/388/2015.
- Resolución de Anac. (25/04/2020). Autorización Transporte de Pasajeros.

Buenos Aires. Fecha de consulta: 26/04/2020, en <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/228284/20200427>.

Otros sitios de consulta.

- American Airlines. Fecha de consulta: 20/04/2020, de <https://www.aa.com/i18n/travel-info/coronavirus-updates.jsp>. - Aerolíneas Argentinas. Fecha de consulta: el 21/04/2020, de https://www.aerolineas.com.ar/es-ar/landingsespeciales/landings/721_informacion-importante-coronavirus.
- Copa Airlines. Fecha de consulta: 20/04/2020, de <https://www.copaair.com/es/web/ar/actualizaciones-coronavirus>.
- Gol Linhas Aéreas. Fecha de consulta: 20/04/2020, de <https://www.voegol.com.br/es/informaciones/coronavirus-conozca-las-orientaciones?br=banner1=&of=coronavirus-conozca-las-orientaciones>
- Group Air France – KML. Fecha de consulta: 20/04/2020, de https://www.airfrance.fr/FR/en/common/page_flottante/inormation/coronavirus.htm?ga=2.101480641.1976079032.1588261414-1236308486.1586551512
- Latam Airlines. Fecha de consulta: 20/04/2020, de https://www.latam.com/es_ar/experiencia/coronavirus/
- Tap Portugal. Fecha de consulta: 20/04/2020, de <https://www.flytap.com/es-ar/avisos-e-informacion>.

Alcances interpretativos en el Derecho Aeronáutico en relación a la competencia federal y normas del Derecho del Consumidor

HUGO JORGE RIVAROLA

GISELLE JAVUREK

En todo caso, la búsqueda de explicaciones lleva al convencimiento de que la vida del hombre de derecho, en cualesquiera de sus actividades –juez, profesor o abogado en ejercicio– requiere para una sólida eficacia en sus resultados, el estudio permanente. Como decía Couture, “el abogado que deja de estudiar es cada día menos abogado”.

I. Introito. Motivos. Objetivos

El presente dictamen tiene como principal objetivo, ofrecer un análisis y una postura jurídica teniendo en cuenta los sólidos fundamentos doctrinarios y jurisprudenciales imperantes en el ordenamiento jurídico nacional e internacional del Derecho de la Navegación comprensivo del Derecho Aeronáutico y Marítimo.

En el caso concreto, se abordará especialmente el transporte aéreo de personas, de acuerdo a los principios especiales, entendidos éstos como las ideas básicas a partir de las cuales se forma la materia, la integralidad y armonización de las normas, el particularismo, la autonomía del Derecho de la Navegación, el diálogo de las fuentes y los caracteres, como elementos distintivos de la disciplina y que hacen a su esencia.

La trascendencia de la temática planteada en el presente, resulta de la importancia a nivel nacional e internacional de la propia “actividad”, es decir, el transporte aéreo en su máxima expresión, ya que constituye un motor imprescindible e insustituible en el desarrollo de la actividad humana y de un país en

su conjunto como política de desarrollo sustentable vinculado al turismo, al comercio y al mero traslado de personas y/o mercaderías entre otras cosas.

La labor realizada, surge debido a la preocupación por esta parte, en la interpretación de las normas jurídicas de la judicatura en el ámbito federal y de los tribunales ordinarios de la Provincia de Córdoba, en dos ejes temáticos vinculados en general, al Derecho Aeronáutico y en especial, al transporte aéreo de personas, en cuanto a la competencia federal en razón de la materia y el alcance de las normas que tutelan los derechos del consumidor en su vinculación con el derecho aeronáutico, de acuerdo a lo establecido en el actual anteproyecto de ley de defensa del consumidor.

Desde una primera aproximación, la simple lectura de los fallos testigos traídos a colación, pareciera una solución justa a los casos planteados, pero, desde un análisis integral del conjunto de normas que se aplican a los casos concretos, los mismos, a nuestro entender, no se ajustan a derecho.

Por ello, se trae bajo análisis dos sentencias de Cámara, la primera en el ámbito federal, autos “L.O.H c/ LATAM s/ daños y perjuicios”, Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba, Secretaría II, Sala A de fecha 26 de septiembre del año 2018, la segunda, los autos caratulados “DI Tella, Belén María y otro c/ LATAM Airlines group SA y/o LAN Airlines S.A. – abreviado” – Expte. 6231615 de la Excma. Cámara Séptima de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la ciudad de Córdoba, Sentencia N° 28 de fecha 22 de abril de 2019.

II. Análisis previo

Antes de ingresar al análisis de los casos en concreto y en particular, es importante destacar los lineamientos doctrinarios y jurídicos de los elementos configurativos del Derecho Aeronáutico, pilares fundamentales y fundacionales de la materia, los que se fueron gestando desde hace años conformando el Derecho de la Navegación.

Los caracteres, son los elementos constitutivos que sirven para definir y lograr una mayor precisión en cuanto a la esencia de la materia y de una disciplina. En el tema bajo análisis, resulta de trascendental importancia valorar adecuadamente como lo ha expresado la mayor, mejor y más calificada doctrina en el ámbito nacional e internacional, sobre la autonomía del Derecho de la Navega-

ción comprensivo del Derecho Marítimo y Aeronáutico, y los caracteres de internacionalidad, integralidad, reglamentarismo y politicidad.

En el entendimiento razonado de los principios especiales de la disciplina, el particularismo, la autonomía, y los caracteres, nos permiten llegar a la adecuada comprensión de esta rama jurídica y su marco regulatorio, sin que eso implique la negación de la aplicación de otras normas del derecho común y los principios jurídicos que lo conforman.

Es de destacar, que la temática del Derecho de la Navegación opera con independencia frente a otras ramas del derecho, al estar formada por principios especiales que comprenden al hecho técnico de la navegación, ya sea por agua o por aire, como así también las características especiales y particulares en los hechos, del desarrollo de la actividad que han requerido en la formación en el tiempo y en el espacio, de soluciones singulares congruentes con la fenomenología típica de la actividad.

Cuando hacemos referencia a la autonomía, quiere señalarse que el sector jurídico de que se trate, “merece ser sistematizado, regulado jurídicamente, aplicado por órganos especializados y enseñado con cierta independencia del resto del ordenamiento total”¹.

No es el Derecho de la Navegación como un todo, o una parte del mismo, el llamado Derecho Marítimo, algo distinto del resto del orden jurídico. Sólo tenemos su “relatividad”² como premisa de los análisis a emprender, se ayuda a despejar el marco interpretativo³.

Los autores franceses como Pardessus, Ripert y Danjon fueron elaborando conceptos propios, característicos de la actividad navegatoria, la marítima, a la que se llamó particularismo.

Como señala Simone, “particularismo” y “autonomía” constituyen nociones distintas aunque no excluyentes⁴.

Mientras el “particularismo” de un ordenamiento jurídico, pone de resalto sus instituciones originales, sus modalidades, que lo distinguen de otros orde-

¹ RAY JOSÉ D., “El Derecho de la Navegación y el orden jurídico”. Anticipos de “Anales”, 2º época, año XX, número 15, pág.27.

² BRUNETTI, ANTONIO, “Derecho Marítimo Privado Italiano”. (Venecia, 1928). Trad. De Gay de Montellá. (Barcelona, 1948). Tomo I, pág. 13.

³ ROMERO BASALDÚA, LUIS C. Derecho Marítimo 1. pág. 30. Editorial Marcos Ler-ner. 1996.

⁴ SIMONE, OSVALDO BLAS. “Compendio de Derecho de la Navegación”, ed. 1987, pág.86.

namientos, tanto en el tiempo como en el espacio, vale decir caracteres propios más o menos constantes,

“... la ‘autonomía’ de una rama jurídica se dirige directamente a conformar la plenitud del sistema que ese ordenamiento pretende lograr a través de una adecuada estimativa jurídica. Equivale a la forma de integrarse para llenar sus propios vacíos, sus propias lagunas y así lograr la plenitud del sistema al que está dirigido”⁵.

La vinculación entre la autonomía de una rama del derecho y la existencia de principios especiales propios, resulta ineludible para dar fundamento a su especificidad institucional. La autonomía procede del particularismo que destacan las relaciones jurídicas –en nuestro caso las relaciones de conducta relacionadas con la navegación–. Los principios generales permiten que una disciplina encuentre sus propias soluciones, o sea que se integre en la práctica institucionalmente sin tener que acudir a criterios fundantes de soluciones de otras disciplinas, que podrían afectar sus modalidades diferenciadas. Descuidar tales características puede implicar la consagración de valoraciones inadecuadas que conducen a soluciones injustas⁶.

Lo expuesto por el gran maestro Jorge Bengolea Zapata, no puede pasar desapercibido por el intérprete en el ejercicio de sus funciones, en razón de que no contemplar y o descuidar la correcta interpretación con el alcance adecuado de los lineamientos doctrinarios expuestos, podría en todo caso, llegar a soluciones inadecuadas e injustas.

Bengolea Zapata expresa:

“...La vinculación entre la autonomía de una rama del derecho y la existencia de principios generales propios resulta ineludible para dar fundamento a su especificidad institucional, y así como los ordenamientos jurídicos contienen los principios generales del derecho, las disciplinas particulares que han obtenido su autonomía tienen los propios, en el ámbito más restringido de su esfera. La

⁵ SIMONE, OSVALDO BLAS, “La Autonomía del Derecho de la Navegación y sus principios generales”, en Segunda Jornadas Nacionales de Derecho de la Navegación, Buenos Aires, nov. de 1975, pág. 22.

⁶ BENGOLEA ZAPATA, JORGE. Instituciones del Derecho de la Navegación. pág. 171. Editorial Marcos Lerner. 2014.

autonomía implica –un deslinde siempre relativo – dentro del ordenamiento jurídico, un sistema de derecho que contiene soluciones para colmar sus lagunas, sin acudir a criterios fundantes de soluciones en otras disciplinas”⁷.

Los autores italianos son los que centraron el problema jurídico de la determinación de la

“autonomía del Derecho de la Navegación en torno a la existencia de principios propios del mismo que conducen a soluciones distintas a las resultantes en la simple aplicación del Derecho Común, destacándose el problema práctico resultante del asunto, en la interpretación de la ley”⁸.

La llamada Escuela Napolitana del Derecho de la Navegación, encabezada por Antonio Scialoja, en argumentaciones que posteriormente desarrolló y amplió Spasiano, llegó más allá en su pensamiento científico y con una visión unitaria y jurídica del hecho navegatorio, sostuvo que las peculiaridades que se quieren ver en el Derecho Aeronáutico, son las mismas del Marítimo, porque constituyen aspectos del hecho técnico de la navegación, motivo por el cual reclama autonomía para el Derecho de la Navegación, integrado también por las normas jurídicas relativas a la aeronavegación⁹.

La debida comprensión e interpretación de los elementos que configuran y conforman el Derecho de la Navegación, del Derecho Aeronáutico, nos llevan indefectiblemente, al conocimiento de los principios jurídicos especiales que, en su originalidad, tienen que ser interpretados por el operador en el marco armonioso con otras normas del sistema legal en su totalidad.

Ya sea que nos coloquemos en la posición de la Escuela Napolitana que considera al Derecho de la Navegación como disciplina que incluye al derecho ma-

⁷ BENGOLEA ZAPATA, JORGE, “Autonomía y Principios Generales del Derecho de la Navegación” en Segundas Jornadas Nacionales de Derecho de la Navegación. Bs As, nov. 1975, pág. 1.

⁸ ROMERO BASALDÚA, LUIS C Derecho Marítimo 1. pág. 32. Editorial Marcos Lerner. 1996.

⁹ ROMERO BASALDÚA, LUIS C Derecho Marítimo 1. pág. 35. Editorial Marcos Lerner. 1996.

rítimo y aeronáutico, o en la escuela autonomista que le otorga autonomía científica al Derecho Aeronáutico, llegaremos a igual conclusión dada la particularidad que presenta per se la actividad aeronáutica y que conforma una construcción jurídica que se auto integra con sus propias normas y las demás del sistema jurídico.

Los elementos mencionados que conforman el Derecho de la Navegación, que comprende tanto a la actividad navegatoria realizada en el aire como en el agua, llevan a la autonomía de esta rama del derecho, comprensiva de la novedad orgánica, principios especiales que lo gobiernan y distinguen, y tendencia a la completividad, es decir, que presenta en su contenido tanto normas de derecho público como privado.

Lo expuesto se podría resumir, a que toda cuestión que involucre temas vinculados a la navegación aérea y a la aeronáutica civil en su más amplia significación, la solución al caso debe buscarse dentro del sistema, ya que es orgánico, se basta a sí mismo, posee homogeneidad y unidad. Por eso se ha dicho que el Derecho de la Navegación es “especial” y “autónomo”. Lo expresado, no significa que no se considere el resto del ordenamiento jurídico (derecho común y especial, códigos, leyes, etc.) en cuanto a su aplicabilidad en forma “concurrente” en todas aquellas cuestiones que no han sido adecuadamente o suficientemente protegidas (como bien jurídico) en función de las nuevas tendencias imperantes, como, por ejemplo, las normas de protección al consumidor.

El presente correlato, surge de los arts. 1 y 2 del C.A., sobre la regulación de la Aeronáutica Civil y la completividad reconocida a la disciplina, respectivamente. Al respecto el Código Aeronáutico de la República Argentina Ley N° 17.285 expresa: título I – Generalidades Art. 1° – Este Código rige la aeronáutica civil en el territorio de la República Argentina, sus aguas jurisdiccionales y el espacio aéreo que los cubre. A los efectos de este Código, aeronáutica civil es el conjunto de actividades vinculadas con el empleo de aeronaves privadas y públicas, excluidas las militares. Art. 2° – Si una cuestión no estuviese prevista en este Código, se resolverá por los principios generales del derecho aeronáutico y por los usos y costumbres de la actividad aérea; y si aún la solución fuese dudosa, por las leyes análogas o por los principios generales del derecho común, teniendo en consideración las circunstancias del caso.

Es de destacar que alguno de los proyectos de modificación al Código Aeronáutico Ley N° 17285 como, por ejemplo, el de la Dra. Griselda Capaldo y del

Dr. Mario Folchi, siguen los lineamientos establecidos en la legislación actual como se explicará posteriormente.

III. El origen constitucional de la competencia federal y su carácter limitado y excepcional

Se destaca el origen constitucional de la competencia federal, lo cual significa, que al organizarla el Congreso no ha ejercido una facultad, sino que ha cumplido una obligación, de modo que no podría suprimirla por una ley ni alterar su competencia sin violar el principio constitucional.

Esto se relaciona íntimamente con el sistema político federal de la República Argentina establecido en nuestra Carta Magna, por el cual las provincias son entes políticos preexistentes que constituyeron el gobierno central y al cual le delegaron materias.

La C.N. dispuso una cláusula general de distribución de competencias entre la Nación y la Provincias en el art. 121 que dice: “Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno Federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación”.

Desde el ámbito judicial, se ha consagrado expresamente las atribuciones de la Justicia Federal en los arts. 116 y 117 y que el Congreso de la Nación puede reglamentar.

Se ha establecido que la competencia federal es limitada y de excepción, es decir requiere mención expresa y de interpretación restrictiva.

Los artículos de la Constitución Nacional donde se determina la competencia federal, tanto originaria y exclusiva de la C.S.J.N., como la apelada (arts. 116 y 117 C.N.), han sido reglamentados en el año 1863 por la Ley N° 48 de Jurisdicción y Competencia de los Tribunales Nacionales y que en forma desordenada (cierta casuística) ha pretendido incluir todo hecho o contrato concerniente a la navegación marítima.

En su art. 2, la Ley N° 48 reglamenta la competencia apelada, en virtud de la cual, “los jueces nacionales de sección conocerán en primera instancia de las causas siguientes”:

De manera general, el inc. 1 reza “las que sean especialmente regidas por la Constitución Nacional, las leyes que hayan sancionado y sancionare el Congreso y los tratados públicos con naciones extranjeras”.

Es clásica la clasificación doctrinal de las leyes en: 1) locales, 2) comunes y 3) federales. En ese sentido no cabe duda, que este inciso descarta la apertura del fuero federal en causas de derecho común (art. 75 inc. 12 C.N.), y de derecho local, por no ser especialmente regidas por la Constitución Nacional. En cambio, se refiere claramente, a leyes federales en sentido amplio (Constitución, ley, etc.). Este punto es en el cual, la doctrina calificada abraza en los temas del Derecho de la Navegación y su vinculación con la competencia federal. Ninguna provincia podría dictar normas vinculadas a la aeronáutica, ni a la navegación por agua, salvo algunos temas de mero orden administrativo en general ni en particular, por no estar dentro de su ámbito legisferante.

En los incisos 7, 8 y 9, el Congreso Nacional, de manera casuística, reglamenta causas relacionadas con la actividad marítima, que, por su mayor o menor gravedad, generan o podrían generar el entorpecimiento de la actividad.

A nuestro modo de ver, estos incisos son meramente ejemplificativos, y los que, por un prurito formal, quieran aferrarse al carácter excepcional de la competencia federal, se verán en el escollo insalvable de cómo trasladar dichos ejemplos al ámbito aeronáutico. Por lo demás, semejante interpretación desnaturalizaría el inciso primero, que es el verdadero faro para el intérprete teniendo en cuenta el carácter de Internacional de la disciplina.

La Ley federal N° 13.998/50, regulatoria de la Organización de la Justicia Nacional y adecuando las competencias a la Constitución de 1949, confirma lo establecido en la Ley N° 48. En efecto: el art. 55 inc. b, en forma categórica, determina la competencia federal para los “hechos, actos y contratos concernientes a los medios de transporte terrestre (...) y a los regidos por el derecho de la navegación y por el derecho aeronáutico”, estableciendo la competencia federal en hechos, actos y contratos regidos por el derecho marítimo y aeronáutico (art. 42 inc. b, y art. 52. inc. b). De una sana hermenéutica debemos colegir que esta ley tiene preeminencia frente a la Ley N° 48, ya que es posterior.

Si bien esta ley constituye una fuente formal de derecho federal, para que lo dispuesto en la disposición transcripta pueda subsumirse en el art. 116 C.N., es necesario tener en cuenta una de las atribuciones que la Carta Magna concede al Congreso Nacional, esto es, la denominada “cláusula comercial” (art. 75 inc. 13 C.N.); la cual implica la atribución de regular el comercio inter-jurisdiccional, ya sea internacional o interprovincial.

Nótese, que, a diferencia de la actividad marítima, la actividad aeronáutica no está contemplada de manera expresa por el art. 116 C.N., sin embargo, en ambos casos, es necesario que estemos frente a una actividad incluida en una atribución delegada por las provincias a la Nación y de ahí se desprende en el sentido anteriormente expuesto sobre la navegación aérea y marítima constitutiva del Derecho de la Navegación.

Al respecto Lino Enrique Palacio expresa:

“El art. 55 inc. b de la ley N° 13.998 atribuye a los jueces federales con asiento en las provincias competencia para conocer de los hechos, actos y contratos regidos por el derecho aeronáutico” agregando que es requisito de esa competencia, “que se trate de aeronavegación internacional o interprovincial, es decir, que se realiza respectivamente, entre un aeródromo de la república y otro extranjero...”¹⁰.

Por otro costado, en el Derecho Aeronáutico el actual art. 198 establece: “Corresponde a la Corte Suprema de Justicia y a los tribunales inferiores de la Nación el conocimiento y decisión en las causas que versen sobre navegación aérea o comercio aéreo en general y de los delitos que puedan afectarlos”. Dicha norma establece en forma clara la jurisdicción federal *rationae materiae*.

Sobre la presente norma, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado:

“en cuanto a la competencia federal por la materia provocada por cuestiones atinentes a la aeronavegación, debe ser dilucidada con carácter restrictivo y excepcional (Conf. C.S.J.N., 326:4598; 328:4090)”, “En este sentido, el Máximo Tribunal Nacional sostiene que la controversia debe afectar directamente la navegación o el comercio aéreos (conf. Fallos: 310:2311; 312:1918), o bien que es preciso que se hayan visto afectados intereses federales o la prestación del servicio (Fallos: 319:249 y 778; 322:658 y 323:2213)”.

¹⁰ PALACIO, LINO ENRIQUE. Manual de Derecho Procesal Civil. Buenos Aires. Lexis-Nexis – Abeledo – Perrot.

En los dos fallos bajo análisis, en relación al primero sobre los “daños sufridos por un pasajero en las operaciones de embarque y desembarque”, como el “incumplimiento del contrato de pasaje aéreo” en el segundo, resulta claro que comprende situaciones no sólo bajo la norma del art. 198 del Código Aeronáutico sino que también con los lineamientos expuestos por la C.S.J., es de advertir que ambos supuestos están descriptos normativamente por las normas específicas del Derecho Aeronáutico, arts. 113, 139, 150, art. 12 de Resolución 1532/98 de la Secretaría de Transporte de la Nación, el Convenio de Varsovia de 1929 y Montreal del año 1999 ratificado por la R.A. por Ley N° 26.451 del 22.02.09.

Es de señalar, que los fallos analizados niegan la situación fáctica que sea comprensiva y alcanzada por las normas del Derecho Aeronáutico, lo cual constituye un grueso error conceptual y hermenéutico.

IV. Primer Fallo

El Sr. Juez Eduardo Ávalos y la Sra. Juez Graciela S. Montesi de la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba, Secretaría Civil II, Sala A, de manera coincidente con el dictamen del Fiscal General, votaron desestimando la pretensión de apertura del fuero federal por falta de encuadramiento de la causa en el art. 116 de la Constitución Nacional.

Si bien se afirma que, según las circunstancias fácticas, “no se ha visto conculcados intereses federales alguno”, en rigor, existen dos lineamientos argumentales diferentes, el primero implícito, y el segundo expreso.

Siguiendo el orden expositivo del preopinante, en primer lugar, sostiene, que el interés federal invocado no tiene la suficiente entidad y, en segundo lugar, que ni siquiera hay interés federal, ya que el hecho dañoso aconteció fuera de la zona de desembarque, ergo, se trata de un caso de derecho común.

En rigor, el orden sería el siguiente: no existe interés federal por tratarse de una causa de derecho común, pero si fuera federal, el interés federal invocado no tiene envergadura, ergo, se lo considera inexistente.

No resulta lo mismo en el plano argumental, que, a los ojos del intérprete, el interés federal sea débil, que lisa y llanamente no exista. Si fuera lo mismo, nos preguntamos el para qué de la doctrina que, de manera sistemática, afirma que el interés federal invocado debe ser de entidad.

Lo expresado se corrobora cuando se dice “no advierto que el hecho denunciado, guarde vinculación con la seguridad, el comercio, los intereses de la aeronavegación o con las normas federales de derecho aeronáutico”.

En relación a este primer argumento, sostenemos que, si cada reclamante, a falta de reglas legislativas o judiciales (fallos plenarios) tendría que “adivinar” cuando un interés federal presenta la suficiente entidad como para justificar la apertura del fuero federal, la seguridad jurídica y el derecho de peticionar ante las autoridades podrían verse afectados, máxime cuando la competencia federal en razón de la materia es improrrogable a los tribunales provinciales.

Una situación admisible sería que el Congreso Nacional restrinja la competencia federal en orden a la falta de envergadura del interés federal invocado, siempre con la anuencia expresa o tácita del último guardián e intérprete de la Constitución Nacional, la CSJN., pero otra muy distinta, que ello dependa del mero arbitrio judicial.

Para nosotros, si el hecho dañoso aconteció durante la vigencia del contrato aeronáutico y se trata de una actividad interjurisdiccional, el interés federal debe considerarse siempre de entidad, o lo que es lo mismo, es el predominante.

Respecto al segundo argumento, si se trata de un caso de derecho común, la regla es que corresponde la competencia provincial por imperio del art.75 inc. 12 C.N.

Si, como piensan los vocales del voto mayoritario, el daño se produjo fuera de la zona de desembarque, seríamos contestes en coincidir en que, por ser un caso de derecho común, no corresponde la justicia federal.

Pero justamente, para nosotros y según lo probado en el expediente, el daño se produjo en la zona de desembarque, y considerando que se trataba de un vuelo internacional proveniente de los Estados Unidos de América, y que tenía por destino final la Ciudad de Córdoba de donde es oriundo el pasajero, corresponde tener en cuenta a la hora de fallar, la normativa internacional que rige la materia. Por tal motivo, el Juez Federal debió aplicar el Convenio de Montreal de 1999, ratificado por nuestro país, y el cual contempla la situación en su Capítulo Tercero, titulado Responsabilidad del Transportista y Medida de la Indemnización por Daño, Art. 17 Muerte y lesión de los pasajeros.

El presente caso, nos hace pensar en la necesidad de contar con un foro especializado, con jueces expertos en la materia.

El desconocimiento de la temática que conforma al Derecho Marítimo y Aeronáutico con sus caracteres y particularismo expuesto más arriba, al expresarse que “no afecta dicho caso un interés federal”, resultando todo lo contrario, en razón de que dichos casos versan en forma directa y principal sobre el contenido del Derecho Aeronáutico, predomina la causa federal, su entidad y el interés federal. Las normas del Derecho Aeronáutico tratan, comprenden y regulan en forma clara y precisa las cuestiones fácticas de los casos concretos bajo análisis. El desconocimiento específico de la regulación legal, que no constituyen ningún vacío legal y/o laguna normativa, significa por parte de la judicatura ir más allá de lo establecido por el Derecho.

El art. 17 del Convenio de Montreal expresa:

“El transportador es responsable del daño causado en caso de muerte o lesión corporal de un pasajero por la sola razón de que el accidente que causó el daño se haya producido a bordo de la aeronave o durante cualquiera de las operaciones de embarque o desembarque”.

Asimismo, el art. 139 del Código Aeronáutico dice:

“El transportador es responsable de los daños y perjuicios causados por muerte o lesión corporal sufrida por un pasajero, cuando el accidente que ocasionó el daño se haya producido a bordo de la aeronave o durante las operaciones de embarco o desembarco”.

Al respecto y después de lo estipulado en el ámbito doméstico como en el internacional, la doctrina ha definido sobre qué comprende un “accidente” desde el punto de vista del Derecho Aeronáutico y las operaciones de “embarque y desembarque”.

Sobre el tema se ha dicho. El maestro Videla Escalada, nos enseñó que la responsabilidad del operador aeronáutico

“...comprende a todos los supuestos en que un sujeto de derecho debe responder frente a la comunidad o frente a otra persona en virtud de hechos o situaciones en los se ha producido algún daño

y en los que el ordenamiento jurídico considera que ha habido una manifestación antijurídica...”¹¹.

También, podemos citar a Goedhuis¹², que fue quien luego de realizar todo un análisis interpretativo, teniendo en cuenta la Convención de Varsovia de 1929 y lo tratado en el Segundo Comité de CITEJA, llegó a una conclusión respecto de qué se entiende por “operaciones de embarque y desembarque”.

El autor, refiere que son aquellas maniobras realizadas desde que el pasajero sale del edificio del aeropuerto a tomar el avión, hasta que entra al edificio del aeropuerto de destino. Considera, que, si bien esta definición tiene sus fallas, resulta la más acertada y debería distinguirse dos situaciones. Por un lado, la primera situación sería, si el pasajero es acompañado a tomar el avión (o abandonarlo) con un dependiente del transportador, y es allí cuando ocurren los daños. En este caso, el transportador no será responsable si prueba haber tomado las medidas necesarias para que el daño no ocurriera. La otra situación sería si el pasajero no es acompañado por un dependiente del transportador, ni tampoco tiene posibilidades de hacerlo, ni tampoco de colocar el avión cerca. Para dicho autor, en este caso significaba que el transportador había tomado las medidas necesarias, pese a su imposibilidad, y por lo que no sería responsable. Por tanto, Goedhuis afirma, que la responsabilidad de transportador empieza cuando el pasajero pisa la loza de fin para dirigirse al avión del transportador a los fines de realizar el viaje y termina cuando el pasajero abandonó la loza del de destino.

Sin perjuicio de ello, recurriendo al derecho comparado, resulta importante citar jurisprudencia internacional, precisamente las consideraciones de los tribunales norteamericanos, los cuales continúan fieles a la jurisprudencia iniciada por el caso “Buronocore v. Trans World Airlines, Inc.”¹³ que fue en donde se sentaron las bases para establecer una serie de factores que deben tomarse en cuenta para determinar si los hechos ocurrieron “en el curso de las operaciones de em-

¹¹ VIDELA ESCALADA, FEDERICO. Manual de Derecho Aeronautico. Buenos Aires : Zavalia, 2007.

¹² MARTINEZ MARTINEZ, ESUTAQUIO. Jurisprudencia Internacional sobre la Convención de Varsovia de 1929, referente a la responsabilidad civil del porteador aéreo. [aut. libro] Goedhurs. Santiago de Chile : Editorial Juridica de Chile, 1962.

¹³ BURONOCORE V. TRANS WORLD AIRLINES, Inc. 900 F.2d 8, 10, 2d Cir.. Estados Unidos : United States Court of Appeals, Second Circuit, 1990.

barque o desembarque”. Estos factores son: a) la actividad del pasajero en el momento del accidente, b) las restricciones impuestas por la empresa aérea a su movimiento, c) la inminencia del momento de embarque o desembarque, y, d) la proximidad física del pasajero a la puerta de salida/entrada¹⁴.

Videla Escalada define al accidente:

“...como un hecho ocurrido al pasajero, que puede ser totalmente distinto de un accidente de aviación”; “... más aún, el accidente en la manera como el Convenio de Varsovia emplea el término, no puede ser relacionado exclusivamente con la aeronave ni siquiera con el viaje, sino que se refiere a un acontecimiento cuyas consecuencias experimente el pasajero directamente en su persona”¹⁵.

“A los fines de los arts. 17 del Convenio y 139 del Código, es accidente todo acontecimiento súbito que no depende de la voluntad del transportador ni sus dependientes o altera el normal desarrollo de un transporte aéreo por determinar daños derivados de la muerte o lesión corporal de algún pasajero”¹⁶.

Ni el sistema Varsovia de 1929 – La Haya de 1955, ni Montreal 1999 han establecido qué comprenden las operaciones de embarque y desembarque en cuyo ámbito temporal, comprende la responsabilidad del transportador. Es por ello, que como se expresa, dichos Convenios han dejado al criterio de los tribunales y la doctrina la determinación de dicho ámbito de responsabilidad. En líneas generales, es determinar cuándo empieza la obligación de seguridad por parte del transportador y como elemento de discernimiento se utiliza el criterio de la obligación de guarda, custodia, cuidado y acompañamiento del pasajero por parte del personal de la línea aérea hasta los lugares seguros.

Para Tapia Salinas, se trata de un período asimilado al transporte.

“Las operaciones anteriores y posteriores al transporte en sí mismo prolongan, evidentemente, la vigencia de éste y su duración res-

¹⁴ CAPALDO, GRISELDA. *cedaeonline.com*. [En línea] Powered by WordPress.com, 11 de 07 de 2013. [Citado el: 05 de 03 de 2019.]

¹⁵ FEDERICO VIDELA ESCALADA. *Manual de Derecho Aeronáutico* pág. 630.

¹⁶ LENA PAZ, JUAN. *Código Aeronáutico comentado*– Abeledo Perrot, pág. 139).

pecto al contrato. Ahora bien, esta extensión no puede ser apreciada con un carácter desorbitado. Puede estimarse lógico y natural que desde el momento en que el pasajero se ponga a disposición del transportista en el aeropuerto de salida y obedeciendo sus instrucciones, comienza la operación de embarque, que termina cuando, una vez en tierra, la aeronave se dirija con los pasajeros, siempre obedeciendo instrucciones del transportista, a lugar seguro en el aeropuerto de llegada”.

Para Rodríguez Jurado, queda, sin embargo, por aclarar también, lo mismo que con respecto a los pasajeros, debe ser la interpretación estricta del concepto de operaciones de embarque y desembarque propiamente dicho.

“En cuanto a los pasajeros entiendo –dice– que ese período se inicia cuando bajo la conducción del personal del transportador aéreo, o comisionado por él, salen de la ‘sala de embarque’ para dirigirse a la aeronave para ascender a ella; y termina cuando, después del aterrizaje en el aeropuerto de destino, el personal a las órdenes del transportador deja a los pasajeros en la ‘sala de recepción del edificio aeroportuario’”.¹⁷

También se ha dicho:

“Determinación del momento en que comienza las operaciones de embarco y finalizan las operaciones de desembarco: I) ‘Es una cuestión de hecho, dependiente de las circunstancias de cada caso, si bien puede decirse en términos generales, que el embarco se inicia cuando el pasajero, por indicación del transportador, abandona las dependencias administrativas del aeropuerto para dirigirse al lugar en que debe abordar el avión, o bien cuando es colocado bajo la conducción de una dependiente del transportador que ha de llevarlo hasta la aeronave, ya que a partir de alguno de esos momentos comienza la ejecución del con-

¹⁷ TAPIA SALINAS, LUIS. “La duración del transporte aéreo a efectos, de la responsabilidad”. Inserto en “Trabajos de Derecho Aeronáutico y del Espacio”. Madrid. 1978, &. 137. Agustín Rodríguez Jurado, Teoría y práctica del Derecho Aeronáutico. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1986, pág. 238 – 239).

trato, asumiendo el transportador todas las responsabilidades que le incumben en virtud de la obligación de seguridad contenida en el respectivo contrato de transporte. A su vez el desembarco solamente finaliza cuando el pasajero, habiendo llegado a destino, desciende de la aeronave y siguiendo las indicaciones del transportador, llega a los lugares del aeropuerto destinado al uso del público”¹⁸.

“Esta variada gama de situaciones fácticas, ha sido matizada por la doctrina judicial, la que ha definido con cierta uniformidad los alcances de la interpretación normativa. Así se ha declarado que la responsabilidad del transportador cubre los daños ocasionados durante el descenso en la escalerilla, en la pista de aterrizaje, durante las operaciones de desembarque y en el sector de la Aduana cuando el pasajero transitaba conducido por un funcionario de la línea aérea. Idéntico criterio fue sustentado, cuando el pasajero que sufrió la lesión, fue dirigido por un empleado del porteador, en unión de los demás que componían el grupo, hacia los locales de la Aduana del Aeropuerto, en atención a que estas operaciones forman un todo con el transporte aéreo”¹⁹.

“...Se considera que el desembarque finaliza cuando el pasajero deja el área de aterrizaje, o sea, cuando, una vez detenida la aeronave en tierra, los pasajeros, abandonan el terreno donde hay desplazamiento de las máquinas y arriban a los edificios del aeropuerto, que constituyen un lugar seguro”²⁰.

Lo expuesto, nos permite aseverar la incorrecta apreciación de los hechos realizada por el Tribunal interviniente, y como consecuencia de ello, el derecho aplicable y la resolución arribada. Ya que, como se dijo anteriormente, el pasajero se encontraba realizando “operaciones de desembarco” de la aeronave, y bajo las órdenes y custodia del transportador, quien debió tomar las medidas necesarias para evitar que se produjeran los daños acaecidos.

¹⁸ LENA PAZ, JUAN Código Aeronáutico comentado- Abeledo Perrot pág. 139).

¹⁹ COSENTINO T. EDUARDO. Régimen jurídico del transportador aéreo. Abeledo Perrot, pág. 128).

²⁰ FEDERICO VIDELA ESCALADA. Manual de Derecho Aeronáutico, pág. 632.

Estos lineamientos, a nuestro criterio que no han sido debidamente y adecuadamente merituados por la judicatura, configuran la aplicación por parte del Juez de la discreción judicial en un caso, en vez de encontrar la respuesta correcta a la situación planteada dentro del sistema normativo especial que lo comprende.

Para Hart H. L. A. (El concepto de derecho), en los casos difíciles o complejos, considera que la función judicial es discrecional y entiende por discreción un ejercicio adicional de elección en la aplicación de reglas generales a casos particulares. El ámbito discrecional que le deja el lenguaje puede ser muy amplio, de modo que, si bien la conclusión puede no ser arbitraria o irracional, es en realidad una elección. De allí la importancia de redefinir o determinar los alcances de los conceptos vertidos en la norma.

Esta situación que pudiera ocasionar la discreción judicial por la vaguedad del lenguaje, ha sido superada en razón de que la indeterminación semántica ha sido eliminada por la definición (jurisprudencial y doctrinal) sobre operaciones de “embarque o desembarque”, comprendido en las normas jurídicas como se demostrara más arriba.

El autor norteamericano Ronald Dworkin, (Los derechos en serio. Capítulo: El modelo de las normas y Los Casos Difíciles), sugiere que en los casos difíciles, como a nuestro criterio son lo que se les puede presentar al Juez en estos temas por la especialidad y el particularismo de la disciplina, se debe recurrir a argumentos de principio y no a argumentos de políticas en las decisiones judiciales, ello porque los primeros justifican una decisión al mostrar que la misma respeta algún derecho individual o de un grupo, mientras que los segundos justifican una decisión al mostrar que la misma protege algún fin colectivo de la comunidad en su conjunto, aunque se vulnere algún derecho individual. Los jueces, si tienen discreción, estarían aplicando retroactivamente derecho (ex post facto), estarían creando una norma nueva (la sentencia) e imponiendo derechos y obligaciones que no existían cuando el hecho se produjo. También el autor rechaza la discrecionalidad por razones políticas, si el juez tiene poder creador de derecho discrecional, tiene entonces poder político y todo ello llevaría a lo siguiente: aceptar discrecionalidad supone retroactividad y en consecuencia los derechos de los individuos estarían a merced de los jueces. Los derechos individuales sólo son derechos si triunfan frente al gobierno de la mayoría y sacrificar alguno de estos derechos no se justifica, aunque ello redunde en mayor beneficio de una

mayoría. Lo contrario, aceptar que no triunfe, sería no tomarse los derechos en serio (de aquí el título de su obra). El autor propone una función judicial garantizadora y no creadora de derechos.

También se ha expresado en relación al art. 198 del Código Aeronáutico:

“Toda actividad sobre la base del empleo de aeronaves en aptitud y función de vuelo, debe someterse al juzgamiento de la justicia federal. Para desecharla, el argumento de que la acción se funda en disposición generales del Código Civil es inoperante, si se pretende así escapar a la competencia federal que incluso puede ser declarada de oficio”²¹.

“O sea que en Derecho Aeronáutico es competente, por razón de la materia, la Justicia Federal, solución acertada desde todo punto de vista”²².

V. Segundo Fallo

En el segundo fallo, se relata que con fecha 03/09/2016 los actores contrajeron matrimonio y con motivo de ello deciden realizar un viaje de bodas eligiendo como destino la Ciudad de Orlando, EEUU; que por diversas razones la fecha de partida de la misma fue programada para el día 13/10/2016 saliendo desde la Ciudad de Buenos Aires (Ezeiza), por lo que los actores compraron dos pasajes (ida y vuelta) BUE/ORL, acompañando documentación al respecto.

Dado que los actores se domicilian en la ciudad de Córdoba, relatan que con fecha 19/09/2016 compran a través de la web site de la demandada Latam, dos pasajes aéreos ida y vuelta Cba. /Buenos Aires.

El día 13/10/2016 los actores tenían que estar en el aeropuerto internacional de Ezeiza antes de las 17 hs. para hacer el correspondiente check in para su vuelo BUE/ORL; por lo que –sostienen– que anticipándose a cualquier eventualidad eligieron uno de los primeros vuelos del día 13/10/2016 para dirigirse a la Ciu-

²¹ ROMERO BASALDUA, LUIS. Temas de derecho de la navegación, marítima y aérea. Marcos Lerner Editores, pág. 96.

²² VIDELA ESCALADA, FEDERICO. Manual de Derecho Aeronáutico, pág. 804.

dad de Buenos Aires desde la Ciudad de Córdoba de modo que de presentarse algún imprevisto tuviesen tiempo como para resolver cualquier inconveniente. Así resalta que el vuelo LA 4201 COR/BUE salía del aeropuerto de Córdoba a las 8:55 hs.

Así las cosas, el día 13/10/2016 y al llegar al aeropuerto de Córdoba se anuncia que su vuelo LA 4201 COR/BUE estaba cancelado y como derivación de ello la luna de miel corría el riesgo de frustrarse; señala que no ocurría lo mismo con los vuelos de las otras aerolíneas que seguían operando con normalidad.

Señalan que es a partir de este momento en que comienzan un peregrinaje, difícil de describir y que involucra sensaciones de impotencia, bronca y de todo tipo de tensiones y discusiones, pero sobre todo sensación de desprotección y de total incertidumbre, concretamente de no saber qué pasaría con la luna de miel planeada y el inminente riesgo de perderlo.

En el presente fallo, sobre el “incumplimiento del contrato de pasaje aéreo en el ámbito local” (vuelo de cabotaje), dentro de unos de los argumentos más llamativos por parte del Juez interviniente en primera instancia y los Sres. Jueces de la Cámara Séptima de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la ciudad de Córdoba, radica en no considerar “pasajeros” a los actores en los autos mencionados, por no haber podido realizar el viaje. La sentencia de primera instancia dice: “Pasajero –desde el punto de vista semántico– es quien viaja. De modo que todo perjuicio sufrido por una persona que ha contratado un viaje, pero que no ha partido o que ya ha concluido, no es un pasajero en vuelo”.

La mencionada concepción, obtenida de una definición de la R.A.E., dista mucho de la que debiera aplicarse y ser comprensiva del caso concreto planteado en esos autos para ajustarse a derecho, toda vez que por las normas del Derecho Aeronáutico, la Resolución 1532/98 de la Secretaría de Transporte de la Nación define al pasajero en el art. 1º diciendo: “pasajero: es toda persona, excepto miembro de la tripulación, con derecho a ser transportado en una aeronave, en virtud de lo establecido en un contrato de transporte”. Lo expuesto, demuestra una inconsecuencia per se.

En las condiciones Generales de la I.A.T.A., aprobadas en la Conferencia de Tráfico de la I.A.T.A. celebrada en Ginebra desde el 12 de noviembre de 1970 al 17 de febrero de 1971, art. 1º, Definiciones, se expresa: “pasajero: cualquier persona transportada o que haya de ser transportada en una aeronave con el consentimiento del transportador”.

“El viajero es un vocablo más genérico, que se refiere a todo aquel que pudiera acceder a un vuelo comercial o de cualquier naturaleza. La locución ‘pasajero’, en cambio está reservada al elemento personal que en condición de titular forma parte de un contrato de pasaje. Bajo esta perspectiva el pasajero puede o no transformarse en viajero. Si se convierte en tal, se habrá ejecutado la obligación contraída por el transportador. Si por el contrario no alcanza este carácter, no pierde su condición de pasajero, pudiendo hacer valer los derechos que le competen por incumplimiento de las prestaciones a las que se comprometió la otra parte en la relación jurídica concertada”²³.

Lo expuesto, demuestra que, del fallo comentado, queda bajo la órbita del derecho aeronáutico, porque existe la relación jurídica a través del art. 113 del Código Aeronáutico, es decir, el contrato de pasaje (billete de pasaje).

Ello no implica la negación de la aplicación de las normas del derecho común, pero sí desde el orden contemplativo de los actos regidos por la materia en cuanto a su especialidad y su concurrencia con las demás normas del sistema.

La Cámara 8° Civil y Comercial de esta ciudad, en Sentencia N° 73 del 12/6/14, autos “Longui, Franco Emilio C/ LAN Argentina S.A.-abreviado-Expte. 2321608/36”,

“Sin perjuicio de lo establecido por el Cód. Aeronáutico en su art. 198 que reza ‘Corresponde a la Corte Suprema de Justicia y a los tribunales inferiores de la Nación el conocimiento y decisión en las causas que versen sobre navegación aérea o comercio aéreo en general y de los delitos que puedan afectarlos’, cabe subrayar que la interpretación de la Corte Suprema de la Nación en cuanto a la competencia federal por la materia provocada por cuestiones atinentes a la aeronavegación, debe ser dilucidada con carácter restrictivo y excepcional (Conf. CSJN, 326:4598; 328:4090)”, “En este sentido, el Máximo Tribunal Nacional sostiene que la controversia debe afectar directamente la navegación o el comercio aéreos (conf.

²³ COSENTINO, EDUARDO T. Régimen Jurídico del Transportador Aéreo, pág. 108. Ed. Abeledo Perrot 1986).

Fallos: 310:2311; 312:1918), o bien que es preciso que se hayan visto afectados intereses federales o la prestación del servicio (Fallos: 319:249 y 778; 322:658 y 323:2213). De ello surge que se declara la competencia federal ‘frente a una acción referida a la responsabilidad por el equipaje transportado en un viaje aéreo, y, por lo tanto, se trata de una cuestión contemplada por el Título VII, Capítulo I, del Código Aeronáutico, que específicamente trata sobre la responsabilidad por los daños causados a pasajeros, equipajes o mercaderías transportadas (art. 140 y concordantes del código citado)’ (Conf. C.S.J.N., in re “Lo Manno, Marcelo F. c/ V.A.S.P. Líneas Aéreas y otro”, 30/05/2001, La Ley Online: AR/JUR/5368/2001)”.

En el fallo de 1º instancia en los autos Di Tella se ha dicho: “Corresponde a la Corte Suprema de Justicia y a los Tribunales Inferiores de la Nación el conocimiento y decisión de las causas que versen sobre navegación aérea o comercio aéreo en general y de los delitos que puedan afectarlos”, si bien de su interpretación literal podría inferirse que el caso referido se encuadraría en dicho supuesto; tanto en doctrina como en jurisprudencia se ha establecido el carácter restrictivo, limitado y de excepción a la competencia federal

“... se ha señalado que no obstante la imprecisión de la norma, únicamente corresponde la intervención del fuero federal en las causas que abarquen o involucren la aplicación de las normas de la legislación aeronáutica nacional, excluyéndose aquellos procesos fundados en el derecho privado que corresponden a la competencia ordinaria, como aquellos en que se invoquen disposiciones del derecho común”. (Cámara 1ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro, sala II 31/03/2005 en autos:” Novoselitchi, Cristian E. J. c. Aero Baires S.A.C.I.”, publicado en la ley on line AR/JUR/499/2005).

Se podría llegar al absurdo, en función de cierta argumentación de logicidad de la exclusión, que, si se pretendiera escapar de una determinada competencia judicial en razón de la pretensión planteada en una demanda, en caso, reclamar daños y perjuicios regulados en el derecho común, y que eso implique la direc-

ción de intervención de la judicatura y la aplicación del ordenamiento jurídico al caso concreto, sería vulnerar y desvirtuar el principio *iura novit curia*.

En función de la interpretación de lo establecido en los fallos precedentes, queda suficientemente claro que la competencia federal en razón de la materia, corresponde en ambos casos la intervención del fuero federal, debido a que los hechos abarcan la aplicación en forma directa de la legislación aeronáutica, daños y perjuicios en las “operaciones de embarque y desembarque”, como en el “incumplimiento del transporte de pasaje aéreo”.

Tanto la legislación internacional, Convenio de Montreal de 1999, el Código Aeronáutico, la Resolución 1532/98 contemplan ambos casos. Los fallos son extremadamente claros en que “...únicamente corresponde la intervención del fuero federal en las causas que abarquen o involucren la aplicación de las normas de la legislación aeronáutica nacional...”.

Por otro lado, los casos bajo análisis, afectan directamente la navegación y el comercio aéreo, y se ven afectados intereses federales o la prestación del servicio. El interés federal afectado es cierto, real, objetivo, legítimo, concreto y con suficiente entidad, la causa predominante es federal, un interés federal ya que afecta y se analiza directamente al transporte aéreo, a la aeronavegación, a la aeronave, a la responsabilidad etc. Es decir, siempre se analiza y se trata de normas de carácter nacional, federal, establecidas en nuestra Carta Magna. Lo contrario, hubiese significado que en los casos bajo análisis y en los fallos mencionados no se habría tratado la normativa aeronáutica y solamente se hubiese justificado la argumentación y fundamentación de los mismos, con sólo las normas del derecho común, sin siquiera abordar en el mínimo el análisis de las normas especiales de la disciplina aeronáutica.

Lo expuesto, se reitera, no significa la no aplicabilidad de las normas del derecho común en todas aquellas circunstancias no debidamente o adecuadamente tuteladas por la legislación aeronáutica, de ahí la “conurrencia” e “integralidad” del sistema normativo.

Para profundizar más en el tema, como se expresara anteriormente, los proyectos de modificación del Código Aeronáutico de la Dra. Capaldo y el Dr. Folchi establecen claramente estos lineamientos en relación a la Jurisdicción y Competencia. El de la Dra. Capaldo lo hace en el capítulo II, ley aplicable, jurisdicción y competencia en los arts. 7 y 8 los cuales tratan y remiten a los arts. 1, 2, 3 y 4 del mismo cuerpo legal²⁴ y el del Dr. Folchi en el art. 3²⁵.

²⁴ Capítulo II.

Por lo que estos principios, aún con las nuevas modificaciones y tendencias, permanecen inmutables.

A modo de conclusión, estamos en el convencimiento que en los casos que caigan bajo la normativa aeronáutica, la competencia es de la justicia federal.

Ley aplicable, jurisdicción y competencia

Nota al Capítulo II: Se ha introducido una variante metodológica, pues lo atinente a las cuestiones jurisdiccionales y legales es incorporado como un Capítulo independiente dentro del Título I, relativo a las Disposiciones Generales. En la Ley N° 17.285 estos temas eran regulados en el Título XI, arts. 197 a 201. Los Anteproyectos de Código Aeronáutico del año 2000 y del año 2006 preparados por la Subsecretaría de Transporte Anteproyecto y el del año 2001 elaborado por el Comando de Regiones Aéreas de la Fuerza Aérea Argentina, son los antecedentes de esta novedad metodológica.

Art. 7: Declarase materia de legislación nacional lo concerniente a la regulación de: a) el conjunto de actividades y servicios que conforman la aeronáutica civil; b) la seguridad operacional y la seguridad de la aviación; c) la circulación aérea en general, el funcionamiento de los aeródromos, especialmente aquellos destinados a la navegación aérea internacional o interprovincial o a servicios aéreos conectados con éstas y de los lugares denunciados como aptos; d) la actividad de los clubes aéreos en sus distintas especialidades de la aeronáutica civil como así también de las escuelas relacionadas a esas especialidades, sean o no parte de dichos clubes aéreos; e) la incidencia ambiental de la infraestructura, los servicios y operaciones vinculados al conjunto de actividades y servicios que conforman la aeronáutica civil; Autor: Griselda D. Capaldo PROYECTO ICAO-ARG/07/803 33 Pág. 33 de 183 f) el otorgamiento de las certificaciones de idoneidad del personal aeronáutico, así como la matriculación y certificación de aeronavegabilidad y de tipo de las aeronaves; g) el otorgamiento de los permisos de operación de transporte y de trabajo aéreos.

Conc. : art. 197 de la Ley N° 17.285. Nota: Se fijan las materias que serán objeto de legislación nacional, y por lo tanto quedan excluidas de la potestad legislativa de las provincias. Tiene modificaciones conceptuales y semánticas. La cláusula ambiental del inc. e), extensiva a las actividades mencionadas en los incisos previos, es novedosa y carece de correlato con normas aeronáuticas previas a la sanción de este Código. Su antecedente es el Anteproyecto del año 2001 elaborado por el Comando de Regiones Aéreas de la Fuerza Aérea Argentina, recogido luego por el Anteproyecto de Código Aeronáutico del año 2006 preparado por la Subsecretaría de Transporte Aerocomercial.

Art. 8: Corresponde a la Corte Suprema de Justicia y a los tribunales inferiores de la Nación el conocimiento y decisión de las causas que versen sobre aquellas cuestiones comprendidas en el ámbito de aplicación establecido en los arts. 1, 2, 3 y 4 de este Código, así como de las faltas y delitos que se relacionan con ellas y puedan afectarlas.

Conc.: art. 198 de la Ley N° 17.285. Nota: Tiene modificaciones semánticas y conceptuales para precisar que la competencia de la Corte Suprema coincide con el ámbito de aplicación de este Código.

²⁵ Art. 3. – El conocimiento y decisión de las causas que versen sobre Aeronáutica Civil y los delitos que se relacionen con la misma es de jurisdicción y competencia de los Tribunales en lo Civil y Comercial Federal y en lo Penal Federal de la Nación.

VI. Alcance de las normas que tutelan los derechos del consumidor en su vinculación con el derecho aeronáutico, de acuerdo a lo establecido en el actual anteproyecto de ley de defensa del consumidor

a) Introducción

En el nuevo anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos Ministerio de la Producción y Trabajo de fecha 27/03/2019, se observa una modificación sustancial en relación al transporte aéreo.

El art 4 del anteproyecto expresa: “Al transporte aéreo se aplica el Código Aeronáutico, los Tratados Internacionales de los que la Argentina sea parte, y esta ley, de modo concurrente y de acuerdo a su materia, criterio que se proyecta a la competencia de las autoridades de aplicación”.

La Ley N° 24240 modificada por la N° 26361, en su art 63 establece una aplicación supletoria al “contrato de transporte aéreo”, estableciendo una primacía del Código Aeronáutico y los Tratados internacionales. El art. 63 de la Ley N° 24240 de Defensa del Consumidor dispone: “Para el supuesto de contrato de transporte aéreo se aplicarán las normas del Código Aeronáutico, los tratados internacionales y, supletoriamente, la presente ley”.

En los Considerando del Decreto 565/2008 de fecha 03/04/2008 que observa al art 32 de la Ley N° 26361, expresa “que estas nuevas leyes no constituyen normas de fondo, sino que resultan reglas protectivas y correctoras, siendo complementarias y no sustitutivas de la regulación general contenidas en los códigos de fondo y la legislación vigente”.

Se establece que los derechos de los usuarios del transporte aerocomercial están reglamentados en la Resolución 1532 de fecha 27 de noviembre de 1998 del ex Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos, Condiciones del contrato de Transporte Aéreo.

Que los países de mayor tráfico aéreo a nivel mundial, también se rigen por reglamentos que sólo complementan las normas aeronáuticas comerciales, como suceden en Europa a través del Reglamento N° 261/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo del 11/02/2004 y que son complementarias de la norma de fondo, el Convenio de Montreal de 1999.

Se resalta los principios de autonomía, integralidad, uniformidad e internacionalidad del derecho aeronáutico y que tienden armonizar las normas y evitar distorsiones en la regulación nacional e internacional.

Entre otras apreciaciones sobre cuestiones constitucionales, sobre inseguridad jurídica y valoración de fallos internaciones, se observa el art 32 de la Ley N° 26361.

En el anteproyecto de ley de defensa del consumidor, se ha optado por dejar de lado la aplicación supletoria de dicha ley al transporte aéreo y establecer la aplicación concurrente y de acuerdo con su materia, del Código Aeronáutico, los Tratados internacionales y la propia ley.

La norma introducida, constituye un importante avance en cuanto a la debida protección de los derechos de los pasajeros usuarios del servicio de transporte aéreo, ya que, si bien la situación de los pasajeros está contemplada en la normativa especial del Derecho Aeronáutico, no posee los alcances adecuados en determinados casos de acuerdo a las tendencias modernas del resarcimiento integral.

Aunque se observa que la jurisprudencia ha avanzado en la protección de los consumidores en cuestiones vinculadas al transporte aéreo, más allá de la mentada supletoriedad, de la interpretación en la aplicación de las normas vigentes, resulta discutible en algún aspecto esa protección de situaciones de hecho en la actividad aeronáutica y con ello, lleva a la discrecionalidad judicial y a la inseguridad jurídica, lo cual negamos por las razones expuestas anteriormente.

La gran labor a realizar, será tratar de establecer en función de la aplicación de las normas vigentes protectoras de los derechos del consumidor, y las que regulan el derecho aeronáutico, el equilibrio necesario para llegar al imperativo categórico del valor justicia.

b) Aplicación supletoria y aplicación concurrente

Ha quedado suficientemente claro y establecido el carácter de contrato de consumo que reviste el contrato de transporte aéreo de pasajeros. La relación de consumo queda conformada por los pasajeros como “usuarios” frente a una aerolínea, “proveedora” de servicios aéreos. La presente relación más allá de las normas especiales del Derecho Aeronáutico, queda al amparo de los arts. 42 y 43 de la Constitución Nacional.

El anteproyecto, como se expresara, establece una aplicación concurrente de las normas del Código Aeronáutico, los Tratados internacionales y la propia ley de consumo, de acuerdo con su materia. Pareciera entonces, la existencia de normas contrapuestas y no adecuadas en cuanto a su tutela y alcance, ya que, por un lado, en función del sistema de responsabilidad establecidos en el Código Aeronáutico y algunos tratados internacionales, la responsabilidad es subjetiva y limitada y por otro lado en la LDC la responsabilidad es objetiva e integral.

Ante la nueva modificación establecida en el anteproyecto de LDC, será importante lograr determinar el alcance de la concurrencia en la aplicación e interpretación en ambos sistemas normativos especiales, tratando de equilibrar los derechos, obligaciones e intereses de las partes.

En un primer análisis, el ordenamiento aeronáutico y las normas del consumidor en los casos cuya aplicabilidad comprenda ambos espectros normativos, surge la complementación de las normas, tendientes a la integralidad, lo que significaría una remisión a la concurrencia de cada uno y de acuerdo a su materia (normas del derecho aeronáutico y normas del consumidor), pero colocando al damnificado en la mejor posición y de esta manera, llegando a una solución más justa, al caso en particular.

En la norma del art 4 del anteproyecto, no existiría una prelación, es decir un orden sucesivo en cuanto a su aplicabilidad, al contrario de lo establecido en el actual art 63 de la Ley N° 24240 (supletoriedad), ya que la concurrencia a nuestro modo de ver, sería la coincidencia de ambos ordenamientos especiales que regulan cuestiones empíricas con distinto alcance pero comprensiva de su especialidad y particularismo y tendientes a una cobertura integral y armónica de las normas que se apliquen al caso.

En las situaciones de hecho que no estarían comprendidas en el derecho aeronáutico, se aplican las normas del derecho del consumidor sin mayor inconveniente, ya que la supletoriedad, implica acudir a las normas brindadas por la LDC en aquellos supuestos no comprendidos en la normativa propia del derecho aeronáutico, lo que daría lugar a una aplicación complementaria de normas cubriendo lagunas normativas.

Otra situación que se podría plantear en cuanto a la aplicación de las normas concurrentes, sería el caso cuando ambos ordenamientos brindan soluciones diferentes u opuestas. En estos casos y de acuerdo a lo establecido en el art. 4, debería acudirse por parte del intérprete (operación intelectual razonada), a

lo establecido en cada materia al caso particular. El gran desafío será, encontrar la integralidad normativa de los sistemas especiales en pugna, con un aditamento primordial, que será la aplicación e interpretación de las normas en el caso concreto con lo establecido en el art 28 del anteproyecto, el dialogo de fuentes, es decir tendiente a una reparación final integral y completa.

En relación a las fuentes, en el anteproyecto se expresa: Sección 6ª – Diálogo de las fuentes art. 28. Diálogo de las fuentes. Los casos relativos a la protección del consumidor se rigen por el sistema de protección del consumidor, que se integra con la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales de los que la Argentina es parte, en particular las Declaraciones y Convenciones relativas a Derechos Humanos, esta ley, el Código Civil y Comercial y las leyes especiales que regulan aspectos particulares de las relaciones de consumo. Se integra también con la ley de lealtad comercial, y con la ley de defensa de la competencia. La doctrina y la jurisprudencia son una fuente material secundaria. Los jueces deben integrar el derecho aplicable al caso con las diferentes fuentes del sistema, armonizándolas con el fin de maximizar los derechos humanos y fundamentales en juego y de acuerdo a los principios que lo rigen.

No estamos de acuerdo en considerar la posibilidad que, en determinados casos contemplados en la normativa aérea, sean inaplicables las normas aeronáuticas a la relación de consumo, por dos razones: 1) desvirtuaría todo el sistema normativo aeronáutico a nivel nacional e internacional, 2) no sería la voluntad del legislador, ya que si se pretendiera la inaplicabilidad de las normas aeronáuticas, se hubiese derogado o reformulado de alguna manera la redacción del art 4 dejando de lado la concurrencia, 3) no se respetaría el principio de integralidad que subyace y atraviesa en forma transversal a la norma que regula el diálogo de fuentes (art. 28).

En los casos concretos vinculados a las normas del derecho aeronáutico y las normas del LDC en los convenios internacionales, tanto del sistema de Varsovia de 1929 como en el Acuerdo de Montreal de 1999 comprenden y abarcan los supuestos de lesiones o muerte del pasajero; pérdida, demora en la entrega o daños al equipaje, y retraso.

En los supuestos de lesiones o muerte del pasajero, el Convenio de Varsovia establece la responsabilidad del transportador derivado de un accidente ocurrido a bordo de la aeronave o durante las operaciones de embarque y desembarque. En el Convenio de Montreal se ha apartado de dicha fórmula y establece

la responsabilidad por la sola razón de que el accidente haya ocurrido en cualquiera de dichas circunstancias. En el primero de los Convenios (Varsovia) la responsabilidad será siempre limitada, mientras que en el segundo (Montreal), la estructura de responsabilidad en materia de daños por muerte o lesiones, es de dos niveles de responsabilidad. En un primer nivel, circunscripto a los daños que no excedan de los 128.821 DEG es de base objetiva; en el segundo nivel, respecto de los daños que excedan esa cifra, es de base subjetiva. Es de recalcar, que así desaparece el límite de la responsabilidad en el contrato de pasaje, postura a la que adherimos.

En los casos de Pérdida o Daños al equipaje, la responsabilidad del transportador es de tipo subjetiva en el Convenio de Varsovia, y objetiva en el Convenio de Montreal (subjetiva solamente respecto al equipaje de mano). En ambos ordenamientos se prevé la limitación de responsabilidad del monto a resarcir.

En cuanto al Retraso, en el transporte aéreo de pasajeros y sus equipajes el sistema de Varsovia como el de Montreal, establecen la responsabilidad de tipo subjetiva del transportador.

En el Código Aeronáutico de la República Argentina, siguiendo los lineamientos de las disposiciones de la Convención de Varsovia, se regula de la misma manera, con la distinción de la cuantificación de los montos correspondientes a los límites de responsabilidad. Así, en el título VII Responsabilidad, se trata la responsabilidad de las empresas de aeronavegación por los daños causados a pasajeros, equipajes o mercancías transportadas. En todos los casos la responsabilidad es contractual, subjetiva con inversión de la carga de la prueba y limitada salvo dolo (art. 147), de acuerdo a los arts. 142 y 144.

La legislación aérea, trata ciertas situaciones que contemplan la relación contractual con el pasajero, de manera complementaria y conjuntamente con la resolución 1532/98 donde se aprueban las Condiciones Generales del Contrato de Transporte Aéreo, que rige los servicios de transporte aéreo regular internos e internacionales. En la referida resolución, se destacan las definiciones, situación ésta, muy importante ya que permite disminuir la indeterminación semántica.

El sistema regulado en el Derecho Aeronáutico en su conjunto en nuestro país, comprende la prueba del transporte aéreo a través del billete de pasaje, su transmisión, validez, extensión, la información al pasajero, tarifas, cargos y tasas,

las reservas y sus características operativas, los horarios e itinerarios, el *overbooking*, los reintegros y los diferentes supuestos, montos, la equiparación del transportador de hecho al contractual a los efectos de determinar su responsabilidad (solidaria) frente a los usuarios, la constitución de seguros obligatorios, los plazos para efectuar protesta aeronáutica, la lesión o muerte del pasajero cuando el daño haya sido ocasionado por un accidente ocurrido a bordo de la aeronave o durante las operaciones de embarque o desembarque (art. 139), la destrucción, pérdida o avería del equipaje en el art. 140, que impone la responsabilidad del transportador cuando el hecho que originó el daño haya ocurrido mientras el transportador haya tenido bajo su custodia dicho equipaje, el retraso de pasajeros, equipajes o mercancías, de acuerdo a lo que dispone el art. 141 del CA, nulidad de la cláusula eximente de responsabilidad en el art. 146 por lo cual se puede exigir la nulidad de cualquier cláusula cuyo objeto sea el de eximir al transportador de responsabilidad, o fijen un límite inferior al establecido por el Código.

En el régimen de las Cancelaciones en el Código Aeronáutico, se diferencia en este punto de los Convenios Internacionales y trata la cuestión de la cancelación del vuelo o interrupción del viaje. En tales supuestos, el art 150 otorga a los pasajeros el derecho al reembolso total del precio del pasaje en caso de cancelación, o de la parte proporcional por el trayecto no realizado, así como también pone en cabeza del transportador los gastos de desplazamiento y estadía desde el lugar de aterrizaje al lugar más cercano para poder continuar el viaje, cuando éste haya sido interrumpido; los reembolsos en caso de cancelación por parte del pasajero, cuando la aeronave partiese con todas las plazas ocupadas. Si bien el Código establece que el pasajero que no se presentase a tomar el vuelo (no show) o llegase a hacerlo con demora, no tendrá derecho a la devolución del precio del pasaje; también establece una excepción a favor del pasajero, otorgándole el derecho al reembolso del 80% en aquellos casos en que la aeronave partiese con la totalidad de sus plazas ocupadas.

Lo expuesto, se ajusta a las características propias y especiales del Derecho Aeronáutico y su regulación de armonización con normas de los convenios internacionales. Se destaca, que, si bien las normas del Derecho Aeronáutico regulan la aeronáutica civil en el ámbito de su aplicación, también contempla situaciones abarcativas de protección al pasajero que responde a los principios especiales del hecho navegatorio, pero que, en casos concretos, resultan insuficientes frente a la reparación integral de la LDC.

Asimismo, es claro que cada vez que las normas no resulten simplemente complementarias sino, por el contrario, devengan opuestas en la solución brindada de acuerdo con la materia, deberá acudir al principio *in dubio pro consumidor* para resolver la cuestión, donde operaría claramente el art 4 del anteproyecto en concordancia con el art 28 sobre el diálogo de fuentes, tendiente a una reparación más abarcativa e integral al pasajero.

Lo señalado debe interpretarse en el sentido que la LDC es una ley general posterior que no deroga a la ley especial anterior (conf. en ese sentido Llambías, Jorge Joaquín, “Tratado de Derecho Civil – Parte General”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999, Tº 1, págs. 55/56).

c) Límite indemnizatorio y daños punitivos en los tratados internacionales

Otro tema de análisis, es la aplicación de los límites indemnizatorios y daños punitivos en los supuestos de transporte aéreo internacional regido por convenciones internacionales como el sistema de Varsovia de 1929 y Montreal de 1999. Dejamos expresamente establecido que pregonamos la inconveniencia de la limitación cuantitativa de responsabilidad del transportador, no sólo en el Derecho Aeronáutico, sino también en el Derecho Marítimo, en razón de que las circunstancias y hechos que dieron origen al mismo, han desaparecido.

En la actualidad y por el desarrollo de la industria aeronáutica, y que, si bien los fundamentos de la limitación de responsabilidad siempre fueron económicos, no jurídicos, el mercado aéreo a nivel mundial y local, está suficientemente cubierto a través de los institutos de los seguros, coseguros y reaseguros.

En el ámbito interno, tratándose tanto el Código Aeronáutico como el Estatuto del Consumidor de leyes nacionales especiales, no habría ningún obstáculo a que mediante la aplicación concurrente prevista en el art. 4º en análisis, puedan dictarse indemnizaciones judiciales por encima de los límites indemnizatorios del Código Aeronáutico, como así tampoco no habría ningún obstáculo para la aplicación de daños punitivos si concurriesen los presupuestos que la normativa de consumo contempla. De todos modos, más allá de lo expuesto, es de resaltar que la moneda de cuenta establecida en el ordenamiento jurídico argentino en el transporte aéreo, el “argentino oro” (Ley N° 1130 de 1881) fijada la cotización por decreto 75/76 del BCRA, en la actualidad, dichos límites superan ampliamente los montos indemnizatorios establecidos actualmente por

los tribunales nacionales. Situación ésta que también reviste la misma conclusión, en la aplicación de los convenios internacionales, con la unidad de cuenta el DEG (derechos especiales de giro) para el pago de indemnizaciones.

En un primer análisis cuya aplicación comprenda los límites indemnizatorios de los tratados de Varsovia o Montreal (en el caso de responsabilidad por daño, pérdida o retraso en mercaderías o equipaje); si bien pueden ser discutibles los argumentos vertidos más arriba en cuanto a su aplicabilidad, es de resaltar que también tendrían que superar el control de constitucionalidad al que están sujetos, toda vez que si bien los convenios internacionales tiene prioridad sobre las leyes ordinarias (art 75, inc. 22, párr. 1º, Const. Nacional), las reglas constitucionales prevalecen sobre cualquier convención internacional (art 31 de la CN).

En relación al daño punitivo establecido en la LDC, sería procedente si el tratado aplicable fuere el de Varsovia, toda vez que este no prevé ninguna prohibición de daños punitivos o no compensatorios, esto responde a que en el momento histórico de su creación (año 1929), los presupuestos a que dieran lugar este rubro, no se consideraban como elementos constitutivos en un reclamo ni tutelados por el ordenamiento jurídico.

En el anteproyecto en comentario, el daño punitivo establecido en la LDC ha sido previsto también para el supuesto de prácticas abusivas, entre las que se especifica expresamente la sobreventa en servicios de transporte aéreo de pasajeros (arts. 26 inc. 11 y 27).

Ante ello, es de resaltar que si se tratase de overbooking (sobre venta) en un transporte internacional que torne aplicable el Convenio de Montreal, la posible sanción de daños punitivos encontrará el obstáculo del art. 29 del citado convenio. En todo lo demás, la responsabilidad a cargo de la aerolínea se encontrará regida por la aplicación concurrente con la LDC.

Dispone el art. 29 del Convenio de Montreal:

“En el transporte de pasajeros, de equipaje y de carga, toda acción de indemnización de daños, sea que se funde en el presente convenio, en un contrato o en un acto ilícito, sea en cualquier otra causa, solamente podrá iniciarse con sujeción a condiciones y a límites de responsabilidad como los previstos en el presente convenio, sin que ello afecte a la cuestión de qué personas pueden iniciar

las acciones y cuáles son sus respectivos derechos. En ninguna de dichas acciones se otorgará una indemnización punitiva, ejemplar o de cualquier naturaleza que no sea compensatoria”.

En consecuencia, en la medida en que resulten aplicables los tratados internacionales de Montreal o Varsovia, regirá la limitación de la responsabilidad de las compañías de transporte aéreo, salvo, claro está, que dichos convenios, como se dijera, no superen el control de constitucionalidad al que están sujetos a través de los mecanismos establecidos en de nuestra Carta Magna.

En relación a los daños punitivos, compartimos los lineamientos establecidos más abajo, elaborados por la doctrina y jurisprudencia en cuanto a su aplicabilidad al transporte aéreo, teniendo en cuenta el caso en particular y con los límites interpretativos del sistema normativo en su conjunto.

La Ley de Defensa del Consumidor incorpora el daño punitivo en el art. 52 bis, que establece:

“Daño Punitivo. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan”. “Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el art. 47, inc. b) de esta ley”.

Nuestro máximo tribunal en el ámbito provincial ha señalado:

“Otra tesitura, que este Tribunal comparte y adhiere, considera que, si bien los daños punitivos tienen carácter sancionatorio, no obstante, no comparten la misma naturaleza que una sanción del Derecho Penal. Se trata de una sanción civil ajena al marco del Derecho Penal. ‘Tiene una finalidad ejemplificadora a los efectos de prevenir futuras conductas similares’ (Cfr. Vázquez Ferreyra, Roberto A. ‘La natu-

raleza jurídica de los daños punitivos” obra cit. Revista de Daños, pág. 114/115’ ‘Cabe admitir que la función de penalizar, en principio, sólo está reservada al Derecho Penal, pero el instituto de que se trata que contempla una sanción punitiva, no se corresponde necesariamente con el derecho ni el proceso penal, no advirtiendo inconveniente en su carácter de multa civil de emplazarla en la esfera privada’. ‘El punto decisivo radica en la verdadera finalidad de esta institución, la que apunta a dos objetivos esenciales: prevenir el acaecimiento de hechos similares, favoreciendo la prevención de futuras lesiones y por otro, punir graves inconductas’. ‘Dichas sanciones civiles se aplican como castigo a un infractor de una norma civil, conteniendo una finalidad ejemplificadora y moralizador, a los efectos de prevenir conductas similares que afecten los derechos de los consumidores’. ‘Así las indemnizaciones punitivas buscan el castigo de una conducta reprochable y la disuasión de comportamientos similares, tanto para el condenado como para la colectividad, cumpliendo una doble función (preventiva y punitiva)’. ‘Y el propósito punitivo del instituto no le otorga sin más el carácter penal, ya que el Derecho de Daños puede y debe cumplir una finalidad de esta índole, la que no es excluyente del Derecho Penal, con lo cual no se advierte inconveniente alguno en su emplazamiento en la esfera privada’. ‘De otro costado, cuadra señalar que este tipo de punición en el Derecho del Consumidor no tiene la misma estructura que la sanción penal, vinculada a la prevención o represión del delincuente’. ‘La sanción punitiva en el Derecho del consumidor se explica por la función de tutela que la Ley N° 24.240 atribuye al Estado, a los efectos de disuadir a las empresas proveedores de incurrir en conductas reiteradas que lesionen a los bienes jurídicos protegidos por la ley de Defensa del Consumidor’. ‘Tres son, entonces, las funciones de tal instituto: sancionar al causante de un daño inadmisibles, hacer desaparecer los beneficios injustamente obtenidos provenientes de la actividad dañosa, y prevenir o evitar el acaecimiento de hechos lesivos similares al que mereciera la punición (Cfr. Trigo Represas, en ‘La responsabilidad civil en la nueva Ley de Defensa del Consumidor’, publicada en

LA LEY on line; López Herrera Edgardo, en 'Daños punitivos en el derecho argentino. Art. 52 bis', en J.A., 2008-II-1198)'. 'Desde tal perspectiva es posible colegir que existe una total correspondencia entre los objetivos a que tiende el instituto de los daños punitivos, con los diversos propósitos que en la actualidad se asignan al Derecho de Daños, el que además de contener una finalidad resarcitoria, también cumple particular relevancia la faz preventiva, como la faceta punitiva, destinada a sancionar los comportamientos dañosos' (...). 'En idéntica orientación se ha dejado en claro que no se está ante '...una indemnización o reparación por daño sufrido por la víctima, sino ante un instrumento preventivo sancionado, que ha elegido como destinatario a la víctima, con la sola finalidad de fomentar la denuncia de prácticas lesivas del orden económico integral...' (Álvarez Larrondo, Federico M., Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, Año XVI, Número 11, noviembre de 2014, pág. 43)'. 'La prevención es hoy un objetivo esencial del Derecho Civil y ello ha quedado claramente evidenciado a partir de la sanción del Código Civil y Comercial donde se ha consagrado en forma expresa la función preventiva de los daños'. 'En este sentido, el nuevo Código Civil y Comercial menciona expresamente en su art. 1708, junto con la reparación, a la prevención del daño como uno de los principios sobre los cuales sus normas deben ser interpretadas y aplicadas, incluyendo dentro de dicho ordenamiento jurídico una sección específicamente denominada 'Función preventiva y punición excesiva', dentro de la cual se puede destacar el art. 1710 que enuncia una suerte de principio general sobre el 'deber de prevención del daño'. Por su parte el art. 1711 contempla una 'acción preventiva' general aplicable a cualquier acción u omisión antijurídica que haga previsible la producción de un daño, su continuación o su agravamiento'. 'La responsabilidad civil asume así una función tripartita: preventiva, reparatoria, y punitiva, dentro de las cuales el daño punitivo tiene un desempeño y rol primordial'. (...) 'Por otra parte, habiéndose establecido la naturaleza civil de los daños punitivos, es evidente que mal puede ser inconstitucional la inobservancia de garantías penales en materia no criminal. En efecto, 'la Corte Suprema de los

Estados Unidos, referente de la nuestra en materia constitucional, en reiteradas oportunidades, ha dicho que los punitive damages no son sanciones penales sino civiles, quedando por lo tanto al margen de las garantías propias del derecho penal ' (Pizarro, Ramón D. "Daños Moral, 2º Edición, Hammurabi, 2004, pág. 539) ' (Sent. Número 61 del 16. 10/5/16, autos 'Defilippo, Darío Eduardo y otro C/ Parra Automotores S.A. y otro - abreviado - cumplimiento/ resolución de contrato - cuerpo de copia - recurso de casación e inconstitucionalidad -expte. 2748029/36 ').".

La Cámara Séptima de Apelaciones en lo Civil y Comercial en Sent, 91 del 5/11/15, autos "Gimenez, Carlos Javier C/ Red automóviles S.A. - abreviado - otros -2625003/36), sostuvo:

"...los daños punitivos son definidos por autorizada doctrina extranjera (Dann Dobbs) como 'aquellas sumas otorgadas en adición a cualquier daño compensatorio o nominal, usualmente como castigo o disuasorio impuesto contra un demandado encontrado culpable de una particularmente agravada conducta, unida a un malicioso, temerario o de cualquier manera equivocado estado mental. Algunas veces esos daños son llamados ejemplares en referencia a la idea de que son un ejemplo para el demandado' (citado por López Herrera, Edgardo, Los Daños Punitivos. Tipos. Jurisprudencia comparada. Análisis económico. Aplicación al derecho del consumidor (art. 52 bis, Ley N° 24.240, Ed. Abeledo Perrot, 2º Ed., pág.17). En nuestro país ha sido receptado en el art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor incorporado a través de la Ley N° 26.361, el cual sigue vigente como legislación complementaria de la Ley N° 26.994 que deroga el Código de Vélez Sarsfield, habiéndose señalado que 'los daños punitivos tal como son legislados en el régimen de defensa de los consumidores consisten en un adicional que pueden concederse al perjudicado por encima de la indemnización de los daños y perjuicios que pudiera corresponder' (Mosset Iturraspe, J. - Wajtraub, J., Ley de defensa del Consumidor, Ley N° 24.240 (modif. por Leyes N° 24.568, N°

24.787, N° 24.999 y N° 26.361, Rubinzal-Culzoni Editores. Reimpresión, 2010, pág. 279). En segundo lugar, destaco también que las notas tipificantes para su procedencia son las siguientes: '1) la gravedad de la falta, 2) la situación particular del dañador, especialmente en lo atinente a su fortuna personal; 3) los beneficios procurados u obtenidos con el ilícito, 4) la posición de mercado o de mayor poder del punido, 5) el carácter antisocial de la conducta, 6) la finalidad disuasiva futura perseguida, 7) la actitud ulterior del demandado, una vez descubierta su falta, 8) el número y nivel de empleados comprometidos en la conducta del mercado, y 9) los sentimientos de la víctima, etc.' (Pizarro, Daniel R., *Daños Punitivos en: Derechos de Daños, Homenaje al Profesor Félix Trigo Represas*, La Roca, Buenos Aires, 2000, pág. 301)".

VII. Conclusión

Por las razones esgrimidas, se podría concluir:

- Nos parece errónea la interpretación arribada en los casos bajo análisis, en orden a una falta de encuadramiento en el art. 116. C.N.

- La Ley federal N° 13998/50, de manera categórica, determina la competencia federal en materia aeronáutica.

- Si bien lo que se pretende en los casos analizados, es un resarcimiento por daños y perjuicios, estamos en presencia de una causa predominantemente federal, por tratarse de hechos acaecidos durante la vigencia de un contrato de transporte aéreo de pasajeros, ya sea en el ámbito nacional o internacional; materia atribuida al Congreso de la Nación (art. 75 inc. 13 C.N.).

- Cuando se pretenda el resarcimiento de daños y perjuicios que involucren rubros comprendidos en el Derecho Común (lucro cesante, daño moral, daño emergente, etc.), o alcanzados por normas de protección a los consumidores (daños punitivos), y que dicho caso sometido bajo el juzgamiento jurisdiccional, contemple situaciones comprendidas en la legislación aeronáutica nacional y/o internacional, se deberá aplicar la concurrencia de los ordenamientos jurídicos especiales en pugna, logrando a través de la integralidad y la armonización, la solución del caso con una reparación integral, acorde a derecho y justa.

- La LDC si bien contiene normas protectoras y correctoras que vienen a complementar o a concurrir –no a sustituir– el ámbito de la protección a los consumidores de carácter general, la normativa aeronáutica a nivel nacional e internacional, también protegen a los pasajeros, en forma específica y de acuerdo a la realidad de la actividad del servicio.



El derecho de autor en la música

Breve reseña

ABG. VERÓNICA NAVARRO

“Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora” DUDH, Art. 27, inc.2.

I. Introducción

Antes de comenzar a desarrollar el tema escogido, sobre el que nos apasiona siempre incursionar y aprender –específicamente el Derecho de Autor referido a la música–, deberemos hacer una breve referencia a lo que llamamos Propiedad Intelectual. Es la metodología que empleamos con nuestros alumnos de Derecho cuando enseñamos este tema tan importante y a la vez complejo.

Podríamos decir que llamamos **Propiedad Intelectual** (haciendo una similitud con el derecho de propiedad que existe sobre bienes materiales) al conjunto de derechos que pertenecen a los autores y a otros titulares (artistas, productores, etc.) respecto de las obras fruto de su creación.

El hombre, un ser social por naturaleza, se expresa de múltiples maneras: la música es una de ellas. Cuando un autor crea una obra está poniendo en ella su esencia, parte de su ser, sus emociones, su estado de ánimo, sus vivencias, su intimidad y su genio.

Desde nuestra experiencia como asesores de propiedad intelectual en dos Estudios de Producción Musical, observamos que la creación de una obra musical es una moción que **sale de las entrañas del autor**, “es la parte más íntima o esencial de una cosa o asunto”, es “voluntad, afecto del ánimo”¹.

¹ Definición según el Diccionario de la Real Academia Española.

Por ello consideramos al derecho de autor inseparable de su personalidad. Es el derecho más legítimo y auténtico, ya que el autor mismo vuelca en esa obra su interioridad y es su aporte a la cultura del pueblo en el que vive.

“La participación significativa en la vida cultural y la utilización de los beneficios del progreso científico sólo son posibles si existe una protección efectiva de los derechos de autor y una conservación adecuada de la herencia cultural”, aporta Vladimir Kartashkin².

Necesario es aclarar que este derecho tiene un componente extrapatrimonial o moral, pero también convive con el aspecto patrimonial, ya que como veremos más adelante, el autor puede disponer de su obra y realizar cualquier negocio jurídico respecto de ella.

Hay **dos corrientes o líneas que regulan el derecho de autor en diferentes países:**

1.- **El Derecho Anglosajón:** Que se centra en el aspecto patrimonial o económico, permitiendo la compra y venta de los derechos; es también llamado Copyright. Lo aplican países como Canadá, EEUU e Inglaterra.

2.- **El Derecho Romano:** Que se centra en proteger también el otro aspecto, el moral o extrapatrimonial; prohibiendo cualquier tipo de afectación del mismo. Es el sistema jurídico que se aplica en nuestro país, en la mayoría de América Latina, en muchos países de Europa, Asia y África.

II. Regulación Internacional

Es vasta la protección que recibe el derecho de autor como un derecho humano que contribuye al desarrollo cultural de cada sociedad, de cada pueblo, al derecho a expresarse y en esta época, a la incursión en las nuevas tecnologías, especialmente internet, que muchas veces hacen complejo o dificultoso el acatamiento de las leyes.

Este escenario plantea un nuevo desafío a los autores como creadores, constructores y agentes culturales, poniendo en cuestionamiento su carácter de derecho humano, por los numerosos actos que ponen en peligro la creación autoral, como la piratería que avanzó a pasos agigantados y pareciera casi imposible eliminar.

² Consejero especial de la ONU, nacido en la ex Unión Soviética.

Bien decía el gran autor francés Yves Gaubiac:

“Las obras musicales, literarias y artísticas cayeron en el universo digital sin una verdadera preparación a los titulares de los derechos (...) Su entrada en dicho universo fue estrepitosa y brutal. El fenómeno de la clonación, tan conocido en el nuevo universo, no lo era en el análogo donde, para realizar copias de calidad, la reproducción dependía de un master, y se sabía que la copia privada era limitada pues siempre era necesario tener a disposición un soporte original, dado que la copia de una copia se convirtió rápidamente de poco interés, puesto que iba perdiendo aceleradamente la calidad de origen”³.

II.1. Tratados Internacionales de raigambre Constitucional

1. Declaración Universal de los Derechos Humanos

Adoptada en 1948, ya en su Preámbulo dice que la misma se proclama

“a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados Miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción”.

Su art. 27 es categórico:

“1. Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora”.

³ Interopérabilité et droit de propriété intellectuelle, RIDA, 1/2007, pág. 93.

2. *Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre*

Aprobada en Bogotá, Colombia en 1948; en su Art. XIII expresa que

“Toda persona tiene el derecho de participar en la vida cultural de la comunidad, gozar de las artes y disfrutar de los beneficios que resulten de los progresos intelectuales y especialmente de los descubrimientos científicos. Tiene asimismo derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de los inventos, obras literarias, científicas y artísticas de que sea autor”.

3. *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*

Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, refleja la misma protección en su art. 15:

“1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a: a) Participar en la vida cultural; b) Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones; c) Beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora. 2. Entre las medidas que los Estados Partes en el presente Pacto deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho, figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura. 3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora. 4. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen los beneficios que derivan del fomento y desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas y culturales”.

4. *Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)*

Suscripto en San José de Costa Rica en 1969, en su Preámbulo establece principios generales entre los que se encuentra comprendido el derecho de autor:

“Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos; Considerando que estos principios han sido consagrados en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos que han sido reafirmados y desarrollados en otros instrumentos internacionales, tanto de ámbito universal como regional.

Reiterando que, con arreglo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos...”

5. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*

Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), en 1966; en su

“Art. 2, inc. 2.: Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter”.

Todos estos derechos están incorporados a Constitución Nacional en el Art. 75, inc.22; a la legislación penal y a la civil en la Ley N° 11.723 del año 1933 (que no se encuentra derogada) y sus modificatorias.

Creación de la OMPI

La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual es un organismo de las Naciones Unidas que se estableció en el año 1967, y del que nuestro país es uno de los 193 Estados Miembros que tiene como función brindar servicios, información, cooperación y resolución eventual de controversias en materia de Propiedad Intelectual. Tiene su sede en Ginebra, Suiza.

III. Protección Constitucional. Marco Legal del Derecho de Autor en Argentina: Ley N° 11.723 y modificatorias

¿Qué normas aplicamos en Argentina respecto del derecho de autor?

a) En primer lugar, nuestra Constitución Nacional, en su art. 17 establece la inviolabilidad de la propiedad, y consideramos que el derecho de autor, es un derecho de propiedad por su esencia misma.

b) **Ley N° 11.723 de Propiedad Intelectual**, del año 1933, que explicitaremos muy brevemente más adelante.

c) **Ley N° 24.425** de 1994, que aprueba el Acuerdo general sobre aranceles y comercio (GATT), y el Acuerdo de Marrakech, por el que se establece la Organización mundial del comercio (ADPIC), ambos del mismo año. Estos Acuerdos contienen en su articulado normas de protección de los derechos de autor similares a los ya mencionados.

d) **Ley N° 25.140** de 1999, que aprueba el Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas, (adoptado en Berna, Suiza en 1886, el Tratado de la Organización mundial de la propiedad intelectual (OMPI) sobre interpretación o ejecución y fonogramas y el Tratado de la Organización mundial de la propiedad intelectual (OMPI) sobre derecho de autor.

e) **Ley N° 22.195**, de 1980 que aprueba el convenio de París para la protección de la propiedad intelectual, del año 1967.

f) **Disposiciones del Derecho Común**; así lo establece la Ley N° 11723 en su art 12, siempre bajo las condiciones y limitaciones de la presente.

Haremos un recorrido muy breve de la Ley N° 11.723:

¿Qué obras son protegidas?

El **art. 1** hace una enumeración enunciativa:

“A los efectos de la presente Ley, las obras científicas, literarias y artísticas comprenden los escritos de toda naturaleza y extensión, entre ellos los programas de computación fuente y objeto; las compilaciones de datos o de otros materiales; las obras dramáticas, composiciones musicales, dramático-musicales; las cinematográficas, coreográficas y pantomímicas; las obras de dibujo, pintura, escultura, arquitectura; modelos y obras de arte o ciencia aplicadas al comercio o a la industria; los impresos, planos y mapas; los plásticos, fotografías, grabados y fonogramas, en fin, toda producción científica, literaria, artística o didáctica sea cual fuere el procedimiento de reproducción. La protección del derecho de autor abarcará la expresión de ideas, procedimientos, métodos de operación y conceptos matemáticos pero no esas ideas, procedimientos, métodos y conceptos en sí” (Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 25.036, B.O. 11/11/1998).

Esta disposición refiere a que un músico puede crear una obra referida a una temática particular; y esto no impide que otros músicos adopten esa misma temática en sus temas musicales, pero lo que no pueden hacer es tomar las mismas y exactas características porque aquí se afectaría lo que nos dice la norma más arriba; “la expresión de ideas, etc.”.

La enumeración es ejemplificativa, ya que de acuerdo a las nuevas tecnologías serán protegidas las obras intelectuales que en el futuro sean creadas, las páginas web, las obras multimedia y por supuesto, los contratos referidos a todas estas obras.

¿Qué facultades otorga la referida Ley al autor?

Según reza el art. 2

“El derecho de propiedad de una obra científica, literaria o artística, comprende para su autor la facultad de disponer de ella, de publicarla, de ejecutarla, de representarla, y exponerla en público, de enajenarla, de traducirla, de adaptarla o de autorizar su traducción y de reproducirla en cualquier forma”.

Referido a esto, el **Decreto N° 8.478** del 08/10/1965 “obliga a exhibir la autorización escrita de los autores en la ejecución de música nacional o extranjera en público”.

El **art. 3** inserta la figura del editor de una obra;

“Al editor de una obra anónima o seudónima corresponderán con relación a ella los derechos y las obligaciones del autor, quien podrá recabarlos para sí justificando su personalidad. Los autores que empleen seudónimos podrán registrarlos adquiriendo la propiedad de los mismos”.

¿Hay limitaciones a estas facultades del autor?

La norma del **art. 10** es clara:

“Cualquiera puede publicar con fines didácticos o científicos, comentarios, críticas o notas referentes a las obras intelectuales, incluyendo hasta mil palabras de obras literarias o científicas u ocho compases en las musicales y en todos los casos sólo las partes del texto indispensables a ese efecto. Quedan comprendidas en esta disposición las obras docentes, de enseñanza, colecciones, antologías y otras semejantes. Cuando las inclusiones de obras ajenas sean la parte principal de la nueva obra, podrán los tribunales fijar equitativamente en juicio sumario la cantidad proporcional que les corresponde a los titulares de los derechos de las obras incluidas”.

Lo importante aquí son los parámetros que fija la ley: en nuestro caso relativo a la música “hasta ocho compases”. Estos ocho compases pueden ser muy poco si se trata de una obra instrumental sinfónica, pero pueden quizá llenar una parte pegadiza de un tema musical. Por eso, este derecho de cita deberá siempre limi-

tarse a la parte indispensable, con el propósito de analizar, revisar o criticar la obra y con fines didácticos o científicos, como fija la norma.

¿Cuál es la duración del derecho de autor?

Nos referimos ya al **art. 5** que ha sido **sustituido por el art. 1 de la Ley N° 24.870** del año 1997:

“La propiedad intelectual sobre sus obras corresponde a los autores durante su vida y a sus herederos o derechohabientes hasta setenta años contados a partir del 1 de enero del año siguiente al de la muerte del autor. En los casos de obras en colaboración, este término comenzará a contarse desde el 1 de enero del año siguiente al de la muerte del último colaborador. Para las obras póstumas, el término de setenta años empezará a correr a partir del 1 de enero del año siguiente al de la muerte del autor. En caso de que un autor falleciere sin dejar herederos, y se declarase vacante su herencia, los derechos que a aquél correspondiesen sobre sus obras pasarán al Estado por todo el término de Ley, sin perjuicio de los derechos de terceros”.

¿Cómo se registra una obra musical?

En Argentina existe la Dirección Nacional Del Derecho De Autor (DNDA) que depende del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Allí se puede registrar una obra inédita, una obra publicada, así como los contratos a que ellas se refieran, seudónimos, declaraciones juradas entre otros servicios. Al tener una fecha cierta de Registración, el Estado otorga una presunción de autoría sobre esa obra. En forma gratuita se puede registrar la primera canción del autor mediante TAS, trámites a distancia, cumpliendo con los requisitos exigidos.

Más en www.jus.gob.ar/derecho-de-autor-aspx.

¿Cómo se cobra el derecho de autor?

Existen en nuestro país entidades de gestión colectiva que se encargan de gestionar estos pagos. Son:

SADAIC: Sociedad Argentina de Autores y Compositores. A los autores que registren en esta institución sus obras (eventualmente pueden asociarse a

ella), perciben lo que les corresponde por derecho de autor, por la utilización de sus obras musicales, sean nacionales o extranjeras.

Mencionamos otras entidades que coexisten en este universo de la música:

AADI: Asociación Argentina de Intérpretes. Los intérpretes gestionan el cobro de sus interpretaciones en sus diversas categorías, sea intérprete principal o músico sesionista y todo lo que tenga que ver con su derecho.

AADI – CAPIF: Tanto AADI como la Cámara Argentina de Productores de Fonogramas y Videogramas, conforman una entidad que tiene como función recaudar por los derechos de comunicación pública de obras ya grabadas.

Más en www.sadaic.org.ar www.aadi-interpretes.org.ar, www.aadi-capif.org.ar.

IV. El impacto de las nuevas tecnologías. Conclusiones

Es innegable el impacto que en el mundo de la música ha producido el avance y la utilización de nuevas tecnologías, especialmente internet. Hay nuevos formatos para contener las obras musicales, novedosas formas de contratación (licencias), el surgimiento de Plataformas Virtuales como Streaming, transmisiones en vivo o live de *Instagram* o *Facebook* y las llamadas Tiendas Digitales. Dentro de éstas mencionamos necesariamente a los gigantes: YouTube, que surgió allá por el 2005, Spotify en 2015, Amazon fue fundada en 1994 y en la actualidad ofrece desde ropa, accesorios, tecnología, y en *Amazon Music* ofrecen CD de música, etc., *Pandora Premium*, *Sound Cloud*, *Deezer*, que es una plataforma francesa, *Apple Music*, *Google Play Music*, *Tidal*, y la más rentable *Napster*, que genera más ganancias a los artistas por single que suben a su red, liderando las plataformas de música digital como sitio de venta de archivos de música y ahora de *streaming*, con un modo de registración para sus usuarios similar a *Spotify*, uno gratuito y otro *premium*.

Este contexto ha abierto un escenario que, para los músicos, autores, compositores, productores, implica un gran desafío: en primer lugar, adecuarse a lo “nuevo” y, en segundo lugar, estar muy atentos a los espacios que se generan ya que muchas veces la norma entra en conflicto con la realidad que se vive y se palpa en el día a día al asesorar a los músicos en este tema que para ellos y para nosotros, resulta un universo aún complejo.

Se hace difícil comprobar la titularidad de los derechos en este panorama mundial debido a que muchas veces se suben temas musicales sin ningún tipo de registro.

Mientras esto suceda tendremos problemas en probar el derecho de autor en la música, por lo que deberemos reformular la legislación, tanto nacional como internacional.

Hay que repensar la figura del autor ya que hay un ideal de él muy romántico. Desde el marco filosófico no se contempla el derecho como tal y son los monopolios quienes gobiernan sus derechos.

Este momento donde reina internet, mucho más en este tiempo de pandemia donde la virtualidad es preponderante en la comunicación y transmisión de contenidos, el derecho de autor, así como está formulado es inviable. También hay que examinar el tema de las licencias ya que ha cambiado la forma de compartir, de colaborar; en definitiva, es imperioso adaptarnos a esta nueva situación global.

Resulta necesaria en estas instancias la formación; es indispensable porque advertimos en el desarrollo de nuestro trabajo en el Estudio de Producción Musical, la falta de información y conocimiento de los autores músicos respecto de sus derechos, de la forma de defenderlos, de la manera de protegerlos.

Como parte de nuestra sociedad, y como agentes de propiedad intelectual, más en esta vocación del ejercicio de la docencia universitaria; aquellos que nos encontramos inmersos en esta tarea de brindar asesoramiento jurídico a músicos, autores, productores, editores, de confeccionar diversos tipos de contratos, de fijar parámetros dentro de la norma legal que los ampare, tenemos el deber de educar, informar, enseñar. Por esta misma razón que referíamos al principio: el Derecho de Autor es un derecho humano, protegido por numerosos Tratados Internacionales con jerarquía Constitucional, además de la legislación nacional mencionada y que sólo ha sido expuesta en una muy pequeña parte.

Para finalizar, creemos que por el sólo hecho de ser persona, nadie debería quedarse privado de esta protección ni desprovisto de los mecanismos que las leyes otorgan para el resguardo de sus derechos humanos, sociales y culturales.

“Es deber del hombre ejercer, mantener y estimular por todos los medios a su alcance la cultura, porque la cultura es la máxima expresión social e histórica del espíritu” (Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Preámbulo, 4to párrafo).

Dedico este trabajo a mi hija Josefina, mi gran compañera en mis proyectos y trabajos.



Salud y economía

ABG. MARÍA EUGENIA RIVEROS

I. Objetivos del trabajo

El objetivo del presente trabajo consistirá en estudiar la vinculación que existe entre el Derecho a la Salud que tenemos todos los individuos, y la economía tanto de cada uno de nosotros, como también del Estado; las medidas adoptadas por el Gobierno de distintos países– especialmente Argentina– en lo referente a la regulación de los precios de los medicamentos; el mercado de productos farmacológicos; fármaco-economía; resultando necesario para su mayor comprensión y análisis aportar el concepto de medicamentos, su regulación legal, autoridades de fiscalización y control de los mismos.

II. Derecho a la Salud. Noción previa

El Derecho a la Salud constituye uno de los derechos fundamentales del individuo; tal es así, que nuestra Constitución Nacional siempre lo ha receptado, ya sea de modo implícito o expreso. En este sentido antes de la reforma del año 1994, fue tratado de modo implícito en: 1– El preámbulo al establecer: “Promover el bienestar General...”, 2– Como derecho implícito en su art. 33 (incorporado en 1860), 3– El art. 67 inc. 11 (hoy art. 75 inc. 12). Después de la reforma constitucional del año 1994 lo encontramos de modo expreso en los arts. 41 y 42.

Más allá de la protección que nuestro ordenamiento jurídico interno da a este derecho fundamental, encontramos que a nivel internacional también está amparado, así vemos la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948, art. 25; en la Convención Americana de Derechos del Hombre de 1948,

art. XI; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, art. 12; y la Convención de los Derechos del Niño de 1989, art. 24.

Así también es receptado por la mayoría de las Constituciones Provinciales, como ser la de San Juan, en su art. 43, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la cual en su Capítulo 2 Título 2; art. 20 y 21 hace referencia a este derecho al brindar un concepto amplio de salud– art. 20– y al establecer los lineamientos de la Ley Básica de Salud–art. 21–.

Además de todas estas normas que lo regulan, encontramos leyes especiales relativas al tema, tales como: Ley de Sangre, de los Derechos del Paciente, Seguro de Salud, regímenes público y privado de coberturas, Ley de donación de órganos, entre otras.

Con lo dicho precedentemente no cabe duda que el rol del Estado frente a este Derecho es fundamental e imprescindible, pues él es el primer responsable de respetarlo y protegerlo, realizando así la salud de todos los individuos estableciendo mecanismos de prevención, solución y control; por lo que constituye una función esencial del Estado.

III. Incidencia de los medicamentos en la sociedad

De lo dicho hasta aquí vemos el carácter de social que adquieren los productos farmacológicos por estar vinculados a la Salud Pública.

En este orden de ideas, es que se justifica el intervencionismo del Estado en el mercado farmacéutico, siendo sus principales objetivos limitar las denominadas fallas de mercado presentes en este sector, y reducir la brecha de equidad social en el acceso a los medicamentos esenciales.

Todas las personas en algún momento de su vida consumen productos medicinales, entendiendo por estos a: “Toda preparación o producto farmacéutico empleado para la prevención, diagnóstico o tratamiento de una enfermedad o estado patológico, o para modificar sistemas fisiológicos en beneficio de la persona a quien se le administra”¹. Así la Organización Mundial de la Salud ha establecido que las enfermedades se previenen, se diagnostican y se curan en un 74% con medicamentos.

¹ Art. 5 de la Ley N° 25.649.

3.1. El fármaco como medio para proteger la salud

Sin embargo, a menudo, en la cadena de elaboración y comercialización de los mismos, se deja de lado el carácter de cosa riesgosa con el que cuentan los fármacos; así, un medicamento que no reúne todos los requisitos o que fue mal conservado puede provocar grave daño a la salud del consumidor.

Por esto, se hace necesario la creación de normas específicas que regulen las distintas relaciones y responsabilidades derivadas de la elaboración y comercialización de medicamentos, resultando imprescindible la creación de una autoridad de aplicación encargada de controlar el cumplimiento de las reglamentaciones y sancionar en caso de inobservancia a la norma; esta autoridad a nivel nacional en nuestro país es la denominada Administración Nacional de Medicamentos Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT) –organismo descentralizado perteneciente a la órbita del Ministerio de Salud–.

3.2. Fármaco desde el punto de vista económico

Desde el punto de vista económico, los fármacos son productos inventados, creados, publicitados y difundidos que generan una importante industria que expande sus efectos económicos sea por la mano de obra que ocupa, la concentración y flujo de capitales, la competencia entre las grandes marcas, etcétera. Es decir, es una empresa con un claro fin económico dentro y/o fuera de un país. Por ello no es extraño que mercados que comercializan bienes y servicios vinculados a la salud no siempre prioricen el valor vida, humanidad y/o no cumplan con los elementos que definen a un mercado como competitivo y comprometido con el medio; por lo que la existencia de monopolios, oligopolios y la violación al deber de información cada vez es mayor en este ámbito mercantil.

IV. Paciente y economía

Teniendo en cuenta que por consumidor se entiende a toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza productos o servicios como destinatario final, es que podemos encuadrar a los pacientes en esta categoría. Debiendo así, protegerlos de las deficiencias que el mercado de los productos medicinales presenta.

Es clara la relación que existe entre Derecho y Economía, no podemos juzgar a un instituto sin atender su aspecto económico, mucho menos cuando se trata de un bien de carácter social.

Encontramos en este ámbito la denominada “Fármaco- economía” que es una herramienta financiera y médica que facilita la descripción y el análisis de los costos de la terapia con fármacos en los sistemas de atención en salud; de ahí que, sugerir que las decisiones medicas están alejadas de consideraciones económicas, representa falta de conocimiento en la complejidad del manejo del paciente: Por esto, cuando el médico rechaza la evaluación de las consecuencias económicas de su práctica clínica no protege la integridad total de sus pacientes, cuando menos en el largo plazo².

Resulta que muchas veces los médicos se ven tentados de recetar fármacos o tratamientos innecesarios o ineficaces sin atender a la situación económica del paciente, ya que se ven influenciado por factores ajenos al Derecho a la Salud, como ser beneficios económicos que los laboratorios les otorgan, los que se traducen, por ejemplo, en invitaciones a congresos totalmente pagos por estos, incluyendo pasajes, estadía, comida, inscripción, incluyendo parte de turismo.

Esta especial relación que se genera entre los laboratorios de productos medicinales y los profesionales de la salud, se traslada de un modo directo e inevitable a la relación médico-paciente, pues cuando una persona concurre al consultorio médico, en la mayoría de los casos, el médico le recetará un medicamento que pertenece a una determinada marca comercial; este actuar se ve por ejemplo cuando el médico le da al paciente muestras médicas que el visitador médico le dejó. Quien es a su vez el nexo entre el laboratorio y el médico es el visitador médico, y el encargado de dar publicidad y promoción al producto medicinal.

De este modo vemos como uno de los derechos fundamentales de los individuos, como es el Derecho a la Salud, puede quedar totalmente vulnerado ante el interés lucrativo e individualista de los profesionales de la salud.

Por esto podemos decir que nos encontramos ante un mercado que se desarrolla en un campo particular, donde coexisten por un lado el valor vida y salud, y por otro lado el interés lucrativo e individualista de las personas que integran la denominada “Empresa Médica”.

² EISENBERG JM: Clinical economics: a guide to the economic analysis of clinical practices. JAMA 1989; 262:2879-86.

No podemos dejar de hacer referencia al art. 42 de nuestra Constitución Nacional, el cual establece:

“Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control”.

V. El precio de los medicamentos y la regulación Estatal

Cabe preguntarnos, ¿existe alguna base a partir de la cual se fija el precio del medicamento?, en su caso, ¿Quién determina la base?, ¿quién es el encargado de controlar que los precios de los medicamentos sean racionales y acorde al producto que se ofrece?, ¿existe en nuestro País control Estatal al respecto?

Numerosas dudas surgen al momento de tratar la regulación de los precios de los medicamentos en la Argentina, pues nos encontramos ante un País ajeno totalmente a la regulación y control de los precios de medicamentos.

Sin embargo, este tema reviste gran importancia, pues se relaciona de modo directo con el acceso de la población a los medicamentos.

5.1. Regulación de los precios farmacéuticos

Es menester aclarar que, la regulación de los precios de productos farmacéuticos puede darse de distintas formas:

- **Precio basado en el coste de producción:** Tiene en cuenta la suma del costo de producción del producto, sumando a esta suma un beneficio (Costo de producción + beneficio= Precio).

- **Regulación de la tasa de retorno (RTR):** El regulador es el que fija la tasa de beneficio de acuerdo a la característica de cada empresa y su actividad innovadora. Pero la tasa de beneficio solo se fija para las ventas destinadas a las empresas del Servicio Nacional de Salud. El único lugar donde se aplica es en Reino Unido (Característica de la empresa + innovación= Precio).

- **Precios de referencia externos o internacionales:** Nos encontramos con un mecanismo carente de toda base económica y lógica, pues se basa en los precios vigentes en un conjunto definido de otros países. Resulta sus efectos totalmente relativos, pues dependerá de muchos factores, como ser los países elegidos.

- **Precio basado en el valor:** El valor se fija, tomando en consideración el coste del tratamiento de la correspondiente indicación en el momento de la comercialización del producto y, el valor terapéutico o económico adicional que aporta dicho producto en relación a los existentes (Coste de tratamiento + valor económico adicional o terapéutico= Precio).

De lo dicho anteriormente, podemos concluir que la regulación de la tasa de retorno (RTR), nada favorece a la producción, pues las empresas se verán obligadas a bajar sus costos de producción para bajar así el precio del producto, ya que existe una relación directa entre precio y costo de producción, a mayor costo de producción mayor precio y a la inversa. Por lo que la aplicación de este método de regulación no resultaría eficaz al sistema, ya que además de desalentar la producción, podría repercutir también en la calidad del producto, las empresas tratarán de reducir costos de producción mediante la utilización de materias primas y elementos de producción de menor calidad.

Entiendo que una buena forma de regular el precio de los medicamentos que implique un incentivo a la producción es, fijando un precio inicial, un valor a partir del cual todo el excedente constituya beneficio para su productor; de este modo si bien las empresas tratarán de producir con menores costos (a fin de obtener mayores beneficios), no necesitarán una disminución tan significativa que implica reducción de calidad, sino más bien atendiendo a las distintas técnicas o sustituibilidad.

5.2. Precio único o precios múltiples

En todo mercado donde existe competencia perfecta, el precio estará determinado por el libre juego de la oferta y la demanda, tal como el modelo sostenido por Alfred Marshall, si la demanda supera la oferta el precio será mayor, pero cuando la oferta supere a la demanda el precio será menor.

Sin embargo, en este mercado tan particular de los medicamentos, no solo ha de atenderse a la oferta y demanda sino también a la economía de los consumidores, pues una misma empresa puede fijar varios precios dependiendo de quién es su destinatario final.

Además, no debemos perder de vista, que en este tipo de mercado se encuentra en juego el derecho de las personas al acceso de los medicamentos, resultando éstos de carácter necesarios para todas. Por lo que la fijación del precio en este ámbito reviste especial complejidad, más aún si tenemos en consideración que muchas veces no existe para una marca comercial más competencia que el medicamento genérico.

Se ha sostenido la posibilidad que tiene un monopolista de fijar distinto precio para un mismo producto; la determinación del precio tendrá en cuenta la economía de los consumidores, así un medicamento tendrá un precio mayor si el consumidor cuenta con mayores ingresos económicos, y al revés, a menor ingreso menor precio. De este modo existe mayor equidad que si se estableciera un precio único sin atender a la riqueza de la persona que pretende acceder a él.

Entiendo que la fijación de precios múltiples resulta más adecuada que la de precio único, esta discriminación en el precio se encuentra plenamente justificada con la equidad y con el derecho que le asiste al paciente de acceder a medicamento.

La forma de realización de la política económica de precios múltiples es a través de proceso de sucedáneos o subsidios.

5.3. Control Estatal del precio

Nuestro País no cuenta con una regulación clara y específica que determine el método por el cual se fijan los precios de los medicamentos, existiendo al respecto un vacío legislativo importante. Siendo los mismos determinados de

forma arbitraria por el Gobierno o por la empresa, lo cual pone de resalto la deficiencia que existe en materia de acceso de la población a los medicamentos. Sin embargo, en varios Países se han establecidos regímenes regulatorios transparentes. Encontramos aquí el caso de Colombia, por ejemplo.; el que cuenta, desde el año 1994, con una Comisión Nacional de Precios de Medicamento, y con la existencia de tres regímenes regulatorios distintos: * libertad vigilada * libertad regulada y * control directo. Años después, en el 2011, se incorporaron dos procedimientos de seguimiento de precios: * precio de referencia nacional (cuando existan tres o más oferentes) y* precio de referencia internacional (cuando existan menos de tres oferentes).

Muchos países han optado por controlar precios de forma directa. Pero para ello recurrieron a diversos métodos: fijación basada en el costo (por ejemplo: España), fijación basada en el beneficio empresarial obtenido (Francia e Inglaterra), fijación de precios menores para medicamentos repetidos o me too (Suecia, Francia y Brasil); por comparación a nivel internacional (en casi todo Europa, en Brasil y en México), fijación por volumen de venta (en Inglaterra), congelamiento de precios (Alemania, España, Italia e incluso Venezuela y Panamá lo han usado), requisitos de actuación positiva en términos de exportaciones, empleo, inversión en I&D (por ejemplo Inglaterra y Canadá han avanzado en este sentido)³.

Entiendo, tal como lo manifiesta Puig-Pujoy, que si bien la regulación del precio teniendo en cuenta los valores del mercado internacional ha resultado positiva, cuando el objetivo es promover el acceso, advierto que, esta carece de sustento si nos encontramos con un mercado monopólico que se lleva la mayoría del gasto, además al carecer de competencia no encuentra obstáculo alguna a una fijación arbitraria del precio, a menos que existan importaciones paralelas o las licencias compulsorias de patentes.

VI. Genéricos vs. Laboratorio

La política de los 90 se basó en la liberación de los precios de los fármacos, tanto del producto final como de los procesos de formación de aquellos, promovién-

³ TOBAR, FEDERICO; DRAKE, IGNACIO AND MARTICH, EVANGELINA. Alternativas para la adopción de políticas centradas en el acceso a medicamentos. Rev Panam Salud Publica. 2012, vol.32, n.6, pág. 457-463.

dose así la competencia de productos mediante la utilización de los medicamentos por su nombre genérico.

Sin embargo, con la crisis del año 2001–2002 que atravesó nuestro País, se generó un debate amplio respecto de la producción pública de medicamentos, lo que lleva a considerar el contexto vinculado con la generación de nuevas drogas, de alta inversión y mayor desafío en el financiamiento futuro de los medicamentos.

Se llega así, con la finalidad de ampliar el ámbito de ejercicio del derecho a la libre elección de medicamentos, y con el objetivo que los laboratorios produzcan en el país aquellos medicamentos sobre los que pretendan una patente; es que se sanciona en el año 2002 la Ley N° 25.649 denominada “Ley de Prescripción de Medicamentos por su Nombre Genérico”, más conocida como “Ley de Genéricos”, reglamentada a través del decreto N° 987/2002.

Esta ley se dicta en el marco de la emergencia social, económica y sanitaria que estaba atravesando nuestro país. Así, el 9 de enero del 2002, se decreta la Emergencia Sanitaria, cuya política en el área de los medicamentos perseguía como objetivos lograr una mayor equidad, dándole la oportunidad a toda persona de acceder a aquellos servicios sanitarios y sociales necesarios para garantizar la salud, mejorar el acceso de todos a los medicamentos, garantizar la calidad de los fármacos, la regulación de los precios y acercar el medicamento a la población carentiada.

Esta ley impacto directamente sobre la producción y venta de los laboratorios, pues impone a los médicos y odontólogos la obligación de prescribir en la receta el nombre genérico del medicamento, el cual entiendo como “toda especialidad medicinal, aprobada por la autoridad regulatoria local, cuyo principio activo, forma farmacéutica, dosis y forma de administración es idéntica a otra innovadora también aprobada por la autoridad regulatoria, cuya eficacia y seguridad ha sido debidamente establecida y cuya patente se encuentra vencida”⁴, lo cual implica que el médico y odontólogo ya no receta un fármaco de un laboratorio determinado como ser “ACTRON 400mg–BAYER” sino el nombre genérico “IBUPROFENO 400mg”. Asimismo, la ley prevé una sanción para el caso de incumplimiento de esta obligación, la cual consiste en la nulidad de la receta, siendo el encargado de verificar su validez el farmacéutico; pues la men-

⁴ Art. 4 inc. a) de la Ley N° 25.649– Promoción de la utilización de medicamentos por su nombre genérico.

cionada Ley en su art. 7 le impone el deber de corroborar que la misma contenga el nombre genérico.

Además, la Ley faculta a los farmacéuticos –teniendo en cuenta el listado de medicamentos autorizados y comercializados– a “sustituir por” o a dispensar “una especialidad medicinal de menor precio, con igual principio activo, concentración, forma farmacéutica y equivalencia de cantidad de unidades” (art. 2° párrafos 2° y 3°).

A pesar de los intentos normativos de lograr un mejor acceso a los medicamentos y proteger de este modo el Derecho a la Salud, en Argentina, en un primer momento, las asociaciones profesionales de médicos, de farmacéuticos y la población entendieron que era una medida favorable para su salud y para su economía. Se dieron excelentes condiciones que viabilizaron la política de utilización de medicamentos por su nombre genérico. La recesión económica sostenida sumada a una regulación insuficiente condujo a todos los actores del sector a una situación insostenible. Al mismo tiempo que las necesidades sanitarias crecían, el consumo disminuyó y las ventas de laboratorios, mayoristas y minoristas se retrotrajeron.

Desde el momento de su sanción hasta hoy ha caído el grado de cumplimiento y la realidad es que hoy en día casi ni se cumple.

En una nota que Ginés González García (autor de la Ley) dio a Infobae a principios de este año, manifestó:

“En su momento fue impresionante. Generó una disminución del precio de los medicamentos. Frenó notablemente la suba en un momento inflacionario de la Argentina y recuperó muchísimo el acceso de la gente. El único que elegía el medicamento era el médico, con la política de prescripción por nombre genérico lo hizo el paciente”.

En una nota publicada por la Nación en Julio de este año, se dio a conocer que la ley en la actualidad cayó en desuso y que sólo una de cada cuatro recetas cumple con ella. En la nota se informa que mientras que, al año siguiente de la sanción de la ley de prescripción por nombre genérico, 2003, el 71 por ciento de las prescripciones llegaba al mostrador de la farmacia con el nombre genérico, hoy ese porcentaje no supera el 25 por ciento. La mayoría de los médicos indica la

marca que hay que comprar. Estos datos se establecieron en base a un relevamiento del diario en farmacias de Buenos Aires.

Por otro lado, cabe resaltar que, si bien los medicamentos genéricos, se encuentran en el mercado y los farmacéuticos y empleados de la farmacia lo ofrecen a los consumidores, muchas veces los consumidores no los prefieren; esto se debe a que las diferencias entre los medicamentos de marca comercial y los genéricos son en muchos casos considerables. Pues el consumo de genéricos, en algunos casos, no alcanzan los efectos logrados por los medicamentos de determinados laboratorios, lo cual se debe a distintas deficiencias que se suelen presentar en su elaboración, conservación, etcétera. Por lo que la política que el Estado trató de implementar, no alcanzó ni alcanza en la actualidad su cometido, porque el mismo no cumplió debidamente la fiscalización que debería realizar durante la etapa de elaboración de los genéricos, y porque la regulación resultó ser insuficiente.

En este sentido, en el diario La Nación, 4 de agosto de 2014, se publicó que:

“Hay una población cautiva de un sistema, pero también hay viejas costumbres que lo consolidan: desconfianza de los pacientes en el producto más económico, falta de difusión de los controles de calidad y automedicación con productos de venta bajo receta caracterizan nuestro consumo. Según una encuesta, más del 90% de los usuarios no cambiarían la sugerencia del médico por una versión similar y hasta un 50% más económica”.

Finalmente cabe resaltar que, se ha dicho que en nuestro país no existen los genéricos, el mercado argentino es un mercado casi en su totalidad compuesto por “copias”. Lo que el común de la población denomina “genéricos” son en realidad medicamentos copias que emplean como nombre comercial el nombre del principio activo seguido del laboratorio que lo produce⁵. La diferencia entre un medicamento genérico y la copia está dada por que en la copia no existe innovación, es decir que salen al mercado después del innovador, conteniendo el mismo principio activo, pero sin la licencia del medicamento original.

⁵ Dra. Brenda Lilia Quintana Dip. Liliana Piani-marzo de 2009- “El mercado de medicamentos en Argentina- Un componente excluyente en el diseño del sistema de salud”. Pág.7. <http://www.foxitsoftware.com> For evaluation only.

VII. Acceso de los particulares a los medicamentos

Frente a la realidad socioeconómica por la cual atraviesa nuestro País en estos momentos, surge inevitablemente el interrogante ¿Existe equidad al momento de adquirir medicamentos?

La respuesta es evidente si tenemos en cuenta la crisis económica por la que atraviesa nuestro País, insuficiencia salarial por la que algunos sectores poblacionales tienen que pasar, y el aumento indiscriminado de los precios de todo tipo de productos, incluyendo aquí a los fármacos.

Todas las personas padecen necesidades básicas que necesitan ser satisfechas, para lo cual es indispensable contar con ingresos mínimos económicos. De allí, que el tema de los medicamentos no se limita solamente a lo normativo, sino que también alcanza al elemento sociológico y valorativo.

De este modo –atendiendo a estos tres elementos– se puede llegar a decir que algo es justo o no justo. En este sentido encontramos a la escuela del nuevo derecho económico, que sostenía que no es posible entender a 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 no tener en cuenta los efectos que tales instituciones podrían tener sobre la sociedad y sobre los individuos a partir del criterio que se centra en el hombre pero que a la vez preserva y valora su rol social y no solamente su faz individual.

Es necesario recordar que, al referirnos a la salud, no solo nos estamos refiriendo a la asistencia médica ante una enfermedad, sino que además es mantener el estado de salud mediante la prevención (ejemplo: mediante vacunas, la posibilidad de acceder a los alimentos, entre otros).

Dentro de este tema, encontramos varios subtemas, los que tratare a continuación.

7.1. Medicina Prepaga

Grandes controversias existen en la actualidad en relación a la cobertura que una empresa de medicina prepaga debe reconocer a sus afiliados.

Encontramos acá numerosos casos que han dado lugar a jurisprudencia al respecto, sobre todo en materia de métodos anticonceptivos, técnicas de fertilización asistida, medicamentos destinados a la cura del cáncer, etcétera.

Así, encontramos, por ejemplo, el caso: “M.C c/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/ Amparo” –Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal– 19/11/2013. En este caso el objeto de la demanda era que la obra social del Poder Judicial de la Nación cubra el 100% del medicamento “LA-MICTAL” destinado al tratamiento de Epilepsia. Además, la actora solicita una medida cautelar, que le permitiera contar con la medicación ínterin al trámite del proceso. Los fundamentos esgrimidos por la actora era que la OSPJN le había reconocido distintos porcentajes de cobertura a lo largo del tiempo, empezando por el 100% hasta descender al 70%; afirmó que la Ley le reconoce el derecho a exigir la prestación integral y que, por lo demás, no puede afrontar el costo del medicamento. Por su parte, la demandada fundó su contestación en que, si bien al principio se le reconoció el 100%, en la actualidad le ofrece el 70% de reintegro puesto que es la cobertura reglamentaria vigente en la Obra Social.

En primera instancia, el Juez rechazó la medida cautelar y le da trámite al amparo, sin perjuicio que posteriormente se rechazó la acción con costa a la actora por considerar que no había existido conducta arbitraria de la demandada. La actora apela el decisorio de primera instancia alegando que en virtud de la Ley N° 25.404, la Obra Social debe brindarle la cobertura total del medicamento; el art. 4 de la mencionada Ley establece: “El paciente epiléptico tiene derecho a recibir asistencia médica integral y oportuna”. La Cámara revoca el fallo de primera instancia por considerar que la OSPJ obró arbitrariamente al apartarse del criterio inicial de cubrir el 100% de la medicación prescrita al amparista (Sala II, causa N° 5535/09 del 21/04/2010).

Del fallo antes citado, podemos extraer varias conclusiones. Para empezar, que cuando algún régimen especial se refiere a la cobertura “integral”, debe entenderse por tal a una cobertura global y total. En el caso concreto el objetivo de la norma era por un lado brindar al paciente la asistencia necesaria, y, por otro lado, evitar discriminación.

Resulta evidente, que rige en materia de cobertura médica –específicamente a la hora de interpretar los textos normativos– el principio constitucional de la igualdad, con el fin de que se brinde trato equitativo y equivalente a quienes se hallan en una razonable igualdad de circunstancia, igualdad de trato en igualdad de condiciones.

El sistema de financiamiento establecido a través del Seguro Nacional de Salud “SNS” (art. 21,22 y 24, inciso 4 de la Ley N° 23.661) no supone que quienes

no están incluidos en él quedan eximidos de la cobertura que para ciertas patologías exigen determinadas leyes específicas de las obras sociales en general. Existe una concepción racional de los preceptos constitucionales, que les otorga a los particulares el derecho a la salud en términos igualitarios y con la mayor amplitud posible.

En las situaciones en que las obras sociales sean ajenas al SNS y deban financiar programas especiales, cada obra social deberá establecer un programa de financiamiento propio que le permita otorgar a sus afiliados la cobertura preestablecida por leyes especiales. Por lo que administrar el financiamiento constituye un problema de las obras sociales no incluidas en el SNS, no pudiendo la falta de financiamiento constituir el fundamento a la inobservancia de los textos normativos, ya que si así ocurriera estaríamos ante un caso notorio de discriminación injustificada, pues el control de esta situación escapa al afiliado.

Por último, es menester recordar la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación según la cual, la actividad de las obras sociales ha de verse en la concreción de los principios de la seguridad social cuya integridad consagra el art. 14 bis de la Constitución Nacional; y que los conflictos generados en el marco de esa actividad deben ser resueltos teniendo en mira los fines que la animan (Fallos: 306:178; 308:344 y 324:3988).

VIII. Responsabilidad Jurídica

Hemos visto que en este tipo de mercado se generan múltiples relaciones, así encontramos la relación laboratorio-droguería, droguería-farmacia, farmacia-consumidores.

Todas estas relaciones son fuentes de derechos y obligaciones, sin embargo, en el presente trabajo me limitare a tratar la responsabilidad que alcanza a los laboratorios de productos farmacológicos, incluyendo a todos los productos naturales, de cosmetología y dermatología que no se venden en perfumerías, como ser: productos Roche-Posey, Vicky, los cuales son alcanzados por el régimen establecido para los medicamentos.

En primer lugar, deben evaluarse los posibles daños, tomar todas las medidas necesarias para evitarlos. Y, en caso de que ellos igualmente se produzcan, repararlos en su totalidad. Entonces, la cuestión estriba en identificar a cada uno

de los protagonistas, establecer qué daños produce cada uno, delimitar las causas, las posibilidades de prevención y finalmente, los medios de reparación posibles.

En esta materia resulta aplicable el sistema de protección del consumidor. En virtud del actual art. 1º, el sistema de la Ley de Defensa del Consumidor se aplica a prácticamente todas las situaciones dañosas derivadas de un producto elaborado, ya que comprende todo supuesto en que el damnificado adquiere el producto como destinatario final o cuando, sin ser adquirente, está expuesto a una relación de consumo.

Es menester destacar que el paciente como consumidor, goza de ciertas características especiales, las que están dadas por la debilidad en la que se encuentra cualquier persona y puesto que el paciente no tiene conocimientos específicos acerca de la droga que se le ha recetado. Por lo que juega aquí el principio de confianza en el médico que se la ha prescripto, en el farmacéutico que se la vende y en el laboratorio que la fábrica. En tal sentido, Lorenzetti ha dicho que:

“El paciente es un consumidor cautivo, cuya dependencia técnica respecto del profesional es ostensible. Esta cautividad se acrecienta con un entorno cultural que lo inclina a ver el medicamento como panacea salvadora y a incitar al galeno para que lo medique”⁶.

Todos los medicamentos presentan riesgos de producir efectos adversos, pese a lo cual son aprobados por la autoridad de contralor y posteriormente comercializados. Ello atendiendo a que los beneficios que producen son mayores en relación a sus posibles consecuencias no deseadas que, además, aparecen en un porcentaje relativamente bajo.

El problema surge cuando hubo un vicio en la fabricación, cuando se ha producido una alteración del producto por no respetar sus condiciones de procesamiento, almacenamiento y conservación, cuando el médico ha prescripto un fármaco que resulta perjudicial para un paciente en particular o cuando no ha cumplido con su deber de adecuada información. Es en estos casos en los que surge la responsabilidad a la que venimos aludiendo.

⁶ LORENZETTI, Ricardo, “La Empresa Médica”, Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 1998, pág. 422.

Tratándose de un supuesto de responsabilidad civil por el producto elaborado, responden concurrentemente todos los que han intervenido en la cadena de fabricación y comercialización del producto.

Por lo tanto, y en virtud del art. 40 de la Ley de Defensa del Consumidor, todos los que intervienen en la cadena de fabricación y comercialización del producto son responsables frente al consumidor. La mentada norma dispone:

“Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. El transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio. La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena”.

8.1. Responsabilidad del elaborador de medicamentos: el laboratorio y su director técnico

El laboratorio es quien se encarga de la fabricación de medicamentos, siguiendo estrictas pautas de control para garantizar la seguridad del producto. Una vez inventado, la autoridad estatal lo aprueba y le otorga el correspondiente registro para la fabricación y enajenación. Finalizada esta etapa, la cosa puede ser comercializada.

El elaborador del medicamento vende su producto a la droguería mayorista. Por tal motivo, se establecen dos relaciones: Un vínculo contractual entre el fabricante y el adquirente (la droguería, la farmacia, un hospital, el Estado) y un vínculo extracontractual del fabricante respecto del paciente consumidor, el cual no es adquirente directo.

Respecto al contrato entre el laboratorio y el adquirente, se trata de un contrato con características particulares. En primer lugar, entendemos, junto a Lorenzetti, que:

“el elaborador es un vendedor experto (art. 2176, Cód. Civ.), lo que supone el deber de estar al tanto de todas las noticias científicas de

cómo se elabora un medicamento y cuáles son las medidas de seguridad habituales. Como consecuencia de ello se le requerirá un mayor deber de previsión del producto que se incorpora al mercado (art. 909, Cód. Civ.)⁷

El elaborador debe observar una especial previsión en la fabricación y el diseño de la misma. Los parámetros que debe tener en cuenta son: la utilidad del producto, los efectos adversos y la posibilidad de hacer un medicamento con el máximo de seguridad posible.

La primera obligación que asume el laboratorio es el deber de seguridad, puesto que la prestación comprometida es el cuidado y preservación de la salud y, por ende, de la vida.

Algunos doctrinarios entienden que el fabricante responde por los efectos adversos surgidos en un momento posterior al de la venta, aun cuando éstos no hayan existido en oportunidad de la venta. Sostienen que tiene una doble responsabilidad, por un lado, frente a los terceros por los daños que han sufrido y paralelamente, frente al adquirente del producto por la resolución de la venta. Para otra corriente, la previsibilidad sólo alcanza al momento de la aprobación. De todos modos, debe existir una adecuada vigilancia del producto puesto en el mercado.

El laboratorio, como elaborador, es responsable de garantizar la pureza y legitimidad de los productos. En particular, la persona que debe cumplir este deber es el director técnico del establecimiento. Para ello, debe practicar comprobaciones y ensayos y eliminar aquellos productos en estado de experimentación que no alcancen las cualidades exigibles. Asimismo, debe mantener una adecuada conservación de los fármacos ya elaborados. Finalmente, y como corolario del principio de buena fe que debe primar en toda relación, tiene un deber de información, el que ha cobrado mayor relevancia a partir de su implementación en la Ley de Defensa del Consumidor.

Respecto al tipo de deficiencia que pueda presentar el producto y por la cual se deba responder, encontramos básicamente tres tipos:

a) Los vicios de diseño. El diseño consiste en la programación de un producto con fines medicinales, el cual debe obtener la aprobación y autorización del Estado.

⁷ LORENZETTI, Ob. Cit., pág. 424.

b) Vicios de fabricación. Ocurre cuando se ha cumplido con un adecuado diseño, pero en la fabricación no se ha alcanzado la finalidad buscada.

c) Vicios de conservación. Sobrevienen por incumplimiento de las pautas que atienden al mantenimiento del fármaco en estado apto durante la etapa que transcurre desde la fabricación hasta el consumo.

d) Falta de advertencias. El laboratorio debe advertir al consumidor acerca de los riesgos que presenta el medicamento que ha fabricado, especificando cada uno de los riesgos. Debe brindar una información técnica completa (acciones farmacológicas, los índices de efectividad, el margen de seguridad, etcétera).

Respecto a la cuantificación de los daños resarcibles en los casos de daños generados por incumplimiento de los deberes a cargo de los laboratorios, se ha aplicado el instituto de los daños punitivos a la responsabilidad por medicamentos. No debemos soslayar que el elaborador se encuentra en una posición dominante respecto al consumidor, pues posee un determinado tipo de información a la que algunas veces sólo él puede acceder. Esta circunstancia cobra mayor trascendencia en el área que estamos tratando, en donde la calidad del producto incide en la salud, la vida y el bienestar de toda la sociedad. Siguiendo estas consideraciones, en el año 2012, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala G⁸, condenó solidariamente a un laboratorio y su director técnico por los daños y perjuicios causados a una mujer que sufrió efectos adversos por la toma de un medicamento que se comercializaba con dos prospectos diferentes, uno de los cuales no contenía la advertencia de la posible contraindicación de problemas ginecológicos, hinchazón generalizada, alteración de la visión y mareos, efectivamente sufridos por la paciente.

En el fallo, la actora acreditó que el remedio se comercializaba con doble prospecto y que no se habían retirado de la venta las unidades cuyo prospecto no advertía acerca del riesgo de sufrir “hiperprolactinemia”. Ello a pesar de que, en el año 2003, la ANMAT había advertido el cambio del indicativo incorporando la advertencia de la que adolecía.

En primera instancia, la jueza hizo lugar parcialmente a la demanda y, con base en la Ley de Defensa del Consumidor, consideró que no se había cumplido estrictamente con la obligación de informar. Estableció que el factor de atribución era objetivo (art. 4 Ley N° 24.240 y 4 Constitución Nacional). Se afirmó en

⁸ Cam. Nac. Civ., Sala G, “L., N. R. c. *Laboratorios Phoenix S.A.I.C.F. y otros s/daños y perjuicios*”, 25/09/12, La Ley, 31/10/2012, pág. 9.

esta instancia que, luego de la reforma introducida por la Ley N° 26.361, la noción de consumidor es única y alcanza al “expuesto de la relación de consumo”, en tanto posible receptor de los defectos de seguridad y debida información de los productos y servicios incorporados al mercado, sea por el elaborador o por el proveedor.

La sentencia de segunda instancia entendió que se había acreditado una omisión de información veraz y completa respecto de los componentes del fármaco. Además, admitió el reclamo por daños punitivos en razón de que ambos demandados –el laboratorio y su director técnico– hicieron caso omiso del intercambio epistolar. Se ponderó también la circunstancia de resultar un recurso fácil retirar aquellos fármacos de información retaceada o completa, conducta que omitieron las condenadas. Asimismo, se consideró que la conducta asumida pudo, incluso, provocar un hipotético daño grave a la salud pública.

Por las circunstancias aludidas, el Tribunal condena a la aplicación del art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor “ya que las circunstancias descriptas y acreditadas a las que hace referencia no son inocuas; y por el contrario, son una clara violación al deber de información, de raigambre constitucional”⁹.

8.2. Responsabilidad del distribuidor mayorista: la droguería

Aquí también encontramos dos vínculos diferenciados: el de la droguería con la farmacia y el de la droguería frente al paciente consumidor, ante el cual también responde.

El primer vínculo, esto es, entre la droguería y la farmacia, es un contrato de compraventa que puede llevar anexado un contrato de suministro para garantizar el flujo permanente.

Los medicamentos vendidos por la droguería son cosas propias y no ajenas, puesto que las ha adquirido mediante la compraventa celebrada con el laboratorio. Sin embargo, promete una determinada calidad que se ajusta a las prescripciones del fabricante.

Respecto a la responsabilidad del distribuidor, Lorenzetti, aplicando el instituto de los vicios redhibitorios, afirma que:

⁹ MOLINA QUIROGA, Eduardo, “Daño punitivo por información defectuosa en la comercialización de un medicamento”, La Ley Online, AR/DOC/646/2013.

“Pueden existir vicios en la cosa al tiempo de la venta, que provengan de defectos de fabricación, y por los que responde el distribuidor ‘aunque no se exprese, cuando el enajenante afirmó positivamente en el contrato, que la cosa estaba exenta de defectos, o que tenía ciertas calidades’ (art. 2167, segunda parte)”¹⁰.

Resta aclarar que la droguería asume el deber de conservar el fármaco en las condiciones que le indique el laboratorio. En caso de incumplimiento de este deber, es responsable de los daños causados.

8.3. Responsabilidad del farmacéutico

Actualmente, observamos un proceso que podríamos llamar de “desprofesionalización” del farmacéutico, puesto que la actividad realizada por la mayoría de ellos, consistente en la venta de medicamentos y atención al público, poco se parece a la profesión del farmacéutico concebida como en la antigüedad, donde dicho profesional era quien elaboraba los fármacos y, además, prescribía al paciente el medicamento adecuado para su afección. Las tareas que actualmente desarrollan las farmacias pueden tanto ser cumplidas por el profesional titular como por sus empleados, independientemente de si se trata de profesionales o no.

La actividad desarrollada por la farmacia es un servicio de utilidad pública y, por lo tanto, tiene el monopolio de la venta de medicamentos, excepto los de venta libre.

Para establecer la responsabilidad del farmacéutico deben ponderarse dos factores primordiales: en primer lugar, que el farmacéutico, pese a realizar una actividad cada vez menos profesional, sigue siéndolo. En segundo lugar, es alguien que vende medicamentos que no son de su propia elaboración, sino que han sido fabricados por terceras personas, esto es, por el laboratorio.

El primer deber que asume el farmacéutico es el de información respecto a la calidad del medicamento y sus efectos adversos, ello en base a que se trata de una obligación exigible en todos los contratos de consumo y particularmente en este, en el cual el bien comercializado reviste características especiales puesto que lo que está en juego es la vida o salud de la persona.

¹⁰ LORENZETTI, OB. Cit., pág. 427.

Sin embargo, su obligación no termina con la información. El farmacéutico, cuando vende el medicamento, no asume garantías respecto de los posibles vicios de fabricación de la cosa, de diseño ni de advertencias del fabricante. Su obligación consiste en la custodia y conservación, por todo el tiempo en que el producto esté bajo su cuidado. En tal tesitura, afirma Lorenzetti: “El vendedor ‘no puede cambiar el estado de la cosa vendida y está obligado a conservarla tal como se hallaba el día del contrato hasta que la entregue al comprador’ (art. 1408, Cód. Civ.)”¹¹

Asimismo, el farmacéutico tiene un deber de control, el cual es mayor en los medicamentos de venta bajo receta que en aquellos catalogados como de venta libre.

Por otra parte, en los medicamentos comercializados bajo receta, asume un deber de someterse a ella, en el sentido de seguir las prescripciones realizadas por el galeno. En concordancia con esta idea, se ha afirmado que: “hay un deber esencial del farmacéutico (o quien lleve a cabo esta actividad) que implica la obligación de seguir las prescripciones del médico cuando expende medicamentos en base a una receta”¹².

Esto no es absoluto ya que el saber y el contacto directo con el paciente le dan una cierta autonomía, lo cual implica que debe negar la venta de un medicamento en caso de haber advertido un error en la receta. Asimismo, puede negarse a preparar recetas.

El farmacéutico asume también un deber de conocimiento. Al respecto, el Código Civil de Vélez, en su art. 2176, expresa que, si el vendedor conoce o debía conocer, por razón de su oficio o arte, los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida y no lo manifestó al comprador, tendrá éste además de las acciones de los artículos anteriores, el derecho a ser indemnizado de los daños y perjuicios sufridos, si optare por la rescisión del contrato. Es decir que, siendo el farmacéutico un vendedor profesional, asume deberes especiales de conocimiento de la fabricación de la cosa, de su calidad y de sus riesgos.

¿Qué ocurre respecto a los fármacos que ya vienen rotulados y el farmacéutico sólo los comercializa? Una corriente doctrinaria, en la cual se enrolean Alterini, López Cabana, Trigo Represas, Rojo y Fernández Río, entre otros, sos-

¹¹ LORENZETTI, Ob. Cit., pág. 438.

¹² MADIES, Claudia V., “El farmacéutico y los medicamentos”, AA. VV. Responsabilidad profesional de los médicos, La Ley, 2002, pág. 922.

tiene que, en tanto no ha tenido la posibilidad de analizar su contenido, el profesional no tiene el deber de conocer los defectos o vicios del producto. En la otra postura, algunos autores entienden que debía conocer los vicios del producto, teniendo en cuenta que se trata de una cosa riesgosa para la salud y que, por lo tanto, su comercialización debe ser hecha por alguien que previamente se haya informado correctamente. Una postura que podría calificarse de intermedia, expresa:

“Lo cierto es que en la realidad el farmacéutico no puede conocer el vicio de fabricación y aun el de diseño o elaboración, porque ambas son cuestiones de competencia del fabricante. No ocurre lo mismo con las advertencias y la calidad del producto, porque éste se vende teniendo en cuenta una calidad media (art. 1338 Cód. Civ.) y con informaciones que el farmacéutico transmite al paciente”.¹³

Zanjando la cuestión, el art. 29 de la Ley de Farmacias N° 17.565 establece que, en cuanto a las especialidades medicinales, sólo es responsable de la legitimidad de las mismas, procedencia y estado de conservación.

Cuando el profesional actúa únicamente como vendedor del producto,

“... debe admitirse la eximente de ruptura del nexo causal si demuestra que el vicio es de fabricación o diseño, porque ambos son imputables al fabricante. No ocurre lo mismo con el defecto de falta de advertencias, porque si el fabricante no informa debe hacerlo el farmacéutico, en función de la obligación contractual (...) Debe admitirse también como eximente la falta de culpa. El vendedor no fabricante puede demostrar que el vicio no era conocido o cognoscible empleando la diligencia exigible”.¹⁴

Respecto a la responsabilidad del farmacéutico por el hecho de su dependiente, empleado de la farmacia, la doctrina tiene señalado que el director técnico de la farmacia debe vigilar el cumplimiento de las indicaciones que imparta a su

¹³ LORENZETTI, Ob. Cit., pág. 441.

¹⁴ LORENZETTI, Ob. Cit., pág. 446.

personal auxiliar y comprobar que los mismos actúen estrictamente dentro de los límites de su autorización, siendo solidariamente responsable si por insuficiente o deficiente control de sus actos resultare un daño para terceras personas¹⁵.

En febrero de 2013, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Morón se expidió respecto de la responsabilidad del explotador de una farmacia y de su Director Técnico por el expendio de un medicamento con gramaje superior al prescripto.¹⁶ Se ha resuelto que

“si no se hubiera equivocado el dependiente de la codemandada en la venta, la actora no hubiera ingerido la medicina equivocada.” Asimismo, se ha dicho en este caso que: “cuando el establecimiento lucra con tal actividad y, atento el tenor de la misma, ha de adoptar todos los medios idóneos para desarrollarla correctamente”; y que: “La codemandada (como responsable profesional del establecimiento) debía velar por la correcta dispensación de los medicamentos.”

Antiguamente, se había resuelto que: “El contralor del responsable de la farmacia, debe ser efectivo, personal y directo, por la seriedad profesional y su habilitación para el ejercicio funcional de la casa (...) Los medicamentos deben ser comercializados antes de la fecha de vencimiento, puesta en su envase, para seguridad del público adquirente. El contralor del responsable de la farmacia, debe ser efectivo, personal y directo, por la seriedad profesional y su habilitación para el ejercicio funcional de la casa. El exceso de trabajo no puede ser admitido como descargo en el cumplimiento estricto de la expedición de productos destinados a la salud de la población. El hecho reviste gravedad indiscutible y la conducta del profesional sumariado le hace pasible de las sanciones legales”¹⁷. En cuanto a la concurrencia entre la responsabilidad del médico y del farmacéutico, hay que atender a las particulares circunstancias del caso para establecer

¹⁵ Art. 33 Ley N° 17.565, cfe. MAIDES, Claudia, XXXX.

¹⁶ “Ismael Nieves Angélica c/ Farmacia Central Morón S.R.L. s/ Daños y Perjuicios”, Causa N° C9-63255 R.S./2013, Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Morón.

¹⁷ Cámara 2a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata, sala III, Barrera, Eduardo J., 19/04/1979, La Ley Online AR/JUR/1885/1979.

si la responsabilidad corresponde a ambos o sólo a uno, delimitando en este caso a cuál de ellos. En el año 2001, La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B, dictó sentencia en un caso donde habían sido demandados un médico y una farmacia por el daño producido a una paciente, en virtud de la ingesta de un fármaco para las vrices preparado en la farmacia. Se condenó sólo a la farmacia, al considerarla negligente en la elaboración del medicamento. En particular, se estableció que:

“Es responsable el propietario de una farmacia por el daño causado por un fármaco elaborado en el establecimiento sin compadecerse con las indicaciones contenidas en la etiqueta adherida al frasco conforme lo prescribiera el médico en el caso, el preparado utilizado para tratar las vrices contenía una concentración mayor de un componente, lo que agravó la dolencia— que trataba al actor”¹⁸.

Recientemente, en un esclarecedor fallo del año 2012¹⁹, se ha afirmado:

“El farmacéutico es responsable por los daños sufridos por un cliente ante el error en la venta de un medicamento, en tanto se probó que incumplió con su obligación de verificar la igualdad entre el medicamento indicado y el expedido entregando erróneamente uno distinto al recetado, lo que produjo un agravamiento en el estado de salud en que se encontraba el accionante”.

Asimismo, recalcando la categoría consumeril de este tipo de relaciones y la necesidad de protección constitucional en base al art. 4 de nuestra Carta Magna, se ha dicho que:

“La responsabilidad del farmacéutico por los daños sufridos por un paciente ante la errónea venta de un medicamento distinto al prescripto, debe ser analizada a la luz del art. 42 de la Constitución Nacional, pues al tratarse de la adquisición de un producto para su

¹⁸ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B, “G., M. O. c/ G. B., M. A., 06/12/2001, La Ley Online AR/JUR/2032/2001.

¹⁹ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala L, “Bertolini, Jeanette c/ Farmacia Varela S.A. s/ Daños y perjuicios”, 31/10/2012, La Ley Online AR/JUR/59089/2012.

consumo final se configuran los extremos previstos por los arts. 1, 2 y 5 de la Ley N° 24.240”.

Como deducirse de lo expuesto, el farmacéutico debe responder por los daños causados tanto por la elaboración como por la venta de medicamentos. La eximición de responsabilidad es excepcional y sólo procede en contadas ocasiones en las cuales el profesional logre acreditar la culpa de un tercero por quien no debe responder.

8.4. Responsabilidad del médico por la prescripción de medicamentos

No quedan dudas que la obligación asumida por el médico es una obligación de medios. Sin embargo, en el caso de haber incumplido una obligación determinada, como sería en materia de medicamentos no haber hecho las pruebas pertinentes, se deriva un factor objetivo de atribución. El primer deber del médico consiste en hacer un diagnóstico correcto, a fin de evitar el uso de medicamentos solamente basándose en los síntomas del paciente.

Es necesario que el paciente contribuya brindando al profesional una completa información acerca de sus alergias, siempre y cuando las conociera. En relación a esta información que debe ser brindada por el paciente, la doctrina se pregunta qué ocurre en caso de incumplimiento. Un sector afirma que el galeno debe averiguarlo si esos datos podrían surgir de un diagnóstico normal.

El médico debe conocer el fármaco que prescribe. Así lo entiende la Corte Suprema de Justicia de la Nación:

“Es al profesional a quien debe exigirse el conocimiento acerca de la composición química de los medicamentos que prescribe, toda vez que, si está autorizado a recetar medicamentos, recibiendo formación técnica a ese fin, no es lógico aceptar que ignora su composición y efectos. Además, la circunstancia de que exista gran cantidad de productos farmacéuticos no lo exime de responsabilidad sino que, por el contrario, ello crea una obligación aun mayor de conocer qué es lo que se prescribe”²⁰. El médico es responsable de aquello que le indica al paciente por considerarlo pertinente para su recuperación.

²⁰ “Ahuad, Alfredo”, Corte Suprema de Justicia de la Nación, J.A. del 4-3-92.

Para eximirse de responsabilidad, el médico no puede invocar ignorancia, ya que se trata de una negligencia culpable. De todos modos, queda también la responsabilidad del laboratorio.

Por otro lado, el galeno no responde por lo que prescribe otro especialista.

8.5. Responsabilidad del enfermero

Resulta controvertida la atribución de responsabilidad cuando el galeno prescribe un determinado medicamento, pero delega la aplicación en otros profesionales, tal como un enfermero. Ello ocurre fundamentalmente cuando el paciente se encuentra internado y, por lo tanto, no se administra los remedios por sí mismo, sino que esta actividad es cumplida por los enfermeros de la institución.

De acuerdo a nuestro sistema jurídico el médico responde por los errores causados por la enfermera, en base a la garantía por el hecho del dependiente. Sin embargo, cuando es el hospital o sanatorio el que designe a los enfermeros, entre otros auxiliares, dicha institución asume la responsabilidad frente al paciente, quedando eximido el galeno.

En caso de que el enfermero tenga título profesional habilitante, asume responsabilidad en forma concurrente con el médico, puesto que tiene la capacidad de reconocer errores de prescripción o posibilidad de reacciones adversas.

La jurisprudencia ha tratado el tema en numerosos precedentes.

Se ha afirmado que:

“La administración al paciente de una droga que no se correspondía con la prescripta en la respectiva hoja de enfermería que obraba en su poder es una grosera violación al deber de cuidado que le impone la normativa regulatoria de su actividad, en cuanto es competencia específica del nivel profesional lo establecido en las incumbencias de los títulos habilitantes de Licenciado en Enfermería y Enfermero, estándoles permitido realizar todos los cuidados de enfermería encaminados a satisfacer las necesidades de las personas en las distintas etapas del ciclo vital, entre otros: planificar, preparar, administrar y registrar la administración de medicamentos por la vía enteral, parenteral, mucosa, cutánea y respiratoria, na-

tural y artificial, de acuerdo con la orden médica escrita, completa, firmada y actualizada”²¹.

La Cámara Nacional Civil, Sala II²², también se ha expedido sobre el tema. Se trató de un caso en el cual se discutió la exención de responsabilidad de un enfermero que suministró a un paciente un calmante que le provocó una reacción alérgica y, en consecuencia, la muerte. En dicho precedente se resolvió que:

“Resulta evidente que, debido al conocimiento que el codemandado tenía del paciente, debió actuar con mayor diligencia, máxime si, como lo reconoce en su declaración en sede penal, desconocía la composición química de Lisagil. Ante su ignorancia y el peligro de vida para Lallera, Torres debió consultar al médico de guardia si el medicamento indicado contenía la droga a la cual era alérgico el paciente. Por lo expuesto, Torres no puede pretender eximirse de su responsabilidad manifestando que cumplió estrictamente con las indicaciones médicas de las que no se pudo apartar”.

Finalmente, resulta interesante un fallo de la provincia de Córdoba en el cual también se ha responsabilizado al enfermero por el suministro de un medicamento erróneo. En el mismo se ha resuelto que:

“La falta de conocimiento por parte de un enfermero en cuanto a que estaba aplicando una droga equivocada, o que el mismo estuviera actuando en la creencia de que se trataba del medicamento correcto, no modifica en modo alguno la responsabilidad que le cabe por el evento dañoso producido. Ello, pues aun cuando el tamaño y formato de los frascos del antibiótico prescripto y del fármaco incorrectamente aplicado, pudieran resultar similares, todos ellos indican, escrito en letras, el medicamento y la dosis que contienen, siendo práctica del buen hacer el saber diferenciarlos, por lo que resulta claro que si dicho agente hubiera adoptado la mínima

²¹ Tribunal de Casación Penal de Buenos Aires, sala III, “Monte, Claudia Estela Mabel s/ Recurso de casación”, 20/09/2007, La Ley on line 14/118465.

²² Cámara Nacional Civil, Sala II, “Mendoza de Lallera, Adelina J. c/ Municipalidad de Buenos Aires y otros”, citado por Lorenzetti, Ob. Cit. pág. 447.

diligencia que su cargo y función le imponían, habría evitado la muerte del paciente”²³.

8.6. Responsabilidad del Estado

Como ya dijimos antes, el medicamento además de ser considerado un bien social, constituye una “cosa peligrosa” que requiere de una marcada protección por parte del Estado, ya sea desde la etapa de investigación hasta la dispensa a los pacientes. Ello es así por tratarse de un producto ligado a la vida humana.

Por lo tanto, todos los actores que intervienen en la cadena poseen un alto grado de responsabilidad, más aún, en la etapa previa de investigación.

Es aquí entonces donde el Estado debe ejercer su facultad y, al mismo tiempo que su deber, de control, en el sentido más amplio. Así, debe hacer uso de sus facultades de restricción o limitación, o, si fuere necesario, coercitivas, todas ellas tendientes a garantizar el efectivo cumplimiento de las normas vigentes y de los controles de calidad que todo medicamento debe cumplir.

Debemos tener en cuenta que, al poseer nuestro país una estructura federal, no existe una competencia única en esta materia. Tanto la facultad de la nación como la de las provincias, más allá del ejercicio de poder de policía que les es propio, nace de la calidad de cosa riesgosa del medicamento y por tratarse su dispensa de un servicio público integrante del sistema nacional de seguro de salud.

El hecho de haber obtenido autorización estatal, no exime al laboratorio o fabricante de responsabilidad. Es decir que, el Estado, al autorizar la venta, lo hace con fundamento en las informaciones dadas por el laboratorio solicitante, bajo responsabilidad del director técnico del laboratorio.

Por otro lado, en lo atinente a la policía sanitaria, el Estado –a través de la autoridad sanitaria nacional o las locales– tiene responsabilidad extracontractual por los actos, hechos y omisiones de la Administración.

Tal como sostiene Maurice Milíner, la dinámica con la que avanzan hoy los procesos industriales, sobre todo en materia de industria farmacéutica, hace necesario aumentar la protección legal de los consumidores, que se hallan en una

²³ Cámara Contencioso Administrativo de Córdoba, “Torrales, Liliana N. c/ Provincia de Córdoba s/ Contencioso Administrativo – Plena Jurisdicción”, 18/08/2004, La Ley Online 32/5171.

situación desventajosa frente a una cada vez más compleja cadena de producción y comercialización.

Así las cosas, la obligación del Estado no cesa con el correspondiente otorgamiento de certificado o autorización, sino que la ley le impone la revisión periódica de tales aprobaciones, conforme el progreso de la ciencia y de los resultados observados luego de un tiempo determinado en pacientes.

La ANMAT está dotada de atribuciones de control y fiscalización sobre los productos, sustancias, elementos, tecnologías y materiales que se consumen o utilizan en medicina, alimentación y cosméticas humanas. Además, cuenta con funciones de registro y habilitación, así como también ejerce el poder de policía aplicando sanciones y penalidad previstas por la normativa vigente en la materia.

IX. Conclusión

Entendemos que, si bien la cantidad de regulación en materia de salud, puntualmente en fármacos, es abundante, resulta ineficiente en el caso concreto.

Frente a un conflicto en particular la legislación vigente deviene confusa, poco clara e insuficiente; lo que da lugar a interpretaciones involuntariamente o voluntariamente erróneas o incorrectas.

El comercio de medicamentos resulta un fenómeno económico trascendente para el desarrollo tanto de la economía social como de la empresarial, como así también para la economía de los consumidores.

Su correcta regulación en materia de precios no puede ser dejada de lado. Día a día nos encontramos con innumerables los conflictos al respecto. A medida que los precios de los medicamentos aumentan conforme la inflación existente en nuestro país en estos momentos, los ingresos de los particulares se mantienen y el acceso a ellos es cada vez más complicado.

Entendemos que siendo una de las funciones esenciales del Estado el bienestar de la sociedad y la protección de la salud, debe ampararse correctamente el Derecho a la Salud, lo cual implica también regulación económica correcta en materia de acceso a medicamentos y atención médica.

Existen infinitudes de maniobras fraudulentas en este sector de la economía, llevadas a cabo por los distintos profesionales de la salud como también por el estado, lo cual es resultado de la falta o inadecuada de fiscalización, control

y correcta aplicación de sanciones ante las posibles irregularidades que se presentan a diario.

El mercado de los medicamentos constituye en varios países, un mercado atractivo para quienes pretenden hacer dinero en forma abundante e ilícita en algunos casos, pues como ya lo dije al referirme al fármaco desde el punto de vista económico, estamos ante un mercado que maneja mucha cantidad de dinero y que genera innumerables efectos económicos.

Bibliografía

- CONSTITUCION NACIONAL DE LA REPUBLICA ARGENTINA.
- LEY N° 25.649- “PROMOCION DE LA UTILIZACION DE LOS MEDICAMENTOS POR SU NOMBRE GENERICO-.
- CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Los derechos de los pacientes como parte de la nueva rama jurídica derecho de la salud”, en línea, 16 de noviembre de 2011, Microjuris, Doctrina, MJD5608.
- ETCHEVERRY RAUL, “Derecho comercial y económico. Parte general”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1994.
- GOETT, Horacio, “Medicamentos. El control estatal desde la etapa de investigación hasta la venta”, en línea, 17 de agosto de 2011, Microjuris, MJ-DOC-5484-AR | MJD5484.
- LORENZETTI, Ricardo, “La Empresa Médica”, Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 1998.
- MADIES, Claudia V., “El farmacéutico y los medicamentos”, AA. VV. Responsabilidad profesional de los médicos, La Ley, 2002.
- MILLVER, Maurice Alfred, “La Responsabilidad Civil por productos elaborados en el sistema del Common Law”, (L.L.T.143, P.858).
- MOLINA QUIROGA, Eduardo, “Daño punitivo por información defectuosa en la comercialización de un medicamento”, La Ley Online, AR/DOC/646/2013.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, “Criterios Éticos para la Promoción de Medicamentos”, Ginebra 1988.
- Puig-Pujoy J. Políticas de fomento de la competencia en precios en el mercado de genéricos: lecciones de la experiencia europea. Gaceta Sanitaria 2010;24(3):193-199.

- Eisenberg JM: Clinical economics: a guide to the economic analysis of clinical practices. JAMA 1989; 262:2879-86.
- Tobar, Federico; Drake, Ignacio and Martich, Evangelina. Alternativas para la adopción de políticas centradas en el acceso a medicamentos. Rev Panam Salud Pública. 2012, vol.32, n.6, págs. 457-463.
- Dra. Brenda Lilia Quintana Dip. Liliana Piani-marzo de 2009- "El mercado de medicamentos en Argentina- Un componente excluyente en el diseño del sistema de salud." Pág. 7. <http://www.foxits.com> For evaluation only.

•
Páginas Web

- <http://www.slyt.gba.gov.ar/art/el-ejecutivo-nacional-reglament%C3%B3-la-ley-de-producci%C3%B3n-p%C3%BAblica-demedicamentos#sthash.wXqanO2C.dpuf>.
- <http://www.lanacion.com.ar/1711648-solo-una-de-cada-cuatro-recetas-cumple-con-la-ley-de-genericos>
- http://www.cfe-fcm.unc.edu.ar/archivos/02/2-AG_Legis_Fases.pdf.
- <http://www.fefara.org.ar/wp/noticias/como-regular-de-precios-de-medicamentos-en-argentina>.



Pautas sobre el cuidado personal, plan de parentalidad y régimen de comunicación conforme la justicia de familia mendocina

ABG. NADIA ANAHI TORDI

I. Introducción

A cinco años de vigencia del Código Civil y Comercial (en adelante CCyC), en el presente trabajo, analizaré algunos de los principales lineamientos dados por la jurisprudencia mendocina con relación a la responsabilidad parental en sus desmembramientos cuidado personal y régimen de comunicación.

Como es sabido, uno de los principales cambios que postuló el CCyC, con relación al derecho de las familias fue la regulación sobre la responsabilidad parental. La nueva terminología se tradujo en un cambio de paradigma, que incidió en una nueva forma de pensar los vínculos familiares y el modo en que han de relacionarse los progenitores entre sí, en ejercicio de su coparentalidad, y con sus hijos menores de edad.

Este cambio, tuvo su origen en la Convención de los Derechos del Niño (en adelante CDN), en la que se reconoció el derecho de los niños, niñas y adolescentes (en adelante NNyA) a vivir en su familia y a ser cuidado por ambos progenitores, –lo que hoy llamamos coparentalidad–. Desde su Preámbulo, la CDN remarcó el derecho de todo NNyA a alcanzar un “pleno y armonioso desarrollo de su personalidad” en el marco de un contexto familiar donde participen activamente sus dos progenitores “en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”. A su vez, el art. 7 estableció el derecho del NNyA “en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”. El art. 18 previó que los Estados parte pondrán

“...el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres

o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño...”.

Así, se advierte que en todo el articulado de tan valiosa normativa se destacó el derecho de los NNyA a ser cuidado por ambos progenitores y a que estos sean los principales encargados de darle un espacio de paz y felicidad, como también garantizarle este derecho cuando ellos no convivan. Por tanto, desde la mirada centrada en el NNyA como sujeto de derechos, se cobijó el término responsabilidad parental.

En tanto, a nivel nacional la norma que concretó los derechos proclamados por la CDN fue la Ley N° 26.061 de “Protección integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes”¹, en ella se remarcó la importancia del derecho del NNyA a vivir y ser criado por sus padres, en varios artículos: así en el art. 7 se proclama:

“La familia es responsable en forma prioritaria de asegurar a las niñas, niños y adolescentes el disfrute pleno y el efectivo ejercicio de sus derechos y garantías. El padre y la madre tienen responsabilidades y obligaciones comunes e iguales en lo que respecta al cuidado, desarrollo y educación integral de sus hijos. Los Organismos del Estado deben asegurar políticas, programas y asistencia apropiados para que la familia pueda asumir adecuadamente esta responsabilidad, y para que los padres asuman, en igualdad de condiciones, sus responsabilidades y obligaciones”.

¹ Esta ley fue celebrada por la doctrina entre ellos ver: FAMÁ, María Victoria y HE-RRERA, Marisa, “Crónica de una ley anunciada y ansiada”, ADLA2005-E, 5809, Cita Online: AR/DOC/3384/2005, LUCERO, María Victoria, “Infancia y Derechos: radiografía crítica de la Ley N° 26061. Escenarios provinciales, normativos, institucionales y jurisprudenciales”, CABA. Fundación Sur Argentina, ed. Eudeba, 1 ed. 2013. GARCÍA MÉNDEZ, Emilio (compilador), “Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Análisis de la Ley N° 26.061”, Buenos Aires, Fundación Sur Argentina, Editores del Puerto, 2° ed. 2008. También recibió críticas por BELLUSCIO, Augusto C. “Una ley en parte inútil y en parte peligrosa: la 26.061”, LL, 2006-B-701. BASSET, Úrsula C., “Sobre las medidas de protección en la Ley N° 26.061. Una mirada desde otra perspectiva”, La Ley 30/04/2008, 30/04/2008, 1 – La Ley2008-C, 893, AR/DOC/1026/2008.

También en el art. 4 se destaca el rol de las políticas públicas de la niñez y adolescencia siendo una de sus premisas el fortalecimiento del rol de la familia en la efectivización de los derechos de las NNyA. El art. 1Ancla1 regula que los niños tienen derecho “al conocimiento de quiénes son sus padres, a la preservación de sus relaciones familiares”, estableciendo que los organismos del Estado deben facilitar el “encuentro o reencuentro familiar”. Es que a los hijos e hijas les asiste el derecho de “crecer y desarrollarse en su familia de origen, a mantener en forma regular y permanente el vínculo personal y directo con sus padres, aun cuando estos estuvieran separados o divorciados”.

Con todo, la regulación de la responsabilidad parental en el CCyC fue pensada sobre la base de la doctrina de los derechos humanos, y así fue que se reformularon –desde el plano legislativo–, los roles que la sociedad asignaba a las mujeres y hombres en el ejercicio de su parentalidad, se acentuó la perspectiva de género en el cuidado de los hijos e hijas, como también se resaltó el protagonismo de los NNyA en las decisiones que afecten sus derechos sobre la base de los principios de interés superior, derecho a ser oído y autonomía progresiva.

Sobre esta base, en primer lugar, analizaré la regulación del CCyC sobre el sistema de la responsabilidad parental y sus figuras derivadas, para luego ingresar al estudio de la jurisprudencia local.

II. Responsabilidad parental. Precisiones terminológicas

El CCyC define a la responsabilidad parental como “el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado” (art. 638).

Se ha dicho que es una de las novedades más importantes que trajo el CCyC, ya que implicó un cambio de las reglas de juego cuando los padres no conviven, se puso en valor la responsabilidad de los padres, en la que subyace el deber de orientar al hijo hacia la autonomía².

En el CCyC se regulan –como en cada institución– expresamente los principios que van a regir su funcionamiento, asignándoles el valor de pautas inter-

² MOLINA DE JUAN, Mariel, “Coparentalidad y cuidado personal compartido del hijo. Apuntes sobre la dinámica de la corresponsabilidad alimentaria”, RDF 72–109.

pretativas en caso de duda o conflicto en la aplicación de las normas. Así en el art. 639 del CCyC se establece que la responsabilidad parental se rige por los siguientes principios: (a) el interés superior del NNyA; (b) la autonomía progresiva del hijo/hija conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos/hijas; y (c) el derecho del NNyA a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez³.

En el art. 640 del CCyC se consagran las figuras derivadas de la responsabilidad parental: (a) la titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental; (b) el cuidado personal; y (c) la guarda otorgada por el juez a un tercero.

a) La titularidad de la responsabilidad parental refiere al conjunto de deberes y derechos que la norma coloca en cabeza de los progenitores, ambos, salvo los supuestos de extinción o privación (arts. 699 y 700, CCyC), convivan o no, sean matrimonio o no⁴. Ahora bien, esta titularidad puede estar acompañada o no, del ejercicio de la responsabilidad parental, que supone el actuar concretamente, ósea, la puesta en práctica de aquellos deberes y funciones. De ahí se desprende que la titularidad podría presentarse bajo dos modalidades: una es la de estar acompañada del ejercicio actual de la responsabilidad parental y otra por carecer de éste, ya que sólo tendrán facultades potenciales⁵.

³ Estos principios mantienen eficacia y más aún la refuerzan, cuando se produce la ruptura de la pareja parental, pues éste es frecuentemente el escenario donde la individualidad subjetiva del hijo se oscurece ante la imposibilidad de los padres de diseñar pautas de ejercicio que no olviden la condición de sujeto del hijo y su derecho constitucional a mantener trato regular y frecuente con ambos padres. Por eso el CCyC, en una función claramente educativa y asimismo preventiva de eventuales daños (conc. art. 1710), establece la preferencia del cuidado personal compartido (arts. 649, 651), el derecho-deber de comunicación –“fluida”, conf. art. 652– y la concreta participación del hijo en el diseño de la conformación familiar futura a partir de la separación y el modo en que se desarrollará la comunicación, a través de lo que el Código llama el “plan de parentalidad”, que debe tener especialmente en cuenta la opinión del hijo. Los progenitores deben procurar la participación del hijo en el plan de parentalidad y en su modificación (art. 655). FERNÁNDEZ, Silvia E., “La responsabilidad parental en el Código Civil y Comercial ¿cuánto de autonomía progresiva? Construyendo equilibrios”, Supl. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Familia: Filiación y Responsabilidad Parental 20/5/2015, pág. 181; LL del 20/5/2015.

⁴ PELLEGRINI, María Victoria, comentario arts. 638 a 704, en HERRERA, Marisa; CARAMELO, Gustavo y PICASSO, Sebastián (dirs.), Código Civil y Comercial de la Nación comentado, Buenos Aires, Infojus, 2015, pág. 483.

⁵ MIZRAHI, Mauricio Luis, Responsabilidad parental, 1ª reimpresión, Buenos Aires,

b) En tanto, se denomina cuidado personal a los deberes y facultades de los progenitores referidos a la vida cotidiana del hijo. En el nuevo sistema, el cuidado personal puede ser asumido por ambos como regla general o excepcionalmente por uno de los progenitores⁶. El cuidado personal implica que el o los progenitores “tiene al hijo/hija consigo”, lo que importa decir que entraña la convivencia de uno (o unos) con el otro y también cotidianidad, ósea lo que se pretende es que, aunque la pareja parental no conviva sus hijos/hijas, estos tengan presente en su vida a ambos progenitores, por lo que la mirada se debe centrar en el derecho del NNyA a la “coparentalidad”.

En este sentido, se establece como regla que el ejercicio de la responsabilidad parental corresponde a ambos padres, convivan o no, y se presume que los actos realizados por uno cuentan con la conformidad del otro, excepto los supuestos que requieren consentimiento expreso (art. 645, CCyC). Este ejercicio es la concreción o puesta en acto del conjunto de deberes y derechos de los progenitores orientados a la protección, desarrollo y formación integral de los hijos (art. 641, incs. b) y e)). Significa que las definiciones respecto de los hijos/hijas pasan a ser un derecho/deber de ambos. La fórmula legal tiene un alto valor simbólico, ciertamente, procura que ambas figuras parentales tengan protagonismo en la crianza y que ninguno se sienta excluido. Entonces, el poder de iniciativa respecto de las decisiones de los hijos/hijas se comparte entre ambos y no recae exclusivamente en el “conviviente” que detenta la “tenencia”⁷.

El cuidado personal engloba a los derechos/deberes sobre la vida cotidiana, en el CCyC se establecen dos formas: compartido o unilateral. A su vez el cuidado personal compartido puede implementarse mediante dos modalidades: (i) Modalidad alternada, el hijo/hija pasa períodos de tiempo con cada uno de sus padres, según la organización y posibilidades de la familia. (ii) Modalidad indistinta: el hijo/hija reside de manera principal en el domicilio de uno de los progenitores, pero ambos asumen en conjunto las decisiones y se distribuyen de modo equitativo las labores atinentes a su cuidado y cotidianidad (art. 650, CCyC).

Astrea, 2016, pág.369.

⁶ LLOVERAS, Nora; ORLANDI, Olga y TAVIP, Gabriel, en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; HERRERA, Marisa y LLOVERAS, Nora, (dirs.), en tomo IV, Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de la Nación, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2014, t. IV, pág. 41.

⁷ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y MOLINA DE JUAN, Mariel, “Una visión transversal de la ley, la sociedad y la praxis judicial en la responsabilidad parental. El desafío de compartir”, LL 2015-E-1137, AR/DOC/2970/2015.

Es importante destacar que en los casos de cuidado personal compartido ya sea modalidad indistinta o alternada, esa organización debe estipularse en lo que la ley llama “plan de parentalidad”, entiendo que cuando se acude al término régimen de comunicación se cae nuevamente en la falacia de pensar que uno de los progenitores tiene exclusivamente el cuidado y el otro “visita”. Comprendo que cuando los progenitores acuerdan o los jueces sentencian, siempre que se hable de cuidado compartido en sus dos modalidades (alternado o indistinto) se debe estipular un plan de parentalidad en la organización de días horarios, actividades que cada progenitor asume con relación al hijo/hija.

A su vez, en caso de los progenitores no puedan determinar un plan de parentalidad, acorde a su organización personal y familiar, la ley le indica al juez/jueza que debe decidir priorizando la modalidad compartida indistinta (art. 656 del CCyC).

Se han señalado como ventajas del sistema actual que permite a los NNyA a mantener un estrecho vínculo con ambos progenitores, que promueve su participación activa en las funciones de educación, amparo y asistencia, que atenúa el sentimiento de pérdida de quien no tiene la guarda, estimula las responsabilidades del no conviviente, atenúa el sentimiento de pérdida, incentiva a ambos progenitores a no desentenderse de las necesidades materiales de su hijo/hija, facilita el trabajo extra doméstico de ambos progenitores, posibilita que el hijo/hija conviva con ambos, reduce problemas de lealtades y juegos de poder, la idoneidad de cada uno de los padres resulta reconocida y útil al momento de decidir, fomenta una mayor y mejor comunicación, se compadece más con el intercambio de roles propio de la época actual⁸.

Como excepción, puede disponerse el cuidado unilateral del hijo/hija, sea que el ejercicio compartido o unilateral. Ya no puede el juez/jueza, al momento de decidir, considerar la derogada preferencia materna, sea cual sea la edad del NNyA, principio que está establecido expresamente en el art. 656 del CCyC, que prevé:

⁸ Ver en GROSMAN, Cecilia, “La tenencia compartida después del divorcio. Nuevas tendencias en la materia”, L.L., 1984-B, 806”; ZALDUENDO, Martín, “La tenencia compartida: Una mirada desde la Convención sobre los Derechos del Niño”, L.L., 2006-E, 512; CHECHILE, Ana María, “Patria potestad y tenencia compartidas luego de la separación de los padres: desigualdades entre la familia intacta y el hogar monoparental”, J.A., 2002-III-1308; SCHNEIDER, Mariel, “Un fallo sobre tenencia compartida”, LLBA, 2001-1443; MIZRAHI, Mauricio L., “Familia, matrimonio y divorcio”, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1998, pág. 421.

“Cualquier decisión en materia de cuidado personal del hijo debe basarse en conductas concretas del progenitor que puedan lesionar el bienestar del niño o adolescente, no siendo admisibles discriminaciones fundadas en el sexo u orientación sexual, la religión, las preferencias políticas o ideológicas o cualquier otra condición”,

por lo que el parámetro a valorar es en especial la competencia del progenitor/progenitora conviviente para mantener y garantizar el contacto, vínculo y comunicación con el otro⁹.

El sistema es coherente en establecer que en todos los casos de cuidado compartido o unilateral existe un deber recíproco de información sobre los asuntos que hagan a la persona o bienes del hijo/hija. El art. 654 del CCyC., dispone:

“Cada progenitor debe informar al otro sobre cuestiones de educación, salud y otras relativas a la persona y bienes del hijo”.

Sobre la base de estas precisiones terminológicas pasaré a analizar algunas pautas dadas por la jurisprudencia local sobre el cuidado personal, plan de parentalidad y régimen de comunicación con los hijos/hijas.

III. Pautas de la Justicia de familia mendocina relativas al cuidado personal, plan de parentalidad y régimen de comunicación

En este apartado analizaré la aplicación del sistema propuesto por el CCyC, por la justicia de familia mendocina con relación dos de los ejes centrales de la responsabilidad parental:

- Cuidado compartido y principio de congruencia: Uno de los principios centrales que ha marcado la Cámara de Apelaciones de Familia, es que al ser el cuidado personal compartido en la modalidad indistinta la regla que fija el CCyC¹⁰, los jueces cuando así lo resuelven no afectan el principio de congruen-

⁹ Para ampliar sobre la perspectiva del género en el CCyC ver HERRERA, Marisa, “Co-parentalidad- desigualdad hacia un feminismo emancipador” en Miradas feministas sobre los derechos. Compiladoras MAFÍA Diana, GÓMEZ Patricia Laura y MORENO Aluminé, Buenos Aires, JusBaires, 2019, pág.65

¹⁰ CAF autos n° 695/17 P. A. N. M. CONTRA R. L. C. POR TENENCIA (03/10/2019) y

cia¹¹ y es la primera alternativa que deben ponderar. En sentido inverso si el cuidado compartido es peticionado por las partes y el juez se aparta, sí se afecta el principio de congruencia.

Por ejemplo, en un caso en el que la progenitora solicitó el cuidado personal compartido en modalidad indistinta, el progenitor–demandado– se allanó, la juez de primera instancia– apartándose de la pretensión de las partes– entendió que para los niños la mejor solución era el cuidado personal unilateral. La Cámara de Apelaciones de Familia, hizo lugar a la apelación y otorgó el cuidado personal compartido en modalidad indistinta, explicó que debe existir conformidad entre la sentencia y la pretensión o pretensiones que constituyen el objeto del proceso, más la oposición u oposiciones en cuanto delimitan ese objeto. Que debe observarse en el decisorio en su conjunto, ya que la parte dispositiva no hace más que sintetizar las conclusiones establecidas por el órgano judicial al decidir, en los considerandos, las cuestiones involucradas en la pretensión o pretensiones del actor y en la oposición u oposiciones del demandado. Por lo que la observancia del principio de congruencia requiere una rigurosa adecuación de la sentencia a los sujetos, al objeto y a la causa que individualizan a la pretensión y a la oposición. Sostuvo que los jueces no pueden modificar la acción deducida, sí calificarla, pero siempre que respete los hechos invocados, es decir, que no introduzca elementos fácticos diferentes a los denunciados por las partes, y mucho menos, si son presupuestos de la acción entablada¹².

Entiendo que también hace al principio de congruencia, que siempre que determine el cuidado personal compartido en sus dos modalidades: indistinto y alternado, la organización de días y actividades de la vida cotidiana que el hijo/hija comparte con sus progenitores se estipule dentro de un plan de parentalidad y no que se utilice el término régimen de comunicación.

n° 276/16 C.J.A. C/ B.R.E. P/ TENENCIA (07/08/2018) ver <http://www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?ide=7201663725>

¹¹ El principio de congruencia ha sido definido como la exigencia que obliga a establecer una correlación total entre dos grandes elementos definidores del esquema contencioso: la pretensión y la decisión, donde el término pretensión incluye tanto la pretensión propiamente dicha ejercida por el actor, cuanto a los términos de la resistencia del demandado (MORELLO, Augusto Mario, en *“Prueba, incongruencia, defensa en juicio”*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1977, pág.37).

¹² CAF autos N° 857/16/5F-877/16, caratulados: ``V. E. C/ G.C. E. P/CUIDADO PERSONAL (15/8/17) <http://www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?ide=5619101350>

- *Excepción cuidado unilateral*: El cuidado personal unilateral es la excepción, por lo que cuando así se decide debe fundarse en situaciones fácticas acreditadas en el expediente. La Cámara de Apelaciones de Familia ha marcado ciertas pautas a considerar cuando los jueces deciden otorgar el cuidado personal unilateral. Ha dicho que, para otorgar un cuidado compartido en modalidad indistinta debe haber una buena comunicación entre los progenitores ya que implica cotidianeidad en la vida de los hijos/ hijas. Por ende, si existe entre los adultos un alto nivel de conflictividad la primera alternativa de cuidado compartido deja de ser viable. En un caso, donde se advierte una fuerte litigiosidad entre los adultos, con intervenciones de organismos del Sistema de Protección como el OAL (Órgano Administrativo Local) y el PPMI (Programa Provincial de Maltrato Infantil) se resolvió otorgar el cuidado unilateral de los niños a su padre. Se destacó que la atribución del cuidado personal compartido no resulta adecuada cuando la relación parental, por ser disfuncional, lejos de beneficiarlos en lo que debería ser colaboración, compromiso y coordinación de ambos padres en su cuidado y educación, permite avizorar que esta modalidad únicamente generará mayores conflictos con los consecuentes efectos negativos para su armónico desarrollo. Se explica que la progenitora no queda desvincula de su responsabilidad parental, que permanece incólume, tanto en su titularidad como en su ejercicio, sin perjuicio que el cuidado diario de ambos jóvenes y las decisiones que ello conlleve corresponderán a su progenitor, siendo que esta situación se mantiene desde hace más de dos años y forma parte de su realidad existencial¹³.

En otro caso, bastante similar, la Cámara de Apelaciones de Familia ponderó las pautas del art. 653 del CCyC y dispuso el cuidado de las hijas adolescentes a su padre. Se detalló que de las constancias del expediente surgía que: a) las hijas vivían con su progenitor, desde hacía más de tres años, que se encargaba de las tareas cotidianas de su cuidado, más allá de la colaboración que recibía de terceros (abuela y tía) cuando trabajaba; b) que las adolescentes manifestaron querer vivir con su padre y que sea él quien se ocupe de tomar las decisiones de su vida cotidiana, c) que las jóvenes veían a su madre, se comunicaban con ella y dicho vínculo no era de ninguna forma obstaculizado por el progenitor¹⁴.

¹³ CAF autos N° 621/18, caratulados: "M. L. D. EN AUTOS N° 13.645 A. CONTRA M. POR T. CONTRA A. M. E. P/ INCIDENTE (02/03/2020) <http://www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?ide=7562918215>.

¹⁴ CAF autos N° 35/19 B.D. J. CONTRA F. P. POR CUIDADO 13/11/19. Ídem Expte.:

- *Cuidado personal compartido (especial) durante la pandemia*: Una situación que no puedo dejar de considerar es como ASPO (Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio)¹⁵ insidió en los derechos de los NNyA a la coparentalidad y mantener un régimen de contacto y comunicación con el progenitor/ progenitora no conviviente.

Así, en un caso donde ambos progenitores querían estar a cargo del cuidado de su hijo –de 5 años aproximadamente– el juez dispuso un plan de cuidado parental especial, mientras dure el ASPO y dispuso que el niño compartiera tiempo similar con ambos adultos. Estableció como condición que se garanticen todos los recaudos sanitarios impuestos por el Ministerio de Salud en resguardo de la integridad física de los miembros del grupo familiar, en especial la de su hijo debiendo ambos progenitores garantizar que el hogar y convivientes se encuentren en perfectas condiciones de salud y que no residan personas en condiciones de riesgo de contraer COVID-19. También es interesante destacar la exhortación que realizó el juez con el objetivo de que los miembros de la pareja

695/17 – P. A. N. M. CONTRA R. L. C. POR TENENCIA, (03/10/2019) <http://www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?ide=7201663725>

¹⁵ El día 20/3/2020 se dictó en nuestro país el DNU 297/20, que dispuso como medida de lucha contra la pandemia causada por el COVID 19, el ASPO. En consecuencia, se han dictado una importante cantidad de normas que reglamentan o limitan el ejercicio de ciertos derechos con miras a la preservación de la salud pública. La producción casi diaria de resoluciones, disposiciones o decisiones, así como su variedad temática han llevado a elaborar digestos o compendios en un intento de sistematización. En lo que aquí nos ocupa, interesan especialmente las Resoluciones dictadas por el Ministerio de Desarrollo Social de la Nación, quién definió el alcance de ciertas excepciones al ASPO, así como también las resoluciones y reglamentaciones emanadas de los máximos tribunales provinciales destinadas a organizar la actividad judicial. La prórroga dispuesta el día 11 de abril (DNU 355/2020) recuerda que la aplicación de las normas que se han dictado con el fin de contener y mitigar la propagación de la epidemia y así proteger la salud pública, adoptándose en tal sentido medidas proporcionadas a la amenaza que se enfrenta, en forma razonable y temporaria. Luego se dictó la Resolución MDS 132/2020 que estableció las excepciones al aislamiento social en casos de deber de asistencia a NNyA por parte sus progenitores o tutores y dispuso que la restricción prevista en el DNU no se aplica en los siguientes casos: a) Cuando al momento de entrar en vigor el DNU, el NNyA se encontraba en otro domicilio del que tiene su centro de vida o es el más adecuado para cumplir con la cuarentena. De ser necesario este traslado, debe ser realizado por única vez. b) Si alguno de los progenitores por razones laborales, o de asistencia a otras personas u otras causas de fuerza mayor tienen que ausentarse del hogar. En estos casos, pueden trasladar a los NNyA a la casa de otro progenitor o persona cercana. c) Por cuestiones de salud de fuerza mayor, en cuyo caso se podrá trasladar a los NNyA a la casa del otro progenitor, siempre priorizando la no circulación.

parental tiendan a maximizar sus esfuerzos en la búsqueda de soluciones pacíficas a los conflictos inherentes a los intereses de su hijo anteponiendo los mismos por sobre todas las cuestiones personales¹⁶.

- *Régimen de comunicación y autonomía progresiva*: Como se ha explicado, los principios de interés superior del niño, autonomía progresiva y derecho del NNyA a ser oído son los ejes troncales de cualquier decisión que se resuelva en la justicia en temas concernientes a sus derechos. Tal es su importancia y valoración que, en un caso de pedido de régimen de comunicación de un progenitor con su hija adolescente, en el que se había descartado cualquier indicador de influencia negativa de la progenitora conviviente, se rechazó el pedido de fijar un régimen de comunicación ya que la hija en varias instancias del proceso había manifestado su negativa a vincularse con su progenitor. El juez ponderó que la joven, al momento de resolver tenía la edad de 13 años, y había manifestado en reiteradas ocasiones no querer tener contacto con su padre. El juez analizó que, si bien la voluntad de hija no es vinculante, en el caso resulta determinante, no sólo porque no aparece como un condicionamiento generado por los adultos, sino también porque los elementos contextuales de la decisión lo indican como lo más adecuado a la protección de sus derechos. En consecuencia, rechaza la demanda interpuesta por el progenitor¹⁷.

La Cámara de Apelaciones de Familia comparte dicho criterio, en un caso donde ambos progenitores plantearon diferentes regímenes de contacto y comunicación, resolvieron fijar un régimen propuesto por el niño– que no coincida con el pedido por los adultos pero sí por la Asesora– y ponderaron que si bien lo expresado el niño no es vinculante, no pueden perder de vista que su madurez ha sido puesta de manifiesto en las evaluaciones psicológicas y que en función de su autonomía su opinión debe ser respetada¹⁸.

- *Régimen de comunicación y perspectiva de género*: El CCyC también marcó un cambio de paradigma y dispuso un necesario análisis con perspectiva de género¹⁹ en las resoluciones judiciales. La Cámara de Apelaciones de Familia así

¹⁶ 2º JF de la Primer Circunscripción Judicial de Mendoza, auto N° 337/20/2F “L. S. F. POR ACCION RELATIVA A LA RESPONSABILIDAD PARENTAL URGENTE”.

¹⁷ 1º JF. de la Primer Circunscripción Judicial de Mendoza, autos N° 1235 P. c/J.P/COMUNICACIÓN (19–12–2019).

¹⁸ CAF autos N° 230/19 caratulados: “M. R. I.J c/M., N. R. p/ CUIDADO PERSONAL” (19/05/20 <http://www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?ide=7620010040>)

¹⁹ Algunos trabajos interesantes para destacar: IBARRA, Carolina E. “La irrupción de la perspectiva de género en las sentencias del fuero de la seguridad social”, RDLSS 2020–18, 67, AR/DOC/2765/2020; ALCOLUMBRE, María Gabriela, “Perspectiva de género y jus-

lo ha remarcado, en una sentencia en la que se dejó sin efecto un régimen de re-vinculación autorizado en primera instancia. Los hechos fueron los siguientes: la juez de primera instancia había ordenado la re-vinculación progresiva de dos niñas- mellizas- con su progenitor, cuando la sentencia llegó a la alzada se aportó como prueba la sentencia penal condenatoria por abuso sexual del padre de las niñas a su madre. Esta sentencia fue valorada por los jueces de alzada y se destacó que las niñas habían nacido a raíz del abuso sexual sufrido por su madre, durante su adolescencia, por parte de quien fuera su cuñado. Entre sus fundamentos puedo subrayar que se consideró la situación de particular conflictiva, en la que los progenitores no eran una pareja con desavenencias o incluso una con una situación de VIE, sino que se trataba de una relación víctima/victimario de un delito contra la integridad sexual entre dos personas con una relación de parentesco afin, y aunque de ello haya resultado que ambos sean progenitores, habría sido valioso, disponer las medidas de protección considerando el contexto y la perspectiva de género. También se consideró la opinión de las niñas, quienes a la fecha de la sentencia tenían 12 años, se remarcó su derecho de decidir cuándo y cómo quieren contactarse con su padre biológico, siendo necesario que ellas conozcan –en la medida que su madurez se los permita y con el correspondiente acompañamiento terapéutico– la verdad sobre su origen aunque sea doloroso, ponderando así que de otro modo, la condena penal será sólo una respuesta del sistema penal a la comisión de un delito sin reparar en la consecuencias psicosociales que para las víctimas (en este sentido las niñas también los son) tienen los delitos en los que el componente de género está necesariamente presente²⁰.

IV. Conclusiones

La CDN y la Ley N° 26.061 implicaron una necesaria reestructuración de las instituciones sociales, familiares y estatales, como se dijo cambiaron las reglas

ticia. “Del origen y el placer” de Guillermina Grinbaum a los flagelos modernos: en los hechos, unos son más iguales que otros”, La Ley 20/08/2020, 5, AR/DOC/576/2020. MARTÍNEZ, María Ventura, “Una agenda judicial con perspectiva de género en la provincia de Buenos Aires”, LLBA 2020 (julio),7, AR/DOC/797/2020.

²⁰ CAF autos N° 888/15/11F-445/18 “C. A. D. C/ S. Y. S. P/ REGIMEN DE VISITAS” (9/3/2020) <http://www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?ide=7577567870>

del juego, marcaron un camino sobre la base de la Doctrina de los Derechos Humanos y de la concepción de los NNyA como sujetos de derechos. Ambas influyeron en la regulación sobre la responsabilidad parental y sus figuras derivadas en el CCyC.

A cinco años de vigencia del CCyC, advierto un cambio profundo en las sentencias judiciales de la justicia de familia mendocina, un cambio marcado por considerar a los NNyA como ejes del sistema ponderando siempre su derecho a ser oído, que su opinión sea tenida en cuenta, su autonomía progresiva y su superior interés. Celebro esta nueva institucionalidad, sin embargo, falta un camino por recorrer, en el que se debe profundizar el compromiso de los adultos que acuden a tribunales a respetar los mandatos de la CDN en el ejercicio de su coparentalidad.



Comentario sobre el daño informático

DR. RUBÉN E. FIGARI

I. Introducción

Es innegable que el mundo actual se mueve a través de la informática, prácticamente nada se puede construir, en todo aspecto, sin ella. Todo avance logrado no ha podido prescindir de esta modalidad. Mas así como se han obtenido grandes logros gracias a ella y consecuentemente vivir en un mundo mejor lo cual implica un gran merecimiento, deja resquicios también para que se cueilen situaciones reprobables en todos los ámbitos, dejando tras sí inmensos daños de todo tipo y no solamente económicos. A ello apunta el derecho penal para punir conductas disvaliosas mediante la utilización de todo ingenio que la mente humana pone al servicio de perjudicar todo lo que se mueve en derredor de la utilización de los elementos informáticos. De modo que la legislación, en este aspecto debe ir al compás de toda esa ingeniería perversa que atenta contra la comunidad en general. Es sabido que normalmente la ley penal va detrás de los acontecimientos, por ello ante la velocidad que imprime todo este comportamiento que se da en el mundo virtual, el legislador debe estar atento para detectar las conductas no deseadas que se manifiestan en aquél con el fin de poder distinguir lo bueno de lo malo que nos aporta la órbita informática.

“La existencia de una forma particularizada en la causación del daño –utilización de medios automáticos para el procesamiento de la información– justifica plenamente el tratamiento específico del problema encarnado por la dualidad informática derecho, empleando una adaptación metodológica al objeto de estudio. La utilización de medios automáticos o electrónicos es el instrumento idóneo para la producción del daño informático. La expresión ‘me-

dios electrónicos' pretende superar en amplitud y comprensividad a las variadas construcciones doctrinarias que referencian a computadoras, ordenadores, etc., por cuanto aparece suficientemente extensa como para receptar la evolución vertiginosa de la tecnología y la técnica, que, en breves espacios temporales, podría dejar tales expresiones obsoletas. El tratamiento informatizado de datos es propiamente el objeto de la informática, determinando el contenido de las operaciones efectuadas en utilización de sistemas de computación; es la sustancialidad de este aspecto que resulta definitiva de la informaticidad del daño, particularizándolo en relación a otros usos alternativos posibles mediante los mismos medios electrónicos"¹.

Desde luego que no se puede pretender que un Código Penal como el que no rige previera estas cuestiones que ni por asomo se le presentaron en el imaginario de nuestros legisladores de antaño, es impensable pretender algo contrario. Toda la legislación se fue elaborando al compás de los avances tecnológicos y al margen de leyes dispersas de diversa índole, que sería sumamente extenso de mencionar, es recién a partir de anteproyectos de reforma al Código Penal en que en forma armónica se aborda el tema –en el caso concreto el daño informático–.

II. Antecedentes

El Anteproyecto de Reforma al Código Penal del MJDHN destina dos artículos para punir del daño informático: el art 187 que estipula lo siguiente:

“Será reprimido con prisión de quince días a un año, el que por cualquier medio, destruya en todo o en parte, borre, suprima, o altere en forma temporal o permanente, o de cualquier manera im-

¹ CALDERÓN, Maximiliano Rafael – HIRUELA, María del Pilar, “Daño informático y derechos personalísimos”, en “Derecho de Daños. Economía. Mercado. Derechos Personalísimos”, GHERSI Carlos (director), Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999, págs. 366 y sgtes. citado por LEIVA Claudio Fabricio “Responsabilidad por daños derivados de Internet (Reparación y prevención de los daños)” en www.aaba.org.ar/bi22n004.htm.

pida la utilización de datos o programas contenidos en soportes magnéticos, electrónicos o informáticos de cualquier tipo o durante un proceso de transmisión de datos. La misma pena se aplicará a quien venda, distribuya o de cualquier manera haga circular o introduzca en un sistema informático, cualquier programa destinado a causar alguno de los hechos mencionados en el párrafo anterior, en los datos o programas contenidos en una computadora, en una base de datos o en cualquier tipo de sistema informático”. Y el art. 188 que determina una agravante: “En los casos del art. 186, la pena será de tres meses a cuatro años de prisión: (...) e) Cuando el daño se ejecute en sistemas informáticos o bases de datos públicos, o relacionados con la prestación de un servicio público”.

En el Anteproyecto de Reforma Integral al Código Penal de 2014 en el art. 161:

“1. Será reprimido con prisión de seis meses a un año o multa de diez a cien días, el que destruyere, inutilizare, hiciere desaparecer o de cualquier modo dañare una cosa mueble o inmueble o un animal, total o parcialmente ajenos; 2. La misma pena se impondrá al que vendiere, distribuyere, hiciere circular o introducir en un sistema informático, cualquier programa destinado a causar daños; 3. El máximo de la pena de prisión será de cuatro años cuando el daño: (...) d) Se ejecutare en sistemas informáticos destinados a la prestación de servicios de salud, de comunicaciones, de provisión o transporte de energía, u otros servicios públicos”.

Proyecto de Reforma al Código Penal elaborado por la denominada “Comisión Borinsky” 2017/2018 el art. 494 consigna:

“Se impondrá prisión de quince días a un año o uno a doce días-multa, al que ilegítimamente y sin autorización de su titular alterare, destruyere o inutilizare datos, documentos, programas, sistemas informáticos o registros informáticos de cualquier índole. Si los datos, documentos o programas afectados fueren aquellos protegidos por

la Ley N° 24.766, la escala penal prevista se elevará en un tercio del mínimo y del máximo”.

El art. 495 establece:

“La pena será de prisión de tres meses a cuatro años: 1°) Si el hecho se ejecutare en documentos, programas o sistemas informáticos públicos; 2°) Si el hecho se cometiere en sistemas informáticos destinados a la prestación de servicios de salud, de comunicaciones, de provisión o transporte de energía, de medios de transporte u otro servicio público; 3°) Si el daño recayere sobre un bien perteneciente al patrimonio cultural de la Nación Argentina o de un Estado extranjero”.

El art. 496 dispone:

“La pena será de prisión de uno a cinco años si, por el modo de comisión: 1°) El hecho hubiere afectado a un número indiscriminado de sistemas informáticos; 2°) El hecho hubiere afectado el funcionamiento de servicios públicos esenciales o la provisión de bienes de primera necesidad; 3°) El hecho hubiere creado una situación de peligro grave para la sociedad”.

El art. 497 reza:

“Se impondrá prisión de uno a cinco años, al que ilegítimamente y sin autorización de su titular, mediante cualquier artificio tecnológico, mecanismo de cifrado o programas maliciosos, obstaculizare o interrumpiere el funcionamiento de un sistema informático ajeno o impida a los legítimos usuarios el acceso a los datos del sistema, siempre que el hecho no importe un delito más severamente penado”.

El art. 498 dice:

“Se impondrá prisión de quince días a un año o uno a doce días– multa, al que vendiere, distribuyere, hiciere circular o introdujere en un sistema informático cualquier programa destinado a causar daños”.

III. Ley N° 26.338

La Ley N° 26.388 (junio 4 de 2008) incorpora el 2° párrafo del art. 183, referido al daño informático en estos términos:

“En la misma pena incurrirá el que alterare, destruyere o inutilizare datos, documentos, programas o sistemas informáticos o vendiere, distribuyere, hiciere circular o introdujere en un sistema informático, cualquier programa destinado a causar daños”.

En atención al primer párrafo del art. 183 se veía que el objeto material del daño está constituido por una cosa mueble o inmueble o un animal, total o parcialmente ajeno. Entonces se planteaba el problema que los bienes intangibles –*software* o datos almacenados en soportes magnéticos, ópticos o electrónicos– no estaban directamente enunciados en la norma y el cuestionamiento era como solucionar esta laguna normativa.

Palazzi indicaba que una primera solución podía ser interpretar ampliamente el concepto de cosa del art. 183 lo que se vería respaldado por la evolución jurisprudencial del concepto de cosa en materia penal, que registra una apertura al considerar punibles actos cometidos sobre determinados bienes cuya naturaleza de “cosa” podía ser discutible. De esta forma se aceptaba que es posible apropiarse y por ende destruir, los pulsos telefónicos, la señal de cable y de cualquier energía susceptible de apropiación en virtud de que el art. 2311 del C.C. reformado por la Ley N° 17.711 [actuales arts. 16 y 1883 del C.C y C.] otorga el carácter de cosa a la energía².

Con esta última interpretación se sostuvo que la información que se encuentra en una computadora adopta la forma de energía, que podrá ser eléctrica

² PALAZZI Pablo “*Delitos informáticos*” Ed. Ad– Hoc, Buenos Aires, 2000, pág. 133.

o magnética según el soporte que la posea. La energía magnética que está en la superficie de un disco rígido o un *diskette* –se debería agregar también un CD o un *pendrive*–, por ser apropiable, se rige, entonces por las disposiciones de las cosas. Igual criterio se aplicará a la energía eléctrica que se encuentra en la memoria de un ordenador. Ambas pueden ser alteradas por manipulación de una persona, de un programa o un virus hecho a tal efecto. Entonces, la información contenida en una computadora –ya sea en un *diskette*, en un disco rígido o en la memoria– llega a poseer la entidad suficiente para ser reputada cosa a los efectos de aplicarles las mismas disposiciones. Por otro lado la doctrina moderna le atribuye a la información valor en sí misma como mercancía y la posibilidad de un derecho de propiedad sobre ella.³

En sentido contrario a lo antes expuesto se alzaron otras voces que consideraron que los llamados “daños informáticos” no se encontraban previstos en los casos señalados por los arts. 183 y 184 del Código Penal, puesto que expresamente el articulado mencionado en primer término se refería como objeto de delito a las cosas muebles, concepto normativo definido en el Código Civil. Es decir, “cosa mueble” implica todo objeto detectable materialmente, transportable y susceptible de tener un valor, definición que impediría considerar a un archivo de computadora almacenado en un soporte informático como cosa mueble y, en consecuencia, como objeto del delito de daño. Sobre el punto se ha explayado la doctrina al señalar que el contenido intelectual o la información almacenada, es decir la idea que transmite considerada como abstracción, no puede ser comprendida en el concepto de cosa mueble al destruir o borrar un archivo, esto es el disquete, no se daña, pues puede volver a utilizarse⁴. Por lo tanto, se consideró que ningún archivo o página web podía asimilarse al concepto de cosa, por no tratarse de un objeto corpóreo ni pasible de ser detectado materialmente, extremo que necesariamente conducía a la atipicidad de aquellas conductas dirigidas a dañar, destruir o inutilizar archivos, contenidos intelectuales o información almacenada en un soporte, *diskette*, disco rígido, unidad de almacenamiento extraíble o *pen-*

³ Ídem (ob. cit. pág. 134).

⁴ FILLIA Leonardo César – MONTELEONE Romina – NAGER Horacio Santiago – ROSENDE, Eduardo E. – SUEIRO Carlos Christian, “Análisis de la reforma de materia informática al Código Penal de la Nación. Ley (N° 26.338)”, Suplemento LL Penal y Procesal Penal 28/08/08, citando a CARO Rodrigo “El archivo almacenado en soporte informático como objeto del delito de daño, art. 183 del Código Penal” LL 2004– A– 1436. En igual sentido ROSENDE Eduardo “Derecho Penal e informática” Ed. Fabián Di Plácido, Buenos Aires, 2007, pág. 212.

drive u ordenador. Así, fue entendido jurisprudencialmente por la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional en el conocido caso “Piamonti”, de cuyos considerandos se advierte que el borrado o destrucción de un programa de computación no es una conducta aprehendida por el delito de daño (art. 183 C.P.), puesto el concepto de cosa es aplicable al soporte y no a su contenido⁵.

Esta laguna de la que se hablaba y su intención subsanatoria por parte de la jurisprudencia ha sido remedada por la incorporación del segundo párrafo del art. 183. En efecto, la reforma ha ampliado los objetos de protección, tutelándose especialmente al dato, al documento, a los programas y a los sistemas informáticos como banco u objeto de ataques ilegítimos, con el fin de mantener incólume su inalterabilidad y de este modo, la afectación de tales elementos pasa a estar comprendidos dentro de la protección que anteriormente se hacía de las “cosas fungibles”, con lo que –desde el punto de vista penal– el concepto de cosa se ha ampliado en forma notable, por lo que en la actualidad ya no será exclusivamente un objeto material corpóreo, sino que también se comprenderá la alteración o la destrucción de datos, documentos, programas y sistemas informáticos que tengan una calidad diferente, caracterizada principalmente por la inmaterialidad propia de tales elementos⁶.

Según Tazza – Carreras en la primera parte de la norma se incrimina el llamado “sabotaje informático” consistente en la alteración o destrucción de programas o de sistemas informáticos en general de un tercero. Es constitutivo de un delito de resultado al que se puede arribar aun alterando, total o parcialmente el nuevo objeto de protección que comprende también al denominado software de estas nuevas tecnologías. Incluso, con la protección ampliada de esta norma, la intangibilidad de una página web en internet es alcanzada por la norma en cuestión.

⁵ FILLIA Leonardo César – MONTELEONE Romina – NAGER Horacio Santiago – ROSENDE, Eduardo E. – SUEIRO Carlos Christian (ob. cit. LL 28/08/08) citando a BROND Leonardo – BRIGNANI Sebastián “*Delitos informáticos – panorama deslindante y criterio de demarcación*” LL 2004– C– 1250.

⁶ TAZZA Alejandro – CARRERAS Eduardo “*La protección del banco de datos personales y otros objetos de tutela penal*” LL 20/08/08.

IV. Aspecto Objetivo

Los verbos típicos son *alterare*, *destruyere* o *inutilizare*. Si bien difiere del “daño común” pues se agrega el término *alterare*, se entiende que no hay mucha diferencia con los conceptos previstos en el tipo penal original, mas no se incluye la frase “hiciera desaparecer”.

“Alterar” sería modificar un archivo de datos o programa sin destruirlo completamente. El verbo “inutilizar” sigue el mismo camino: no requiere la destrucción total, sino que el archivo no funcione, por ej. se puede eliminar un solo byte de un archivo ejecutable y éste no servirá para su finalidad; se puede modificar la extensión, y el ordenador no lo reconocerá⁷.

En el contexto informático, “destruir” quiere decir borrar definitivamente sin posibilidad de recuperación. La respuesta a si esto ocurre o no en un supuesto concreto dependerá del sistema informático y el operativo utilizado. En la mayoría de éstos la acción de borrar disiente en esta parificación pues considera que el verbo “inutilizar” sigue el mismo camino que el caso de “alterar”, pues, en su concepto no se requiere la destrucción total, sino que el archivo no funcione y pone el ejemplo de que se puede eliminar un solo byte de un archivo ejecutable y éste no servirá para su finalidad; se puede modificar la extensión y el ordenador no lo reconocerá. En cambio, “destruir” implica borrar definitivamente sin posibilidad de recuperación⁸. La respuesta a si esto ocurre o no en un caso concreto dependerá del sistema informático y operativo utilizado. En la mayoría de los sistemas operativos la acción de borrar no implica que el hecho se produzca indefectiblemente, pues los archivos borrados se almacenan en una carpeta conocida como basurero o *trash can*. Generalmente para poder concluir la acción de borrado de datos el usuario debe reconfirmar el borrado para eliminar los documentos e incluso en estos casos es posible recuperarlos en algunas situaciones. Por ende, la consideración de la destrucción debe ser analizada caso por caso; sin embargo, el imputado que de algunas de las formas previstas en el tipo penal afecta el archivo o la información estará cometiendo el delito en cuestión⁹. Existen otras formas de borrado mediante virus informáticos, o programas

⁷ PALAZZI Pablo “*Los Delitos informáticos en el Código Penal. Análisis de la Ley N° 26.388*” 3era edición actualizada y ampliada, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2016, pág. 178.

⁸ Idem (ob. cit. pág. 178).

⁹ Idem (ob. cit. pág. 179).

dañinos que pueden “saltearse” estas seguridades impuestas por los sistemas operativos. También cabría la posibilidad de destruir el hardware –generalmente de menor valor– con la finalidad de destruir los datos o software –de mayor valor–.

El hecho que exista un sistema de *back up*, como sucede en la mayoría de las empresas en modo alguno altera el delito de daño pues la restauración requiere un esfuerzo que ya implica reparar el daño causado¹⁰. Por ello se afirma que no se requiere para su configuración de un daño sino que por el contrario, representa un delito de peligro y no de resultado¹¹.

Palazzi considera que la jurisprudencia anterior que requería de un daño concreto y descartaba por atípicos los supuestos de pintadas en paredes, porque consideraba que no había alteración de la esencia de la pared y no afectaba al bien jurídico tutelado por el art. 183 no resulta aplicable al acto de borrar o alterar datos o software, porque tanto el borrado como la alteración modifican la esencia de la cosa en sí, independiente de que, por tratarse de objetos digitales puedan restaurarse con cierta facilidad. El archivo dañado ya no sirve o funciona en forma incorrecta y a veces no sólo repercute en la integridad de los datos o del funcionamiento del *soft*, sino que puede afectar el hardware el cual no funcionará sin el *software* adecuado, por otra parte no es comparable el daño o un sistema informático que puede detener el funcionamiento completo de una empresa con la pintada de una pared de menor valor¹².

En cuanto al objeto sobre los que pueden recaer las acciones típicas son: “datos, documentos, programas o sistemas informáticos. Es evidente que la reforma amplió el tipo penal, de manera tal que tendrá aplicación fuera del ámbito de los ordenadores. Ello es así porque el nuevo tipo penal no requiere expresamente que los datos o programas estén contenidos en una computadora. Hoy en día existen infinidad de dispositivos que funcionan como tales y poseen tanto software como datos instalados de alto valor. Así, no solo un ordenador personal o una laptop, sino también un archivo almacenado en la memoria de una cámara digital, un teléfono, un flash drive o pen drive, un *smartphone*, una *blackberry*,

¹⁰ PALAZZI Pablo “Análisis del proyecto de ley de delitos informáticos aprobado por el Senado de la Nación en el año 2007” en “Revista de Derecho Penal y Procesal Penal”, Abril-mayo 2008, Lexis Nexis.

¹¹ TAZZA Alejandro – CARRERAS Daniel (ob. cit. pág. 4); PALAZZI Pablo “Los Delitos informáticos...” (ob. cit. pág. 179).

¹² PALAZZI Pablo, “Los Delitos informáticos...” (ob. cit. págs. 179/180).

un disco rígido externo, un *ipod* o cualquier otro dispositivo para almacenar información. La lista es abierta y se expandirá día a día con los desarrollos tecnológicos que surgen¹³.

No necesariamente se deben destruir datos personales, sino también datos anónimos, estadísticos o de cualquier naturaleza. Puede tratarse de un archivo de texto, fotos, videos, archivo de sonido en cualquier formato ya que el delito no distingue respecto al valor de los objetos. En el caso de una comunicación la cuestión se traslada al art. 197 del Código Penal y al caso de eliminar o desviar una correspondencia electrónica o correo electrónico, la norma aplicable sería la del art.153 porque en ambos casos estas figuras se desplazan al art. 183, todos del C.P. Asimismo, en el caso que lo dañado es una obra intelectual contenido en un soporte informático (art. 1, Ley N° 11.723) también se aplica el delito en trato¹⁴.

Con ello se incrimina el denominado “sabotaje informático” consistente en la alteración o destrucción de programas o de sistemas informáticos en general de un tercero, pudiéndose arribar a dicho resultado aun alterando, total o parcialmente, el nuevo objeto de protección que comprende también al denominado software de estas nuevas tecnologías¹⁵, tal como se ha dicho párrafos más arriba.

Por otra parte, además del daño informático tradicional se agrega una nueva modalidad de daño ya que se une a quien “vendiére, distribuyere, hiciere circular o introdujere en un sistema informático, cualquier programa destinado a causar daños”. Se entiende que estos programas, como por ejemplo un virus *maker* o herramientas específicas de destrucción de datos, son potencialmente dañosas. Por consiguiente, quien de alguna manera pone en el comercio un programa de tales características, con conocimiento del daño a producir, ayuda de esta forma a cometer el delito de daño a quien usará la herramienta. No se prohíbe la existencia de estos programas, sino que penaliza a quien los venda, los distribuya o los haga circular o introduzca concretamente en un sistema informático¹⁶. Según Palazzi, el spyware no entra dentro de esta categoría sino causa o puede causar daño, a menos que se considere que el consumo de ciclos de CPU incide en la performance del ordenador, aunque entiende, que esa no ha sido la idea del le-

¹³ Ídem. (ob. cit. pág. 180).

¹⁴ Ídem. (ob. cit. pág. 181).

¹⁵ TAZZA Alejandro – CARRERAS Daniel (ob. cit. pág. 4).

¹⁶ PALAZZI Pablo “Análisis...” (ob. cit. pág. 21).

gisador al penalizar con la reforma tales tipos de programas espías, que en todo caso afecta otros bienes jurídicos como la privacidad. Tampoco están comprendidas dentro de este concepto las herramientas usuales de trabajo informático tales como un programa de formateo, de borrado o de administración de archivos, que si bien el práctica pueden usarse para borrar información, no tienen como fin principal tal daño, de hecho, la diferencia es sutil, no es lo mismo un programa que puede ser usado para causar daños que aquel destinado solamente a producirlos¹⁷.

Se aprecia, en esta segunda parte de la disposición penal que la cuestión tiene vinculación con aquellas actividades referidas al manejo y manipulación de virus informáticos que pueden destruir programas existentes en tales sistemas, de modo que se sanciona tanto el acto de vender, distribuir, hacer circular, e incluso introducir tales programas que traen aparejado dicha afectación. La modalidad de “hacker” destructivo es la contemplada por esta disposición penal, aunque también el tipo penal se conforma con algo menos, como sería la acción de vender, distribuir o hacer circular tales programas aún antes de que ellos penetren en un sistema informático¹⁸.

Se señala que en cuanto a la posibilidad de incriminar a quienes producen una herramienta que puede eventualmente usarse para crear daños informáticos, el tema se plantea con las llamadas tecnologías de doble uso, de las cuales se ven miles de ejemplos en la vida cotidiana: la fotocopiadora, la video casetera, un equipo “doble casetera”, un *ipod*, un disco rígido, una grabadora de *dvd*, el *software peer to peer*, y un largo etcétera de software y hardware que permite copiar obras intelectuales, reproducirlas, difundirlas. Tanto doctrina como jurisprudencia coinciden ampliamente en que estas tecnologías no son ilegales ni susceptibles de ser prohibidas si tienen usos sustancialmente legítimos o no infractores, aunque de paso también tengan usos no legítimos. La solución legal más razonable en estos casos es permitir la existencia de estas herramientas y solamente sancionar su uso en un caso concreto cuando este uso sea ilícito, pero permitiendo que coexistan los usos legítimos. Por ende si el programa destinado a causar daños encuentra un uso legítimo, tal uso no será ilegal, en cambio si no es posible encontrarle usos legítimos o que no produzcan daño, no se ve porque no debería prohibirse su distribución.¹⁹

¹⁷ Ídem “*Los delitos...*” (ob. cit. págs. 191/192).

¹⁸ TAZZA Alejandro – CARRERAS Daniel (ob. cit. pág. 4).

¹⁹ PALAZZI Pablo “*Análisis...*” (ob. cit. págs. 21/22).

En cierta forma la conducta que lleva a cabo el sujeto activo, se podría considerar como progresiva –aunque no necesariamente ocurra de esa forma– ya que comienza como una suerte de intrusismo –actividad que realiza el hacker– para luego pasar a ser un cracker, aunque a veces este último comienza directamente con la actividad vandálica. Esta conducta suele definirse como la de quebrar, remover o eliminar la protección de un programa de forma tal que el mismo funcione, luego de *crackeado*, como si hubiera sido adquirido por un usuario registrado. Se indica que una modalidad vandálica del cracking es la desarrollada por los *cyberpunks*, en la que la conducta suele venir preordenada por el específico ánimo de destruir datos, programas o soportes informáticos. Se define al *cyberpunk* como un cracker cuyo único fin es la entrada inconsentida en sistemas informáticos –conducta típica de *hack*– mediando la corrupción de un *password* –conducta típica de *crack*– para destruir datos o implementar en el sistema informático un virus, o bomba lógica, que destruye a los mismos²⁰.

El último párrafo reformado del art. 184 pune la venta, distribución, circulación e introducción en un sistema informático de cualquier programa destinado a causar daños.

Este programa consiste en un virus o un código inadecuado que pueda ser susceptible de causar un perjuicio al hardware o al software de un sistema informático. De hecho, se está hablando de un delito de peligro abstracto porque se trata de una potencialidad lesiva.

“...el programa en cuestión, analizado su funcionamiento, deberá demostrar que puede borrar datos o programas de ordenador. Puede hallarse escrito en cualquier lenguaje, incluso en un marco de Excel o Word, con capacidad para dañar los datos de uno de estos archivos”²¹.

Los especialistas expresan que el spyware no entra dentro de esta categoría sino causa o puede causar un daño salvo que se considere que el consumo de ciclos

²⁰ MORÓN LERMA Esther “*Internet y derecho penal: “hacking” y otras conductas ilícitas en la red*” “Colecc., *Derecho y proceso penal N° 1*”, Aranzadi. Pamplona, 1999, págs. 32/33 citado por RIQUERT Marcelo “*Delitos informáticos*” en “*Derecho penal de los negocios*” CARRERA Daniel – VAZQUEZ Humberto (Directores) Ed. Astrea, Buenos Aires, 2004, pág. 327.

²¹ PALAZZI Pablo, “*Los Delitos informáticos...*” (ob. cit. pág. 182).

de CPU incide en la performance del ordenador, no obstante, se entiende que no fue la idea del legislador penalizar tal tipo de programa de espías y que en todo caso afecta otros bienes jurídicos como la privacidad. Asimismo, están comprendidos dentro del concepto las herramientas usuales de trabajo informático tales como el programa de formateo, borrado o administración de archivos que, no obstante, pueden usarse para borrar información, pero no tiene como fin principal provocar un daño.

Ahora bien, el art. 183 del C.P. no prohíbe la existencia de estos programas, sino que la punición recae sobre quien los venda, distribuya, haga circular o los introduzca en un sistema informático.

El legislador estima que estos programas destinados a causar daños, como por ejemplo un virus o un virus *maker* o *hots maker* constituyen herramientas específicas de destrucción de datos o software que son potencialmente dañosas, por lo tanto, quien en el comercio un programa de tales formatos con conocimientos del daño que puede producir, coopera a cometer el delito de daño a quien usará las herramientas en trato. Demás está decir tanto la potencialidad como la efectividad de estos programas facilita la provocación de daños de gran valor al paralizar el funcionamiento de sistemas informáticos de numerosas funciones esenciales y sobre todo de interés público²². Imagine el lector el daño tremendo que se provoca con la introducción de dicho programa en sistemas informáticos destinados a ser funcionar aparatos médicos, seguridad aeroportuaria, transito vial, ferrocarriles, robo de identidad, etc.

V. Virus informáticos

Normalmente y asiduamente los mayores daños informáticos se producen mediante los denominados “virus informáticos”. Se han categorizado bajo un mismo denominador diferentes programas que, si bien afectan la información, lo hacen de forma diferente, y son en realidad códigos lógicos o programas diferentes que no tienen siempre las mismas características. De esta manera son agrupados bajo el rótulo de virus informáticos, programas que no cumplen con los requisitos propios de esta clase de archivos, concluyendo que un virus in-

²² Ídem. (ob. cit. págs. 183/184).

formático, es algo diferente a un gusano –*worm*–, un caballo de Troya –*troyan horse*– o una bomba lógica²³.

Rosende restringe el concepto en cuanto a lo que abarca el virus informático, pues considera incorrecto tratar aspectos relativos a los problemas que plantean las bombas lógicas, los gusanos y los caballos de Troya, pues estos archivos exceden las capacidades informáticas de lo que se denomina virus, mientras que a su vez les falta ciertas características propias de esta clase de amenaza informática, sin perjuicio de que se hayan creado programas que permitan agrupar distintas características de estas cuatro categorías, por ello considera más correcto hablar de “amenazas lógico informático” que permite embolsar tanto a los virus informáticos, como los gusanos, los caballo de Troya y las bombas lógicas²⁴.

Entonces, los virus informáticos son pequeños programas cuya mayor cualidad es la capacidad de autorreproducirse, mediante su ejecución y copiado en un archivo de una computadora siendo una de sus posibles consecuencias el borrado de programas y archivos, la desestabilización del sistema operativo, la recarga de los recursos del sistema, o la memoria, o simplemente la inclusión de mensajes de chistes, realizando todas estas actividades sin la participación de un usuario y con el desconocimiento de éste, utilizando solamente los parámetros de su programación²⁵ y es esta capacidad de autoreproducción la que diferencia a los virus informáticos de los caballos de Troya y las bombas lógicas²⁶.

Un programa gusano, recibe su designación por la forma en que se desliza en y fuera de una red de computación y como en la mayoría de los virus, un programa gusano es sólo peligroso cuando es diseñado para realizar alguna función particular y cuando uno de esos programas se escribe para realizar una función negativa, el programa se mueve a través de una red y desactiva las computadoras helando teclados y pantallas, llenando la memoria o reduciendo la velocidad. Los gusanos o *worms* son los archivos que más semejanza presentan con los virus por su autoreproducción, pero con la diferencia que éstos no producen efectos destructivos en su versión pura, sino que su objetivo es colapsar el sistema o ancho de banda, mediante su replicación constante.

²³ ROSENDE Eduardo (ob. cit. pág. 133).

²⁴ Ídem (ob. cit. pág. 135).

²⁵ PALAZZI Pablo “*Análisis...*” (ob. cit. pág. 145).

²⁶ ROSENDE Eduardo (ob. cit. pág. 136).

Las llamadas “bombas lógicas” liberan su carga activa cuando se cumple una condición determinada, como cuando se alcanza una fecha u hora específica o cuando se teclea una combinación de letras. La condición puede ser la llegada de una fecha –bomba de tiempo–, una combinación de teclas o una determinada técnica. Si no se produce ese evento disparador, las bombas lógicas permanecen ocultas y hasta pueden no activarse.

Otra modalidad es el denominado “caballo de Troya” que son programas destructivos encubiertos, aparecen en forma de juego, utilidades y adjuntos de correos electrónicos y una vez abiertos actúan de una manera muy distinta a la esperada, algunos son sólo molestos y envían correo electrónico a todos los nombres incluidos en la libreta de direcciones, otros causan daños graves, a punto de robar contraseñas y archivos. A diferencia de los virus, los caballos de Troya no se autorreproducen. No se va a entrar en detalle del porqué se denominan así pues se sabe que viene del término caballo de Troya referido en el mítico relato de Homero²⁷.

VI. Aspecto Subjetivo

Hecho un somero panorama sobre algunos de los modos más corrientes en la forma que se producen los daños más frecuentes en la parte informática y ya apartándose de la cuestión operativa y volviendo a entrar en la parte jurídica, se puede afirmar, que desde el aspecto subjetivo al igual que en el daño convencional, se trata de un tipo que requiere dolo directo, sin necesidad de una ultra finalidad o motivos específicos. Aunque, Palazzi efectúa una distinción, sobre la base de que el tipo penal importa un adelantamiento de la punición a un momento anterior a la lesión del bien jurídico –el delito de peligro abstracto– pero se pregunta qué sucede cuando éste se concreta de otra forma, respondiéndose que si ocurre mediante un programa destinado a causar daños se aplicará la segunda parte del segundo párrafo del art. 183 y si sucede efectivamente de otro modo será de aplicación la primera parte del mismo artículo. Acepta que también podría cometerse por dolo eventual ejemplificando que introducir o distribuir un programa informático está destinado y tenga la capacidad de dañar y que podrá replicarse y propagarse –como es el caso de los virus informáticos–,

²⁷ Idem (ob. cit. págs. 136/142).

el autor sabe que probablemente causará algún perjuicio, aunque desconoce su extensión y sus víctimas. Entonces resume, que la figura no requiere daño sino que el dolo recae sobre el eventual daño que pueda causar el programa que libera y sobre su aptitud técnica para realizarlo²⁸.

Lo concreto y real, es que, a partir de la redacción de esta nueva fórmula, se puede decir que se instala el daño informático en nuestra legislación y se alejan todas las controversias jurisprudenciales que se produjeron sobre el particular.

VII. Consumación y Tentativa

El primer supuesto alberga todos delitos instantáneos que tienen su consumación cuando el dato o programa o cualquier otro elemento de esta naturaleza ha sido dañado.

En el segundo supuesto si bien contienen delitos instantáneos en el caso del tipo que comprende el vender, distribuir y hacer circular en realidad no se consume con la oferta sino en el supuesto que el programa dañino ha sido entregado por el sujeto activo a un tercero. La tentativa es factible en todos los casos²⁹.

VIII. Daños informáticos agravados

La Ley N° 26.388 agrega dos nuevas agravantes al art. 184. Una se encuentra en el final del inc. 5 que establece que la pena será de tres meses a cuatro años de prisión en el supuesto de que el daño se ejecute sobre datos, documentos, programas o sistemas informáticos públicos y en el inc. 6 cuando se ejecuten en sistema informáticos destinados a la prestación de servicios de salud, de comunicaciones, de provisión o de transporte de energía de medios de transporte u otro servicio público.

Desde luego que la reforma tiene su lógica en la trascendencia de los sistemas informáticos destinados a la prestación de servicios de salud, comunicaciones, provisión o transporte de energía, de medios de transporte y en términos generales, de servicios públicos.

²⁸ PALAZZI Pablo “*Los delitos...*” (ob. cit. pág. 194).

²⁹ D’ALESSIO Andres (Director) DIVITO Mauro (Coordinador), “*Código Penal de la Nación. Comentado y Anotado.*” 2° Edición actualizada y ampliada, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2009, t. II, pág. 848.

En estos supuestos trasciende el daño al delito contra la propiedad pues en este caso es la comunidad en general la que recibe el perjuicio.

Si bien la agravante está referida a sistemas informáticos mas no a los datos o programas de ordenador contenido en ellos, a fuer de decir verdad la redacción lo incluye pues sería sumamente dificultoso afectar directamente el hardware de un equipo mediante ataque externos, en realidad se dañará el software, los datos o los medios de comunicación que hará que se caiga el sistema y no funcione³⁰.

No hay una alusión en el inc. 5 al “uso público” puesto que la figura penal está constreñida a agravar los datos cometidos contra los sistemas informáticos del Estado, pero el inc. 6 amplía el número de bienes protegidos ya que la formula “u otro servicio público” determina la no taxatividad de los casos³¹.

IX. Sujeto Activo y Sujeto Pasivo

Si bien el sujeto activo puede ser cualquier persona para algunos autores, al sujeto activo de los delitos informáticos se le adjudica una inteligencia y educación común superior al nivel medio, y con vastos conocimientos informáticos³² y para denominar esta clase de sujetos se suele hablar de los antes descriptos que están caracterizados por un saber informático especial. Si bien es cierto que existen y de hecho operan personas con esas calidades, no necesariamente el delincuente informático debe poseer conocimientos profundos en la materia pues, la computación se halla tan extendida hoy en día que cualquier persona con conocimientos mínimos de informática pueda tener acceso a un ordenador y realizar un delito informático. Se menciona el caso del cajero que desvía fondos mediante el ordenador que usa para contabilizar el dinero que recibe o ingresa falsamente un monto en una cuenta o el caso del empleado de seguridad que conoce los códigos de acceso al sistema y los usa en su provecho³³. Idéntica apre-

³⁰ PALAZZI Pablo, “*Los Delitos informáticos...*” (ob. cit. pág. 191).

³¹ D’ALESSIO Andres (Director) DIVITO Mauro (Coordinador), (ob. cit. t. II, pág. 856).

³² BUOMPADRE Jorge “*La tutela penal del sistema informático*” LL 1988 – A – 985; LILLI Alicia Raquel – MASSA María Amalia “*Delitos informáticos*” LL 1986 – A – 832; JIJENA LEIVA Renato “*Chile, la protección penal de la intimidad y el delito informático*” Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1992, pág. 110. Todos citados por PALAZZI Pablo “*Delitos...*” (ob. cit. pág. 66 nota 85).

³³ PALAZZI Pablo (ob. cit. pág. 67).

ciación hace Rosende³⁴ quien cita a Hernandez pues explica que en la red, más allá de los hackers, y los crackers, están los que se denominan en la jerga *underground* de la red *lamers* o *newbies* (novatos), *copyhackers*, “bucaneros”, *script kiddie*, que demuestra los distintos grados de conocimiento que puede tener una persona para crear problemas en la red, y sin embargo, aun así, no saber nada realmente de tecnología –bucaneros–³⁵.

El sujeto pasivo puede ser también cualquier persona más en el caso del segundo supuesto, al ser un delito de peligro puede tratarse de un sujeto pasivo concreto.

X. Visión de la cuestión en el Código Penal español

En el Título XIII “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”, Capítulo IX “De los daños” aborda este panorama a partir del art. 263 1. y 2.

Comenta Muñoz Conde que el Código Penal no da un concepto de daño, pues con la redacción del art. 263 1. se da a entender que hay otros delitos de daños que, para afectar a otros bienes jurídicos más específicos, se tipifican en otros lugares, pero en ningún sitio se dice qué se debe entender por daño.

No obstante, se puede entender el “daño” en un sentido normativo como todo empobrecimiento en el patrimonio ajeno, es preferible un concepto de daño más descriptivo, ya que el concepto normativo produce una confusión entre el daño como causa y el perjuicio patrimonial como efecto. El daño al que se refiere el Código Penal tanto en este capítulo IX del Título XIII como en otros lugares, supone la destrucción o menoscabo de una cosa independientemente del perjuicio patrimonial que el daño puede ocasionar. La prueba de ello es que el delito de daños se castiga, en principio atendiendo al valor de la cosa dañada y no al del perjuicio patrimonial producido que sólo tiene interés para determinar la responsabilidad civil nacida del delito; únicamente en el tipo cualificado del número 5º del art. 263 2. se tiene en cuenta el empobrecimiento patrimonial para agravar la pena, con este entendimiento puramente descriptivo del daño

³⁴ ROSENDE Eduardo (ob. cit. pág.158).

³⁵ HERNANDEZ Claudio “*Hackers. Los piratas del chip y de Internet*” Ed. Electrónica en español, 2001, pág. 35. citado por ROSENDE Eduardo (ob. cit. pág. 159 nota 113).

patrimonial se comprende que puede existir un delito de daños, aunque produzca un enriquecimiento del titular de la cosa dañada –así por ej. la muerte de un animal enfermo o el derribo de una casa en ruinas, cuyo mantenimiento es muy costoso–, esta concepción del daño no significa que la cosa dañada debe tener algún valor patrimonial, por el escaso que sea. En todo caso la cosa dañada debe tener algún valor patrimonial económicamente valorable, porque sólo así puede determinarse la gravedad de la pena y considerarse los daños como un delito contra el patrimonio. Quedan excluidos de este delito, por tanto, los llamados “daños morales” que sólo son indemnizables por la vía de la responsabilidad civil³⁶.

En definitiva, el delito de daños supone que se quite o disminuya el valor a la cosa dañada, lesionando su esencia o sustancia. Se discute si la alteración de su valor de uso o de su destino se incluye también en el delito de daños.

La acción puede realizarse por cualquier medio –con la excepción de algunos casos de incendio, los estragos, la manipulación de sustancias radioactivas, etc.–. Es factible la comisión por omisión, dejar morir de hambre un animal, por ejemplo, siempre que se den los requisitos del art. 11. El objeto material es una cosa ajena, por lo tanto, el delito de daños lesiona el bien jurídico de la propiedad y puede ser cometido también por el poseedor de la cosa. Asimismo, es indiferente que la cosa sea un mueble o inmueble, pero ha de ser corporal y susceptible de deterioro o destrucción. Los malos tratos a animales, lesiones inferidas a los mismos pueden ser también considerados como daños en concurso con el delito del art. 337. El resultado ha de ser la destrucción o inutilización de la cosa sobre la que recae la acción. Este delito es eminentemente doloso y sólo el art. 267 expresamente prevé el castigo de los daños causados por imprudencia grave en cuantía superior a ochenta mil euros quedando supeditada la persecución penal a la previa denuncia de la persona agraviada o a su representante legal, salvo cuando se trate de menor de edad, incapaz o persona desvalida, en cuyo caso podrá denunciar al Ministerio Fiscal. El perdón de la persona agraviada o de su representante legal extinguirá la pena o la acción penal, sin perjuicio de lo dispuesto en el segundo párrafo del número 5º del apartado 1º del art. 130³⁷.

³⁶ MUÑOZ CONDE Francisco “*Derecho Penal. Parte especial*” 20ª edición, completamente revisada y puesta al día conforme a las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 409/410.

³⁷ Ídem. (ob. cit. págs. 411/412).

En cuanto al daño informático o sabotaje informático se han introducido varias reformas a partir de la ley LO-5/2010 de 22 de junio y asimismo L.O 1/2015 de 30 de marzo también lo ha hecho en los arts. 264. 1. 2. -incs. 1ª/5ª- y 3³⁸; 264 bis 1. 2. y 3³⁹. referidos a la obstaculización o interrupción del funcionamiento de un sistema informático ajeno; 264 ter⁴⁰ castiga al que produzca,

³⁸ Art. 264: "1. El que, por cualquier medio, sin autorización y de manera grave borrase, dañase, deteriorase, alterase, suprimiese o hiciese inaccesibles datos informáticos, programas informáticos o documentos electrónicos ajenos, cuando el resultado producido fuera grave, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años. 2. Se impondrá una pena de prisión de dos a cinco años y multa del tanto al décuplo del perjuicio ocasionado, cuando en las conductas descritas concorra alguna de las siguientes circunstancias: 1.ª Se hubiese cometido en el marco de una organización criminal. 2.ª Haya ocasionado daños de especial gravedad o afectado a un número elevado de sistemas informáticos. 3.ª El hecho hubiera perjudicado gravemente el funcionamiento de servicios públicos esenciales o la provisión de bienes de primera necesidad. 4.ª Los hechos hayan afectado al sistema informático de una infraestructura crítica o se hubiera creado una situación de peligro grave para la seguridad del Estado, de la Unión Europea o de un Estado Miembro de la Unión Europea. A estos efectos se considerará infraestructura crítica un elemento, sistema o parte de este que sea esencial para el mantenimiento de funciones vitales de la sociedad, la salud, la seguridad, la protección y el bienestar económico y social de la población cuya perturbación o destrucción tendría un impacto significativo al no poder mantener sus funciones. 5.ª El delito se haya cometido utilizando alguno de los medios a que se refiere el art. 264 ter. Si los hechos hubieran resultado de extrema gravedad, podrá imponerse la pena superior en grado. 3. Las penas previstas en los apartados anteriores se impondrán, en sus respectivos casos, en su mitad superior, cuando los hechos se hubieran cometido mediante la utilización ilícita de datos personales de otra persona para facilitarse el acceso al sistema informático o para ganarse la confianza de un tercero".

³⁹ Art. 264 bis: "1. Será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años el que, sin estar autorizado y de manera grave, obstaculizara o interrumpiera el funcionamiento de un sistema informático ajeno: a) realizando alguna de las conductas a que se refiere el artículo anterior; b) introduciendo o transmitiendo datos; o c) destruyendo, dañando, inutilizando, eliminando o sustituyendo un sistema informático, telemático o de almacenamiento de información electrónica. Si los hechos hubieran perjudicado de forma relevante la actividad normal de una empresa, negocio o de una Administración pública, se impondrá la pena en su mitad superior, pudiéndose alcanzar la pena superior en grado. 2. Se impondrá una pena de prisión de tres a ocho años y multa del triplo al décuplo del perjuicio ocasionado, cuando en los hechos a que se refiere el apartado anterior hubiera concurrido alguna de las circunstancias del apartado 2 del artículo anterior. 3. Las penas previstas en los apartados anteriores se impondrán, en sus respectivos casos, en su mitad superior, cuando los hechos se hubieran cometido mediante la utilización ilícita de datos personales de otra persona para facilitarse el acceso al sistema informático o para ganarse la confianza de un tercero.

⁴⁰ Art. 264 ter: "Será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años o multa de tres a dieciocho meses el que, sin estar debidamente autorizado, produzca, adquiera

adquiera para su uso, importe o, de cualquier modo, facilite a terceros, con la intención de facilitar la comisión de alguno de los delitos a que se refieren los dos artículos anteriores, y el 264 quáter⁴¹ que sanciona a las personas jurídicas que incurran en los delitos antes mencionados y art. 400⁴².

para su uso, importe o, de cualquier modo, facilite a terceros, con la intención de facilitar la comisión de alguno de los delitos a que se refieren los dos artículos anteriores: a) un programa informático, concebido o adaptado principalmente para cometer alguno de los delitos a que se refieren los dos artículos anteriores; o b) una contraseña de ordenador, un código de acceso o datos similares que permitan acceder a la totalidad o a una parte de un sistema de información”.

⁴¹ Art. 264 quater: “Cuando de acuerdo con lo establecido en el art. 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en los tres artículos anteriores, se le impondrán las siguientes penas: a) Multa de dos a cinco años o del quintuplo a doce veces el valor del perjuicio causado, si resulta una cantidad superior, cuando se trate de delitos castigados con una pena de prisión de más de tres años. b) Multa de uno a tres años o del triple a ocho veces el valor del perjuicio causado, si resulta una cantidad superior, en el resto de los casos. Atendidas las reglas establecidas en el art. 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del art. 33”.

⁴² Art. 400: “La fabricación, recepción, obtención o tenencia de útiles, materiales, instrumentos, sustancias, datos y programas informáticos, aparatos, elementos de seguridad, u otros medios específicamente destinados a la comisión de los delitos descritos en los Capítulos anteriores, se castigarán con la pena señalada en cada caso para los autores”.



El Derecho Procesal Electrónico y su impacto en la modernización del Sistema de Justicia en época de pandemia

ABG. VIVIANA BEATRIZ CONTURSO CARRIZO

Resumen: El presente trabajo tiene como objeto de análisis al Derecho Procesal Electrónico. Enfatizar como a lo largo de estos años fue posicionándose tímidamente en el proceso judicial, tanto a nivel nacional como en la Provincia de San Juan, realizando una breve comparación entre ambos sistemas de justicia y así también en la Jurisprudencia. Para luego llegar a nuestro tiempo actual, en donde la presencia de la pandemia COVID-19 hará que la mencionada rama del Derecho Procesal adquiera un papel protagónico, impactando fuertemente en nuestra nueva realidad y convirtiéndose en una gran herramienta para la modernización de la Justicia y por lo tanto para el ejercicio profesional de la Abogacía.

I. Introducción

Actualmente somos protagonistas de un escenario de vida que hasta hace un tiempo atrás, no muy lejano, sería imposible de imaginar. Y es que de un momento a otro tuvimos que afrontar una pandemia, precisamente el COVID-19, que vendría a modificar nuestras vidas en todos sus aspectos.

En un primer momento la mirada estuvo puesta hacia otros países, pero la consecuencia de formar parte de un mundo globalizado llevo a que la mencionada pandemia también desembarcara en el nuestro e inmediatamente las provincias que lo conforman no fueron ajenas a esta realidad. En ese preciso instante la vida cotidiana tal cual estamos acostumbrados a transitarla se vio fuertemente modificada.

Teniendo en cuenta este contexto, y situándonos en el campo del Derecho, más precisamente en la práctica profesional de la abogacía, ésta sufriría un gran impacto.

Siguiendo este marco, en la Provincia de San Juan la actividad profesional tal cual estábamos acostumbrados a llevarla a cabo (caminando tribunales, cargando expedientes, atendiendo personalmente a nuestros clientes, como así también teniendo esas largas charlas de café con colegas las cuales nos permitían intercambiar conocimientos y enriquecerlos) durante los primeros meses de este año 2020 tendría una gran modificación, ya que de marzo a mayo estuvo vigente una feria extraordinaria en el sistema de justicia provincial.

Lo preocupante de esto es que nuestra actividad profesional lo vivenció como una gran crisis debido a la necesidad de cada uno de los colegas de seguir trabajando para proveer su subsistencia, entre otras cuestiones. Esto se debió, a que, si bien a nivel nacional ya se venía implementando la tecnología para un mejor servicio de justicia, en nuestra provincia esta situación se estaba dando, hasta ese momento, muy lentamente.

En el transcurso de ese periodo se estudiaron y ejecutaron distintas medidas para solucionar esta paralización de la actividad, ya que una justicia sin acceso para todos se convierte en ineficaz.

Por otra parte, uno de los grandes objetivos lanzados hace unos años por el “Plan Justicia 2020”, era el desarrollo de actividades tendientes a lograr una justicia más cercana, moderna, transparente e independiente como objetivo final del sistema de justicia. En relación con esto, es importante resaltar que este Plan surgió como corolario de las metas institucionales incluidas en la Agenda 2030 de las Naciones Unidas que tiene como objetivo principal la incorporación de las nuevas tecnologías para modernizar los procesos antiguos y satisfacer las necesidades de la población en forma ágil y eficiente.

Ante esto, esta gran crisis atravesada por el Sistema de Justicia local echaba por tierra esta meta y lo “esencialmente” alarmante de esta situación es la existencia de derechos fundamentales de las personas que requieren de soluciones inmediatas, y que se veían fuertemente vulnerados ante una “justicia paralizada” con una estructura del Poder Judicial no modificada para dar respuesta a esta realidad.

II. Derecho Procesal Electrónico

Ahora bien, el gran aliado y protagonista en este proceso que sin duda generaría un cambio de paradigma en el ámbito del Derecho es el Derecho Procesal Electrónico, Citando a Carlos E. Camps podemos definirlo a “aquel que tiene como objeto de estudio al proceso electrónico”. Siendo el Proceso Electrónico el

“conjunto de actividades que ocurre tanto en los tribunales como fuera de tal ámbito físico los trámites y procedimientos de muy diversa fisonomía que llevan adelante abogados, empleados, funcionarios y magistrados judiciales, desplegados con intervención de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) y a través de las cuales se busca la eficaz resolución de los conflictos”.

El derecho procesal electrónico se ocupa, entre otras cosas, del estudio y sistematización de la normatividad específica que se genera a partir de la utilización de tales tecnologías aplicadas al trámite judicial, sea de fuentes formales como de fuentes informales¹.

Tomando como punto de partida estos conceptos se advierte que a nivel nacional ya existen muchas de las figuras propias del proceso electrónico, tal es así que en el año 2001 se sancionó la Ley N° 25.506 de Firma Digital, en el 2011 se sancionó la Ley N° 26.685 que autoriza la utilización de expedientes, documentos, firmas, comunicaciones, domicilios electrónicos y formas digitales en todos los procesos judiciales y administrativos que se tramitan ante el Poder Judicial de la Nación con idéntica eficacia jurídica y valor probatorio que sus equivalentes convencionales. En concordancia con esto la Corte Suprema de Justicia dictó la Acordada 31/2011 en la que avanzó hacia la digitalización a través de la instalación de un Sistema de Notificaciones por Medios Electrónicos.

En este contexto la Provincia de San Juan no es ajena. También se sancionó la Ley N° 1483-A que autoriza la utilización de expedientes, documentos, usuarios, notificaciones, comunicaciones y domicilios electrónicos constituidos, en todo tipo de actuaciones del Poder Ejecutivo, Poder Legislativo, Poder Judicial y los organismos de la Constitución Provincial. Tal es así que en el año 2018 a

¹ CAMPS, Carlos Enrique –director y coautor–, Tratado de Derecho Procesal Electrónico, 1ª. Edición, tres tomos, Abeledo Perrot, CABA, 2015.

través de una serie de Acuerdos Generales la Corte de Justicia de San Juan estableció el Sistema de notificación electrónica. En el año 2019 se sancionó la Ley N° 1068-P y a través del Acuerdo General N° 158 la Corte local ordenó la utilización de la firma digital para los actos de comunicación de naturaleza jurisdiccional y administrativa, reconociéndole la validez y eficacia jurídica a los documentos electrónicos firmados digitalmente.

Por lo tanto, actualmente la Provincia posee sistemas de gestión, de almacenamiento oficial de datos, con interfaces de consulta e interacción remota, con firma digital, videograbación de audiencias, etc. por lo cual estamos encaminados en este proceso de tecnologización y modernización del Sistema de Justicia.

Todos estos antecedentes tecnológicos que venían tomando participación de manera paulatina, y podríamos decir posicionándose cómodamente, con la llegada de la pandemia cobraron un gran impulso y permitieron lograr algunas soluciones, tal es así que San Juan logró la conclusión de la feria extraordinaria, que ya se mencionó precedentemente, e implementó la creación de la MEV (Mesa de Entrada Virtual), la cual es “Una plataforma digital para presentación de escritos judiciales de forma electrónica y gestión de turnos de atención en mesa de entrada ante los organismos jurisdiccionales y mesas de entradas únicas receptoras de causas”.

Si bien este sistema de presentación de escritos de manera electrónica ya estaba llevándose a cabo en la Justicia Federal, para San Juan significó un gran avance, sobre todo teniendo en cuenta la idiosincrasia de una Provincia en la cual el desembarco de las TIC (tecnologías de la información y la comunicación) generaría un cambio de paradigma en el ejercicio profesional de todos los operadores jurídicos.

En cuanto a este avance, el mismo va mejorando con el transcurso del tiempo, a veces se verifican problemas en cuanto a su funcionamiento, pero no parece oportuno realizar críticas, sino más bien aportar soluciones que sean efectivas para todos. Todavía quedan varias actividades presenciales, pero es dable destacar que cada vez más se transita hacia lo remoto.

Esta transformación de un “Sistema de Justicia Tradicional” a un “Sistema Moderno” para poner en marcha el “proceso electrónico” requiere de múltiples factores: económicos, sociales, políticos, educacionales, etc., pero más allá de la inversión que implica la ejecución de este proyecto y la estructura edilicia, entre

otras cuestiones –que se pueden ir logrando con distintas medidas políticas-económicas por parte del Estado–, se precisa de un factor humano comprometido en el estudio y perfeccionamiento de esta nueva rama del Derecho Procesal, como es el Derecho Procesal Electrónico.

En relación con lo precedentemente expuesto es oportuno remarcar las conclusiones arribadas en el Congreso Nacional de Derecho Procesal allá por el año 2013 en el cual se expresó que:

“Para integrar a todos los partícipes del proceso en esta nueva realidad, debe fortalecerse la capacitación de los operadores jurídicos y, en especial, de los profesionales que no están adaptados a las nuevas tecnologías, para que estén en condiciones de mantener su práctica profesional en este nuevo entorno”.²

Por consiguiente, las soluciones deben venir dadas desde una mirada integral. A lo largo de todo este tiempo hemos escuchado distintas posturas, cada una de las cuales nos muestra respuestas con sus aciertos y desaciertos, pero como operadores jurídicos debemos encontrar resultados que garanticen medidas satisfactorias para quedarse, ya que todo este despliegue de las tecnologías aplicadas al proceso judicial no sólo será de aplicación en época de pandemia, sino que se quedaran para un mejor servicio de justicia.

La importancia del Derecho Procesal Electrónico nos demuestra como a través del tiempo, siguiendo objetivos diversos como son la despapelización, digitalización, modernización, tecnologización, etc., se fue adaptando a las diversas etapas y a las necesidades existentes, y así como con el mismo se han logrado respuestas inmediatas en esta época de Aislamiento social, preventivo y obligatorio con una justicia casi paralizada, también podremos encontrar soluciones a largo plazo y de carácter permanente, no perdiendo de vista su estudio continuo e integral para mejorar todos aquellos desatinos que puedan surgir. Como expresa Carlos Camps:

² QUIROZ FERNÁNDEZ, Juan Carlos, Congresos Nacionales de Derecho Procesal. Conclusiones. I al XXIX Congreso Nacional 1939–2017, Revista de Derecho Procesal, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2019.

“la función central –y vital– actual del derecho procesal electrónico es no sólo la de proveer el conocimiento completo, sistematizado y suficiente del fenómeno sino, especialmente, proponer las reglas de hermenéutica –y solución– a los conflictos que la nueva dimensión digital genere al desembarcar en el proceso judicial”³.

Continuando con el gran maestro Carlos Camps el mismo manifiesta que “el derecho procesal electrónico antes que electrónico, es derecho procesal”⁴, por lo tanto esto pone de relieve que desde la pragmática procesal, van a existir problemas por resolver y nuevas incógnitas que van a ir surgiendo frente al “proceso electrónico”, en donde el debido proceso, la lealtad y buena fe procesal, la igualdad, la económica y celeridad procesal, etc. deben seguir siendo las directivas que guíen el actuar ante la justicia en la defensa de los derechos. En consecuencia, los principios procesales continuarán siendo los rectores en todo este nuevo escenario, y permitirán que no perdamos de vista el carácter de disciplina jurídica del Derecho Procesal Electrónico para evitar posturas tecno–fundamentalistas en perjuicio de los justiciables.

III. Antecedentes jurisprudenciales

En relación con lo expresado es pertinente recordar algunos fallos en los que se visualizan posturas diferentes que demuestran como en este proceso de transición la implementación del proceso electrónico no ha sido lineal, sino por el contrario ha sufrido varios desajustes con el paso del tiempo.

3.1. Nacional

En primer lugar, en el fallo caratulado: “Maincross S.A. Empresa de Servicios Eventuales s/ Quiebra s/ Incidente de revisión de crédito de Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires” de la CNA en lo Comercial, Sala B, se sostuvo que:

³ <http://e-procesal.com/el-proceso-electronico-y-el-derecho-procesal-electronico-1764>.

⁴ <http://e-proce sal.com/el- proceso-electronico -y-el-derecho -procesal- electronico-1764>.

“La sola presentación digital de escritos que no son de mero trámite, no interrumpe el plazo de la caducidad de instancia”. Cito textual del fallo: “La sola presentación digital de un escrito en el cual se pidió una intimación para un perito, sin acompañarla en formato papel (Acordadas 11/14, 3 y 3/15, 4 y 6 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación) pese a que no es una actuación de mero trámite, configura una actuación inoficiosa que no interrumpe la caducidad de instancia en tanto impidió proveer en consecuencia”⁵.

La incidentista apeló la decisión del juez de grado en cuanto declaró operada en autos la caducidad de la instancia. En su apelación, la recurrente se agravió porque el juez no tuvo en cuenta la actuación desarrollada por su parte en el sistema informático de esta causa, consistente en una notificación al perito y la incorporación de copia digital. Al resolver si “la carga de una copia de escrito en el sistema informático tiene efectos interruptivos”, las magistradas de la Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial ponderaron que “la apelante destacó que la presentación digital que realizó consistió en un pedido de intimación al perito Contador”. Sin embargo, dicho tribunal aclaró que “esa pretensión no puede considerarse como una actuación de mero trámite, por lo que ella debía ser realizada en formato papel (cfr. Acordadas N° 11/14, 3 y 3/15, 4 y 6 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación), lo que no ocurrió, tal como fue expresamente reconocido”. En la resolución dictada el 19 de octubre de 2017, la Sala concluyó que “la actuación resultó inoficiosa y carente de efectos interruptivos de la caducidad, puesto que para ello la actividad de la parte debió adecuarse a las circunstancias de tiempo y estadio de las actuaciones y constituir un avance real de la instancia”, lo cual “no se aprecia en el sub lite donde la falta de presentación del escrito en formato papel impidió al Tribunal proveer en consecuencia”, confirmando así la decisión recurrida.

En segundo lugar, en los autos: “R. D. A. s/ Sucesión ab intestato”, los hechos que se narran en este caso se produjeron a raíz de la incomunicación. La recurrente dijo que la providencia la intimó a subir digitalmente las copias y no fue

⁵ “Maincross S.A. Empresa de Servicios Eventuales s/ quiebra s/incidente de revisión de crédito de Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires” de la CNA en lo Comercial, Sala B, 2017.

cargada en el sistema informático y por ende no tuvo conocimiento de tal requerimiento. Con respecto al mismo la CNA en lo Civil dijo que:

“Frente a la discordancia existente entre el expediente en papel y el sistema informático al cual no fue subida una providencia que intimaba la agregación de copia digital, debe adoptarse una solución benigna para el justiciable”. “... no se desconoce que el sistema de consultas informatizado no sustituye las normas procesales ni releva a las partes de la carga de concurrir los días de nota a efectos de notificarse de las resoluciones judiciales, tampoco puede soslayarse que la informatización forma parte inescindible del sistema de gestión (...) impone extremar la máxima diligencia en la incorporación de los datos al sistema (...) se impone una solución de equidad, que garantice los derechos de raigambre constitucional del debido proceso y de la legítima defensa, que deben ser apreciados con criterio amplio. De ahí, que habrá de estarse a la que resulte más benigna para los justiciables”⁶.

Comparando ambos casos, se reflejan dos situaciones inversas: En el primer caso, el Tribunal no consideró que subir el escrito al sistema por parte del profesional actuante produzca los efectos normales y regulares de la caducidad de instancia; en el segundo caso, el Tribunal no subió el proveído al sistema que intimaba a la parte a presentar copias.

“...en el Poder Judicial de la Nación, el ingreso de copias reviste el carácter de declaración jurada y no como un escrito electrónico autónomo que se basta a sí mismo (como son las presentaciones electrónicas en el ámbito de la provincia de Buenos Aires) y, por ende, se puede establecer que la metodología del sistema utilizado en la justicia nacional al día de la fecha, conforma un sistema “híbrido” entre lo que es el formato papel y el formato electrónico”⁷.

⁶ “R. D. A. s/ sucesión ab intestato” la CNA en lo Civil, 2017.

⁷ ANDRÉS NIZZO, GASTÓN BIELLI. Análisis de la presentación electrónica y su relación con el cargo electrónico en el poder judicial de la provincia de buenos aires. Link de consulta: <http://www.pensamientocivil.com.ar/doc/trina/2846-analisis-presentacion-electronica-y-su-relacion-cargo-electronico>, enviado con fecha 20/4/2017.

En tercer lugar, en los autos: “Herederos de Burgos Raúl Orlando C/ Gallardo Omar S/ Daños y Perjuicios” causa C10-67319 R.I. /17 el Tribunal convocó a expresar agravios a la parte actora, resolución que le fuera notificada electrónicamente. Luego, transcurrido el plazo legal y en la consideración de que la expresión de agravios no había sido presentada, la Sala declaró desierto el recurso de la parte actora. Frente a dicha resolución, esta última plantea un recurso de reposición; argumentando que presentó la expresión de agravios vía electrónica, pero erróneamente fue enviada al Juzgado de Primera Instancia. Se corroboró que el día en que el juzgado recibió la presentación, la imprimió, confeccionando un informe actuarial dando cuenta de que el expediente se hallaba en Cámara ante lo cual se impartió la orden de agregar las actuaciones una vez devuelto el expediente por la Alzada⁸.

La Sala entendió, entre otras cosas, que la reposición intentada contra la decisión deviene admisible ya que se trata de una temática que involucra el uso de nuevas tecnologías lo que aconseja la adopción de una postura procesal amplia y flexible.

Frente a los fundamentos expuestos por el recurrente se advierte que cuando se trata de una presentación en formato papel se genera un cúmulo de actos humanos, que le permitirían al presentante advertir que se está equivocando en el sitio donde lo deja; circunstancias que, por cierto, no suceden cuando se trata de presentaciones electrónicas.

El Tribunal consideró que, si bien ha existido un error en la presentación del escrito, tomando un fundamento que resguarde –a ultranza– el derecho de defensa de las partes (art. 18 Const. Nac., 15 Const. Pcial.) dicho error resulta –de acuerdo con las circunstancias de tiempo, modo y lugar– excusable.

Por lo cual, también ha existido alguna imprecisión en el órgano jurisdiccional de la instancia previa dado que, al proveer la presentación, debió haberse advertido que se trataba de una expresión de agravios y que el expediente se encontraba en Cámara, con lo cual lo que debía hacerse era elevar dichas actuaciones, de modo inmediato, a la mencionada Cámara. Por ello, considera el Tribunal que corresponde admitir la reposición articulada y dejar sin efecto el auto, teniendo a la parte actora por expresados sus agravios con su presentación.

⁸ “Herederos de Burgos Raúl Orlando C/ Gallardo Omar S/ Daños y Perjuicios” la CNA en lo Civil, 2017.

En cuarto lugar, se tomó el fallo de “Scalisi Romina Florencia C/ Mapfre Argentina Seguros de Vida S.A. S/ Despido” (Juzg. No 17) Buenos Aires, 3 de junio de 2019. Dichos autos fueron elegidos a los efectos de evidenciar la importancia del domicilio electrónico y su correcta utilización en las actuaciones judiciales.⁹

En el presente caso la demandada apela en subsidio la desestimación del planteo de nulidad por ella articulado contra una resolución (auto de apertura a prueba) y de todo lo actuado en consecuencia. Asimismo, objeta la imposición de las costas de la incidencia a su cargo, pues entiende que la resolución aún no se encuentra firme. La parte actora, contesta agravios.

Señala la recurrente, que el domicilio constituido por su parte no es al que se le cursó la notificación del auto de apertura a prueba, pues en el escrito de contestación de demanda su parte constituyó un domicilio electrónico con un CUIT diferente al suyo donde afirma fue defectuosamente notificado. Indica que su parte no constituyó dicho domicilio en el CUIT de mención y que el juzgado no los intimó para aclarar dicha situación si no era posible constituir aquél en el CUIT de otro abogado que no contestase la demanda y se procedió a convalidar un domicilio electrónico que su parte jamás había constituido.

Afirma que es arbitrario el impedimento que presenta el sistema Lex 100 y al que hace referencia la juez de grado en cuanto a que:

“no se puede denunciar un domicilio electrónico que corresponda a un CUIT distinto al del abogado firmante del escrito y que se admite como válida la denuncia de domicilio electrónico que corresponda a la registrada por el letrado que se presenta en el escrito...”

pues considera que dicho domicilio pertenece a la parte y no al letrado que contesta la demanda y que no existe resolución alguna que determine que el domicilio electrónico de la parte debe ser la del abogado que contesta la demanda, pues es la parte quien elige un domicilio electrónico donde tiene certeza que las notificaciones van a ser recibidas. El recurrente destaca que su parte adjuntó la baja de AFIP y el motivo de dicha baja (renuncia) del otro abogado al estudio jurídico que representa a la accionada. Concluye su queja, señalando que la re-

⁹ “Scalisi Romina Florencia C/ Mapfre Argentina Seguros de Vida S.A. S/ Despido” Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo – Sala V, 2019.

solución que viene a cuestionar deja a su parte en un estado de indefensión, por un error de notificación, cuando en realidad su parte hizo todo a su alcance para constituir correctamente el domicilio electrónico.

Por su parte la parte quejosa, fue advertida en forma expresa y concreta acerca de la imposibilidad de denunciar un domicilio electrónico que corresponda a un CUIT distinto al del abogado firmante del escrito y de la consecuencia procesal en materia de constitución del domicilio electrónico que se produciría en tal caso, circunstancia que evidentemente fue pasada por alto o inobservada por la accionada en oportunidad de contestar demanda.

Además de ello, en cuanto a la renuncia que habría efectuado el otro abogado al estudio jurídico, lo cierto es que el juzgado nunca fue anoticiado de tal circunstancia, ya que la demandada no se presentó en autos informando ello y en consecuencia proceder a constituir nueva personería.

Debido al carácter relativo de las nulidades procesales, cabe concluir que la nulificante ha consentido todos los actos supuestamente viciados de lo que se sigue que el planteo introducido es manifiestamente extemporáneo.

Por último, sito la jurisprudencia del Máximo Tribunal de la Nación que mostraba un gran apego al proceso papelizado. En el pronunciamiento del 28 de mayo de 2019 en los autos “Valtellina Sud América SA s/ infracción art. 2.2.14”, los ministros –por mayoría de votos– no tuvieron por válido el depósito previo de un recurso de queja acreditado a través del sistema informático Lex 100, sin su correlato en soporte papel¹⁰.

En palabras de Bielli: “Lo preocupante, aquí, es que la decisión jurisdiccional que comentamos parte precisamente del órgano responsable de la reglamentación del uso e implementación del expediente electrónico/digital en el Poder Judicial de la Nación”¹¹.

¹⁰ <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-valtellina-sud-america-sa-infraccion-art-2214-fa19000090-2019-05-28/123456789-090-0009-1ots-eupmo csollaf?&o=20&f=Total%7CFecha%7CEstado%20de%20Vigencia%5B%2C1%5D%7CTema%5B%2C1%5D%7COrganismo%5B%2C1%5D%7CAutor%5B%2C1%5D%7CJurisdicci%F3n%5B%2C1%5D%7CTribunal/CORTE%20SUPREMA%20DE%20JUSTICIA%20DE%20LA%20NACION%7CPublicaci%F3n%5B%2C1%5D%7CColecci%F3n%20tem%E1tica%5B%2C1%5D%7CTipo%20de%20Documento/Jurisprudencia&t=15685>.

¹¹ BIELLI, Gastón E. – NIZZO, Andrés L., «Un golpe al expediente electrónico en el Poder Judicial de la Nación», elDial DC27D2, Publicado el 16/07/2019.

3.2. Provincia de San Juan

Siguiendo con esta línea de evolución jurisprudencial, en la Provincia de San Juan, podemos citar el fallo “Autos N° 11159, caratulados: “Mas, Norberto Gustavo C/ Empaque S.A. S/ Apelación de Providencia (Cautelar)” (sentencia de fecha 28 de noviembre de 2018), en el cual la parte demandada interpone un recurso de apelación en subsidio al de reposición contra el decreto en el que el a-quo (Tercer Juzgado del Trabajo) da por decaído a la demandada el derecho de expresar agravios y declara desierto el recurso de apelación por dicha parte contra la sentencia definitiva, por no haber expresado agravios.

Es rechazado el recurso de reposición y concedido el recurso de apelación interpuesto en subsidio. La recurrente funda su pretensión en que considera que la providencia debió ser notificada personalmente o por cédula, conforme fija el art. 130 in fine del CPL (Código de Procedimiento Laboral) y en consecuencia no se encontraba alcanzada por el Régimen de Notificaciones Electrónicas.

La contestación de los agravios por parte de la accionante, solicitando el rechazo del recurso de apelación, en tanto la concesión del recurso de apelación se encuentra entre las resoluciones notificables electrónicamente conforme lo dispone el Acuerdo General N° 31 de la CJSJ, en cuyo Art. 1 del apartado I – Primero – Resoluciones Alcanzadas –, dispone que se encuentran alcanzadas por esta metodología de notificación toda resolución que deba ser notificada ministerio ley o por cédula en el domicilio constituido. Sostiene asimismo que la propia acordada enumera taxativamente los supuestos de “excepción” a la notificación electrónica, entre las cuales no se encuentra la resolución recurrida.

Ante lo expuesto la Cámara de Apelaciones entiende que lo acontecido en autos es un conflicto de normas. Por un lado, existe una ley de procedimiento – sancionada del Poder Legislativo de la Provincia y promulgada por el Poder Ejecutivo de la Provincia– que en su art. 130 dispone:

“La sentencia definitiva será apelable en el plazo de cinco (5) días de notificada personalmente o por cédula. En la misma providencia que se conceda el recurso se mandará poner los autos a disposición del apelante para que en el término de diez (10) días de notificado personalmente o por cédula exprese agravios. De tal escrito se correrá traslado por igual término al apelado”.

Y, por otro lado, nos encontramos ante una Acordada emanada de la Corte de Justicia de la Provincia, órgano Máximo del Poder Judicial, mediante el cual se instituye y reglamenta el “Sistema de Notificación Electrónica”.

Frente a este conflicto, se debe dar siempre primacía a la norma de mayor jerarquía, que en el supuesto de autos es la Ley N° 337 –O– DJSJ (CPL); en tanto que es una Ley Provincial en la división de facultades entre Nación–Provincia; así, conforme el art. 75, inc. 12 de la CN, el dictado de las leyes de fondo, corresponde al Congreso Nacional; mientras que las de procedimiento pertenecen a aquellas facultades que no fueron delegadas en el momento de la integración del Estado.

El sistema de notificación electrónica aplicado en autos sustituye una norma procesal que ordena un modo de notificación, que en el subexámine ha lesionado derechos de raigambre constitucional, tales como el derecho de defensa en juicio, el debido proceso y la igualdad ante la ley; y, por otro lado, el sistema de notificaciones electrónicas estatuido por el Ac. Gral. N° 32/2018 al haber entrado en vigencia a partir del 01 de mayo del 2018, es decir sólo 3 meses antes de la fecha de interposición del recurso de apelación por parte de la accionada; resulta comprensible que los letrados no estén aun absolutamente habituados al cambio que su puesta en funcionamiento implica.

En el caso particular de autos, se admitió el recurso de apelación.

IV. Conclusiones

Por otro lado y para ir concluyendo, se puede afirmar que como profesionales del Derecho y con ayuda de la tecnología, desde el rol que nos toque cumplir detrás o delante del “mostrador” de tribunales debemos ser proactivos en la búsqueda de soluciones para contener la problemática actual, como es la presencia de tal pandemia, y entender que más allá de la preocupación de lo que vendrá, ya que se trata de un contexto que va cambiando a diario, existen derechos fundamentales de los justiciables que requieren ser amparados, los cuales están reconocidos por los Tratados Internacionales y nuestra Constitución Nacional que insta a una praxis procesal que garantice la misma.

A modo de cierre, si bien al comienzo se utilizaron términos como “crisis” y “paralización”, los cuales implican una connotación peyorativa, es sustancial

afirmar que este impacto que hoy nos toca transitar puede ser la motivación para entender al Derecho, en este caso al Derecho Procesal Electrónico como una herramienta de solución, en la cual la intervención y utilización de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) en el proceso judicial serán nuestras grandes aliadas.

Práctica tribunalicia

El impacto del COVID-19

DR. JUAN CARLOS PANDIELLA MOLINA

“En los momentos de crisis solo la imaginación es más importante que el conocimiento” (A. EINSTEIN)

I. Introducción

Por resolución del día 11 de marzo de 2020, la Organización Mundial de la Salud (OMS), declaró el brote del nuevo coronavirus como una pandemia, luego de que el número de personas infectadas por COVID-19 llegara a 118.554, y el número de muertes a 4.281, afectando hasta ese momento a 110 países.

Por nuestra parte consideramos que, para el derecho resulta ser un imprevisto o caso fortuito, como mejor se lo quiera llamar, que impacta e impactará por mucho tiempo en diversos aspectos de nuestra vida en comunidad, como es más que obvio principalmente en el sistema de salud, además, el aislamiento obligatorio trajo como consecuencia un parate en la economía a todos sus niveles, impactando más duramente en las pequeñas y medianas empresas, en los trabajadores autónomos no registrados aún más (albañiles, plomeros, mecánicos, peluqueros/as, salones de belleza femeninos, servicio de limpieza domiciliaria, etc.).

Con el presente trabajo, pretendemos dar un breve pantallazo a muchos de los inconvenientes planteados en el ámbito tribunalicio y en el ejercicio normal de la noble profesión de abogado.

Señala la Dra. Medina¹, que en este momento el derecho se encuentra in-

¹ MEDINA, Graciela, “El coronavirus y el Derecho de Familia. Revista de Derecho de Familia y de Persona, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2020, pág.5.

fluenciado por una innumerable cantidad de decretos y disposiciones de los Poderes Ejecutivos Nacional, Provincial y Municipal, que restringen las libertades personales en aras de proteger la salud pública. Resalta esta autora, que la OMS sostiene que ese tipo de limitaciones deben tener una duración determinada y ser sometida a revisión, debiendo además reunir los cinco Principios de Siracusa².

Continúa diciendo esta autora,

“... solo como último recurso se podrá interferir en los derechos humanos para alcanzar un objetivo sanitario. Esa interferencia se justificará exclusivamente si se dan todas las circunstancias definidas con precisión en el derecho relativo a los derechos humanos, en particular en los Principios de Siracusa:

- La restricción se establece y se aplica de conformidad con la ley.
- La restricción se establece en pro de un objetivo legítimo de interés general.
- La restricción es estrictamente necesaria en una sociedad democrática para alcanzar un objetivo concreto.
- No se dispone de medios menos intrusivos ni restrictivos para alcanzar el mismo objetivo.
- La restricción no se ha determinado ni impuesto arbitrariamente, es decir, de manera no razonable o discriminatoria de alguna otra forma...”³

Adherimos al pensamiento de muchos doctrinarios al sostener que, las restricciones en nuestro derecho cumplen con las reglas de Siracusa y también con lo establecido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en ocasión de esta pandemia⁴.

² Citado en pie de pág. por Medina, G., ob.cit., <http://www.derechos.org/nizkor/except-siracusa84.html> y <http://legislacion.bvsalud.org/> fecha de consulta: 24/3/2020. Principios de Siracusa sobre las Disposiciones de Limitación y Derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Naciones Unidas. Consejo Económico y Social. Comisión de Derechos Humanos. 41º Período de sesiones.

³ Citado en pie de pág. por Medina, G., ob. cit., <https://www.who.int/hhr/activities/Q&AfinalversionSpanish.pdf>, Fecha de consulta: 24/3/2020. 25 preguntas y respuestas sobre Salud y Derechos Humanos. OMS. Serie de publicaciones sobre salud y derechos humanos Nro. 1, julio 2002.

⁴ MEDINA, G., ob. cit.

La intención de este trabajo, es transmitir un poco de tranquilidad a nuestros colegas y al público en general; esperanza porque luego de una gran crisis surgen grandes soluciones⁵.

II. Instituciones involucradas

Entendemos, resulta evidente que esta situación extraordinaria de pandemia mundial tiene implicancias en distintas instituciones, que necesariamente se van a suspender derechos y libertades en pro del bienestar general; siendo transcendental estar al corriente qué derechos se pueden suspender y que derechos humanos no se pueden limitar.

Para ello, consideramos necesario hacer un breve repaso de los conceptos que, a nuestro humilde entender, resultan importantes en esta situación extraordinaria y que a continuación realizaremos.

2.1. Derecho

Con muy buen criterio, Sillero, señala que una de las primeras preguntas que se les formula a los estudiantes de la Facultad de Derecho es justamente: ¿qué es el derecho? La respuesta que surge espontáneamente, y de la cual no fue ajeno este autor, es que el derecho no puede ser solo la ley. Si bien no se puede prescindir de la ley, la ley sola no puede abarcar toda la compleja realidad que muestra el derecho. Las conductas de las personas, la realidad social, los comportamientos, etc., también deben estar de alguna manera comprendidos en el concepto de derecho. Es más, las leyes deben considerar esos aspectos de las conductas, dado que ellas precisamente pretenden prever los comportamientos de las personas y asignarles consecuencias. Así como no puede dejarse de lado las conductas, tampoco puede olvidarse que “lo justo” formaba parte del derecho. De tal suerte que expresiones como “justicia”, “lo debido”, “su derecho” forman o integran también el concepto de derecho. Se presenta así el derecho como algo complejo. Estos aspectos complejos del derecho que resultan evidentes son abarcados in-

⁵ “Nada te turbe, nada te espante, todo pasa, Dios no se muda. La paciencia todo lo alcanza; Quien a Dios tiene nada le falta...” Santa Teresa de Jesús.

tegralmente por el trialismo jurídico. El trialismo refleja así la complejidad del derecho y la vida⁶.

El origen etimológico de la palabra “Derecho” deriva del latín *Directus*, participio pasivo de *dirigere* que significa “Dirigir”, “Alinear”, “Encauzar”. En este sentido, el Diccionario de la Lengua Española precisa la semántica del término, y en la significación N° 18 define que es el “conjunto de principios, preceptos y reglas a que están sometidas las relaciones humanas en toda sociedad civil, y a cuya observancia pueden ser compelidos los individuos por la fuerza”⁷.

Como se deduce de la etimología y semántica del término “Derecho”, el mismo transmite la idea de direccionamiento de las conductas, a través de normas, hacia una determinada finalidad u objetivo a la par de la existencia de una fuerza legítima (autoridad) que tiene la capacidad para forzar su cumplimiento⁸.

Por su parte, Aftalión, da una noción de Derecho al decir que es “... una forma de control social compuesta básicamente de normas coercibles, vale decir, por reglas cuyo cumplimiento puede ser logrado por el uso de la fuerza...”⁹.

En cambio, Alferillo, sostiene: “el Derecho es el sistema de normas coercibles establecidas por el Estado que regulan la conducta humana en el marco de las vinculaciones de los hombres en sociedad, con la finalidad de concretar la Justicia”¹⁰.

En su momento, Mouchet y Zorraquin Becú, definen al derecho, aclarando que lo hacen desde un punto de vista objetivo, diciendo que el “derecho es un ordenamiento social impuesto para realizar la justicia”¹¹.

⁶ SILLERO, R. G., “El derecho de consulta en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. una mirada desde el trialismo jurídico.” *Revista Perspectivas de las Ciencias Económicas y Jurídicas*, Vol. 9, N° 2 (julio–diciembre). Santa Rosa, La Pampa, Argentina, FCEyJ (UNLPam); EdUNLPam; ISSN 2250–4087, e–ISSN 2445–8566. DOI: <http://dx.doi.org/10.19137/perspectivas-2019-v9n2a01>.

⁷ *Diccionario de la Lengua Española* – Real Academia Española – XXI edición, pág. 684.

⁸ Véase ALFERILLO, P. E., *Introducción al Derecho Civil*. San Juan, Ediciones y Publicaciones de la Facultad de Ciencias Sociales de la Univ. Nac. de S. Juan, San Juan, Argentina, (2000), pág. 7.

⁹ AFTALIÓN, ENRIQUE R. & VILANOVA, JOSE & RAFFO, Julio., *Introducción al Derecho* (Cuarta ed.). Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot, (2004) pág.16.

¹⁰ ALFERILLO, P. E., ob. cit., pág. 13.

¹¹ MOUCHET, C., & ZORRAQUIN BECÚ, R. *Introducción al Derecho* (Duodécima ed.). Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina, Ed. Perrot, (1997) pág. 43.

Por nuestra parte, adherimos a la definición del maestro Guillermo Borda, que define al Derecho como “el conjunto de normas de conducta humana obligatorias y conformes con la justicia”¹².

Al hablar de conjunto de normas u ordenamiento, implica una idea de organización y a la vez resultado de un sistema. El derecho se nos presenta, a primera vista, como un sistema, perfectible, destinado a ordenar la vida humana en sociedad.

Como se desprende de las definiciones transcritas, éstas tienen aspectos comunes que son trascendentes a los autores y a los tiempos y ellos son el carácter de coercible de la norma jurídica, el objeto regulado, es decir, las conductas humanas en su enlace entre sujetos y su finalidad. En cambio, difieren, cuando pretenden definir la vinculación o no con la moral o introducen u omiten aspectos relacionados con la evolución del objeto definido.

Ello explica la razón por la cual, Alferillo adhiere a la idea de sistema y no de conjunto de normas, pues en la actualidad no se puede desconocer que la noción de derecho responde más adecuadamente a un criterio de ordenamiento metódico¹³.

2.2. Justicia

Es menester, señalar, que hay una concepción muy generalizada, y de uso común distingue netamente el Derecho de la Justicia y considera a esta última como a un ideal que orienta al primero. Se habla así de “derecho justo”, como, por ejemplo, el voto femenino; y de “derecho injusto” como, por ejemplo, la esclavitud.

Esta distinción entre ambos objetos es exacta, y es aceptada por la mayor parte del pensamiento filosófico-jurídico. No obstante, ello, cabe consignar la disidencia representada por la filosofía escolástica, para la cual sólo es derecho el derecho justo: como decía Santo Tomás, el derecho injusto no es derecho (*lex iniusta non est lex*).

La teoría de la justicia fue elaborada por los filósofos griegos y especialmente por Aristóteles en el libro V de su Ética a Nocomaco, posteriormente Santo Tomás de Aquino, en la Summa Teológica (II-II, q. 57 y sigs.) la llevo a un grado de perfección que no ha sido superado.

¹² BORDA, G. A., Tratado de Derecho Civil – Parte General (Vol. I). Buenos Aires, Argentina, Abeledo-Perrot, (1999), §1.

¹³ ALFERILLO, P. E., ob. cit., pág. 14.

Observamos que generalmente la obligación de dar a cada uno lo suyo viene impuesta por la norma jurídica, se puede inducir, con cierto grado de certeza que el objeto propio de la justicia es lo que es justo, es decir, lo que exige el derecho. Y el acto propio de la justicia consiste en decir cuál es el derecho, es decir, juzgar. Y la finalidad a la que debe aspirar el orden jurídico es la de imponer un sistema que regule con justicia las relaciones humanas¹⁴.

Definiciones

La justicia es, sin dudas, el supremo valor jurídico, y como tal ha sido tenido desde antiguo. Pero las dificultades comienzan tan pronto como se quiera definirla.

Sin embargo, señala Aftalion, si tomamos a Aristóteles como punto de partida y recorremos veinticinco siglos de la historia del pensamiento, notaremos una constante exigencia de igualdad, de proporcionalidad y armonía. Puede decirse que todavía no ha sido rectificada la vieja definición de Ulpiano, en cuanto la vinculaba a la necesidad de dar a cada uno lo suyo. Pero, queda claro que las dificultades comienzan no bien se trata de determinar, en concreto, que es lo suyo que corresponde a cada uno.¹⁵

Veremos a continuación algunas definiciones a lo largo de la historia¹⁶.

A) Platón (s. IV a. C.), que analiza el problema en su obra *La República* o *Diálogo sobre la Justicia*, sostiene que ésta es la virtud universal y que consiste “en una armonía entre las diversas partes, por la cual cada uno debe hacer lo que le corresponde”.

B) Aristóteles (s. IV a. C.) desarrolló su teoría de la justicia en *Ética a Nicómaco*, donde superando el pensamiento platónico, concibe a la justicia no sólo como una virtud, sino también como algo específico del derecho, en razón de su alteridad. Fundamentalmente, considera a la justicia como una proporción; lo justo es aquella medida que representa la equidistancia entre lo mucho y lo poco, es decir, el justo medio. Distingue Aristóteles varias especies de justicia:

¹⁴ Véase MOUCHET, C., & ZORRAQUIN BECÚ, R. ob. cit., pág. 62.

¹⁵ AFTALIÓ, ENRIQUE R. & VILANOVA, JOSE & RAFFO, Julio, ob. cit., pág. 711.

¹⁶ Véase TORRÉ, A. (Divito). *Introducción al Derecho* (Decimocuarta ed.), Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina, 2003 pág. 274 y ss.

1) Justicia general o universal: en este concepto amplio, de clara filiación platónica, la justicia es una virtud total, puesto que más que una virtud, es el resultado de todas las virtudes.

2) Justicia particular: este concepto, de filiación pitagórica, constituye el aporte original del Estagirita a la teoría de la justicia y, según sean las circunstancias en que juegue el principio general de “repartición igual”, como él lo llama, es decir, de igualdad (aunque Aristóteles no lo llame así), distingue la justicia en conmutativa y distributiva (nótese que no se trata en realidad de dos clases distintas de justicia, sino de una distinción hecha sobre la base de las diferentes circunstancias en que juega el principio general).

Emplearemos estas denominaciones por ser las tradicionalmente consagradas, pero dejamos constancia de que no son las usadas por el filósofo griego.

a) Justicia conmutativa (de conmutare, cambiar), o igualadora, o sinalagmática (Aristóteles la llama correctiva o rectificadora): es la que se refiere al cambio de cosas o de servicios, cuando no interesa para nada el valor de las personas. Como es obvio, consiste en la equivalencia exacta entre la cosa recibida y la dada en compensación, razón por la cual, la igualdad-esencia de la justicia—exige que nadie dé ni reciba de más ni de menos. Por eso Aristóteles compara, o si se quiere, simboliza la justicia conmutativa, por una proporción aritmética. Un ejemplo típico lo tenemos en los servicios públicos, donde en general, la tasa que se cobra está en proporción al servicio prestado, sin tenerse en cuenta a quién se presta.

b) Justicia distributiva (o proporcional, como la llama Aristóteles). Funciona aquí el principio general teniendo en cuenta el valor de las personas y, en consecuencia, si las personas no son iguales, la auténtica igualdad exige que no se les asigne cosas iguales, sino proporcionadas a sus respectivos merecimientos. La justicia distributiva es comparada con una proporción geométrica (por estas comparaciones, Aristóteles ha sido llamado el “matemático de la justicia”). El criterio de la justicia distributiva tiene especial aplicación en el reparto de cargas, honores o recompensas, que debe hacerse respectivamente, según la situación particular o el mérito de las personas.

El salario familiar, en cuya virtud se tiene en cuenta el número de familiares a cargo del trabajador, a efectos de aumentarle proporcionalmente el salario es un caso de justicia distributiva; en efecto, el criterio conmutativo sería “igual retribución por igual trabajo”, sin distinguir si el obrero es casado o soltero, si tiene o no hijos, etc.

C) Roma. Los romanos no elaboraron una teoría de la justicia, pero respondiendo a su proverbial criterio práctico, condensaron en una fórmula subjetivista y ética, el criterio para realizarla, criterio que, al decir de Ulpiano, consistía en la “constante y perpetua voluntad de dar a cada uno su derecho” (*iustitia est constans etperpetua voluntas jus suum cuique tribuendi*).

Es esta la definición más difundida de la justicia, si bien reducida a una fórmula más breve aún: la justicia consiste en dar a cada uno lo suyo. Al hablar en la definición de una “voluntad constante y perpetua” de hacer justicia (puesto que dar a cada uno lo suyo significa hacer justicia y no otra cosa), se evidencia que concebían a la justicia como una virtud.

D) Santo Tomás de Aquino (1225–1274), analiza el problema de la justicia en la Suma Teológica, siguiendo y complementando la teoría de Aristóteles. Define la justicia como “el hábito por el cual con perpetua y constante voluntad es dado a cada uno su derecho”. Según vemos es, poco más o menos, la definición de Ulpiano.

Acepta la división que de la justicia hace Aristóteles, pero agrega la justicia legal, constituyendo éste su aporte original a la teoría. Considera que son tres las situaciones que pueden darse con respecto a lo debido por alguien a alguien: 1) los cambios entre individuos, a que se refiere la justicia conmutativa; 2) la situación que plantea lo debido por la comunidad a los individuos que la constituyen, aspecto a que se refiere la justicia distributiva, también prevista por Aristóteles; y 3) situación inversa a la anterior, es decir, la que se refiere a lo que los individuos deben a la comunidad de que forman parte, que es precisamente la justicia legal.

E) La Escuela Clásica del Derecho Natural, de los siglos XVII y XVIII, sostenía que lo justo es lo que está de acuerdo con la naturaleza humana, es decir, lo que responde a las exigencias de la naturaleza humana, en lo que ésta tiene de universal y permanente. Además, sólo la razón, que desempeña en esta teoría una función instrumental, puede darnos su conocimiento.

Se elaboraron así códigos ideales –de “Derecho Natural” como ellos los llamaban– con pretensiones de validez absoluta; códigos perfectos, cerrados y completos, en los que se hallaría justa solución a todas las controversias humanas. Y como es lógico, en ellos se incluían esos principios inmutables de justicia, como que “los pactos deben cumplirse”, que “el que causa un daño a otro debe indemnizarlo”, etc., lo que configura a esta escuela, como la expresión arquetípica de las soluciones afirmativo sustancialistas.

Pero sigamos con la teoría en sí: cuando se trató de establecer qué es lo esencial de la naturaleza humana, comenzaron las divergencias; prueba de ello es que, para Grocio, es el deseo de vivir en sociedad (*appetitus societatis*); para Hobbes, el egoísmo (*homo hominis lupus*); para Puffendorf, el sentimiento de debilidad (imbecilias); para Tomasio, el afán de dicha, etc.

Para concluir, Torr  citando a Recaséns Siches, expresa que

“a pesar de todas las diversidades de supuestos filosóficos y de criterios políticos se mantiene siempre un denominador común, un análogo leitmotiv. La justicia– lo mismo en un sentido restringido que en una acepción lata–es entendida casi siempre como una medida armónica de cambio y de distribución”.

Parece pues evidente que la esencia de la justicia es la igualdad –claro que una igualdad proporcional– pero toda igualdad, se establece entre dos términos por lo menos y, esos términos, consisten en conductas humanas. Ahora bien, con decir que la justicia “consiste en dar a cada uno lo suyo”, o en “tratar igualmente lo igual y desigualmente lo desigual”, etc., no adelantamos mucho concretamente, puesto que –y aquí viene el interrogante fundamental planteado por la filosofía de nuestros días– para establecer esa igualdad (p. ej., entre el salario y el trabajo de un obrero), es evidente que debo proceder primero a una valoración de ambos términos de esa igualdad: para decir que A es igual a B, debo valorar primero los términos A y B¹⁷.

Por consiguiente, “el problema está en el criterio que debe guiar el establecimiento de la proporción” “o si se quiere, en los puntos de vista que deben ser tenidos en cuenta para establecer esa proporcionalidad. Y como es indudable que cada uno de los términos de la igualdad, encierra una valoración, fundada cada una de ellas en diversos valores jurídicos, se ve cómo, lógicamente, la teoría de la justicia nos lleva a la teoría de los valores jurídicos –apenas esbozada en la sección primera– donde las corrientes filosóficas actuales sostienen que se encuentra una solución más satisfactoria a este problema, en un plano en que el formalismo resulta superado.

¹⁷ TORR , A. –ob. cit., pág. 280.

G) Teoría ecológica.¹⁸ Como uno de los más destacados intentos de superación de las concepciones anteriores, cabe recordar la teoría formulada por Carlos Cossio. La Axiología Jurídica Pura es, en la Teoría Ecológica, una de las cuatro ramas fundamentales de la Filosofía del Derecho, siendo su objeto, el estudio de los valores jurídicos puros o absolutos.

Cossio, considera posible, determinar racionalmente el contenido de la verdadera justicia; según el filósofo argentino, la verdadera justicia consiste en la creación de igualaciones de libertad como puntos de partida sucesivamente renovados. Frente a esta definición, cabe preguntarse por su razón suficiente, es decir, por el fundamento de su posible verdad. Con este fin, debo recordar que, convalidando a Aristóteles, Heidegger sostiene que el principio de razón suficiente –arraigado por este filósofo en la estructura misma de la vida plenaria– ofrece tres modos: como razón de existencia, de esencia y de verdad.

Sobre esta base, Cossio nos aclara que su concepción de la justicia queda sólidamente fundamentada, porque la verdadera justicia:

a) Como existencia, es libertad. Esto se comprenderá, teniendo en cuenta que para la Teoría Ecológica, libertad y personalidad son existencialmente lo mismo y, considerando que la libertad no es por lo tanto un valor jurídico, sino mucho más, puesto que es la fuente y sustancia de todo valor jurídico. Con estas aclaraciones, resultará claro que la verdadera justicia, la “encontraremos” en la existencia como conducta (compartida por supuesto), pero sólo en cuanto todo hombre tenga una determinada esfera de libertad, ya veremos de qué medida.

b) Como esencia, es creación.

“En esto difiere la libertad del ser. El ser es lo que es, decía Parménides. La libertad es creadora; sin creación no hay libertad. Y el olvido de este aspecto del fundamento es lo que perjudica a meditaciones sobre la Justicia tan luminosas como la de Kant”.

c) Como verdad estimativa, “es razón en cuanto sustantivo de racional”. Aplicando ya su definición como criterio de justicia pura, agrega Cossio:

“con nuestra definición, podemos decir que, en la justicia racional, lo suyo de la fórmula clásica deja de ser una enunciación vacía. Lo

¹⁸ TORRÉ, A. –M., ob. cit., pág. 282.

suyo que corresponde a cada hombre por ser hombre, es lo que a cada cual falta para estar en igualdad de condiciones con el alter ego con quien interfiere. Estamos, pues, en las antípodas de Aristóteles con su justicia distributiva; éste decía que había que dar bienes y honores en proporción a los méritos; a mayor mérito, mayor retribución y viceversa. Para nosotros el ideal dice lo contrario: “la verdadera justicia consiste en dar más a los que están más abajo, para igualar el punto de partida en el presente vital”.

2.3. *La equidad*

Para facilitar la comprensión de este punto, señala Torr , resultará útil empezar recordando para resolver conflictos inter humanos, se puede proceder de dos maneras desde el punto de vista de la menor o mayor libertad que tenga el juzgador. Son las siguientes:

1) Juzgar “conforme a derecho” (o “según derecho”): con este método, el juzgador debe resolver el conflicto ajustándose a una norma o normas preestablecidas. Tal sistema es sin duda el mejor para lograr justicia verdadera y seguridad jurídica, pero como toda norma es un marco de posibilidades (Kelsen), dentro del cual el juzgador decide optando por una de las soluciones posibles, conviene advertir que la solución elegida debe fundarse no sólo en ineludibles razones lógicas (adecuarse a la norma como lo particular debe encuadrarse en lo general), sino también en una valoración, pues se elige habitualmente la solución más justa. Resulta claro entonces que, juzgando conforme a derecho, intervienen también diversos valores jurídicos, entre los cuales se destaca la justicia como valor supremo, pero actuando siempre dentro del correspondiente marco normativo.

2) Juzgar “por equidad” (o “según equidad”, o “según su leal saber y entender”, o “a ciencia y conciencia”, o “a verdad sabida y buena fe guardada”, etc.): según este método, el juzgador no est  sometido a una norma predeterminada, sino que resuelve de acuerdo a su personal criterio de justicia, siempre y cuando dicho criterio sea reconocido por la comunidad, como susceptible de constituir una norma general para la solución de casos semejantes al resuelto¹⁹.

¹⁹ TORR , A. -M., ob. cit., pág.283.

Esto implica sostener que no será equitativa cualquier decisión arbitraria del juzgador, es decir, cualquier criterio puramente subjetivo, sino que ese criterio nacido de una subjetividad, tiene que ostentar para ser equitativo, diversos aspectos que le den carácter de objetivamente justo, o, en otros términos, de justicia objetiva, lo que implica decir que también deberá ser reconocido como justo por la comunidad en general. Es obvio que, para ello, la decisión debe armonizar con las valoraciones vigentes en la respectiva comunidad.

Por otra parte, lo dicho nos permite apreciar que si bien quien juzga por equidad tiene más libertad que quien lo hace conforme a derecho, no tiene una libertad ilimitada.

Como detalle de orden técnico-jurídico, cabe consignar que quien juzga por equidad, crea con posterioridad al caso a resolver, la pertinente norma individual que contiene la solución.

Concluye, su exposición sobre este tema Torr , diciendo que la equidad no es simplemente la justicia del caso particular como suele decirse; en efecto, para ser más preciso cabría definirla como “la justicia del caso particular, inspiradora de una decisión que la comunidad acepta, como norma general válida para solucionar casos semejantes al resuelto”²⁰.

Por su parte, señalan Mouchet-Zorraquin Becú, que la equidad es “el perfeccionamiento de la justicia en su aplicación a los casos concretos que puedan presentarse en la vida del derecho se llama equidad (en griego epiqueya)”. Aristóteles ha explicado con precisión el significado y la necesidad de esta virtud que viene a completar la de justicia.

“Lo equitativo y lo justo son una misma cosa: y siendo buenos ambos la única diferencia que hay entre ellos es que lo equitativo es mejor aún. La dificultad est  en que lo equitativo, siendo lo justo, no es lo justo legal, lo justo según la ley, sino que es una dichosa rectificación de la justicia rigurosamente legal. La causa de esta diferencia es que la ley necesariamente es siempre general, y que hay ciertos objetos sobre los cuales no se puede estatuir convenientemente por medio de disposiciones generales. Y así, en todas las cuestiones respecto de las cuales es absolutamente inevitable decidir de una manera puramente general, sin que sea posible hacerlo

²⁰ TORR , A. -M., ob. cit., pág.285.

bien, la ley se limita a los casos más ordinarios, sin que disimule los vacíos que deja. La ley, por esto, no es menos buena: la falla está por entero en la naturaleza misma de las cosas, porque ésta es, precisamente, la condición de todas las cosas prácticas. Por consiguiente, cuando la ley dispone de una manera general, y en los casos particulares hay algo excepcional, entonces, viendo que el legislador calla, o que se ha engañado por haber hablado en términos absolutos, es imprescindible corregirlo y suplir su silencio, y hablar en su lugar como él mismo lo haría si estuviera presente: es decir, haciendo la ley como él la habría hecho si hubiera podido conocer los casos particulares de que se trata. Por tanto, lo equitativo es también justo, y vale más que lo justo en ciertas circunstancias (...) Lo propio de lo equitativo consiste precisamente en restablecer la ley en los puntos en que se ha engañado a causa de la fórmula general de que se ha servido” (Ética a Nicómaco, V. 10)²¹.

El acto de justicia, tiene que atender más al espíritu de la ley que a la fórmula empleada. En consecuencia, cuando la aplicación literal de sus términos condujera a resultados notoriamente contrarios a la razón de la ley, corresponde a la equidad rectificarla dando la solución cabalmente justa, como lo es la interpretación exegética de las normas. No porque la norma jurídica sea en si misma injusta, sino porque su generalidad no le ha permitido prever o resolver todos los casos posibles. La equidad se podría decir que es un correctivo del derecho positivo, que se emplea cuando es preciso aplicar sus fórmulas generales a los casos concretos que pueden presentarse.

Empleando las palabras de Aristóteles, concluimos diciendo que la equidad “es una dichosa rectificación de la justicia rigurosamente legal”.

2.4. La justicia social

En lo que va de este siglo se ha llamado justicia social a la que tiende especialmente a favorecer a las clases más necesitadas, y ordena una distribución más equitativa de las riquezas a fin de asegurarles mejores condiciones de vida²².

²¹ MOUCHET, C., & ZORRAQUIN BECÚ, R., ob. cit., pág.76.

²² Pío XI, Encíclica Quadragessimo m. 5 26, 15 de mayo de 1931.

Si bien se mira esta justicia social no es otra cosa que la aplicación concreta de las diversas formas de justicia a las relaciones derivadas del trabajo y a los problemas que crea en el mundo moderno la clase de los asalariados y de los desvalidos.

Será conmutativa si aspira a obtener el justo salario que corresponde al trabajador: será distributiva si los necesitados se benefician con el reparto de bienes comunes en forma de asistencia y será general si impone a las demás clases mayores obligaciones para restablecer el equilibrio social. Por lo tanto, la justicia social no es una especie distinta de justicia, sino que se caracteriza exclusivamente por la índole de sus destinatarios y por las necesidades que procura satisfacer²³.

2.5. Orden

En términos generales, hay orden cuando las cosas suceden de acuerdo a un principio o plan que las regula. Así se habla por ejemplo de un orden natural, porque en la naturaleza los fenómenos se producen de acuerdo con una regularidad determinada.

Cosa análoga sucede en la esfera del obrar humano y por eso se habla de un orden social, cuando el comportamiento intersubjetivo de los seres humanos se ajusta a un conjunto de principios, que garantizan un mínimo de condiciones necesarias para una convivencia normal²⁴.

Sostienen Mouchet-Zorraquin Becú, al definir el derecho, que este tiende a establecer un orden en la vida social. El orden es, por lo tanto, fin y consecuencia del derecho. Y fin primario, porque tal vez antes que la justicia o simultáneamente con ella, lo que los hombres buscaron al sancionar las primeras normas jurídicas fue organizar la vida de la colectividad. Modernamente se persigue también esta finalidad. Multitud de normas sociales se dictan constantemente para reglamentar instituciones, problemas o conflictos que suscita la convivencia humana, buscando resolverlos para que un orden reine en las relaciones colectivas.

El orden es la realidad del derecho; la justicia, su aspecto espiritual. Ésta le da su contenido lleno de aspiraciones ideales; aquél consigue realizar ese contenido en la práctica. Por eso son dos finalidades coadyuvantes y que deben

²³ MOUCHET, C., & ZORRAQUIN BECÚ, R., ob. cit., pág. 70.

²⁴ TORRÉ, A. -M., ob. cit., pág. 288/289.

completarse necesariamente, porque sin orden no hay justicia posible, y sin la justicia el orden no sería otra cosa que la fuerza.

Al orden se opone la libertad, que es una de las exigencias fundamentales de la justicia y del derecho natural. No porque sean incompatibles, sino porque son conceptos opuestos. A mayor libertad, menor orden en la vida social: y recíprocamente. Por esta vía entran fácilmente en conflicto la justicia y el orden. Las tendencias que aspiran a implantar una organización y una disciplina en la comunidad llegan naturalmente a limitar –a veces en forma abusiva– la libertad de los individuos, mediante el control de sus actividades y la paralización de sus iniciativas. El exceso de orden conduce así a la injusticia, pues no otra cosa significa el desconocimiento de esas libertades que cada persona lleva consigo como un atributo de su propia naturaleza. El Problema político y jurídico fundamental reside, precisamente, en acertar con el régimen de equilibrio que concilie una y otra necesidad.

Pero el conflicto puede también tornarse dramático en épocas de crisis, en que el orden sólo puede conservarse a expensas de la libertad. En tales casos, las constituciones autorizan remedios heroicos (estado de sitio, estado de prevención, etc.), que suspenden el ejercicio de los derechos individuales o de una parte de ellos para proteger así el orden social. Pero tales medidas sólo pueden admitirse en situaciones excepcionales y con carácter transitorio, pues la justicia debe recuperar el predominio que le corresponde.

Análoga situación se presenta en el derecho penal que autoriza a no castigar los delitos cometidos en estado de necesidad.

Fuera de esas situaciones de excepción, el orden no se concibe ni podría existir sin la justicia. Ésta responde a impulsos espontáneos y permanentes del espíritu humano, y vuelve siempre a prevalecer porque la sociedad no puede aceptar como situación estable un orden injusto, que como tal sólo estaría fundado en la fuerza. Precisamente el orden, para que sea tal, debe ser consentido por la generalidad, como un elemento para la convivencia y para el desarrollo armónico de las actividades sociales.

2.6. Seguridad jurídica

El último de los valores que el derecho realiza consiste en la seguridad jurídica que da a los individuos, a los grupos sociales y a los Estados mismos, la sensación

y el convencimiento de que sus derechos han de ser respetados, y que no ha de alterarse la estabilidad y permanencia de las situaciones jurídicas.

La seguridad no es otra cosa que la protección efectiva de esos derechos y deberes, es decir, el amparo seguro de dicho orden, contra cualquiera que pretenda turbarlo, así como la restauración del mismo, en el caso de haber sido violado. Por el contrario, cuando la protección reinante no es suficiente, el valor se da con sentido negativo, es decir, como inseguridad²⁵.

La seguridad constituye así un efecto del orden social. La existencia de una organización jurídica determina, en los sujetos a los cuales aplica, esa idea de que sus derechos –considerados esta vez desde el punto de vista subjetivo han de encontrar amparo eficaz: de que aun cuando sean desconocidos y vulnerados, el Poder Judicial restablecerá el orden imperante: y de que las relaciones sociales serán siempre regidas por las normas jurídicas vigentes.

Esta seguridad permite prever lo que ha de ocurrir en las transacciones y anticipar el resultado de los actos humanos: porque al tener la certeza de que la norma ha de ser aplicada, la conducta de cada uno se adaptará a lo que esa norma le sugiere.

La seguridad jurídica requiere, no sólo el respeto de los derechos legítimamente adquiridos, sino también la existencia de organismos destinados a prevenir o castigar su violación, o sea que haya medios para hacer efectivo esos derechos, aun coactivamente.

Además, que los magistrados encargados de esta función tengan poderes limitados y deban ajustarse a las leyes.

Y, por último, que los legisladores mismos se encuentren constreñidos por normas superiores –las de la Constitución– que impongan los principios fundamentales de todo el sistema jurídico.

En conclusión, el mantenimiento del orden y de la seguridad, es el primero y más importante de los deberes de un gobierno, sin olvidar que particularmente la seguridad implica protección no sólo contra la extralimitación de los demás gobernados, sino también contra los abusos de poder de los gobernantes.

De la seguridad jurídica resultan, una serie de instituciones jurídicas con las que se persigue el reinado de la seguridad en la convivencia humana, por ejemplo, el principio de que la ignorancia del derecho no excusa su cumplimiento, el debido proceso, el derecho de defensa en juicio, la irretroactividad de las leyes, la cosa juzgada.

²⁵ TORRÉ, A. –M., ob. cit., pág. 291.

La irretroactividad de las leyes, recordemos, radica en la garantía de que una ley nueva no ha de alterar los efectos de los hechos ya cumplidos, ni ha de convertir en delictuosos actos ya consumados.

La cosa juzgada, es la que da validez definitiva a los fallos judiciales, impidiendo que la misma cuestión sea juzgada una segunda vez.

Ambas garantías contribuyen a acentuar la sensación de estabilidad que el derecho requiere para su eficaz vigencia.

El cambio constante e innecesario de las leyes constituye uno de los errores más notables –sobre todo en las épocas modernas– contra la seguridad jurídica, porque impide a las personas adoptar medidas de previsión y perturba la estabilidad de las situaciones jurídicas.

Es que el derecho tiende naturalmente a una cierta permanencia, pues el orden social no se concilia con la existencia de esos cambios. No quiere decir esto que el derecho excluya su propia reforma cuando ésta es necesaria, sino que las modificaciones deben realizarse tratando de no alterar el orden social y de no desconocer los derechos adquiridos, pues de otro modo se corre el peligro de salir de la esfera jurídica para entrar en la del desorden y la arbitrariedad. Por donde se advierte que la seguridad coincide también con la justicia.

2.7. Paz social

La paz social deriva de la justicia, y la seguridad es resultado del orden.

Desde la más remota antigüedad se consideró a la paz como una de las finalidades que debía proponerse el derecho y precisamente el derecho fundado en la justicia. *Opus iustitiae pax*, decía el Antiguo Testamento [La obra de la justicia será la paz] (Isaías, XXXII, 17) y Roma consiguió que todo el mundo aceptara su dominación porque su sistema jurídico había logrado implantar la Pax Romana que llenó de admiración a esos pueblos primitivos.

Las antiguas leyes españolas señalaban también, como una de las consecuencias del derecho y la justicia, la paz y la concordia de los pueblos.

La justicia contribuye, en efecto, a implantar ese estado de tranquilidad social que el derecho debe tratar de conseguir. Sosiego de los individuos, de los grupos, de las regiones y de los pueblos mismos que se obtiene, sobre todo, gracias al ejercicio de la justicia distributiva, mediante la cual se da a cada parte de la comunidad nacional o internacional los bienes comunes necesarios a su ade-

cuado desarrollo. Porque las rebeldías de los hombres, las luchas civiles y las guerras entre las naciones provienen, en muchos casos, precisamente de una falta de distribución adecuada de los bienes comunes o de una violación del ordenamiento jurídico, que hacen nacer el sentimiento de la injusticia y con él la protesta consiguiente.

Modernamente se olvida con frecuencia ese objetivo del derecho, porque la organización de los Estados crea ese estado aparente de paz que ahoga las resistencias incubadas en el cuerpo social. Pero basta referirse al derecho internacional público, que en definitiva persigue el afianzamiento de la paz entre los pueblos, para devolver a esta finalidad jurídica el lugar prominente que le corresponde.

2.8. El bien común

La idea de que el bien común constituye el fin último del derecho proviene también de la filosofía aristotélico-tomista. Al considerado después de estudiar los otros objetivos que debe proponerse el orden jurídico, queremos poner en evidencia cómo el propósito supremo absorbe a los demás, los encauza y resuelve los conflictos que entre ellos podrían ocurrir.

Para analizar este tema, debemos partir de la base que todo ser humano tiende naturalmente a la convivencia, pues solo la sociedad política puede proporcionarles un sinnúmero de bienes de toda índole que sus existencias y su plenitud personal o felicidad necesitan; de ahí que la sociedad pasa a tener el carácter de medio necesario para la perfección del hombre. A lo que Santo Tomas en su Comentario in I Pol, 1,1 n° 40, que los hombres tendemos a la vida social como a la virtud, es decir, como a un medio absolutamente indispensable para el logro de nuestra realización personal.

Pero nos vamos a encontrar con diferencias entre el bien llamado particular con el bien común. Esto consiste, en una diferencia de naturaleza, toda vez que hay bienes que son individuales por su propia naturaleza y otros que son comunes en sí mismos. Es decir, que algunos bienes pueden ser poseídos y participados por una sola persona, mientras que otros son apropiables y participables por muchas personas en forma ilimitada. Por ejemplo, un alimento es de suyo individual, pues no hay más que uno que puede comerlo, y en cuanto, alguien se lo apropia los demás quedamos excluidos automáticamente. Por otro lado, la

ciencia matemática, en cambio, es un bien por naturaleza común, apropiable y participables por todos, pues el conocimiento que de esa disciplina pueda alcanzar una persona no excluye a los demás, de igual posesión, todo lo contrario, cuanto un matemático más domine su ciencia tanto más facilitara el acceso de los demás a iguales conocimientos, como por ejemplo el teorema de Pitágoras. (La hipotenusa de un triángulo rectángulo es igual a la raíz cuadrada de la suma de los cuadrados de los catetos).

Es necesario destacar, que el bien común es un término análogo, como tal incluye diversos significados, que debemos distinguir. Partiendo de la base que la mayoría de las religiones que profesa la población mundial cree en un ser superior, la principal distinción se da entre el bien común temporal, fin de la sociedad política y el bien común sobrenatural que es Dios, para los judeo-cristianos y evangélicos, Ala para los musulmanes, etc., en cuanto fin último de todo el universo creado. Dentro del orden temporal se dan diversidades, así tenemos un bien común familiar, el de los grupos intermedios –sindicato, empresa, grupo de profesionales, municipio o región–, el bien común internacional.

El bien común de la sociedad política fue definido por el Papa Pío XI, en su documento pastoral *Divini Illius Magistri*, como “La paz y seguridad de que gozan los sujetos en el ejercicio de sus derechos, y al mismo tiempo, el mayor bienestar espiritual y material posibles en esta vida, mediante la unión y la coordinación de los esfuerzos de todos”.

Este bien común consiste simultáneamente en el perfeccionamiento de la sociedad, y en el de los individuos en cuanto son partes de esa sociedad, pues tampoco podría concebirse que el bien de esta última hiciera la desgracia de sus miembros. Pero no debe confundirse, sin embargo, con los bienes particulares, los cuales se subordinan a aquél como la parte al todo. Además, la comunidad forma un organismo distinto –por sus fines y por su naturaleza– de la suma de los individuos que la componen; y aun cuando los fines de estos fueran todos coincidentes, siempre la sociedad tendría otros superiores cuya obtención constituye la parte principal del bien común. Los bienes particulares deben, por lo tanto, subordinarse al bien común, pero no en su totalidad, sino en cuanto los individuos forman parte de la sociedad. La persona, con sus propios fines espirituales, y con los medios materiales necesarios para conseguirlos, queda afuera de la comunidad, que no puede ni debe interferir en esa vida interior –de la conciencia– ni trabar su libre desenvolvimiento.

Las cuatro finalidades que hemos analizado –justicia, orden, paz y seguridad– son objetivos propios del derecho y que sólo con el derecho se pueden conseguir. Ningún otro sistema normativo, ni disciplina social alguna, podrían obtener simultáneamente esos resultados que derivan todos de la existencia de reglas de conducta impuestas al hombre en sus relaciones con los demás, y a las cuales no puede éste sustraerse.

El bien común, en cambio, no es una finalidad exclusiva del orden jurídico, pues se obtiene tanto mediante la sanción de las normas como por la actividad pública o privada inclinada a conseguirlo. Es un resultado simultáneo de las leyes sabias, el desarrollo de la moralidad, la cultura y el progreso económico, pues todos estos elementos integran el bienestar de la comunidad. El esfuerzo privado y la dedicación de las autoridades concurren parejamente a realizarlo; y es obvio recordar que el derecho no puede por sí solo forjar hábitos de trabajo, infundir tendencias morales o elevar el nivel de cultura.

Puede afirmarse que el bien común es la finalidad social suprema hacia la cual tienden todos los objetivos del hombre: de tal manera que la justicia, el orden, la paz y la seguridad son como las bases en que se asienta el bienestar colectivo. Y como es una finalidad suprema de la sociedad –y no del derecho aisladamente considerado–, el bien común es en definitiva el último intérprete de esos otros fines exclusivamente jurídicos, el que juzga su oportunidad, el que dirige sus conflictos, el que hace prevalecer a uno sobre otro y el que encauza a todos, teniendo en consideración las circunstancias sociales a que debe adecuarse el derecho.

Por lo cual puede llegarse a la conclusión de que las normas jurídicas tienen también, como su finalidad más elevada y remota, el bien común.

III. Normativa vigente en relación a la actividad

Como a muchos nos pasa, ya estamos perdidos en el tiempo, muchas veces nos ocurre que no sabemos en qué día estamos, si es lunes, martes o miércoles, y también estamos bombardeados con una gran información sobre un sinnúmero de decretos del poder Ejecutivo y acordadas de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y del resto de los Poderes Judiciales provinciales. Resaltaremos algunos de ellos a los fines del presente trabajo.

El aislamiento se inició con el Decreto 297/2020, de fecha 19/03/2020, que en pocas palabras decía lo siguiente

“A fin de proteger la salud pública, lo que constituye una obligación inalienable del Estado nacional, se establece para todas las personas que habitan en el país o se encuentren en él en forma temporaria, la medida de ‘aislamiento social, preventivo y obligatorio’ en los términos indicados en el presente decreto. Esta regirá desde el 20 hasta el 31 de marzo inclusive del corriente año, pudiéndose prorrogar este plazo por el tiempo que se considere necesario en atención a la situación epidemiológica”.

En consonancia con este decreto la CSJN, al día siguiente (20/03/2020) dicta el Acuerdo General 06/2020, disponiendo

“...feria extraordinaria –por las razones de salud pública referidas y atento lo dispuesto en el Decreto de Necesidad y Urgencia 297/2020– respecto de todos los tribunales federales y nacionales y demás dependencias que integran este Poder Judicial de la Nación, desde el 20 al 31 de marzo inclusive, la que, eventualmente, se extenderá por el por igual plazo que el que Poder Ejecutivo Nacional pudiera disponer su prórroga...”, en el apartado 7), dispone “Habilitar el trabajo desde sus hogares en el ámbito del Poder Judicial de la Nación a fin de que los magistrados, funcionarios y empleados que no sean convocados a prestar servicio en los tribunales de guardia puedan seguir prestándolos desde su domicilio, ello de acuerdo a lo que disponga el titular de la dependencia...”; en armonía con esta resolución todos los máximos tribunales provinciales celebraron acuerdos semejantes.

A pedido del Colegio de Abogados, la CSJN, dicto la Acordada n°9/2020, disponiendo lo siguiente.

“...2 0) Disponer que se habilite la feria para que se ordenen a través del sistema informático las libranzas que sean exclusivamente

de manera electrónica de los pagos por alimentos, por indemnización por despido, por accidentes de trabajo, por accidentes de tránsito y por honorarios profesionales de todos los procesos, siempre que en todos estos supuestos hayan sido dados en pago, en tanto lo permita el estado de las causas y así lo considere procedente el juez natural de forma remota (a través de su VPN). 3°) Encomendar a los distintos tribunales nacionales y federales que tengan a su cargo la superintendencia de cada fuero o jurisdicción, que arbitren los medios necesarios para que cada juez natural pueda atender los pedidos de esas libranzas de manera remota, a los fines de priorizar las medidas sanitarias adoptadas por el Poder Ejecutivo Nacional y que esta Corte tiene en cuenta en sus acordadas sobre esta emergencia. 4°) Requerir al Banco de la Nación Argentina la adecuación de su sistema informático a fin de que se puedan generar esos pagos electrónicos derivados de los procesos judiciales, en cuanto no estén implementados...”

Por nuestra parte, consideramos que, el Acuerdo 12/2020, dictado el 13/04/2020, cambiara la forma de litigar en adelante, y es un gran avance hacia el expediente virtual, la misma dispone lo siguiente:

“...2°) Aprobar el uso de la firma electrónica y digital en el ámbito del Poder Judicial de la Nación respecto de todos los magistrados y funcionarios de las instancias inferiores que desarrollan su actividad con el Sistema de Gestión Judicial. 3°) Establecer que, en los casos en que se aplique la firma electrónica o digital, no será necesario la utilización del soporte papel, quedando lo resuelto en soporte electrónico cuyo almacenamiento y resguardo estará a cargo de la Dirección General de Tecnología y de la Dirección General de Seguridad Informática del Consejo de la Magistratura de la Nación. 4°) Disponer que, cuando no fuera posible la celebración de acuerdos en forma presencial, éstos podrán realizarse por medios virtuales o remotos conforme a las previsiones del art. 104 del Reglamento para la Justicia Nacional– y tendrán la misma validez. Este dispositivo solamente podrá ser utilizado en situaciones ex-

cepcionales o de emergencia. No podrá reemplazar los acuerdos presenciales que deban llevar a cabo los magistrados, en los términos de lo previsto en el referido art. 104 del Reglamento para la Justicia Nacional. 5°) Ordenar que, mientras duren las razones de salud pública que atraviesa el país como consecuencia de la pandemia de coronavirus, lo establecido en el primer párrafo del art. 11 del decreto-Ley N° 1285/58 –ratificado por Ley N° 14.467– respecto de los magistrados integrantes de instancias inferiores, se podrá cumplir por medios virtuales o remotos. ...”.

Como se observa es un gran avance hacia el expediente digital, a una nueva manera de litigar y de realizar diversos trámites vinculados a los mismos, como pedidos de informes, los famosos libramientos que ahora se realizan por transferencias bancarias.

En algunas provincias se ha avanzado en el mismo sentido, así por ejemplo en la Provincia de San Juan, en la cual desempeñamos tareas como funcionario judicial, se han dictado acuerdos y resoluciones de superintendencia a los fines de agilizar el trámite vía internet. Por ejemplo, se elaboró un instructivo para elaborar y firmar con la firma digital las ordenes de pagos desde los Juzgado hacia el Banco San Juan, a continuación, describimos: 1) Abrir el archivo denominado “Orden de pago Formulario Rellenable para firmar digitalmente.pdf” utilizando el programa Adobe DC o Adobe XI según tenga en su puesto de trabajo. El modelo de orden de pago digital es el siguiente:

La presente orden de pago, se hará efectiva al día hábil bancario siguiente, de su presentación

San Juan, de 20 .-

Páguese a _____, no a la orden, la suma de pesos _____ (\$).

Mediante transferencia bancaria al CBU N.º _____

C.U.I.T. N.º – _____ – en virtud de lo ordenado a FS., perteneciente a los autos N.º, caratulados: _____

Con cargo a los fondos depositados a la orden de este juzgado según cuenta judicial N.º

Monto correspondiente a:

HONORARIOS – BASE IMPONIBLE IMPOSITIVA
 CUIT N° IVA RESPONSABLE INSCRIPTO –
 MONOTRIBUTISTA – OTRAS CONDICIÓN FISCAL
 P/MONOTRIBUTISTA N° DE INSCRIPCIÓN DGR

Capital

Honorarios

Pacto cuota Litis

Otros (no sujeto de retención)

Nota: A los fines de remitir las constancias de retención correspondientes al pago de honorarios, se deberá indicar la dirección de correo electrónico del profesional beneficiario:

() Juez Subrogante (Tildar solo en caso de que el Juez sea Subrogante)

Mail:

Una vez completados los datos, deberá firmarlo digitalmente en los campos asignados para tal fin (si fuere Juez subrogante debe tildar la casilla correspondiente). 2) Completado y firmado digitalmente por el secretario deberá guardarlo como ... y darle el nombre que corresponda en la carpeta compartida denominada Firma 01, (se sugiere unificar como denominarán dichos documentos). 3) El Juez deberá abrir el archivo mencionado que se encuentra en la carpeta Firma 01 para poder firmarlo digitalmente y lo guardará como ... (mismo nombre del archivo) en la carpeta compartida denominada Firma 02. 4) El Secretario del Juzgado deberá enviar al Banco San Juan por correo adjuntando el documento que fue guardado en la carpeta Firma 02 que contiene la firma digital de los 2 funcionarios. El mail sólo puede ser enviado desde la casilla institucional del juzgado. Tener en Cuenta: • En los puestos de trabajo de Juez y Secretaria de cada juzgado, debe estar configurado el recurso compartido de la siguiente manera: \\SVDCCOMPARTIDAS\Banco San Juan\JUZGADO\ Una vez firmados digitalmente por Secretario y Juez del Juzgado el Formulario deberá ser enviado desde la casilla de correo oficial institucional únicamente a las casillas de correo oficiales del Banco según corresponda. El circuito finaliza cuándo recibe un aviso automático de confirmación de recepción de dicho correo.

En los hechos, comparto con mis colegas, cuando hemos tenido conectividad normal, en el lapso del mismo día, el peticionante tiene realizada la transferencia si tiene cuenta en el mismo banco, por una cuestión de compensación de transacciones entre bancos, si la cuenta pertenece a otro banco puede llegar a 48 hs.

En pocos días, pasamos de todo el trámite del libramiento en soporte papel que, con suerte y viento a favor desde su inicio hasta su cobro efectivo, duraba 48 a 72 hs., como mínimo.

IV. Planteos judiciales

Como era de suponer, no faltaron los planteos judiciales por la vía de amparo, para no aburrir a los lectores, citaremos dos de ellos.

El caso de la Provincia de Mendoza²⁶, consiste en un planteo formulado por el Manuel Edgardo Valles por su propio derecho e invocando representación de todos los abogados matriculados en la provincia de Mendoza; en los términos del Art. 144 y CC. de la Constitución Provincial y artículos concordantes de los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos, de la Constitución Nacional; Art. 8, 25, 28 y cc. de la Convención Americana de Derechos Humanos – Pacto de San José de Costa Rica Ley N° 23.054); y la Ley Provincial ley N° 2589/75, modificado por la Ley N° 6504 y su Dec. Reglamentario (2589/75), a interponer acción de amparo colectivo contra el Poder Judicial de la Provincia de Mendoza, con el objeto de que: 1) Se declare la inconstitucionalidad de la Resolución de Presidencia de la SCMza N° 37.313 y de acordada N° 29.501, 29.502, 29.508, 29.509, 29.5010, 29.511 y todo lo que de ellas depende; y 2) Se ordene el inmediato restablecimiento de la prestación del servicio de Justicia mediante la urgente, inmediata y definitiva implementación, puesta en funcionamiento y aplicación de las modalidades de “teletrabajo” en la Provincia de Mendoza, que tiene como ejemplo a la Provincia de Mendoza, además de un sistema de trabajo virtual desde hace más de un año y medio. Señala que es el único de los tres poderes de la provincia de Mendoza, el Poder Judicial, que ha

²⁶ Tribunal De Gestión Asociada–Segundo Poder Judicial Mendoza, Autos: 105508521, caratulados VALLES MANUEL EDGARDO C/ PROVINCIA DE MENDOZA P/ ACCIÓN DE AMPARO.

dejado de trabajar por completo, solo atiene cuestiones ínfimas. En cuanto a los hechos señala que, al momento de interposición de la presente acción, nos encontramos frente al avance de la Pandemia del virus causado por el COVID-19, circunstancia que no escapa absolutamente a nadie, como asimismo la medida de “Aislamiento Social, Preventivo y Obligatorio” decretada a nivel nacional y de plena vigencia. Expresa que es de público conocimiento que el Poder Judicial de la Provincia de Mendoza se encuentra en un virtual estado de parálisis, al menos desde que se decretara el asueto con suspensión de términos judiciales mediante las acordadas N° 29.501, 29.502, 29.508, 29.509, 29.510, 29.511 y resolución 37313 de presidencia de la CSJMza. Indica que tampoco escapa al conocimiento de nadie que, en tanto la humanidad no logre encontrar la vacuna que impida su contagio o el tratamiento que permita la cura a la enfermedad, el aislamiento preventivo y la utilización de medidas de barrera son las únicas medidas eficientes que impiden la propagación de la enfermedad. Requiere que se ordene el inmediato restablecimiento de la prestación del servicio de Justicia mediante la urgente, inmediata y definitiva implementación, puesta en funcionamiento y aplicación de las modalidades de “teletrabajo” en este Departamento Judicial y en toda la provincia de Mendoza.

El juez del Tribunal De Gestión Asociada–Segundo Poder Judicial Mendoza, Dr. Juan Pablo Santiago Civit, rechaza in limine la acción de amparo interpuesta por cuanto el accionante no ha satisfecho los requisitos formales para su interposición. Entre los fundamentos expuestos en los considerandos de dicha resolución, el principal de ellos fue el siguiente, que el accionante no ha acreditado de manera alguna su representatividad para accionar por todos los integrantes de la clase o del grupo colectivo individualizado, citando la doctrina expuesta por la CSJN, en la causa “Halabi” (Fallos 332:111). Señalo el magistrado que el Máximo Tribunal Nacional sostuvo en el fallo citado que,

“la admisión formal de toda acción colectiva requiere la verificación de ciertos recaudos elementales que hacen a su viabilidad, tales como: a) la precisa identificación del grupo o colectivo afectado; b) la idoneidad de quien pretenda asumir su representación; c) la existencia de un planteo que involucre, por sobre los aspectos individuales, cuestiones de hecho y de derecho que sean comunes y homogéneas a todo el colectivo; d) que se arbitre un procedimiento

apto para garantizar la adecuada notificación de todas aquellas personas que pudieran tener un interés en el resultado del litigio, de manera de asegurarles tanto la alternativa de optar por quedar fuera del pleito, como la de comparecer en él como parte o contraparte”.

En la Provincia de San Juan²⁷, se presentan los Sres. G. O. P. y H.J.S., con patrocinio letrado promueve formal Acción de Ampro contra el Ministerio de Salud Pública de la Provincia de San Juan, atacando la resolución de aislamiento obligatorio por 14 días que a su criterio ha sido impuesta de manera arbitraria e injustificada. Expresan que el día viernes 17 de Abril de 2020 con previa y legal autorización por 24 hs., se dirigieron a la vecina provincia de Mendoza, registrando su salida a las 15,35 hs. aproximadamente en el control policial de salida del departamento de Barreal, existiendo una distancia de 50 km. aproximadamente desde ese punto hasta el límite con la Provincia de Mendoza, existiendo frente a Pampa del Leoncito un puesto de Gendarmería donde también registraron su paso a las 16.00 hs. aproximadamente (existiendo registros en ambas fuerzas). A su regreso de la Provincia de Mendoza al día siguiente (18/4/2020), llegaron al puesto de Gendarmería en Pampa del Leoncito registrando su paso en tiempo y forme según sus registros de paso, pese a haber tenido una pinchadura de un neumático lo que les ocasionó una pequeña demora, continuando su camino hasta el control Fitosanitario donde son entrevistados por un agente de Policía que tras revisar su documentación les solicita que se queden arriba de la camioneta desconociendo el porqué de la decisión y una hora y media después llegaron dos agentes de policía más los cuales también los entrevistaron y a las 18,00 hs. aproximadamente llega una orden de que debían quedar en aislamiento en la provincia de San Juan, por haber violado la cuarentena, orden que fue comunicada en forma verbal, sin escuchar sus explicaciones, haciendo caso omiso a la autorización para viajar que poseían y exhibían, siendo custodiados en todo el camino por distintos móviles de distintas dependencias policiales hasta llegar el domingo a las 02,30 hs. aproximadamente al Hotel A. A., donde permanecen y están injusta e indebidamente aislados, lo que consideran

²⁷ Octavo Juzgado Civil, Poder Judicial de San Juan, AUTOS N° – “PINTO GILBERTO OSCAR Y SARMIENTO HECTOR JUAN C/ PROVINCIA DE SAN JUAN (MINISTERIO DE SALUD PUBLICA) S/ Amparo (FERIA EXTRA ORDINARIA 2020)”.

un atropello a su derecho de libertad de circulación, coartando su libertad de trabajar, ya que pese a la declaración de pandemia y al decreto de cuarentena podían circular con las medidas protectoras y la debida autorización la que obtuvieron en tiempo y en forma y las que aún hoy obran en su poder.

Agregan que teniendo en cuenta que al control de Gendarmería Nacional de Pampa del Leoncito llegaron en tiempo y en forma, es decir, dentro de las 24 hs. estipuladas en el permiso de circulación y dado que desde allí al control Fitosanitario donde finalmente fueron cuasi detenidos hay una distancia de pocos kilómetros, la demora no fue superior a los 30 o 40 minutos, lo que bajo ningún concepto justifica o fundamenta semejante decisión de privar nuestras libertades, lo cual no solo eroga imposibilidades de tránsito y laborales, sino económicas en tiempos de economías sensibles y distanciamiento de sus familias. Plantean Inconstitucionalidad, argumentando que portaban un permiso de circulación y dadas las circunstancias narradas, las que pueden constatarse (existen registros de paso fecha y hora) resulta arbitraria la decisión de aislamiento tomada por el Ministerio de Salud Pública de San Juan, dado que no cumplieron con las pautas de circulación por ellos mismos implementadas y, en consecuencia, violas sus derechos y garantías de libre circulación, laborales y perjudican las relaciones de familia. Solicitan en definitiva se disponga la revocación de la orden de aislamiento, ordenando la inmediata autorización para regresar a sus hogares.

El Juez del Octavo Juzgado Civil de la Provincia de San Juan, rechaza in límine la Acción de Amparo, por resultar la misma formalmente improponible y manifiestamente improcedente. Entre sus argumentos para llegar a tal conclusión, en los considerandos de la resolución sostuvo lo siguiente:

“Vale la pena conceptualizar y enmarcar la situación en la que se dispuso la restricción de circulación de personas, con algunas excepciones como se ha visto. La calificación de pandemia por parte de la OMS del COVID-19 pone en evidencia que la lucha contra la enfermedad requiere por un lado de acciones afirmativas y positivas que formen parte de una política de Estado donde la capacitación y la educación sean herramientas de transformación e instrumentos de concientización y formación para todos que permitan alcanzar un mejor status de salud general. Así resulta evi-

dente que durante la pandemia necesariamente se van a suspender derechos y libertades en pro del bienestar general; La salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos que debe ser entendida como un derecho humano fundamental, con una fuerte vinculación con la dignidad humana. Por lo tanto, frente a situaciones extremas o críticas, como es una pandemia, se deben tomar medidas urgentes y estrictas para evitar su propagación y frente al alto impacto que tiene en los derechos humanos la pérdida de la salud tales medidas deben ser acatadas por los ciudadanos en su totalidad. El aislamiento o cuarentena dispuestos como medidas de prevención son ejemplos claros de acciones para proteger la salud pública, que implican una restricción al goce de derechos humanos (en el caso la libertad de circulación o de trasladarse de un lugar a otro). Esa limitación debe tener una duración determinada y ser sometida a revisión periódicamente en el tiempo para ir evaluando sus efectos en el tiempo y adaptándose a las circunstancias que exijan el estado de situación tan cambiante que puede presentar la pandemia que todos conocemos. En este sentido, la acción impetrada tiene como finalidad que se suspenda la orden de aislamiento dispuesta respecto de los actores alegando en su defensa que contaban con las autorizaciones para circular respectivas y que no fueron escuchadas sus explicaciones al regresar de la vecina Provincia de Mendoza. Ingresando al tratamiento de la Acción intentada, advierto ab initio que los actores no indican cuál es el motivo de su desplazamiento desde la localidad de Barreal Dpto. Calingasta, hacia la vecina Provincia de Mendoza. Y ello es de vital importancia en el contexto de este tipo de proceso judicial en relación a su procedencia, especialmente teniendo en consideración la situación de emergencia sanitaria mundial producida por la Pandemia de COVID-19. Si bien las actividades para la que los actores solicitaron la autorización para circular mediante la Declaración Jurada se encontraban comprendidas entre las actividades autorizadas en el primer período de aislamiento, los accionantes no han indicado que trabajos o labores fueron a realizar a la vecina Provincia de Mendoza y además, tampoco han ofrecido o acom-

pañado prueba fehaciente que acredite los justificativos para movilizarse como lo han realizado, alegando solamente contar con la declaración jurada para poder circular. No se ofrece prueba en concreto como por ejemplo la certificación de Empresas y/o personas físicas y/o jurídicas para las que hayan prestado servicios en las fechas en que salieron de la Provincia y volvieron a ingresar, que permita establecer con certeza y precisión, cuales son los trabajos, tareas, labores o servicios prestados que justificaran el desplazamiento más aun teniendo en consideración que circulaban traspasando los límites provinciales. En este orden de ideas aprecio también que los actores completaron la Declaración Jurada aludida, indicando distintas empresas para las que cumplían sus actividades laborales, prestaciones o servicios de producción, distribución y comercialización forestal o minera. El Sr. P indica a la Empresa O.E.P.E. S.R.L. y el Sr. S. la Empresa E.M.Y.C. BARREAL S.A.S., con distinta identificación tributaria como es correcto, ambas con domicilio en la localidad de Barreal Dpto. Calingasta, Provincia de San Juan. Por lo tanto, no se entiende y no surge probado, cuáles son los motivos de su traslado a la Provincia de Mendoza, si ambas empresas tienen su domicilio en la localidad antes indicada. Además de lo expuesto, corresponde decir que mediante la Ley de Necesidad y Urgencia N° 2044-P rubricada por el Sr. Gobernador Dr. Sergio Uñac, la Provincia de San Juan adhirió al Decreto de Necesidad y Urgencia 2020-355-APN-PTE suscripto por el Sr. Presidente Alberto Fernández, mediante el cual se determina la extensión del aislamiento social, preventivo y obligatorio decretado hasta el día 26 de abril inclusive, que comprende el período de tiempo en que fueron conducidos a aislamiento los actores, mediante el cual se continúa con las medidas ya dispuestas con anterioridad, con la ampliación de algunas otras actividades. A lo ya dicho, agrego que la norma del Decreto Acuerdo N° 0019/2020 de fecha 08 de Abril del cte. año, establece que todas las personas que ingresen a la Provincia por cualquier medio de transporte y lugar a partir del 09 de Abril de este año, deben hospedarse en el hotel, cabaña u hospedaje similar que establezcan y les informes los fun-

cionarios públicos del Ministerio de Salud Pública, Turismo y Cultura y Secretaría de Estado de Seguridad y orden público, a cargo o afectados al procedimiento de COVID-19. En el lugar asignado deben realizar un período de cuarentena obligatoria hasta completar 14 días desde su ingreso al lugar de aislamiento. El gasto total que origine la cuarentena antes indicada es a cargo de las personas afectadas a la cuarentena. Esta norma resulta clara y concreta y su dictado obedece a la necesidad de un mayor control respecto de las personas, sean comprovincianos o foráneos que ingresen a la provincia, sobre su estado de salud a fin de poder verificar en el plazo establecido si son portadores del virus ya nombrado y eso permita tomar las medidas más adecuadas en tiempo prudente antes que esas personas tengan contacto con habitantes de nuestro territorio y evitar la radicación del virus en nuestra provincia. La decisión tomada en este particular y extraordinario contexto de pandemia mundial no resulta arbitraria ni ilegítima. Conforme lo expuesto, ante la escasa prueba acompañada y ofrecida, de la documentación que la amparista ha acompañado, no se advierte arbitrariedad, ilegalidad o conculcación de derechos o garantías constitucionales y en este aspecto, cabe recordar que la demanda resulta improponible, al no acreditarse los extremos de viabilidad de la acción que hacen a su admisión formal como es precisamente el objeto, toda vez que además el Amparo cumple una doble función: de protección al ciudadano en sus garantías fundamentales y a la propia Constitución, al garantizar la inviolabilidad de sus preceptos ya sea por normas generales contrarias a dichos preceptos o por actos de autoridad que vulneren el contenido o los derechos fundamentales reconocidos en ella, los que en el supuesto en estudio, no se evidencian violados, muy por el contrario la misma aparece fundada y ajustada a derecho, siempre como he dicho dentro del marco de las restricciones en virtud de la Pandemia, que azota el mundo entero. Así las cosas, no se advierte que exista un obrar manifestamente arbitrario e ilegítimo por parte del Ministerio de Salud de la Provincia de San Juan, como denuncian los amparistas. No aparece claro y contundente el acto lesivo, desde que precisa-

mente los actos de la Administración se presumen legítimos y no obstante todos los argumentos vertidos por la actora en su escrito de demanda, a criterio del suscripto no se encuentran configurados los recaudos de admisibilidad de la acción, adoleciendo la presente acción de fundamentos suficientes que permitan otorgarle el trámite previsto por la norma de los arts. 565 y ss. del C.P.C.

III– Presunción de Legitimidad de los Actos de la Administración: Recuérdese que los actos de la autoridad pública tienen validez presuntiva. En otras palabras, la Acción de Amparo se encuentra programada respecto de actos u omisiones que importen una ilegalidad o una arbitrariedad manifiesta. Pero se debe tener presente que, tratándose de actos de la Administración Pública, la discrecionalidad es una forma del actuar jurídico de la misma sin que ello implique desconocer que debe sustentarse en el principio de legalidad en cuanto a la exigencia de establecer los motivos o causas de su obrar y sólo puede ser objetado el mismo, en caso de probarse un ejercicio manifiestamente ilegal o arbitrario. Al respecto es válido decir que el Amparo requiere patentizar o comprobar una acción lesiva, arbitraria o evidentemente ilegal, recaudo éste que no queda evidenciado en el presente caso. ... La conducta del organismo no aparece, a los fines del amparo, como manifiestamente arbitraria o ilegal, si la resolución adoptada se halla basada en las disposiciones legales vigentes, cuya aplicación la actora cuestiona con argumentos que remiten a consideraciones que exceden la acción de amparo, por evidenciar la ausencia de un derecho incontrovertido, susceptible de tutela por esta vía”.

En otro caso de la Provincia de San Juan²⁸, se presenta la actora por medio de su apoderado, argentina, de 90 años de edad, que reside en España desde hace 17 años, Málaga, y que en tal carácter promueve formal Acción de Amparo contra el Banco de San Juan S.A., debido a la conducta, acciones y/u omisiones ile-

²⁸ AUTO N° 174533 – “O., J. F. C/ BANCO SAN JUAN SA S/ Amparo (FERIA JUDICIAL EXTRAORDINARIA 2020)”, Octavo Juzgado Civil, Comercial y Minería de la Prov. de San Juan.

gales del Banco San Juan SA que han tendido deliberadamente, a impedir que la Sra., continúe percibiendo, su haber jubilatorio, a sus 90 años, como docente Sanjuanina, y argentina, residente en Málaga, España, desde hace 17 años. Señala que desde el año 2013, más precisamente desde el mes de noviembre del 2013, viene realizando a la Sra. O., en la Capital de San Juan, el trámite (como apoderada, ante el ANSES, más otros Poderes, que más adelante se reseñan), lo necesario para la percepción de su haber jubilatorio; y obviamente hasta la posterior transferencia Bancaria hacia Málaga, España, en Europa, hecha por el Banco de San Juan S.A., Suc. Libertador. Indica la forma en que venía haciendo tales trámites, detallando que la ANSES deposita en el Banco de San Juan S.A. Suc. Libertador, la jubilación en la Caja de Ahorro; y la presentante como apoderada presenta la fe de vida (todos los meses es así) ante el Encargado de la Suc. Bancaria Libertador Sr. S., y ellos hacen el trámite de conversión a EUROS y acreditación en la cuenta bancaria de la jubilada N°. Que todos los meses, desde el año 2013, ha realizado el trámite de conversión y transferencia normalmente, sin ningún problema, y a los tres días de haber presentado la fe de vida, se extendía y comunicaba en el correo electrónico de la apoderada, la constancia de acreditación en la cuenta de la jubilada en España. Esto fue así hasta agosto del 2019; ya que en setiembre del 2019 NO quisieron hacer más las transferencias, dando excusas verbales, nunca escritas, como la falta de formularios, y otras series de argumentos, sin dar razones valederas o legales. Así las cosas, –continúa diciendo– la situación de la jubilada se fue tornando cada vez más complicada, sobre todo por el estado de salud de la misma, con muchas limitaciones motrices, y sin poder percibir la pensión como lo venía haciendo, todos estos años atrás. Agrega que la situación se ha agravado porque la Sra. O lleva 7 meses sin percibir su haber jubilatorio, y tampoco puede hacer uso de la tarjeta de débito que le provee el Banco San Juan, en España, por tres razones, primero por el límite del equivalente a Cien Dólares por mes; en segundo lugar, por la eventual imposición del impuesto del treinta por ciento, y, en tercer lugar, por la imposibilidad motriz de hacerlo, no pudiendo otra persona utilizar su tarjeta para hacer compras. Si puede, una persona autorizada por la jubilada retirar dinero de su cuenta en España, en Caja Mar, de ahí la importancia de la conversión y transferencia. Es el único ingreso de la Señora; su subsistencia depende de ello. Indica que ya se llevan acumulados, un importe de \$336.657,57 al día 11/03/2020, en el Banco de San Juan S.A. afectado por la inflación existente, lo

cual lo hace más problemático; y ahora con el tema de la pandemia por coronavirus, hace más imperiosa la necesidad de contar con estos recursos. Manifiesta que desde Setiembre y en varias oportunidades comenzó el peregrinar ante el Banco San Juan S.A. para encontrar una solución, pero este nunca permitía recibir ningún pedido por escrito, sino todo verbalmente; pero ante tantas vueltas y evasivas, se hizo una presentación escrita al Banco de San Juan S.A. conforme al Reclamo N°XXXX1, donde se le pedía al Banco San Juan S.A. cumpliera con la transferencia de su haber jubilatorio. Esta presentación se hizo el día 12 de febrero del 2020 y demoraron el tiempo que ellos quisieron en responder solo al Correo electrónico, sin dar ninguna respuesta concreta; solo se limitaron a decir que: "...según el manual de operaciones de cambio, nuestra entidad bancaria no realiza operaciones con no residentes..." e irónicamente "... se ponen a disposición de la suscrita por cualquier inquietud o duda por la resolución del reclamo por Usted formalizado". Claro está –dice– no dan ningún argumento, pero tampoco niegan haber hecho siempre el trámite de conversión y transferencia. Obviamente el reclamo se hizo bajo apercibimiento de promover las acciones judiciales por el enorme perjuicio ocasionado. Alega que la lesión a los derechos de su representada es real, ya se concretó, y teniendo en cuenta la edad de su defendida, el Banco San Juan S.A. no hace más que exhibir una deliberada intención de apartarlos injusta, ilegal y arbitrariamente del derecho que le corresponde a la Sra. O., que tiene resguardo constitucional. La lesión es continuada en el tiempo pasado, presente y futuro, sin solución de continuidad y mantenida al momento de este amparo, y también en el tiempo siguiente. La lesión es inescindiblemente actual, pasada y futura.

Esgrime la pretensión, afirmando que deja planteada la tacha de inconstitucionalidad y acto impugnativo de nulidad contra todo acto, norma, resolución, acuerdo y/o disposición sobre cuya base se resuelva, contra el sagrado derecho a percibir el haber jubilatorio y único ingreso de su defendida. De todo ello se debe comprender –afirma–, que no puede el Banco de San Juan S.A. negar, sin siquiera dar un solo argumento, una sola razón violando los límites de legalidad y razonabilidad, que en un estado de derecho son infranqueables.

En los Considerandos de la resolución de Primera Instancia el Juez sostuvo lo siguiente:

“Hago referencia a esta situación especial y extraordinaria en que se plantea la contienda, en tanto ello no es un dato menor, por cuanto en circunstancias de crisis como la que padece el mundo entero en la actualidad es cuando más toman valor los derechos de las personas y especialmente aquellos de raigambre Constitucional, como el Derecho a la Vida, el Derecho a la Salud, el Derecho de Propiedad y que, de conformidad con la Declaración Internacional de Derechos Humanos, cobran mayor relevancia al establecer que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda. En este marco de situación es que debe resolverse la presente Acción. Al respecto la Jurisprudencia tiene dicho que: ‘La naturaleza alimentaria de los haberes previsionales exige una consideración cuidadosa a fin de que los hechos no afecten sus caracteres de integrales e irrenunciables, ya que el objetivo de aquellos es la cobertura de los riesgos de subsistencia y ancianidad. Sus titulares son ciudadanos y habitantes que al concluir su vida laboral supeditan su sustento, en principio absolutamente, a la efectiva percepción de esas prestaciones que por mandato constitucional les corresponden. La jubilación constituye una consecuencia de la remuneración que percibía el beneficiario como contraprestación de su actividad laboral una vez cesada esta y como debito de la comunidad por dicho servicio’. 0.000348297 || Suriani de Sollazzo, Blanca Nilda vs. Banco Central de la República Argentina s. Amparo /// Cám. Fed. Apel., San Miguel de Tucumán; 01/08/2014; Rubinzal Online; 33941/2013; RC J 6001/14. En función de ello y en este estado de situación es que corresponde decir también que la normativa aplicable al caso viene en respaldo de los derechos esgrimidos por la amparista y en contra de lo sostenido por la accionada al momento de responder el informe circunstanciado. En efecto, el Banco accionado reconoce al evacuar el informe requerido que la operación pretendida por la actora se venía realizando sin ningún tipo de inconvenientes hasta el dictado de normas relativas a la restricción de compra de moneda extranjera. Sin embargo, al citar la Comunicación A 6770 del B.C.R.A.

reconoce que, respecto a las personas no residentes, la norma fija excepciones como la que manifiesta la actora, donde se le permite comprar con la conformidad previa del B.C.R.A. hasta el equivalente al importe que perciba por su jubilación (pto. 7 2º párrafo). Agrega que deben ser informadas al Banco Central y que toda esta normativa implica la adecuación y desarrollo de sistemas operativos del banco que resultan ser sumamente complejos y que, por la escasa envergadura de las operaciones de este tipo, el banco no está hasta el momento en condiciones de realizar, ya que los sistemas de información automática que exige el Banco Central con los que cuenta el Banco, no pueden diferenciar las operaciones realizadas entre residentes y no residentes. Alegando esta falta de adecuación de su sistema para la imposibilidad de la operatividad de operación de compraventa de moneda extranjera para su transferencia al extranjero (...) En este orden de ideas me permito destacar dos puntos que resultan fundamentales para la resolución del caso. Primero que la operación que la actora solicita al Banco San Juan, ya la había realizado con anterioridad al inicio de este proceso judicial. Segundo, que el propio Banco accionado reconoce que pese a las limitaciones está permitido comprar con la conformidad previa del B.C.R.A. moneda extranjera a las personas no residentes hasta el equivalente al importe que perciba por su jubilación (pto. 7, 2º párrafo). Pero también cabe aclarar que la circular indicada en el pto. 7 indica como monto máximo para dicha operación de hasta U\$S1000 (Un Mil Dólares mensuales), sin la necesidad de la conformidad previa del B.C.R.A. Es decir, para ser más claro aún, la conformidad previa de la entidad es requerida solamente cuando la operación sea superior a dicho importe de U\$S1000 (Un Mil Dólares mensuales). Pero más aún, el Banco Central de la República Argentina por Comunicación 'A' 6815 del 28/10/2019 Pto 2. modifica el pto. 7 de la Comunicación 'A' 6770 disponiendo que se exceptúan del límite: (...) d) las transferencias al exterior a nombre de personas humanas que sean beneficiarias de jubilaciones y pensiones abonadas por la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES) por hasta el monto abonado por dicho organismo

en el mes calendario y en la medida que la transferencia se efectúe a una cuenta bancaria de titularidad del beneficiario en su país de residencia registrada”. Excluyendo como bien lo expresa el Banco accionado las sumas equivalentes al importe que perciba de su jubilación, por lo tanto, la defensa intentada resulta estéril e infundada. Por otro lado y en relación a la imposibilidad de hacer operativa la compra de moneda extranjera porque los medios informáticos del Banco no lo permiten, más allá de la complejidad y de lo engorroso que ello resulte –según la propia expresión de la accionada– no resulta un argumento atendible, ya que si la entidad rectora del sistema financiero de la República Argentina, encargada de la política monetaria del país, autoriza la operación aún sin la conformidad previa el Banco no puede excusarse en la imposibilidad técnica de hacerlo para lo cual deberá adecuar sus sistemas a la normativa vigente a fin de poder dar cumplimiento con los requerimientos de los usuarios de sus servicios bancarios. Está claro que, en este contexto de conflicto entre las partes, no le compete al Poder Judicial valorar la bondad de un sistema fiscal o monetario respecto del erario público y decidir si uno es más conveniente que otro, sin embargo, sí le corresponde declarar si determinados actos repugnan o no a los principios y garantías contenidos en la Constitución Nacional. No obstante, lo cual y conforme lo expuesto, el B.C.R.A. como entidad rectora de la actividad financiera y de la política monetaria autoriza la operación requerida por la actora hasta el límite de su haber jubilatorio, no puede existir una negativa infundada del banco en que se deposita su jubilación para la conversión de tales montos a Euros y su posterior transferencia a la entidad bancaria del lugar de residencia actual de la beneficiaria. Por lo tanto, considero improcedente la defensa intentada y procedente la acción en este aspecto. En lo relativo a la aplicación del impuesto del 30% del denominado Impuesto País, establecido por la Ley N° 27541 o también llamado impuesto solidario, tampoco resulta procedente el planteo del Banco accionado, en la propia ley en su art. 35 que establece el impuesto sobre la compra de moneda extranjera –en lo atinente al caso– y en su art. 36 determina que

serán pasibles del impuesto los sujetos residentes en el país –personas humanas o jurídicas, sucesiones indivisas y demás responsables– que realicen alguna de las operaciones citadas en el artículo anterior. Si la operación se realiza mediante tarjetas de crédito, de compra y/o de débito, el impuesto alcanza a quienes sean sus titulares, usuarios, titulares adicionales y/o beneficiarios de extensiones. De igual manera la Resolución General de la AFIP N° 4659/2020, en su Art. 2°, determina que son sujetos pasibles de la percepción que se establece en el presente régimen, aquellos definidos en el art. 36 de la Ley N° 27.541 que revistan la condición de residentes en el país, en los términos del art. 116 y siguientes de la Ley de Impuesto a las Ganancias, texto ordenado en 2019. En idéntico sentido la comunicación 'A' 6862 13/01/2020 que en su apartado 3.12.4, ya vigente al momento del inicio de este proceso judicial, además de establecer la modalidad en que se va a llevar a cabo la operación de cambio o compra de moneda extranjera, excluye expresamente las transferencias al exterior a nombre de personas humanas que sean beneficiarias de jubilaciones y/o pensiones abonadas por la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES), por hasta el monto abonado por dicho organismo en el mes calendario y en la medida que la transferencia se efectúe a una cuenta bancaria de titularidad del beneficiario en su país de residencia registrado. En consecuencia, tampoco resulta atendible la defensa articulada en este aspecto y totalmente procedente la Acción de Amparo. ... Por último, a mayor abundamiento cabe considerar que el criterio rector a seguir en este caso, atento a la exclusión por la propia normativa invocada por el Banco accionado, es que no deben aplicarse al caso las restricciones dispuestas por la entidad rectora de la política monetaria B.C.R.A. en tanto se trata de la jubilación de la actora, hasta el límite de sus haberes mensuales, debiendo el Banco procurar los medios necesarios que permitan reconvertir el monto del beneficio jubilatorio en la moneda en que el país de residencia actual (España – Euros), mediante el otorgamiento inmediato de la correspondiente autorización para la adquisición de las sumas necesarias de la divisa extranjera a fin

de que perciba su haber en euros, toda vez que la amparista pretende se convierta su haber jubilatorio en la moneda de curso legal en el país de su residencia, sobre la cual además posee un derecho adquirido. Su postura cuenta con el respaldo legislativo antes referido. Digamos finalmente que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en feliz apertura, ha precisado que el agravio al derecho de propiedad, en el sentido constitucional del término, es también susceptible de protección por vía de amparo, cuando se dan los requisitos que tornan procedente a esta acción (‘Ventura, A. C/ Banco Nación Argentina’). A su vez, la CNFed., Sala II Cont. Adm., añade que todos los derechos humanos enunciados en la Constitución merecen protección, y el de propiedad es un ‘típico derecho humano’, cubierto por el amparo’ (op. cit. pág. 127/128). Dres.: Ruiz – Castellanos. Maldonado José Agustín c/ Municipalidad de Yerba Buena s/ amparo, Fecha: 12/05/2011, Sentencia N°: 411, Cámara en lo Contencioso Administrativo – Sala 1. En función de los fundamentos expuestos hasta ahora, considerando que la denegatoria del Banco San Juan S.A. a realizar la operación bancaria solicitada por la actora no encuentra fundamento jurídico alguno y en consecuencia resulta ilegítima y arbitraria, corresponde hacer lugar a la Acción de Amparo en su integridad, imponiendo al Banco San Juan S.A. que de manera inmediata proceda a realizar las operaciones necesarias para la conversión de los haberes de la actora Sra. OSMAN a la moneda de curso legal en su país de residencia y posterior transferencia al Banco indicado por la amparista, y siendo necesario orientar las acciones a la protección de los derechos referidos al iniciar las consideraciones en que se funda este decisorio, y a fin de evitar planteos posteriores dada el distinto valor de la moneda que varía de manera sustancial mes a mes, con relación a las sumas a considerar y la cotización a tener en cuenta para el pago respectivo, deberá formalizarse la misma convirtiendo los montos de los haberes jubilatorios mes a mes a partir de la fecha en que denegara el pedido de la actora a la cotización del día de la fecha de acreditación de sus haberes en la cuenta”.

V. Reflexiones finales

Muchos hechos, a través de la historia nos demuestran que en distintas crisis mundiales se han logrado importantes avances en las distintas esferas de la vida cotidiana, basta recordar la lamentables Primera y Segunda Guerra Mundiales, dejaron importantes avances en la salud, en las comunicaciones y en las industrias automotrices, navales y de aviación.

En este contexto, tenemos la fuerte esperanza y una firme convicción que pasada esta crisis tendremos importantes avances en las distintas esferas, en lo que nos toca particularmente a la actividad tribunalicia avizoramos que en un corto plazo se estará implementando en varias jurisdicciones o en casi todas, el tan anhelado expediente virtual.

Compartiremos una breve reflexión, titulada “El Globo y el secreto de la Felicidad” y dice así: Un maestro llevo globos inflados con gas helio a su clase y le regalo uno a cada alumno, les pidió que anotasen sus nombres en sus globos, los dejaran en el piso y abandonaran el aula. Una vez afuera, les dijo: “Tienen cinco minutos para que cada uno encuentre el globo que lleva su nombre”. Los pequeños ingresaron, todos los globos estaban pegados al techo, buscaron, pero se acabaron los cinco minutos y casi nadie había podido encontrar el suyo. Entonces el maestro les dijo: “Ahora tomen cualquier globo y entrégueselo al dueño del nombre que lleva anotado”. En apenas un par de minutos, todos los alumnos ya tenían el suyo en la mano. Finalmente, el maestro les dijo: “Chicos los globos son como la felicidad, nadie la va a encontrar buscando la suya solamente. En cambio, si cada uno se preocupa por la del otro, encuentra rápido la que le pertenece”. En estos tiempos difíciles que vivimos, tengamos más presente que nunca: “Que nadie busque solo su propio beneficio. Que nadie piense que de esto se sale solo. Si cada uno piensa en el prójimo, en que tenemos cerca y se ocupa del otro ¡lo lograremos!”

Por último, es menester recordar que “en tiempos de crisis los inteligentes buscan soluciones y los inútiles culpables”, estimados colegas nos avoquemos a buscar soluciones, Dios los Bendiga.

Algunos lineamientos doctrinarios acerca de la responsabilidad emergente del art. 40 de la Ley N° 24.240

ABG. CLAUDIO FABRICIO LEIVA

I. Nociones introductorias: la responsabilidad por productos defectuosos

Es importante destacar que la responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos, ha adquirido vida propia en el ámbito tradicional del Derecho de Daños. Son diversos los factores que han contribuido a dotar de individualidad al tema, fue determinante el cambio estructural que en el ámbito económico se ha provocado en la última mitad del Siglo XX, dicho fenómeno se manifiesta en los países desarrollados, en un alto nivel de tecnología e industrialización caracterizada por la aparición en el mercado de productos cada día más complejos. En el proceso de fabricación de los mismos es frecuente la intervención de distintos productores, encargándose cada uno de ellos de las distintas partes integrantes del producto final, o bien la intervención de un solo fabricante en el proceso productivo, utilizando éste elementos o partes que otro le suministra. La denominada “sociedad de consumo” trajo como consecuencia un aumento en el nivel de riesgo que corren los consumidores como consecuencia de los defectos que los productos puedan tener, junto a una disminución de la función que cumplen los comerciantes, por ello estos en la actualidad son un eslabón más en la amplia cadena de la comercialización, y también el productor que frecuentemente conocía al destinatario, más si se tiene en cuenta que muchos de los productos provienen de otros países¹.

Asimismo, se advierte que el tema de la responsabilidad por productos elaborados se inserta en el marco más amplio del llamado “Derecho del consumo” que nace, con sustantividad propia, a finales del siglo XX. La necesidad de regular en forma diferenciada las relaciones entre las empresas productoras de

¹ HERSALIS, Marcelo, “Responsabilidad por productos defectuosos”, DJ 24/08/2011, 24.

bienes y servicios y los usuarios y consumidores surge como consecuencia de una serie de cambios científicos y tecnológicos, operados a mediados de siglo, que posibilitaron la producción seriada y a gran escala. En efecto, al incrementarse el ritmo de la producción resulta, como efecto inevitable, un incremento proporcional de los defectos de fabricación, lo que implica mayores riesgos para los usuarios y consumidores.

Ante la verificación de la situación de vulnerabilidad de los usuarios y consumidores se plantea la necesidad de compensarla otorgando un trato más favorable a la parte más débil de la relación, mediante la implementación de normas tendientes a proteger al consumidor. La responsabilidad civil en su visión tradicional, basada en la idea de la culpa como único factor de atribución, no resulta suficiente para la efectiva tutela de los usuarios y consumidores frente a los daños ocasionados por productos elaborados defectuosos. Además, como consecuencia de los nuevos modos de producción, generalmente no existe una relación directa entre el fabricante y el destinatario final, en respuesta a la insuficiencia del esquema clásico para resolver estas situaciones no previstas, resultado del desarrollo industrial y tecnológico, el interés del jurista se fue desplazando de la conducta del dañador hacia la víctima; se han incorporado factores objetivos de atribución, a fin de procurar la reparación de todo daño injustamente sufrido².

El tema de la responsabilidad por productos o servicios defectuosos constituye uno de los problemas que despierta marcado interés tanto para el Derecho Común cuanto para el Derecho del Consumidor, en gran medida por la tensión que la cuestión plantea en orden al adecuado equilibrio entre la tutela de la persona y las exigencias de un mercado competitivo. Por ello no debe sorprender la dificultad de construir regímenes normativos eficientes sobre la materia: el Derecho argentino es una prueba de ello, por cuanto la introducción de soluciones legislativas concretas y adecuadas recién se materializaron cinco años después de la sanción de la Ley N° 24.240.

Ya en la década del ochenta la doctrina argentina planteó la necesidad de establecer una solución específica sobre la responsabilidad por productos defectuosos que consolidara las interpretaciones extensivas efectuadas a partir del art. 1113 del Cód. Civil. En esa dirección deben situarse los diversos proyectos de reformas al Código Civil, expresiones de la opinión prevaleciente en la ciencia

² MILJIKER, María Eva, "Responsabilidad por productos elaborados", RCyS2000, 1007.

jurídica nacional. Un buen ejemplo lo encontramos en el art. 2176, segundo párrafo del Proyecto de Reformas de 1987 cuyo texto disponía que

“Cuando se trate de productos de consumo se aplicará la imputación objetiva de responsabilidad del art. 1113. Responderán concurrentemente el vendedor, el productor o fabricante, el importador, el mayorista, y quien haya puesto su marca en el producto, sin perjuicio de las acciones de regreso”.

La Ley N° 24.240 propuso la responsabilidad por vicio o defecto de la cosa o de la prestación del servicio, consagrando como legitimados pasivos al productor, fabricante, importador, distribuidor, proveedor, vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. El veto de dicha norma no impidió que la jurisprudencia expandiera la responsabilidad en base a diversos fundamentos, entre los cuales destacamos por su importancia, el art. 1113 del Cód. Civil y el art. 42 de la Constitución Nacional. La reforma introducida a la ley de Defensa del Consumidor por la Ley N° 24.999, por tanto, vino a consolidar estos criterios, hoy afianzados a través de una amplia aplicación jurisprudencial³.

II. Algunas consideraciones sobre el art. 40 de la Ley N° 24.240

En el art. 40 de la Ley N° 24.240, modificado por la Ley N° 24.999, se lee:

“Responsabilidad. Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. El transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio”.

³ FRUSTAGLI, Sandra – HERNÁNDEZ, Carlos, “Régimen de responsabilidad por daños en el estatuto de defensa del consumidor”, RCyS2004, 178.

“La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena”.

Esta norma, que había sido vetada en el nacimiento de la Ley N° 24.240, cobró vida con la Ley N° 24.999, concluyendo con los debates doctrinarios y jurisprudenciales respecto a la inclusión de esos sindicatos como responsables en los tentáculos del art. 1113, párr. 2° del Código Civil. Con la Ley N° 24.240, los legitimados pasivos a los que se les atribuye un factor de atribución de responsabilidad objetivo están identificados, pudiendo favorecerse el consumidor con esta norma benefactora para su postura en el evento, constituyendo dicha responsabilidad, según la ley, una obligación solidaria entre los sindicatos⁴.

Este artículo ya borraba normativamente la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual, ya que no hace diferencia entre los sujetos de la cadena según estén o no unidos al consumidor o usuario por un vínculo comercial. En este aspecto la norma se superpone, aunque sin contradecirse, con las previsiones de los arts. 5° y 6° que consagran una responsabilidad objetiva (obligación de seguridad y obligaciones adicionales de información, respectivamente) para aquéllos que tengan con el consumidor un vínculo comercial⁵.

En términos generales, se puede advertir que el inconveniente que surge de esta unificación consiste en determinar cuál es la extensión del resarcimiento en estos casos: en la actualidad, el Código Civil y Comercial regula el tema de modo diferente en la órbita contractual (previsibilidad contractual, art. 1.728) que en la extracontractual (art. 1.726, causalidad adecuada), introduciendo una particularidad respecto del régimen previsto en el Código Civil derogado para la responsabilidad contractual y las consecuencias indemnizables. Resalto que el art. 1.728 sólo resulta aplicable a los contratos paritarios o discrecionales, sin que alcance en su regulación a las relaciones y contratos de consumo. En este aspecto, la Ley N° 24.240 no contiene normas específicas al respecto. La solución viene dada por el art. 3° de la Ley N° 24.240, en cuanto establece que sus disposiciones se integran con las normas generales y que, en caso de duda, se estará siempre a la interpretación más favorable para el consumidor⁶.

⁴ SAGARNA, Fernando Alfredo, “Responsabilidad del fabricante-vendedor por productos elaborados”, La Ley 2006-B, 301-Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales VI, 455.

⁵ MILJIKER, María Eva, “Responsabilidad por productos elaborados”, RCyS2000, 1007.

⁶ RAMOS MARTÍNEZ, María Florencia, “La relación de causalidad en el Código Civil

La noción de relación de consumo en función del actual plexo normativo tras la reforma de la Constitución Nacional del año 1994 que otorgó rango constitucional a los derechos del consumidor; es un principio general que determina un modo de interpretar los vínculos de intercambio económico dentro del mercado, de manera unificada abarcando tanto al ámbito contractual como al extracontractual. Asimismo, el legislador consolidó la protección en ambas esferas mediante la sanción de la Ley N° 24.999, que le reincorpora a la Ley de Defensa del Consumidor las vetadas normas más importantes, entre ellas el art. 40, superadora de la división contractual y extracontractual imperante en la normativa del Código Civil derogado y subsistente con atenuaciones y algunas diferencias en el Código Civil y Comercial de la Nación.

El art. 40 de la Ley N° 24.240 no sólo establece la responsabilidad por el vicio o riesgo de la cosa sino también por la prestación de servicios, haciendo objetiva y solidariamente responsables a toda la cadena de producción, distribución y comercialización como así también a aquel que hubiese colocado su marca en el bien o servicio denominado fabricante aparente. La solución otorgada por la legislación facilita al consumidor o usuario el acceso a la reparación evitando la fragmentación de la responsabilidad y su consecuencia directa que es el traslado de riesgos económicos hacia los más débiles en las relaciones de consumo, colocando en cabeza de las empresas el peso de la reparación, puesto que finalmente obtienen un beneficio de la introducción de su producto o servicio en el mercado.

La norma no realiza diferenciación alguna entre productos o servicios, a diferencia del art. 1.113 del Código Civil que refería exclusivamente al vicio o riesgo de la cosa, lo que implicaba una adecuación de la normativa a los modernos sistemas de manufacturación y producción de servicios y bienes, que revisten importancia en las sociedades actuales abarcando todo tipo de actividades

y Comercial”, RCyS2015–VI, 5; JALIL, Julián Emil, “La relación de causalidad en el Código Civil y Comercial”, La Ley 2015 – F, 454; AZAR, Aldo Marcelo, “Relación de causalidad”, en MÁRQUEZ, José Fernando – Director –, “Responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial”, Buenos Aires, Zavallia, 2.015, Tomo 1, pág. 121/122; COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., “La relación de causalidad en el Código Civil y Comercial”, en Revista de Derecho de Daños, 2.015 – 2, “Unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual”, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2.015, pág. 65 y sgtes.; GALDÓS, Jorge Mario, “Relación de causalidad y previsibilidad contractual”, RCyS 2015 – X, 19; GONZÁLEZ FREIRE, Juan Francisco, “La “previsibilidad contractual” y sus consecuencias en el Código Civil y Comercial de la Nación”, La Ley Online, AR/DOC/3828/2016.

riesgosas. En la actualidad, el art. 1.757 del Código Civil y Comercial de la Nación regula no sólo los daños provocados por el riesgo o vicios de las cosas, sino también por las actividades riesgosas⁷. El criterio de imputación seguido por el derecho de consumo es la actividad económica en sí misma como factor objetivo de atribución por su potencialidad riesgosa y el beneficio obtenido con dicha actividad. Sólo bastará con la prueba del daño y la relación causal existente entre el hecho generador y dicho daño, debiendo los legitimados pasivos para liberarse demostrar la existencia de una causa ajena⁸.

III. Daños derivados del riesgo o vicio de la cosa o la prestación del servicio

Siguiendo en este punto a Hernández y Frustagli, en relación con los alcances del art. 40 de la Ley N° 24.240 en la versión de la Ley N° 24.999 cabe destacar que existe una aparente variante en orden al ámbito de aplicación de los daños derivados de productos defectuosos, al afirmar que el daño al consumidor debe resultar del “vicio o riesgo de la cosa”, a diferencia del texto vetado que aludía al “vicio o defecto de la cosa”.

La norma se refiere al vicio o riesgo de la “cosa”, en una expresión más amplia que la de producto elaborado, aunque más restringida que la de “bien”. El vocablo utilizado permite comprender a los daños resultantes de cosas muebles o inmuebles, aún de aquellas que no han sufrido un proceso de elaboración tales como los productos agrícolas, de caza y de pesca. Sin embargo, nuestra disposición nacional es restrictiva desde la perspectiva de los bienes o derechos, cuyos defectos generadores de daños parecen no estar cubiertos por la protección que dispensa el art. 40. La cuestión no es menor toda vez que los bienes inmateriales presentan en la economía contemporánea un marcado protagonismo. La omisión guarda relación con el programa de protección del consumidor diseñado por la Ley N° 24.240, desde que su ámbito de aplicación no alude de modo ex-

⁷ MELLACE, Mariela E., “Responsabilidad por riesgo creado”, RCCyC 2017 (noviembre), 17/11/2017, 75; GALDÓS, Jorge M., “El art. 1757 del Código Civil y Comercial (el anterior art. 1113 Código Civil)”, RCyS 2015 – IV, 176; PIZARRO, Ramón D., “Responsabilidad civil por actividades riesgosas o peligrosas en el nuevo Código”, La Ley 2015 – D, 993.

⁸ LOVECE, Graciela, “Responsabilidad empresarial por productos elaborados y responsabilidad social del abogado”, La Ley 2013 – C, 501.

preso a la protección de los adquirentes de bienes inmateriales. Los únicos argumentos para justificar la inclusión de estos bienes provienen del principio constitucional de 'igualdad' y de 'protección del consumidor', en particular atento a que éste último reconoce indiferenciadamente la necesidad de tutelar los intereses económicos de aquellos.

El defecto generador del daño debe necesariamente enmarcarse en una relación de consumo. Esto significa que el producto o servicio hubiera sido ya adquirido por el consumidor o el daño se hubiera producido en el período de formación del contrato. Aunque la norma sólo aluda al "daño al consumidor", la solución alcanza a los usuarios, esto es, a los meros utilizadores del producto o servicio vinculados familiar o socialmente con el adquirente⁹.

Para Lorenzetti, la utilización del vocablo "riesgo de la cosa" en el sistema de la Ley N° 24.240 debe ser interpretada de la siguiente manera: a) las cosas son las definidas genéricamente en el Código Civil y Comercial (Art. 16) y por lo tanto, pueden ser elaboradas o no, incluyéndose, por ejemplo, bienes agrarios destinados al consumo; b) Se trata de cosas destinadas al consumo, con lo cual se excluye la normativa sobre residuos y toda otra cosa que no tenga la finalidad mencionada; c) El riesgo surge cuando hay un hecho de la cosa que pueda ser calificado como autónomo; d) El riesgo incluye la actividad riesgosa.

La definición de la normativa de la Comunidad Europea y del Código del Consumidor de Brasil, indica que el producto es defectuoso cuando no ofrece la seguridad que legítimamente se espera, tomando en cuenta la presentación, el uso o riesgos que razonablemente se esperan, la época en que fue colocado en circulación.

En nuestro Derecho, de acuerdo al art. 40 de la ley, si se imputa por riesgo, se trata de una imputación amplia que en general no ha sido tolerada en el Derecho Comparado. Se trató de hacer distinciones específicas para limitar la noción de riesgo¹⁰.

El art. 40 comprende los daños generados por "...la prestación del servicio". En este aspecto, la ley argentina avanza por sobre la legislación comparada, en especial la europea, en donde las Directivas se circunscriben a los daños generados por el producto defectuoso. Como surge del propio texto, la solución legal

⁹ FRUSTAGLI, Sandra – HERNÁNDEZ, Carlos, "Régimen de responsabilidad por daños en el estatuto de defensa del consumidor", RCyS 2004, 178.

¹⁰ LORENZETTI, Ricardo L., "Consumidores", Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2.009, pág. 520/522.

presenta una notable amplitud, captando a todos los perjuicios derivados de la ejecución del servicio. Es la actividad debida la que se pondera como generadora del daño, que puede resultar de una acción u omisión¹¹.

Lorenzetti advierte que el art. 40 sólo se refiere a los servicios, sin otra calificación; para interpretar el alcance de este vocablo, debe utilizarse la sistemática del derecho del consumo. La norma se refiere al daño derivado de la prestación del servicio, es decir, se trata de una obligación de hacer, al contrario de lo que sucede en el supuesto de vicio o riesgo de las cosas. Esta obligación de hacer de contenido inmaterial, no susceptible de entrega, constituye un servicio. Cuando está destinado al consumo, está calificado como supuesto regulado por la relación de consumo.

La redacción de la norma ha generado la discusión sobre si el servicio debe o no ser calificado de riesgoso. La redacción del art. 40 no requiere esta calificación. El art. 6 del mismo cuerpo legal se refiere a los servicios públicos domiciliarios cuya utilización pueda suponer un riesgo para la salud o la integridad física de los consumidores o usuarios. Es decir, la calidad de riesgo o vicio de la cosa no está aplicada a los servicios, sino en el supuesto específico de los servicios domiciliarios, pero en la realidad interpretativa el servicio causa daños cuando es riesgoso por lo menos ex post. El riesgo se relaciona con la posibilidad de causar daños y cuando el servicio contiene esa posibilidad es riesgoso. En la ley brasileña se señala que se imputa objetivamente por los daños causados por defectos relativos a la prestación de los servicios, como por informaciones insuficientes o inadecuadas sobre los riesgos; el servicio es defectuoso cuando no ofrece la seguridad que el consumidor podía esperar tomando en cuenta el modo de ofrecimiento, el resultado o los riesgos que razonablemente se esperan¹².

El Proyecto de Código de Derecho del Consumidor en su art. 109 se ocupa de precisar el concepto de producto y servicio:

“Concepto de producto y servicio. A los fines de la presente ley se considera producto toda cosa mueble, aunque se encuentre unida o incorporada a un bien inmueble. Quedan comprendidos el agua, el gas, la electricidad, y los bienes derivados del cuerpo humano”.

¹¹ FRUSTAGLI, Sandra – HERNÁNDEZ, Carlos, “Régimen de responsabilidad por daños en el estatuto de defensa del consumidor”, RCyS2004, 178.

¹² LORENZETTI, Ricardo L., “Consumidores”, op. cit., pág. 526.

“Se considera servicio a cualquier actividad suministrada por un proveedor, cualquiera sea su objeto”.

IV. Precisiones en torno a la noción de defecto

Para que funcione la responsabilidad objetiva de los sujetos de la cadena de comercialización, se requiere que el producto tenga algún vicio o defecto. No se responde por cualquier daño que cause un producto elaborado, sino por el ocasionado en razón de un vicio o defecto del mismo. Sin perjuicio de ello, en EE.UU. existe una tendencia según la cual el concepto de producto defectuoso se ha ampliado tanto que casi se ha llegado a prescindir de él, haciendo responsable al fabricante de todos los daños ocasionados por su producto. En nuestro país, si bien la doctrina y jurisprudencia mayoritarias entienden que el producto debe ser defectuoso, la tendencia también puede llegar a ampliarse al punto de no exigir el defecto o vicio, sino simplemente la relación causal entre el daño y la cosa. En este sentido, cabe destacar que la Ley N° 24.999, modificatoria de la 24.240, atribuye responsabilidad por el daño que resulte “del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio”.

Desde la doctrina se observa que, así planteada, la norma puede cobrar una amplitud seguramente insospechada para el propio legislador que la redactó, superando holgadamente el marco de lo que tradicionalmente se denomina “responsabilidad por productos elaborados”. En efecto, al hablar del riesgo se podría interpretar que, como no existen cosas riesgosas per se sino en relación con las circunstancias en que se produjo el daño, por el solo hecho de existir daño la cosa actuó en esa ocasión como peligrosa; llegándose al extremo de exigir la mera relación causal entre el daño y la cosa. Más amplia es aún la norma en el caso de los servicios, ya que vagamente se refiere al daño “que resulte de la prestación del servicio”. Sin embargo, lo cierto es que parece razonable, por las mismas razones de equidad e interés social que atribuyen la responsabilidad de modo objetivo, que los sujetos de la cadena de comercialización sólo respondan cuando existe un defecto o cuando, siendo el producto previsiblemente peligroso, se omitieron las advertencias adecuadas para garantizar la seguridad de los usuarios o consumidores (“defecto de información”).

De todos modos, el concepto de “defectuosidad” elaborado por la doctrina es bastante amplio. Se ha definido como toda deficiencia del producto que lo toma potencialmente dañoso, no obstante su uso o consumo adecuado, incluyendo el caso en que el daño se produzca por una información deficiente o incorrecta en cuanto a su uso.

En cuanto a los distintos tipos de vicios que el producto puede presentar la doctrina ha distinguido: a) De fabricación: aparecen aisladamente en ejemplares individuales de la serie, y resultan inevitables en un proceso de fabricación en masa (ej.: un frasco mal cerrado al vacío); b) De construcción: afectan la totalidad de la producción o al menos de una o varias series por un defecto en el proyecto o al realizar o distribuir el producto (ej.: no se diseña un dispositivo eficaz de seguridad en una máquina, o no se envasa un producto de modo que quede protegido durante su distribución); c) De información: se omiten las instrucciones y advertencias adecuadas en cuanto a su uso o sobre la peligrosidad del producto en determinadas circunstancias (ej.: fertilizantes altamente tóxicos en los que no se advierte sobre la forma de utilización del producto o sobre su toxicidad).

Se debe señalar que al hablar de responsabilidad por productos elaborados se hace referencia al daño que a causa del producto sufre el usuario o consumidor en sus otros bienes o en su persona. Se excluyen los perjuicios que pueda experimentar el usuario o consumidor por violación al principio de identidad o integridad en el pago (si se entrega un producto impropio para su destino, o que no funciona correctamente, o distinto, o menos cantidad que la que se debía); se trata, en cambio, de los perjuicios causados en sus otros bienes o en su persona como consecuencia de un defecto en el producto que adquirió. En definitiva, las cosas son la causa y no el objeto del daño¹³.

Por su parte, Hersalis sostiene que es indudable que uno de los conceptos angulares es no tanto el del producto, como el de “producto defectuoso”, consistente en aquel que no ofrezca la seguridad que cabría legítimamente esperar, con lo cual obsérvese que el daño causado por un producto se imputa a su fabricante por el solo hecho de haberlo introducido en el mercado, la responsabilidad de aquél habría de determinarse prescindiendo de valorar su conducta y ajustándose a examinar el producto que ha acabado actuando como fuente de daños.

¹³ MILJIKER, María Eva, “Responsabilidad por productos elaborados”, RCyS2000, 1007.

El núcleo de la noción de “defecto” se sitúa en la falta de seguridad, por la que el fabricante ha de responder. Ello lleva a considerar al producto como potencial fuente de daños, de manera que quedan sustraídos a la responsabilidad objetiva del fabricante y a su deber de reparación los efectos atinentes a la calidad o a la utilidad que se espera de él, es de destacar que en las relaciones modernas de producción y comercialización de bienes de consumo, el responsable del defecto de seguridad –y quien está asimismo en condiciones de evitarlo– es antes el fabricante que el vendedor o transmitente último del producto, lo mismo es aplicable a los defectos de calidad o “conformidad” de la cosa vendida con el contrato.

Al fabricante le cabe directamente la responsabilidad por los defectos de seguridad de los productos que introduce en el mercado, mientras que los defectos de calidad o por la falta de utilidad del producto siguen encauzados a través de las reglas contractuales de saneamiento por vicios ocultos, o bien en el caso de las ventas de consumo, a través de las relativas a la garantía por falta de conformidad, cuyo legitimado pasivo en ambos casos es el vendedor¹⁴.

Farina, por su parte, precisa diversos supuestos de responsabilidad: a) Daños provocados por deficiencias en proyectos, planos o en las fórmulas químicas del producto: La cosa puede presentar un vicio o defecto a raíz de haber sido incorrectamente proyectada o diseñada (por ej., error de cálculo en los planos), como también puede haber equívocos en la composición de las fórmulas químicas sobre cuya base se elabora el producto. En estos casos, hay responsabilidad de quien fue autor del plano, el diseño o la fórmula química, además de la del fabricante o elaborador y demás intervinientes en la cadena de comercialización; b) Vicios de fabricación o de manipulación del producto: El vicio o defecto se genera en la etapa de fabricación, o bien en oportunidad de manipular el producto para su fraccionamiento o envase, así como en caso de agregado de ingredientes, accesorios o mejoramiento del producto mismo; c) Vicios derivados de una defectuosa conservación del producto hasta su entrega al adquirente: La falta de recaudos apropiados o un sitio no apto para depósito, acumulación o acopio de productos, puede ocasionar en estos alteraciones o desperfectos de diversa índole; por ejemplo, variaciones de temperatura que incidan en la composición química de sustancias medicinales o alimenticias, o descuido en el tras-

¹⁴ HERSALIS, Marcelo, “Responsabilidad por productos defectuosos”, DJ 24/08/2011, 24.

lado o embalaje de artefactos de precisión o de objetos de cierta fragilidad que provoquen averías en sus mecanismos, etc.; d) Deficiente información al consumidor: El daño puede resultar de una errónea indicación sobre el modo de utilizar o consumir el producto, así como de una información incorrecta sobre su composición sus características especiales, contraindicaciones, fecha hasta la cual puede consumirse, modo de conservarlo, toxicidad, peligrosidad, etc. Igualmente, si se omiten las instrucciones que sean necesarias para el empleo del producto, también se compromete la responsabilidad; en este caso, por omisión (Arts. 5 y 6 de la Ley N° 24.240); e) Daños derivados de una publicidad imprudente: La afirmación de alguna cualidad determinada atribuida al producto mediante un uso irreflexivo de la publicidad genera para el promotor de esta una responsabilidad por el daño ocasionado por productos elaborados, aun cuando no haya fabricado, elaborado ni hecho la venta directa al adquirente que sufrió el daño (Arts. 4 a 6 de la Ley N° 24.240)¹⁵.

El Proyecto de Código de Derecho del Consumidor define la noción de producto defectuoso y de servicio defectuoso. Así, el art. 110 dispone:

“Producto defectuoso. Un producto puede presentar defectos de diseño, fabricación, información o conservación.

Un producto es defectuoso:

1. Si no ofrece la seguridad que cabría legítimamente esperar, teniendo en cuenta todas las circunstancias, y especialmente su presentación, la información que se proporcionó a su respecto, su uso razonablemente previsible y el momento de su puesta en circulación;
2. Si no ofrece la seguridad que normalmente presentan los demás ejemplares de la misma serie. El producto no puede ser considerado defectuoso por el solo hecho de que posteriormente a su puesta en circulación haya sido colocado en el mercado otro de mejor calidad”.

Por su parte, el art. 111 expresa:

¹⁵ FARINA, Juan M., “Defensa del consumidor y del usuario”, Buenos Aires, Astrea, 2.008, pág. 457/458.

“Servicio defectuoso. Un servicio es defectuoso cuando no ofrece la seguridad que cabría legítimamente esperar, teniendo en cuenta todas las circunstancias, y en especial, el modo de proveerlo, los riesgos previsibles de su realización, el tiempo en que fue suministrado, y la información proporcionada acerca de sus características y los riesgos que representaba”.

“El servicio no puede ser considerado defectuoso por el solo hecho de que posteriormente se hayan adoptado nuevas técnicas más innovadoras para prestar esa clase de servicios”.

V. La delimitación del ámbito de aplicación del art. 40 dentro de la sistemática de la Ley N° 24.240

Jalil precisa que en orden a los daños que cause el producto al consumidor en virtud del defecto (infracción al deber de seguridad), la Ley N° 24.240 consagra expresamente esta obligación de indemnidad en los arts. 5° y 6°, con características semejantes al instituto que opera en el ámbito del Código Civil. La primera de las normas establece que los productos deben ser suministrados de modo tal que no presenten peligro para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso. La segunda exige, en su primer párrafo, que los productos que presentan características de riesgosisdad se comercialicen observando los mecanismos, instrucciones y normas establecidas o razonables para garantizar la seguridad de consumidores o usuarios. Ambos preceptos se conjugan para abastecer el interés de protección del consumidor, pero sin limitarse exclusivamente a los aspectos resarcitorios, dado que ponen su acento en la prevención de daños, al exigir al proveedor el cumplimiento de determinados recaudos que aseguren concretamente esa indemnidad. Mientras el art. 6° es específico (se refiere puntualmente a aquellos productos que por naturaleza o modalidad de empleo o consumo importen peligro o contingencia de daño, imponiendo mayores exigencias a su comercialización), el art. 5° es genérico (no distingue entre productos riesgosos o inocuos), lo que significa que la obligación de seguridad que contempla la ley resulta aplicable a todas las relaciones de consumo, cualquiera sea la naturaleza del bien.

Este deber es autónomo respecto de la obligación típica, siendo su finalidad preservar la indemnidad de la persona y bienes del consumidor.

Esta garantía legal encuentra fundamento en el factor de atribución riesgo creado introducido por el art. 40 de la misma ley y de las posibilidades exonerativas limitadas que la norma brinda a los integrantes de la cadena de producción y comercialización, concretándolas únicamente en la demostración de una causa ajena¹⁶.

Chamatropulos afirma que, en Argentina, al no existir especificaciones normativas que existen en otros países, cabe razonar que los daños sufridos en el propio producto defectuoso se encuentran cubiertos por el art. 40, poniendo como ejemplo que, si una persona sufre daños corporales a causa de las fallas de frenos del vehículo adquirido, podrá reclamar con base en dicho precepto no sólo por esos perjuicios sino también por el deterioro que hasta sufrido el vehículo si hubiera chocado. La hipótesis de la norma permite reclamar cualquier rubro indemnizatorio, sea patrimonial o no patrimonial¹⁷.

Ahora bien, sentadas estas precisiones, y siguiendo en este punto a Hernández y Frustagli, tanto en el caso de daños causados por productos como en el de daños generados por la prestación de servicios el art. 40 necesita ser interpretado en adecuada interrelación con las disposiciones relativas al deber de seguridad (art. 5), al incumplimiento de las relaciones de consumo (art. 10 bis) y a las garantías legales debidas frente a prestaciones defectuosas (arts. 11, 17, 18 y 23 de la Ley N° 24.240). El tema presenta interés en aquellos casos en los cuales el consumidor pretende el resarcimiento de los daños y perjuicios, puesto que si sólo persigue el cumplimiento en especie, o la sustitución de la prestación originaria, o la reparación del defecto que se evidencia en la cosa o la resolución del contrato, esas pretensiones quedan fuera del ámbito de aplicación del art. 40.

El art. 10 bis de la Ley N° 24.240 en su último párrafo contempla que las acciones conferidas al consumidor en dicha norma se otorgan “...sin perjuicio de las acciones de daños y perjuicios que correspondan”. Algo semejante ocurre con el art. 17 cuando dispone que cualquiera sea la acción intentada por el consumidor frente al defecto de la cosa adquirida la opción no impedirá “...la recla-

¹⁶ JALIL, Julián Emil, “Los productos elaborados y la responsabilidad por daños en el estatuto del consumo. Incidencias del nuevo Código Civil y Comercial en el campo resarcitorio”, La Ley on line, cita Online: AP/DOC/574/2015.

¹⁷ CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro, “Estatuto del Consumidor Comentado”, Buenos Aires, La Ley, 2.016, Tomo II, pág. 88/90.

mación de los eventuales daños y perjuicios que pudieren corresponder”. Lo mismo puede predicarse del art. 18, cuyo inc. a) sostiene que “a instancia del consumidor se aplicará de pleno derecho el art. 2176 del Cód. Civil”.

Ante las diversas posibilidades que otorga este cuadro normativo al consumidor, queda evidenciado el interrogante acerca de las diferencias que pueden trazarse entre esas pretensiones resarcitorias y las emergentes del art. 40.

La proximidad entre esas acciones se acrecienta si se admite que todas ellas se encuentran referidas al daño extrínseco y habilitadas sin necesidad de acreditar la culpa o dolo del proveedor habida cuenta del carácter objetivo de la responsabilidad en el ámbito del Derecho del Consumidor. Tampoco es posible marcar una diferencia en orden la extensión del resarcimiento, ya que el principio de “reparación integral” se encuentra afianzado en el estatuto de defensa del consumidor, como lo demuestran las soluciones de los arts. 5, 17, 18 y 40 de la Ley N° 24.240 (hoy contemplado en el art. 1.740 del Código Civil y Comercial)¹⁸. Si alguna duda pudiera caber al respecto en el ámbito extracontractual ese principio tiene plena vigencia, del mismo modo que en la responsabilidad contractual objetiva.

Sin embargo, pueden formularse algunas distinciones: a) La ausencia a nivel normativo de un régimen resarcitorio autónomo para las relaciones de consumo exige emplazar la acción intentada en el ámbito contractual o extracontractual según la fuente del daño; sin perjuicio de ello es claro que el art. 10 bis refiere exclusivamente a acciones de naturaleza contractual, mientras que en el art. 40 esa distinción se diluye habida cuenta de la responsabilidad que emerge de la conexidad negocial reconocida por el legislador. Este mismo fenómeno se evidencia en el régimen de garantías; b) La legitimación pasiva varía según la pretensión que se intenta; mientras en el régimen del art. 40 hay una responsabilidad solidaria (léase, concurrente) de todos los integrantes de la cadena de producción y comercialización, en el ámbito del art. 10 bis sólo respondería el proveedor que contrató con el consumidor, sin perjuicio de los sujetos que resulten responsables por algún supuesto puntual de conexidad contractual que resulta aplicable¹⁹.

¹⁸ Art. 1740. – Reparación plena. La reparación del daño debe ser plena. Consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie. La víctima puede optar por el reintegro específico, excepto que sea parcial o totalmente imposible, excesivamente oneroso o abusivo, en cuyo caso se debe fijar en dinero. En el caso de daños derivados de la lesión del honor, la intimidad o la identidad personal, el juez puede, a pedido de parte, ordenar la publicación de la sentencia, o de sus partes pertinentes, a costa del responsable.

¹⁹ FRUSTAGLI, Sandra A. – HERNÁNDEZ, Carlos A., “Régimen de responsabilidad

El Proyecto de Código de Derecho del Consumidor en el Título IV, Capítulo 2, se ocupa de la regulación de los daños causados por productos o servicios defectuosos:

“Art. 108. Ámbito de aplicación. Esta sección rige la responsabilidad por los daños causados por un producto o servicio defectuoso como consecuencia de la lesión de las personas, o de daños a bienes distintos del producto o servicio en sí mismo”.

VI. La legitimación pasiva emergente del art. 40

La norma en examen determina la amplia responsabilidad de los proveedores, derivada de los daños y perjuicios de toda naturaleza que puedan ocasionar a consumidores y usuarios no limitados a los daños directos que trata el art. 40 bis. El art. 40 menciona al productor, fabricante, importador, distribuidor, proveedor, vendedor y a quien haya puesto o permitido que se ponga su marca en la cosa o servicio; menciona a todos cuantos pueden intervenir en la cadena de comercialización, incluido el transportista. Esta enumeración no agota la posibilidad de responsables atento a lo dispuesto por los arts. 2 y 3.

En el derecho comparado, se entiende por responsabilidad del productor, fabricante o elaborador no sólo la de quien produce o fábrica, sino la de toda persona física o jurídica, pública o privada, nacional o extranjera, que desarrolla actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, clasificación, elaboración, envase, acondicionamiento, etc., de bienes o que presta cualquier servicio. La cuestión se origina en el hecho de que a partir del momento en que el bien sale de la empresa productora o elaboradora, va pasando por distintos sujetos intervinientes en esta cadena de comercialización hasta llegar al consumidor o usuario.

El consumidor contrata sólo con el último eslabón de esta cadena de comercialización; él no lo hace con los intermediarios anteriores, lo que origina graves problemas pues el consumidor tiene contra el comerciante a quien le adquirió el bien o servicio, una acción por responsabilidad contractual, pero se duda de cuál sea la responsabilidad del fabricante o elaborador frente al consumidor con quien no ha contratado.

por daños en el estatuto de defensa del consumidor”, RCyS 2004, 178.

Asimismo, la doctrina y la jurisprudencia actuales a fin de posibilitar la tutela del consumidor y del usuario, se inclinan, en su mayoría, por sostener que en esta materia se debe prescindir de lo que en otros tiempos fue un elemento clave para la atribución de responsabilidad civil –la culpa– para sustituirla actualmente por un concepto objetivo que sólo atiende a la responsabilidad de quien, de una u otra manera, introduce los productos o servicios en el mercado y que tiene el deber de responder por los daños que de ellos puedan resultar.

La distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual tiene relevancia relativa para resolver las cuestiones derivadas de la relación de consumo. Basta acudir a esta noción, pues el art. 42 de la Constitución Nacional se refiere a los derechos de los consumidores y usuarios en dicho marco, lo cual implica un concepto más amplio que la de contrato de consumo, dado que comprende todas las etapas, circunstancias y actividades destinadas a colocar en el mercado bienes y servicios para ser adquiridos por los consumidores y usuarios. En la relación de consumo hay, desde el inicio, un acto voluntario (cuando el bien se produce, fabrica o elabora), cuyo objetivo negocial (indiscutida intención de todos los que desempeñan esta actividad) es llegar a los consumidores en forma directa o indirecta, incluyendo en esta actividad la promoción del producto. Todos quienes intervienen en esta relación son responsables, como dispone el art. 42 ante los consumidores y usuarios por la protección de la salud, seguridad e intereses económicos de éstos, y están obligados a una información adecuada y veraz. A su vez, el art. 43 otorga la acción de amparo al consumidor y usuario contra toda persona que lesione sus derechos, sin disponer que la acción sólo pueda intentarse contra el cocontratante, sino que la admite ampliamente contra autoridades públicas o personas privadas que conculquen o afecten sus derechos.

Frente a este claro mandato constitucional, no se puede seguir colocando al consumidor en la incertidumbre de si debe acudir a las disposiciones de la responsabilidad contractual o extracontractual. El consumidor tiene a su favor la acción de responsabilidad negocial contra todos aquellos que intervienen en la relación de consumo, pues las responsabilidades que establece la Ley N° 24.240 surgen como consecuencia de una relación de consumo, la que nace de un contrato o una oferta de contrato de carácter vinculante²⁰.

El artículo menciona al productor y al fabricante, expresión que aparece restrictiva puesta en comparación con la enunciación que hace el art. 2 de la Ley

²⁰ FARINA, Juan M., “Defensa del consumidor y del usuario”, op. cit., pág. 456 y sgtes.

Nº 24.240. Si bien vale asimilar el término productor al de fabricante, parece más correcto emplearlo para designar a quien elabora cosas primarias, esto es, materias primas provenientes de la naturaleza, reservando el término fabricante para el elaborador de un bien, sea por someterlo a un proceso de transformación, sea de montaje, armado o creación. El fabricante puede referir a un elaborador parcial, es decir, de un componente del producto final²¹.

Precisa Lorenzetti que es dable diferenciar al fabricante material del producto, al fabricante parcial de una parte del producto terminado, al fabricante aparente que pone su marca o signo sobre el producto y los sujetos asimilados al fabricante, el importador, suministrador en caso de fabricante anónimo.²²

A la responsabilidad del fabricante o elaborador sigue la del importador o la del exportador, según el caso, la del distribuidor, la del vendedor y la de todo aquel que intervenga en la comercialización de productos o prestación de servicios, sean éstos defectuosos o no, siempre que causen daños injustificados a las personas o sus bienes. Esta responsabilidad se basa en la seguridad prometida al consumidor –o razonablemente esperada por éste– respecto de la inocuidad del producto o servicio, a su calidad y características propias.

El art. 40 responsabiliza también a quien ha puesto su marca en la cosa o servicio, supuesto que puede presentarse, por ejemplo, en el contrato de maquila cuando el proveedor de la materia prima coloca su marca al producto que le entregue al procesador o industrial. En cuanto a la responsabilidad de quien permite poner su etiqueta o marca en el producto, resulta de la confianza que dicha individualización despierta en el público, lo cual es un modo de aceptar implícitamente la responsabilidad derivada de ello. En este caso, el sujeto podrá repetir lo pagado en concepto de indemnización contra quien por dolo o negligencia sea el causante del vicio o bien no haya procurado evitar la falsificación o incorrecta manipulación del producto, circunstancias que deberá probar contra quien ejerza esta acción. Esto suele ocurrir en el contrato de franquicia comercial y en las licencias de marcas. Frente a terceros cobra especial relevancia la consideración de la responsabilidad que puede asumir el franquiciante en los supuestos en que media la provisión de un producto que no se ajuste a las condiciones de calidad y cantidad establecidas, o de un servicio que no cumplimente adecuadamente su finalidad.

²¹ FRUSTRAGLI, Sandra A., “Conexiones entre la noción de proveedor y los legitimados pasivos en la Ley de Defensa del Consumidor”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, “Consumidores”, 2.009 – I, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, pág. 253.

²² LORENZETTI, Ricardo L., “Consumidores”, op. cit., pág. 537.

Queda comprendido en el artículo todo supuesto en que el público acuda confiado por el prestigio de la marca y del nombre comercial, sin preocuparse en saber si el franquiciado es un empresario autónomo o no. Por ello cabe la extensión de la responsabilidad del franquiciado al franquiciante, en razón de que aquel desenvuelve su actividad bajo marca y emblema o insignias del franquiciante, con ajuste a métodos operativos y sistemas tecnológicos impuestos por éste. En los países que han adoptado regulaciones protectoras de los derechos del consumidor, estas regulaciones extienden la responsabilidad al franquiciante, poniendo el acento en aspectos tales como el derecho que le asiste al consumidor a ser defendido, en atención a que los productos y servicios que utiliza se expenden o se prestan en locales con emblemas o insignias del franquiciante, en cuyo prestigio, más que en el del franquiciado, confía el consumidor o usuario²³.

El mecanismo hacia el cual se orienta la responsabilidad es el de una obligación base y otra derivada. En la obligación base que pretende la reparación, se amplía la legitimación pasiva para garantizar la solvencia. En la obligación derivada, entre los legitimados pasivos, se basa en acciones de repetición cuyo interés es averiguar la autoría. Desde este punto de vista, es lícito imputar pasivamente a productores aparentes. En general, la legitimación extraordinaria alcanza a todos los que tienen alguna posibilidad de identificar al dañador real²⁴.

Respecto del vendedor no fabricante ni elaborador del producto que vende directamente al consumidor final, responde igualmente frente a éste último. Existe una obligación de garantía o seguridad que le impone al vendedor la carga de preservar al consumidor final, como resultante de su obligación de seguridad, que le exige garantizar al consumidor que el elemento no le ocasionará daños, pero el vendedor responde aunque sea un mero transmisor vehicular del producto y aunque demuestre que el vicio surge en el proceso elaborativo.

Por su parte, el importador, distribuidor o mayorista, minorista, etc., puede ser demandado por el consumidor final que ha sufrido un perjuicio ocasionado por un vicio de fabricación del producto. Surge del art. 40 que la responsabilidad derivada de la comercialización de productos elaborados es objetiva y, por tanto, recae también sobre quien constituya un eslabón ulterior en la cadena de comercialización. Se parte de la base de que el intermediario garantiza por vicios

²³ FARINA, Juan M., "Defensa del consumidor y del usuario", op. cit., pág. 456 y sgtes.

²⁴ LORENZETTI, Ricardo L., "Consumidores", op. cit., pág. 537.

redhibitorios, sin que pueda alegar desconocimiento del vicio o imposibilidad de conocerlo. Esto último incide aún en el caso del producto que está etiquetado o rotulado.

Además, el transportista responde por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio. Se trata de una disposición que estaba de más en este artículo, pues no agrega nada a la normativa vigente en materia de contratos de transporte, sea por tierra, agua o aire. La norma menciona la responsabilidad en caso de transporte de cosas, lo cual no excluye de ningún modo el transporte de personas. En cuanto al transporte de personas en medios de servicios públicos es de aplicación lo dispuesto por los arts. 25 a 31 de la Ley N° 24.240²⁵.

El Proyecto de Código de Derecho del Consumidor establece:

“Art. 114. Legitimación pasiva. Responsabilidad colectiva. Son responsables concurrentes por el daño sufrido por la víctima todos los integrantes de la cadena de producción y comercialización del producto o servicio. Quedan incluidos, entre otros, el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor, el prestador, y quien puso su marca en el producto o servicio. Si se prueba que el daño proviene del defecto de un determinado tipo de producto, pero resulta imposible identificar al proveedor que efectivamente lo fabricó o comercializó en el caso concreto, responden concurrentemente todos los proveedores que comercializan o fabrican el producto en cuestión, en proporción a la participación que cada uno de ellos tiene en el mercado. Quien pagó la indemnización puede ejercer una acción de repetición contra quien ha dado origen al vicio”.

VII. El carácter concurrente de la responsabilidad de los integrantes de la cadena de producción y comercialización

La Ley N° 24.240, en su art. 40, imputa al productor, al importador, al distribuidor, al vendedor y a quien haya puesto su marca en la cosa o servicio, así como

²⁵ FARINA, Juan M., “Defensa del consumidor y del usuario”, op. cit., pág. 456 y sgtes.

al transportista la responsabilidad por los daños que sufra el consumidor como consecuencia del riesgo de la cosa o de la prestación del servicio. El consumidor puede demandar a cualquiera de ellos o a todos ellos, ya que, según el propio dispositivo legal, la responsabilidad es solidaridad, de origen legal.

La mayoría de los autores entiende que se trata de obligaciones concurrentes y no solidarias, aunque el texto de la ley es claro en cuanto establece una solidaridad legal. En la jurisprudencia, se ha afirmado que

“se trata de una responsabilidad concurrente, pese a la mención del carácter solidario de la responsabilidad que el art. 40 de la Ley Nº 24.240 establece, en tanto admite las acciones de repetición, ajenas al principio de contribución propio de las obligaciones solidarias”²⁶.

La cuestión no es secundaria, pues, como advierte Lorenzetti, el problema que puede plantearse es el siguiente: el consumidor puede reclamar contra todos los codeudores por el total, el codeudor que paga tiene acción de repetición contra los demás; si es solidaria, cada uno participa en partes iguales, en cambio, si no lo es, se responde en proporción a la participación causal; por ejemplo, el intermediario puede pagar y repetir contra el fabricante la totalidad de lo pagado si demuestra que éste fue el causante; por lo demás, el régimen de los efectos secundarios es distinto en uno y otro caso.

En materia de obligaciones con pluralidad de sujetos, la regla histórica ha sido la mancomunación: cada uno responde por la parte en que se obliga; sin embargo, el Derecho de Daños, preocupado por la víctima, y con el objeto de favorecer el cobro de las indemnizaciones, ha sumado sujetos pasivos a la deuda indemnizatoria; estos obligados no lo son voluntariamente, sino porque el Derecho así lo dispone. Esta regla puede basarse en cuatro tipos de supuestos diferentes: 1. Uno o más sujetos han intervenido individualmente: se ha reconocido una evolución doctrinaria, jurisprudencial y legislativa que fue consagrando la solidaridad en materia de delitos y cuasidelitos; ello tiene lugar en aquellos supuestos en que varios en que varios autores, coautores o partícipes cometen un homicidio, o cuando varios sujetos culpablemente producen un resultado dañoso; 2. Uno o varios sujetos han intervenido por diversas causas obligacionales, dando lugar a obligaciones con-

²⁶ Cámara Nacional Civil, Sala I, “Miras, Ferná G. Grupo 3 Servicios S.A. y ot.”, JA, Suplemento del 24/12/2.003, pág. 53.

currentes: tal el caso del conductor de un vehículo, del propietario, del asegurador, todos son obligados a responder pero por causas distintas: el hecho propio, la propiedad, el seguro; 3. Varios sujetos intervienen grupalmente, lo que da lugar a la imputación colectiva; 4. En otros supuestos, los sujetos no han intervenido, pero igual se los imputa; en éstos hay una legitimación pasiva extraordinaria; a diferencia de los casos anteriores, no es necesario probar una contribución causal, ya que el origen de la imputación es legal y se basa en una presunción de autoría irrefutable; el propietario del vehículo no puede eximirse demostrando que no causó el daño; el intermediario no puede liberarse probando que no intervino.

Estas distinciones, apunta Lorenzetti, tienen soporte en el régimen de causalidad, en el que, a su vez, se distingue: 1. Actuación plural: Aquí varias personas cooperan en la producción del mismo resultado dañoso; existe causación común, aunque individualizada. Por ejemplo, cuando hay dos o más coautores de un hecho ilícito o autores y partícipes, se está en presencia de una pluralidad de sujetos que aportan una acción cuya contribución al resultado final es identificable. Se trata de un supuesto de responsabilidad individual, aunque sean solidariamente responsables. Las acciones son individuales y no hay responsabilidad colectiva, sino una obligación con pluralidad subjetiva pasiva, solidaria o mancomunada, según los casos. 2. Intervención disyunta o alternativa: Sucede cuando el hecho parece atribuible a una u otra persona pero no se puede probar cuál de ellas ha sido. Es el caso del sujeto no individualizado dentro de un grupo determinado. La autoría aquí es anónima, pero la imputación es grupal: el individuo se exime si prueba quién es el autor del daño, es decir, eliminando el anonimato. 3. Intervención grupal: El hecho es atribuible al grupo como tal, no siendo posible que lo cause un individuo; el resultado dañoso es la suma de actuaciones que son necesariamente colectivas. La autoría es grupal y la imputación también; el individuo sólo se exime probando que no integró el grupo, pero no demostrando quién fue el autor.

En el caso de los diversos sujetos que actúan en la cadena de producción, cada uno contribuye de modo diverso: uno elabora, otro distribuye, otro vende al consumidor. Éste es el supuesto más generalizado y por ello se consagra una obligación que es concurrente; todos pueden ser demandados, pero, luego, entre ellos, responden según la causa. Hay una legitimación extraordinaria, porque algunos pueden pagar sin haber tenido intervención causal y sólo porque la ley los designa. El legislador considera más apropiado aligerar la carga de la víctima y que sea luego el codemandado quien averigüe quién fue el que efectivamente

causó el daño, mediante la acción de repetición. Por ello, la ley establece que hay acción de repetición y las eximentes se basan en la causa²⁷.

El régimen de las obligaciones solidarias difiere del que corresponde a las obligaciones concurrentes; las obligaciones concurrentes o in sólídum muestran varios vínculos, varios deudores y diferentes causas fuente y un mismo objeto: la indemnización del daño. El acreedor puede cobrar accionando contra cualquiera de los codeudores y una vez satisfecho, no puede hacerlo contra los demás. En las obligaciones concurrentes, no se propagan los efectos secundarios porque hay una diferente causa; los fenómenos de mora, culpa, prescripción y su interrupción, cosa juzgada, afectan a cada obligado sin propagar sus efectos. Los medios extintivos diferentes del pago que se dan respecto de una deuda no propagan sus efectos a las demás; pero el pago puede dejar sin causa las otras deudas, por ejemplo, si el deudor paga la indemnización al tercero damnificado, éste no puede reclamar a la compañía de seguros porque el daño (causa) no se encuentra subsistente.

En la relación interna no se aplica el principio de contribución por partes iguales entre codeudores; se puede repetir, pero en función de la causa de la obligación que se tiene con el codeudor. En la solidaridad el deudor que paga en exceso tiene las acciones derivadas del pago con subrogación y las del mandato, gestión de negocios y enriquecimiento sin causa, según se haya pagado con consentimiento, en ignorancia o contra la voluntad de los otros codeudores. Puede ejercer esta acción de reembolso juntamente con la de reintegro derivada del principio de contribución. En cambio, en la obligación in solidum carece de la acción subrogatoria porque no es un tercero con relación a los otros codeudores²⁸.

VIII. El carácter objetivo de la responsabilidad

Una integración sistemática del plexo consumeril sienta una regla aplicable a todos los sujetos intervinientes en la cadena de comercialización, y si bien no

²⁷ LORENZETTI, Ricardo Luis, "Consumidores", Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2.009, pág. 527 y sgtes.

²⁸ LORENZETTI, Ricardo Luis, "Consumidores", op. cit., pág. 530 y sgtes.; PICASSO, Sebastián – VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., (Directores), "Ley de Defensa del consumidor comentada y anotada", Santa FE, Rubinzal Culzoni, 2.009, Tomo I, pág. 512; FARINA, Juan, "Defensa del consumidor", Buenos Aires, Astrea, 2.008, pág. 452 y sgtes.

desconoce la diferencia estructural del contrato y del acto ilícito como fuente de obligaciones, unifica en el ámbito regido por la norma el sistema de responsabilidad aplicable, ya sea por la prestación del servicio o por el vicio o riesgo de la cosa. No hay dudas acerca de que, en materia de daños al consumidor, la ley no distingue si la responsabilidad es contractual o extracontractual, a lo que se suma el carácter *in solidum* de la responsabilidad de todos los integrantes de la cadena de comercialización.

Desde esta perspectiva, se aclara expresamente que, tanto para el caso de responsabilidad por productos como para la resultante de la prestación del servicio, el deber de reparar tiene naturaleza objetiva, toda vez que el art. 40 expresamente manda que sólo se liberará total o parcialmente de responsabilidad quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena.

La prueba de la propia diligencia resulta insuficiente para eximirse, debiendo llegar el sindicado como responsable a acreditar la fractura del nexo causal. Así como el art. 10 bis como los arts. 13 y 40 estipulan la responsabilidad solidaria de todos los integrantes de la cadena de comercialización, pues la ley quiere responsabilizar a todas aquellas personas físicas o jurídicas, que han participado en la concepción, creación y comercialización del servicio o de la cosa predicando la unidad del fenómeno resarcitorio, todo lo cual resta sustento a la distinción entre la órbita contractual y extracontractual²⁹.

Se remarca que el art. 40 de la Ley N° 24.240 impone una responsabilidad solidaria y objetiva entre todos los miembros de la cadena de comercialización y producción. Impone de por sí una inversión de la carga de la prueba, siempre en perjuicio de la misma cadena y los hace responsables, a todos sus partícipes, sin necesidad de tener por existente culpa alguna de su parte³⁰.

El art. 40 dispone la liberación, total o parcial, mediante la prueba de que la causa del daño ha sido ajena al imputado, lo que es acertado tratándose de una imputación objetiva. Así, puede invocarse el caso fortuito extraño a la empresa, el hecho de la víctima o de un tercero por quien no debe responder. Se aplican las reglas generales (Arts. 1.729/1.731 del Código Civil y Comercial), con alguna

²⁹ JUNYENT BAS, Francisco – MOLINA SANDOVAL, Carlos A. – GARZINO, María Constanza – HEREDERIA QUERRO, Juan Sebastián, “Ley de defensa del consumidor comentada, anotada y concordada”, Buenos Aires, Errepar, 2.013, pág. 360/361.

³⁰ BENEDINI, Federico, “Implicancias de la cadena de comercialización con los productos defectuosos. Una visión crítica del art. 40 de la Ley N° 24.240 según la Ley N° 24.999”, DJ 2001 – 2, 730.

particularidad. El hecho del tercero no puede ser el de los otros codeudores solidarios mencionados en la norma. Si el defecto proviene de un hecho sobreviniente a la elaboración, no imputable al fabricante, éste podrá eximirse.

Con respecto al hecho de la víctima, habrá de estarse a los parámetros objetivos de previsibilidad. En particular, debe tenerse en cuenta que, dado el estado de particular vulnerabilidad en que se encuentra el consumidor, el parámetro no podrá ser el del hombre medio, el buen padre de familia al que acudía el Derecho Clásico. Los usuarios y consumidores son sujetos particularmente vulnerables a los que el constituyente decidió proteger de modo especial, y por lo tanto, no corresponde exigirles la diligencia de quien celebra un contrato comercial³¹.

El art. 115 del Proyecto de Código de Derecho del Consumidor establece:

“Naturaleza de la responsabilidad y eximentes. La responsabilidad es objetiva en los términos del art. 1722 del Código Civil y Comercial. Los demandados no pueden oponer, como causa ajena, al hecho de cualquiera de los otros integrantes de la cadena de producción o comercialización del producto o servicio.

No configura una eximente el cumplimiento de las reglas del arte, o de la normativa vigente, o el hecho de contar con la autorización administrativa para la fabricación o realización del producto o servicio; salvo en el caso de que la ley o la autoridad administrativa impongan de manera imperativa modalidades para la fabricación, diseño, información o conservación del bien.

La eximente del hecho de la víctima es de interpretación restrictiva y sólo procede ante la prueba de una culpa grave o dolo del damnificado.

Tampoco exime de responsabilidad la circunstancia de que el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la puesta en circulación del producto o servicio no hubiese permitido apreciar la existencia del vicio”.

³¹ LORENZETTI, Ricardo L., “Consumidores”, op. cit., pág. 537/538.

IX. La carga de la prueba

En este tipo de proceso de daños y perjuicios, la carga probatoria, en principio, recae sobre la espalda del consumidor quien deberá acreditar lo alegado en contra del accionado, sin perjuicio de las eximentes “causas ajenas” como interruptivas del nexo de causalidad que deberán demostrar los demandados, es decir, el productor, fabricante, importador, distribuidor, proveedor, vendedor y quien haya puesto su marca en el bien elaborado.

La teoría de la carga probatoria dinámica juega un rol importantísimo en el proceso de daños iniciado por el consumidor de un bien o usuario de un servicio, ya que muchas probanzas están fuera de su alcance y es la otra parte la que se encuentra en mejores condiciones de probar.

En este tipo de proceso de daños y perjuicios, la prueba a aportar diferirá según cada una de las partes intervinientes a saber:

1) Prueba a cargo del consumidor demandante: El accionante deberá probar los elementos de la responsabilidad civil. Destacamos que el ligamen causal o nexo entre el hecho dañoso y el perjuicio se ve aligerado toda vez que ante la primacía de un factor de atribución objetivo como lo es el riesgo creado, la mecánica del accidente no será de estricta prueba para el actor, aunque por estrategia procesal siempre convendrá su acreditación por el actor en el proceso de daños. Demás está decir que el accionante deberá demostrar los daños experimentados y el factor de atribución de la responsabilidad civil del fabricante, supuesto este último que surge de pleno.

2) Prueba a cargo del productor, fabricante, importador, distribuidor, proveedor, vendedor o quien haya puesto su marca en el bien elaborado, demandado: El accionado por los daños originados por el producto elaborado deberá demostrar, para eximirse de responsabilidad, la interrupción del vínculo causal mediante una causa ajena a su actividad, esto es el hecho de la víctima, el hecho de un tercero por el que no debe responder o el caso fortuito (“Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena” – art. 40, párr. 2º, parte 2ª, Ley N° 24.240–). Ello, sin perjuicio de la excepción a la acción mediante la prueba de la inexistencia del daño, de la extinción del plazo de prescripción de la acción resarcitoria, de la ausencia de legitimación activa o pasiva, etc.

El principio *in dubio pro consumatore*, está prescripto en el art. 3° de la ley de Defensa del consumidor, con raíces en la doctrina y no tanto en la jurisprudencia, que con el correr del tiempo se hace eco del mismo en mayor medida. Dicho aforismo impone la decisión salvadora que deberá tomar el pretor ante la duda de si cabe la condena contra quien intervino en la cadena de comercialización del producto elaborado. Su aplicabilidad deberá surgir aún ante la hesitación juzgadora más leve, caso contrario el juez escapa a las redes del art. 3 de la Ley N° 24.240 que se impone a favor del consumatore. El Código Civil y Comercial completa la protección en los arts. 1.094 (interpretación y prelación normativa) y 1.095 (interpretación del contrato)³².

X. La prueba del defecto por parte del consumidor o usuario

A los fines de la aplicación del art. 40 de la Ley N° 24.240, es esencial que exista un vicio o defecto en la cosa, a punto tal que su ausencia puede eximir de responsabilidad al proveedor; para ello, los proveedores deben probar que el daño se debe a una causa ajena.

Ante la falta de prueba del defecto, se lo presume, es decir, que bastará que, habiéndose producido un daño con ocasión de la adquisición o consumo de un bien o servicio, no exista ninguna otra explicación lógica del mismo que la existencia de un defecto en aquel.

En el caso de ausencia de defectos probados, lo que deberá acreditar el proveedor es la inexistencia de los defectos señalados, como generadores de responsabilidad o la existencia de un defecto generado por el uso del consumidor, caso fortuito o fuerza mayor. Por lo tanto, si el consumidor no prueba cuál ha sido el defecto, el o los proveedores no se eximen automáticamente de responsabilidad por ausencia de un presupuesto.

En la Comunidad Europea y en los Estados Unidos el defecto debe existir y ser probado; lo que ocurre es que dicha prueba es de muy particulares características; en efecto, a los fines de acreditar la existencia de un defecto han elaborado dos tests: el que se denomina *risk and utility* (consiste en comparar los riesgos que el producto conlleva con los beneficios que produce y si el balance

³² SAGARNA, Fernando Alfredo, "Responsabilidad del fabricante-vendedor por productos elaborados", La Ley 2006 – B, 301.

es a favor del primero, el producto sería defectuoso) y el *consumer expectation* (se parte de considerar que existe un consumidor medio que posee expectativas razonables acerca de la seguridad del producto que se dispone a consumir y cuando las mismas no son satisfechas en el caso concreto, el producto pasa a ser considerado defectuoso), produciendo un amplio debate entre las Cortes que aplican uno u otro. Estas elaboraciones han sido desarrolladas más que nada en relación al defecto de fabricación. Luego se procuró extender su aplicación a los de diseño, no sin grandes debates, provocados por la dificultad de adaptación de dichos tests a estos tipos de defectos. Un tratamiento diferente se ha reservado en estos países para el defecto de información, al que se aplica esencialmente la tesis de la *negligence*, pese a que en un momento los tribunales pretendieron aplicar la construcción de la *strict liability* (factor de atribución objetivo) a estos defectos de falta de advertencia.

La Directiva Comunitaria 85/374 estableció en su art. 6° una cláusula general acerca de los defectos: un producto es defectuoso cuando no ofrece la seguridad a la que una persona tiene legítimamente derecho; legítimamente no significa legalmente ni razonablemente, sino los criterios de valor deben ser objetivos, de modo no cabe atender a las condiciones particulares de la víctima; se toma en cuenta el consumidor medio. Más allá del principio de la prueba del defecto puede, como ocurre en Estados Unidos, que las circunstancias del caso, en que ocurrió el daño, permitan afirmar que sólo encuentra explicación el daño por la existencia de un defecto, en cuyo caso no es necesario probar la naturaleza específica del mismo³³.

El Proyecto de Código de Derecho del Consumidor establece en el art. 113:

“Prueba. Sin perjuicio del deber procesal de colaboración que pesa sobre el proveedor, y de las presunciones legales o judiciales que puedan resultar aplicables, quien pretende la reparación del daño causado por un producto o servicio debe probar el defecto, el daño y la relación de causalidad entre ambos. Pesa sobre el proveedor la carga de acreditar las eximentes que invoque”.

³³ SOZZO, Gonzalo, “Defensa del consumidor” en “Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial”, Comentario a la Ley N° 24.240, Buenos Aires, Hammurabi, 2.011, Tomo 8 – A, pág. 629 y sgtes.

XI. El tratamiento de los denominados "riesgos de desarrollo"

Pizarro advierte que el riesgo de desarrollo es aquel que deriva del defecto de un producto que al tiempo de su introducción era considerado inocuo, a la luz del estado de los conocimientos técnicos y científicos existentes a ese momento, resultando su peligrosidad indetectable, pero cuya nocividad es puesta de manifiesto por comprobaciones posteriores. Dentro de la noción de estado de los conocimientos científicos y técnicos, se insertan no sólo aquellos que son aceptados de manera unánime, sino también las opiniones minoritarias, aun cuando puedan aparecer como revolucionarias. Más aún, deberían incluirse las conjeturas suficientemente fundadas que circulan como presupuestos de un programa sustentable de investigación en el seno de la comunidad científica. Todas deberían ser tenidas en cuenta por el fabricante.

A los fines de considerar esta situación como eximente, debe establecerse un momento temporal relevante a tal fin, que no puede ser otro que el de la puesta en circulación del producto de que se trata o de su introducción en el mercado. El producto es puesto en circulación cuando el proveedor abandona el poder de hecho que tiene sobre el mismo, pierde el control que ejercía sobre él y no introduce en el mercado. No se tiene en cuenta ningún momento anterior o posterior al indicado, sin perjuicio de que tenga importancia la actitud del productor una vez detectado el defecto para la cesación de la acción dañosa y para la prevención de nuevos perjuicios.

En el derecho argentino, la doctrina dominante rechaza esta pretendida eximente, por cuanto es incompatible con el carácter objetivo que tiene la responsabilidad del productor. El defecto existe al momento de la introducción del producto en el mercado, sin que en nada modifique dicha conclusión el hecho de que el estado de los conocimientos técnicos o científicos no permita detectarlos. De allí que deberían distinguirse dos realidades: una cosa es la existencia del defecto, y otra, la posibilidad de conocerla y es esto último, dentro de un contexto de responsabilidad objetiva nada agrega o quita a la defectuosidad genética del producto³⁴.

³⁴ PIZARRO, Ramón Daniel, "Responsabilidad por productos y por servicios en la Ley de Defensa del Consumidor", en STIGLITZ, Gabriel – HERNÁNDEZ, Carlos A., "Tratado de Derecho del Consumidor", Buenos Aires, La Ley, 2.015, Tomo III, pág. 343/347.

Garrido Cordobera señala que el deber de informar surge expresamente del art. 4; que la información es muy importante para la protección del consumidor no sólo en la etapa precontractual, sino sobre todo a través de informaciones especiales en: productos o servicios peligrosos (art. 6), productos deficientes o reconstituidos (art. 9) y servicios de reparación (art. 21), operaciones de crédito (art. 36). La obligación de seguridad también está consagrada en los arts. 5 y 6 de la Ley N° 24.240, ya que el sentido de las normas es garantizar que quien adquiere un producto o servicio no sufra daños por el uso de la cosa adquirida o el servicio contratado. El art. 5 establece expresamente bajo el nombre “Protección al Consumidor” que las cosas o servicios deben ser suministrados o prestados en forma tal que utilizados en condiciones previsibles o normales de uso no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios. En el art. 6 se reafirma la protección estableciéndose que las cosas o servicios cuya utilización pueda suponer un riesgo para la salud o la integridad física de los consumidores, deben comercializarse observando los mecanismos, instrucciones y normas establecidas razonables para garantizar la seguridad de los mismos. Con la sanción de la Ley N° 24.499 se reinstaló una de las normas más importantes que es el art. 40 consagra la responsabilidad objetiva y solidaria de toda la cadena de comercialización, estableciendo como única causal para eximirse, el deber de probar que la causa del daño le ha sido ajena; con excepción del transportista quien podrá liberarse si prueba que el daño o vicio en la cosa no se produjo en ocasión del transporte³⁵.

Conforme al art. 4 del Decreto Reglamentario N° 1.798/94

“los proveedores de cosas o servicios que, posteriormente a la introducción de los mismos en el mercado de consumo, tengan conocimiento de su peligrosidad, deberán comunicar inmediatamente tal circunstancia a las autoridades competentes y a los consumidores mediante anuncios publicitarios suficientes”.

En el Proyecto de Código de Defensa del Consumidor, se excluye como existente al riesgo de desarrollo poniendo fin al debate que ha dividido a la doctrina

³⁵ GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R., “La consagración de la responsabilidad por riesgo de desarrollo en la Ley de Defensa del Consumidor proyectada: una garantía al consumidor y a las generaciones futuras”, La Ley, Sup. Especial Comentarios al Anteproyecto de LDC, 27/03/2019, 525.

argentina, diciendo el art. 115 que tampoco exime de responsabilidad la circunstancia de que el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la puesta en circulación del producto o servicio no hubiese permitido apreciar la existencia del vicio.

Esta disposición debe distinguirse por supuesto de las de los arts. 110 y 111 donde el producto no puede ser considerado defectuoso por el solo hecho de que posteriormente a su puesta en circulación haya sido colocado en el mercado otro de mejor calidad, y que el servicio no puede ser considerado defectuoso por el solo hecho de que posteriormente se hayan adoptado nuevas técnicas más inocuas. En estos últimos no se trata del posterior descubrimiento de defectos que el producto o servicio ya tenía, pero que eran imposibles de detectar en el momento de su puesta en circulación (riesgo de desarrollo) sino solo de la posterior implementación de nuevas técnicas que mejoran su seguridad. En el art. 116 también introduce un plazo de caducidad para el ejercicio de la acción rescabitoria, que se cuenta desde que el producto o servicio fue puesto en el mercado, o prestado.³⁶

³⁶ GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R., "La consagración de la responsabilidad por riesgo de desarrollo en la Ley de Defensa del Consumidor proyectada: una garantía al consumidor y a las generaciones futuras", *La Ley*, Sup. Especial Comentarios al Anteproyecto de LDC, 27/03/2019, 525.



El juicio por jurados populares y la doctrina judicial de la CSJN

*Análisis del fallo Canales, Mariano E. y Otro s/Homicidio
Agravado - Impugnación Extraordinaria*

MGTER. PABLO GUIDO PEÑASCO

I. Los hechos

Un Jurado Popular de la Provincia de Neuquén condenó a prisión perpetua a tres personas en carácter de autores de homicidio agravado por su comisión con armas de fuego y con el concurso premeditado de dos o más personas (arts. 79, 41 bis y 80, inciso 6°, del Código Penal). Los defensores plantearon recurso extraordinario. Luego

“El Tribunal Superior de Justicia del Neuquén rechazó el recurso extraordinario local deducido contra la decisión del Tribunal de Impugnación Penal que denegó los recursos ordinarios interpuestos contra los veredictos de culpabilidad del jurado popular y la pena de prisión perpetua impuesta...” “Contra ese pronunciamiento, el defensor oficial dedujo recurso extraordinario federal, cuya denegatoria dio lugar...” al recurso extraordinario federal.

Fundamentos de la impugnación extraordinaria:

“El recurrente alegó la vulneración de la garantía del juez natural. En ese sentido, objetó la aplicación que en el caso se hizo del juicio por jurado popular, previsto en el código procesal penal aprobado por Ley provincial N° 2784 y que entró en vigencia durante el trámite de la causa, porque ésta –según la opinión del apelante pre-

sentaba un estado procesal consolidado en la medida en que se encontraba radicada en la cámara criminal para ser tratada por Jueces profesionales. Asimismo, cuestionó la instauración del juicio por jurados en dicha provincia, por considerar que no constituye una facultad provincial sino federal, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 24 y 75, inciso 12°, de la Constitución Nacional. Añadió que la configuración que la legislatura local dio a esa clase de juicio es inconstitucional. Por un lado –dijo– porque el art. 35 del ordenamiento procesal no lo reconoce como un derecho del imputado, sino que atribuye al representante del Ministerio Público Fiscal la decisión de elegir el juzgamiento por jurado popular en cada caso. Por el otro, por cuanto el art. 207 establece que el veredicto condenatorio requiere como mínimo de ocho votos sobre un total de doce, a pesar de que se encuentra seriamente restringida la posibilidad de cuestionarlo teniendo en cuenta que los jueces populares no expresan los fundamentos de esa decisión. En tal supuesto, agregó, también resulta afectado el principio de inocencia, porque cuatro de los miembros no están convencidos de la culpabilidad del acusado. Señaló, además, que esa mayoría lesiona el principio de igualdad ante la ley, porque el Código Procesal Penal de la provincia de Buenos Aires exige un veredicto de culpabilidad unánime en casos de delitos con pena de prisión o reclusión perpetua. Por otra parte, el apelante alegó la afectación de la garantía del debido proceso. En ese sentido, sostuvo que el jurado popular valoró declaraciones testimoniales de personas que debieron ser escuchadas en carácter de imputados, se basó en instrucciones erróneas acerca de la duda razonable, y emitió veredictos sucesivos en formularios inválidos que impidieron distinguir las concretas actuaciones de sus asistidos y aplicar una calificación legal distinta de la que les fue impuesta. Por último, expresó que la imposición de prisión perpetua ...es inconstitucional pues, debido a su edad –cuarenta y un años en ese momento, no tendrá la posibilidad de egresar de manera anticipada ni de beneficiarse con el régimen de progresividad, y el encierro será entonces de por vida, lo que resultaría incompatible con el fin re socializador de la pena” (Parte pertinente del Dictamen del Sr. Procurador General).

II. La sentencia de la C.S.J.N

Ingresó en el tratamiento de algunos de los agravios expresados y desestimó otros, confirmando la resolución del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Neuquén.

De los variados y trascendentes fundamentos del Máximo Tribunal de la Nación, se ha fijado para algunos temas importantes que aborda, la siguiente doctrina judicial, en tanto que, para otros, se han reafirmado lineamientos ya sentados en precedentes que vale la pena recordar, según el siguiente análisis:

1. Concepto de juicio por jurados populares

Define al juicio por jurados como una alternativa que permite conjugar la ‘precisión’ propia del saber técnico con la ‘apreciación’ propia del saber popular, congregando la garantía inherente al debido proceso y la percepción de la realidad propia de una decisión basada en el sentido común. Así, al ponderar la intervención de un juez técnico que ejerce la dirección del juicio e informa a los integrantes del jurado las instrucciones iniciales y finales, dice que los representantes del saber técnico se encargan de controlar que el camino hacia la decisión se encuentre balizado conforme a reglas procesales previas y precisas (debido proceso adjetivo); y los representantes de la opinión popular (ciudadanos integrantes del jurado popular) se encargan de construir una conclusión prudencial sobre la base del sentido común (debido proceso sustantivo).

La manifestación típica de la participación del pueblo en la función judicial es el “juicio por jurados”, entendido como el proceso judicial mediante el cual un tribunal integrado total o parcialmente por ciudadanos, que no son jueces letrados, decide sobre la culpabilidad de un acusado y habilita la aplicación de la ley penal por parte de los órganos estatales competentes.

2. El Juicio por Jurados y su establecimiento constitucional

El fallo sostiene que Constitución Nacional alude al juicio por jurados en tres ocasiones. Así, en la Primera Parte, Capítulo Primero, relativo a las “Declaraciones, derechos y garantías”, prevé en su art. 24 que “El Congreso promoverá la reforma de la actual legislación en todos sus ramos, y el establecimiento del

juicio por jurados”. Después, en la Segunda Parte, relativa a las “Autoridades de la Nación”, en el Capítulo Cuarto del Título “Atribuciones del Congreso” y Sección Primeros correspondiente al Poder Legislativo, establece en el art. 75, inciso 12 que corresponde al Congreso

“Dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones; y especialmente leyes generales para toda la Nación sobre naturalización y nacionalidad, con sujeción al principio de nacionalidad natural y por opción en beneficio de la argentina: así como sobre bancarrotas, sobre falsificación de la moneda corriente y documentos públicos del Estado, y las que requiera el establecimiento del juicio por jurados”.

Por último, también en la Segunda Parte relativa a las “Autoridades de la Nación”, pero ahora en el Capítulo Segundo de la Sección Tercera correspondiente al Poder Judicial, al regular sus atribuciones –extremo del que omite la parte toda referencia–, al prever en el art. 118 que

“Todos los juicios criminales ordinarios, que no se deriven del derecho de acusación concedido a la Cámara de Diputados se terminarán por jurados, luego que se establezca en la República esta institución. La actuación de estos juicios se hará en la misma provincia donde se hubiere cometido el delito; pero cuando éste se cometa fuera de los límites de la Nación, contra el derecho de gentes, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio”.

En síntesis, la C.N. se refiere al juicio por jurados en tres arts.: 24, 75 inc. 12 y 118. En razón que son tres las oportunidades en la que Ley Fundamental se refiere a la institución de los juicios por jurados populares, es indudable que los Constituyentes han tendido como objetivo de importancia, la implementación

de este sistema de juzgamiento con intervención ciudadana, como uno de los pilares básicos de la República.

3. Plena vigencia del sistema republicano y federal de gobierno. Interpretación armónica y coherente de las leyes

Sostuvo la CSJN que conforme el diseño constitucional establecido en los arts. 50, 121, 122 y 123 de la Constitución Nacional, es facultad no delegada por las provincias al Gobierno Nacional la de organizar su administración de justicia y, por ello, la tramitación de los juicios es de su incumbencia exclusiva por lo que pueden establecer las instancias que estimen convenientes (conf. Fallos: “Strada, Juan Luis”, 308:490; “Di Mascio, Juan Roque”, 311:2478; 330:164 y sus citas). Asimismo, según lo previsto en el art. 126 “Las provincias no ejercen el poder delegado a la Nación...”.

Al momento de refutar la pretensión del recurrente que sostuvo que la ley provincial de juicios por jurados populares se había sancionado sin facultades para ello, la Corte expresó que esta tesis, que aparejaría una por demás sustancial restricción de las facultades provinciales de darse sus propias instituciones y de disponer su sistema de administración de justicia, no puede ser convalidada por cuanto no se ajusta a la efectiva inteligencia que cabe darle a dichos preceptos constitucionales, no solo desde el punto de vista gramatical –en tanto de la mera formulación normativa no surge que las provincias hayan delegado expresamente en favor de la Nación la potestad de regular en esta materia ni, a la inversa, que la Constitución Nacional se la otorgue expresamente con exclusividad al Congreso Nacional limitando las autonomías jurisdiccionales locales– sino también como partes de una estructura sistemática. Quedó sentado de manera contundente y clara que todas las provincias de la Nación Argentina tienen facultades legales para dictar leyes procesales por tratarse de atribuciones expresamente reservadas a los estados provincias y, en consecuencia, no delegadas al gobierno federal.

Se explayó en la dirección señalada, al recordarnos el método en que deben ser interpretadas las leyes, especialmente la Carta Magna, al fundar que

“la Constitución, en su contenido de instrumento de gobierno, debe analizarse como un conjunto armónico dentro del cual cada

parte ha de interpretarse a la luz de las disposiciones de todas las demás (Fallos: 167:121; 236:100), pues sus normas, como las de toda ley, deben ser interpretadas en forma coherente, de manera que armonicen entre ellas” (Fallos: 328:1652 y sus citas, voto del juez Maqueda)” que este Tribunal, desde sus primeros pronunciamientos, jamás ha descuidado la esencial autonomía y dignidad de las entidades políticas por cuya voluntad y elección se reunieron los constituyentes argentinos, y ha sentado el postulado axiomático “que la Constitución Federal de la República se adoptó para su gobierno como Nación y no para el gobierno particular de las Provincias, las cuales tienen derecho a regirse por sus propias instituciones es decir, que conservan su soberanía absoluta en todo lo relativo a los poderes no delegados a la Nación” (Fallos: 329:5814 y sus citas, entre otros).

Concluyentes son los argumentos a favor de las autonomías provinciales y de la interpretación coherente y armónica de la ley.

4. Declaración de constitucionalidad de las leyes que establecen el juicio por jurados populares. Fundamentos sobre las facultades de las Provincias para legislar en la materia

El fallo se ha ocupado con interés y profundidad en la reafirmación del sistema de gobierno basado en el respeto de las soberanías provinciales en cuanto a sus facultades legislativas, enseñando que el ámbito de aplicación que surge de las citadas previsiones constitucionales (se refiere a los arts. 24, 75 inc. 12 y 118 CN) debe ser entendido de modo tal de “no olvidar que la reserva de la jurisdicción provincial de la que daban cuenta los ya citados arts. 67, inc. 11, y 100 de la Constitución Nacional (actuales arts. 75, inc. 12, y 116), era ajena al texto de 1853 y fue introducida por la Convención de 1860, con el deliberado propósito de impedir que las provincias carecieran de jurisdicción en las materias a que dicha norma hace referencia. Muy poco se habría avanzado en el país, cabe agregar, si todo el celo de los constituyentes de 1860 pudiese malograrse al poner en manos de una decisión legislativa, por elevada que fuese su finalidad, la suerte de las autonomías provinciales y, con ello, el sistema federal de gobierno (v. Fa-

llos: 247:646, 669, considerando 18, voto de los jueces Boffi Boggero y Aberasty). Que por estos motivos la CSJN ha reconocido desde antiguo la amplitud en el ejercicio de esas facultades reservadas. Así, ya en 1869, estableció el principio fundamental de que las provincias conservan su autonomía en todo lo relativo a los poderes no delegados a la Nación (art. 104 de la Constitución Nacional, actual art. 121)” (“Castillo”, Fallos: 327:3610).

Vinculado al tema en análisis del jurado popular, a partir de una interpretación conjunta de estas tres previsiones referidas al instituto en cuestión, resulta claro que la Constitución Nacional concibió al juicio por jurados como una institución sustancial para el juzgamiento de los delitos que corresponde conocer al Poder Judicial de la Nación y le otorgó, a tal efecto, competencia al Congreso Federal para legislar en lo relativo a su conformación y funcionamiento en el ámbito nacional.

Así, conforme

“a lo previsto en el art. 126 de la Constitución Nacional que constituye el contrapunto del mencionado art. 75, inciso 12 y que, cuando enumera lo que las provincias no pueden hacer en materia legislativa significativamente no incluye la prohibición de las provincias de legislar en materia de juicio por jurados. Cabe resaltar que esta constituye la única materia –de las enumeradas como facultades reconocidas al legislador nacional en el art. 75, inciso 12– que el constituyente no incluyó dentro de las que estaban vedadas a las provincias ejercer en sus respectivos ámbitos territoriales, lo que refuerza con evidencia que las provincias se reservaron esta facultad, es decir, que no fue delegada al Congreso Nacional”.

De

“acuerdo con la distribución de competencias que emerge de la Constitución Nacional, los poderes de las provincias son originarios é indefinidos (art. 121), en tanto que los delegados a la Nación son definidos y expresos (art. 75)” (Fallos: 329:976 y sus citas) y que “los actos de las legislaturas provinciales no pueden ser invalidados sino en los casos en que la Constitución concede al Con-

greso Nacional, en términos expresos, un poder exclusivo, o en que el ejercicio de idénticos poderes ha sido expresamente prohibido a las provincias, o cuando hay una absoluta y directa incompatibilidad en el ejercicio de ellos por estas últimas” (Fallos: 331:1412 y sus citas; 341:1148).

Por las razones señaladas quedó sentada la doctrina judicial que convalida a las provincias sus facultades para dictar leyes de juicio por jurados populares porque lo

“son en ejercicio de sus facultades reservadas –y no delegadas a la Nación– de establecer lo concerniente a su sistema de administración de justicia y de dictar los códigos que reglan la tramitación de los procesos que se ventilan ante su jurisdicción”.

5. La impugnación de inconstitucionalidad de las leyes y los precedentes de la CSJN

“La declaración de inconstitucionalidad constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendar a un tribunal de justicia, ya que configura un acto de suma gravedad que debe ser considerado la última ratio del orden jurídico, por lo que no cabe formularla sino cuando un acabado examen del precepto conduce a la convicción cierta de que su aplicación conculca el derecho constitucional invocado (Fallos: 338:1026, entre otros). De allí que la Corte, al ejercer el control de constitucionalidad de la leyes, debe imponerse la mayor medida, mostrándose tan celosa en el uso de las facultades propias como en el respeto de la esfera que la Constitución asigna, con carácter privativo, a otros poderes y a las autonomías provinciales” (Fallos: 242:73, entre otros).

En el caso que reseñamos, la CSJN sostuvo que el recurrente no logró demostrar la inconstitucionalidad de la ley provincial de juicios por jurados. El Tribunal se ocupó de explicar los argumentos de su constitucionalidad sobre las bases precedentes.

6. Juicio por Jurados y respeto por la garantía constitucional del Juez Natural

La C.S.J.N. ha dicho reiteradamente que

“las leyes modificatorias de la jurisdicción y competencia se aplican de inmediato a las causas pendientes, en tanto la facultad de cambiar las leyes procesales es un derecho que pertenece a la soberanía. En ese sentido, no existe derecho adquirido a ser juzgado por un determinado régimen procesal, pues las normas de procedimiento y jurisdicción son de orden público, especialmente cuando estatuyen acerca de la manera de descubrir y perseguir delitos (Fallos: 249:343; 321:1865; 326:2805 –voto del juez Maqueda–; entre otros). Esto por cuanto la cláusula del art. 18 de la Constitución Nacional, que establece que ningún habitante de la Nación puede ser sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa, no impide la inmediata aplicación de nuevas normas de competencia, inclusive a las causas pendientes, a menos que ello signifique, en el caso concreto, despojar de efecto a actos procesales válidamente cumplidos, lo que obstaculizaría la pronta terminación de los procesos que exige una buena administración de justicia, supuesto que la parte ni siquiera alega que se haya verificado en el presente caso (Fallos: 327:5496)”.

A la luz de esta doctrina cabe concluir que la aplicación de las leyes provinciales que implementaron los juicios por jurados populares respetan la garantía constitucional de juez natural consagrada en nuestra Constitución Nacional.

En función de los criterios sentados anteriormente, entendemos que la competencia material del jurado popular debe ser interpretada y aplicada con criterio favorable al instituto, en especial para los casos de la vigencia de las leyes procesales en el tiempo y los principios generales acerca de la competencia material.

Desde otro punto de vista, se debe ponderar que atribuir competencia material a un Jurado Popular afianza y consolida garantías de imparcialidad e independencia judicial, si se repara en que –por su institución como forma de juzgamiento general para ciertos ilícitos– los jurados integran el Poder Judicial

y por lo tanto de ellos también debe predicarse la garantía de Juez Natural¹, ya que cuentan con un estado judicial. En la Provincia de Mendoza son los arts. 4 y 22 de la Ley N° 9106 de Juicio por Jurados Populares quienes reconocen ese estado.

En el camino señalado, a la fecha del hecho delictivo, se desconoce quiénes serán los ciudadanos que integrarán el Tribunal que juzgará a los imputados en el respectivo proceso ya que dicho órgano quedará conformado luego de que se practique el sorteo establecido por las leyes en las audiencias de selección de jurados, acto que se practica con control de las partes, oportunidad en la que nacerá para las mismas la facultad de recusar a los potenciales jurados. Por ello entendemos que con la aplicación del sistema de jurados populares se resguarda con amplitud la garantía del juez natural como garantía a ser juzgados por un tribunal independiente e imparcial.

6.1. Competencia del Jurado Popular por aplicación de los principios generales y particulares del Derecho Procesal Penal – Jurisprudencia

La implementación del Juicio por Jurados Populares es un hecho histórico en las numerosas Provincias de la República Argentina que lo han puesto en vigencia, toda vez que condujo al proceso penal de la jurisdicción provincial hacia el carril constitucional en función de lo previsto por los arts. 24, 75 inc. 12 y 118 de la C.N.

En Mendoza se adoptó un sistema mediante Ley N° 9.106 tal como el que tuvieron en miras los constituyentes de 1853, a saber: Jurado integrado por 12 personas que prestan servicio con carácter accidental, separación clara y tajante de las funciones de los dos tipos de integrantes del tribunal de jurados –el juez técnico y permanente efectúa el control de garantías, interpreta el derecho para suministrar las instrucciones al jurado y, eventualmente, decide la pena o medida de seguridad–, mientras que el jurado accidental (verdadero Juez de los Hechos) decide el veredicto sin ningún tipo de intromisiones externas. Además contiene la exigencia de veredicto unánime que será firme y definitivo, pues sólo el acusado tiene recurso².

¹ CAFFERATA NORES-TARDITTI, Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba, Ed. Mediterránea T° I, pág. 18.

² TCas. Penal BA, sala I, causa 81504 “Ruppel, Néstor F. s/ recurso de casación”, 11/07/2017 voto del juez Daniel Carral al que adhirió Ricardo Maidana.

6.2. Situaciones vinculadas a procesos en trámite al momento de entrar en vigencia la ley de juicios por jurados

Con relación a la aplicación del juicio por jurados populares sobre un proceso anterior a la vigencia de la ley, se registran precedentes en la jurisprudencia³. Resolvió el Máximo Tribunal de la Provincia de Córdoba, sentando la siguiente doctrina: Corresponde la Aplicación inmediata de la nueva ley procesal cuando por ley se modifica la competencia o jurisdicción de un tribunal en términos generales. Se remitió a los precedentes de la CSJN: sobre ello, invariablemente el Alto Tribunal ha entendido que las normas modificatorias de la jurisdicción y competencia, aún en caso de silencio de ellas, se aplican de inmediato a las causas pendientes⁴. En ese camino sostuvo: “nadie tiene un derecho adquirido al mantenimiento de las leyes y reglamentos, ni a la inalterabilidad de los mismos” (C.S.J.N., in re “Ghiggi Galizzi” del 28/09/82, L.L., 1982-D625); como “tampoco a ser definidos sus derechos con arreglo a un determinado procedimiento” (C.S.J.N., Fallos: 181:288; 249:343).

En otro caso en trámite al momento de entrar en vigencia la ley de Jurados Populares, el Superior Tribunal de Justicia de Córdoba afirmó con respecto a los actos cumplidos y al nuevo tribunal competente que “no debe perderse de vista que la preclusión no puede conllevar el efecto de “legitimar situaciones inconciliables con el orden público. Concluir en lo contrario importaría desnaturalizar el proceso judicial hasta el punto de convertirlo en un medio apto para convalidar las transgresiones a las normas imperativas” (CSJN, Fallos 320:1670, 12/8/97, autos “Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Asistencia Médica Privada S.A.C. c/Instituto de Obra Social de la Provincia de Corrientes (I.O.S. C.O.R.)”, habiendo destacado también el más Alto Tribunal de la República que

“la preclusión impide que en un proceso se retrograden etapas y actos para discutir algo ya superado, o que se reabran plazos procesales transcurridos, o que se rehabiliten facultades procesales

³ Autos “NAVARRO, Mauricio Orlando p.s.a. homicidio en ocasión de robo –Recurso de Inconstitucionalidad–” (Expte. “N”, 14/05), 12–10–2006 STJ de Córdoba.

⁴ Fallos: 17:22, “Severo Chumbita”; 24:432, “Contienda de competencia negativa entre el Juez del Crimen de Corrientes y el Federal de dicha sección, en la causa criminal, por homicidio cometido en el territorio de Misiones”; 281:92, “De Molina” –entre otros–.

después de vencidos los límites legales para su ejercicio; pero en modo alguno es apta para desplazar sin norma expresa el tribunal que tiene asignada competencia para substanciarlas, en favor de otra...” (CSJN, fallos 307:966, 18/6/85, autos “Abel Bonorino Perú v. Nación Argentina”).

“La incompetencia por la materia, por tratarse de una cuestión de orden público, debe declararse de oficio ‘en cualquier estado del proceso’ (C.P.P., art. 41), aun cuando no haya sido objeto de agravio (...) Ello así por cuanto no se trata de una cuestión disponible por las partes que intervienen, quienes no pueden ‘prorrogar’ la competencia material (arg. art. 1º del C.P.C.C.)...”⁵

En tanto que más adelante el fallo citado sostuvo que recurrir al argumento de la preclusión para alterar la composición del órgano jurisdiccional competente para el juzgamiento del encartado, equivale a pretender una “sobredimensión del instituto de la preclusión procesal al hacerlo extensivo a un ámbito que no hace a su finalidad” (tal como lo destacó la CSJN en fallos 317:757, 5/7/94, autos “Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa García, F. J. c/Brancato, R. y otros”)⁶.

Siguiendo la doctrina judicial de la CSJN, podemos sostener que la competencia determinada por las leyes de Juicios por Jurados Populares dictadas en las provincias y con respecto a casos en trámite, en principio tendrán plena vigencia en razón que: “no cabe objeción válida, desde el punto de vista constitucional, respecto de las nuevas leyes de competencia que impliquen cambiar la radicación de causas después de los hechos que les hayan dado origen” (fallos: 310:2845, “Magín Suárez”).

⁵ TSJ, Sala Penal, “Acción de amparo interpuesta por Danguise, Oscar Alfredo c/Aso-ciación de Anestesiología de Córdoba (ADAC) y otros –Recurso de casación–”, S. n° 82 del 20/9/00.

⁶ “POLICANO, Eduardo Omar p.s.a. exacciones ilegales –Recurso de Casación–” (Expte. “P”, 15/08), SENTENCIA 226 DEL 3–9–2008 STJ de Córdoba.

6.3. *La doctrina de la C.S.J.N. en el Fallo Canales, y jurisprudencia del STJ de Cba. respecto a la competencia material del Jurado Popular*

Los pronunciamientos en estudio enseñan:

a.- Que las leyes modificatorias de la jurisdicción y competencia se aplican de inmediato a causas pendientes.

b.- Que la facultad de cambiar las leyes procesales es un derecho que pertenece a la soberanía (función esencial del estado).

c.- Que no existe derecho adquirido a ser juzgado por determinado régimen procesal.

d.- Que las normas de procedimiento y jurisdicción son de orden público.

Legislar sobre jurisdicción y competencia es una función esencial del estado, conforme lo señala Néstor Sagüés que –de no aceptarse esta tesis–, (impedir o negar la competencia del Jurado Popular) el Congreso (o las legislaturas Provinciales) se verían obstaculizados para crear nuevos tribunales, suprimir otros o reformar los existentes⁷.

Asimismo debe ponderarse que la competencia material del Jurado Popular como nuevo tribunal de juicio, no afecta actos válidamente cumplidos en el proceso para el caso de causas en trámite: El límite estará dado en cuanto a que el proceso no se retrotraiga a etapas válidamente cumplidas, perjudicando la estabilidad de los actos judiciales firmes (CSJN, “Hussar Otto”, 10/10/96, L.L. 1996-E-575), lo que se encuentra justificado en virtud de que tales actos se hallan resguardados por la preclusión, principio que es de orden público (cfr. Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional, sala III, causa 8639/93 del 6/9/95).

6.4.- La Competencia material del Jurado Popular a partir de su interpretación histórica: no puede pasar por alto que el Jurado popular es una institución creada por la constitución nacional desde 1853: Por ello se afirma que el Jurado Popular no fue creado arbitrariamente para perjudicar a los acusados, sino todo lo contrario, para conferir mayor imparcialidad e independencia al sistema de administración de justicia local, que son, precisamente, las condiciones que se procuran asegurar con el principio analizado⁸.

⁷ SAGÜÉS, Néstor P., Elementos de Derecho Constitucional, Astrea, 2da. Ed., Bs. As., 1997, T. II, pág. 639 y 640.

⁸ MAIER, JULIO B. J., Derecho Procesal Penal I – Fundamentos, Ediciones del Puerto, Bs. As., 2da. Ed. 2002, pág. 769 y CAFFERATA NORES-TARDITTI, Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba– Comentado, Ed. Mediterránea pág. 17, T. I.

7. Resguardo de la garantía constitucional de igualdad ante la ley. La reglamentación de mayorías o de unanimidad al momento del dictado del veredicto

La C.S.J.N. resolvió que no vulnera el principio de igualdad ante la ley previsto en el art. 16 de la Constitución Nacional que algunas provincias hayan establecido el requisito de unanimidad para condenar y otras el sistema de mayorías.

“En el caso concreto, las diferencias que existen entre este aspecto de la reglamentación neuquina del juicio por jurados –mayoría– en relación con las disposiciones de otras jurisdicciones, no alcanzan a configurar un supuesto de asimetría tal que permita considerar vulnerado el principio constitucional de igualdad ante la ley o socavada la unidad en materia penal que impera en todo el país por la vigencia de un único código de fondo”.

El sistema que adopte cada Provincia es válido por la vigencia del sistema republicano y federal de gobierno.

A mayor abundamiento, se sostuvo:

“no existe mandato constitucional que imponga en nuestro país un número determinado de votos para afirmar la culpabilidad o la inocencia de un imputado por parte del jurado...” Tampoco lo exige la C.N. “La voluntad popular puede expresarse mediante una decisión mayoritaria constitucionalmente válida, como la del caso en estudio que se encontraba conformada por las dos terceras partes del total, y respetuosa de las exigencias impuestas por el legislador. Ello no conculca nuestra Constitución Nacional, sino que –por el contrario– la observa”.

8. Resguardo de garantías individuales (del acusado) y sociales (de los ciudadanos)

“...el juicio por jurados no debe ser entendido solo como un derecho individual del imputado, y por ende renunciable, sino que debe ser concebido como un modelo institucional de administración de justicia que expresa la participación del pueblo en la administra-

ción de justicia penal. Dicho de otro modo: en nuestro sistema constitucional, el juicio por jurados supone no solo –o no tanto– el derecho de una persona a ser juzgada por sus pares sino –fundamentalmente– el derecho del pueblo a juzgar.”

Por ello es que son constitucionales las leyes provinciales que establezcan el juicio por jurados populares como un sistema obligatorio e indisponible para los acusados, donde no se prevea la facultad a favor de éstos para que puedan renunciarlo.

Asimismo, se tutelan y resguardan la garantía individual y la garantía ciudadana. El juicio por jurados es una garantía individual conforme art. 24, CN y los jurados populares tienen carácter de juez natural para los casos en que correspondiera su intervención en cumplimiento expreso de los arts. 18 y 118, CN. Sustraer al acusado de su órbita implicaría una vulneración a la garantía de juez natural.

Bovino señala, que “el juicio por jurados es, a la vez, una garantía del imputado... y un derecho político de los ciudadanos, que consiste en la facultad de participar en las decisiones más relevantes de la administración de justicia penal”.

El jurado debe ser considerado obligatorio para todos –para el Estado e, incluso, para el acusado– en los graves casos de naturaleza criminal.

9. Razones por las cuales los jueces técnicos deben fundar sus sentencias y el jurado popular no

Sobre este punto también se pronunció la CSJN al establecer que la exigencia de motivación de la sentencia de los jueces profesionales fue concebida originalmente como un modo de compensar la debilidad institucional y la falta de garantías políticas de estos magistrados respecto de los jurados populares. Así, la fundamentación explícita encuentra su razón de ser en la obligación de los jueces, como representantes del pueblo –no electivos– en el ejercicio de un poder del Estado, de rendir cuentas de sus decisiones. Es distinto cuando el mismo pueblo, representado por algunos de sus miembros, ejerce en forma directa la potestad de juzgar, siempre que estén garantizados el derecho a la defensa del acusado y el debido proceso legal por parte de un juez profesional.

En apoyo de la posición expuesta, citó el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando sostuvo que

“... la motivación de las decisiones adoptadas por los órganos encargados de impartir justicia no es sólo relevante para el inculpado del delito, sino que permite también el control ciudadano de los actos de gobierno, en este caso de la administración de la justicia y lo expone a su escrutinio. En el caso de los jurados, dicha vertiente se entiende cubierta en razón de la participación directa de la ciudadanía”⁹.

Nuestro Máximo Tribunal profundiza el punto tan resistido por quienes no admiten el sistema de la íntima convicción como medio valorativo a las pruebas, al decir que las razones del dictado del veredicto pueden ser determinadas mediante la observación de las pruebas, las peticiones de las partes y las instrucciones recibidas para dictarlo. No necesariamente deben exponerse las mismas.

“De modo que, pese a la ausencia de fundamentación escrita, es perfectamente posible cuestionar una resolución de un jurado en base a la incongruencia entre precedentes o premisas (afirmaciones y pruebas) y conclusión (culpabilidad o inocencia). Siendo pertinente recordar, *mutatis mutandi*, que esto es así por cuanto el Tribunal ya remarcó que “la propia Constitución no puede interpretarse en forma contradictoria, o sea, que el principio republicano de gobierno impide entender un dispositivo constitucional como cancelatorio de otro” (Fallos: 328:3399, considerando 24)”.

Luego vuelve sobre sus razones al sostener que, pese a la ausencia de fundamentación escrita, es perfectamente posible cuestionar una resolución de un jurado en base a la incongruencia entre precedentes o premisas (afirmaciones y pruebas) y la conclusión del veredicto. Esto que implica resguardar la garantía constitucional de la inviolabilidad de la defensa en juicio, al explicar y enseñar la

⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. caso “V. R. P., V. P. C. y otros vs. Nicaragua”, sentencia del 8 de marzo de 2018, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párrafo 257; el destacado no es del original.

CSJN que los veredictos de culpabilidad podrán ser motivo de recursos extraordinarios, aunque no expongan las razones de su dictado, señalando los elementos que podrán ser cuestionados en estos casos.

10. Reflexiones finales

El sistema de enjuiciamiento por jurados populares en la República Argentina se ha implementado en numerosas provincias (Córdoba, Buenos Aires, Neuquén, Chubut, Chaco, Río Negro, Mendoza, Entre Ríos, San Juan y se encuentra en camino de vigencia en varias provincias más), está previsto en el C.P.P.F. y tiene actualmente impulso por el Poder Ejecutivo nacional. Existe una tendencia que marca el rumbo hacia su mayor aplicación. Los resultados obtenidos hasta el presente por quienes lo vienen aplicando, son favorables.

El fallo Canales

“resolvió de manera brillante el problema de la motivación del veredicto, la obligatoriedad del jurado para los crímenes y la competencia reservada de las provincias para dictar sus leyes”¹⁰. “El fallo Canales es definitivamente un leading case. Es el primer pronunciamiento sobre juicios por jurados de la Corte en toda su historia institucional”¹¹.

La CSJN en el fallo analizado se ha pronunciado con un contundente apoyo a favor del mismo, estableciendo doctrina judicial que sostiene el concepto de Juicios por Jurados Populares, su alcance, que se trata de una institución prevista por la Constitución Nacional; destacó el respeto del sistema por numerosas garantías constitucionales, comenzado por determinar que su vigencia tiene íntima relación con el sistema republicano y federal de gobierno; resaltó las autonomías provinciales, las facultades de los estados provinciales para legislar en cuestiones procesales, declaró la constitucionalidad de las leyes locales de juicios por jurados propiciando la interpretación armónica y coherente de las leyes; demostró

¹⁰ ANDRÉS HARFUCH: El Juicio por Jurados y la Constitución Nacional, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires 2019, pág. 147.

¹¹ ANDRÉS HARFUCH: El definitivo estatus constitucional del juicio por jurados, trabajo publicado en Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación nº 27, Ed. Hammurabi 2019 pág. 32.

que el Jurado Popular tiene carácter de Juez Natural, es decir que el sistema resguarda esta garantía constitucional y sobre este punto, incursiona en cuestiones de competencia material afirmando su intervención con apoyo constitucional; finalmente sentó las bases del respeto a las garantías individuales y sociales, a la igualdad ante la ley y a la inviolabilidad de la defensa en juicio por parte del sistema de juicios por jurados populares.

Por otro lado el sistema de litigación empleado en el juicio por jurados es de neto corte acusatorio adversarial, lo que a su vez implica promover valores reales de mejoras en los sistemas de justicia: la intervención activa del acusador en cuanto a su responsabilidad por presentar el caso y las pruebas logradas en su apoyo, el rol de la defensa y el intercambio de actividades entre las partes a partir del juego limpio, de manera que se arribe a la instancia del debate luego del trabajo serio de los sujetos procesales de preparación de las audiencias. El juicio por jurados populares como institución que permite la aplicación del sistema acusatorio adversarial de enjuiciamiento, se ajusta en rigor de verdad al modelo constitucional establecido por la CSJN en reiterados pronunciamientos.

De la aplicación en Tribunales de la Ley Defensa del Consumidor

DR. RAÚL EDUARDO BERTRÉS

ABG. CÉSAR ISMAEL BERTRÉS

ABG. GASTÓN EDUARDO BERTRÉS

I. El Derecho Ciencia y Prácticas

Hay circunstancias, en la aplicación del derecho, que hace necesario se recuerden nociones básicas de la disciplina.

Es así que el Derecho es considerado sin discusiones como una ciencia. Quedaron atrás en el siglo XIX las impugnaciones al carácter de ciencia del Derecho, que hacía el positivismo.

Esa concepción de no reconocerle autonomía científica al campo del saber jurídico, se basaba en la comparación de ésta con las ciencias naturales y era evidente que no tenían los mismos medios de validación del saber. Se consideraba una mera disciplina técnica Von Kirchmann; Rumpf, entre otros.

Evidentemente equivocaban al tipificar un campo del saber cómo perteneciente a la ciencia, reconociendo solo las ciencias naturales como verdadera ciencia.

Terminadas las impugnaciones apuntadas, se ubica la Derecho dentro del campo del conocimiento científico que comprende las ciencias culturales.

Entendemos por cultura aquel conocimiento, que tiene como objeto de estudio, fenómenos institucionales, creados por el hombre que poseen sentido. Es decir, ubicamos como dijimos al Derecho dentro de las Ciencias de la Cultura.

En estas ciencias se alcanzan leyes como expresiones tendenciales, pero no dejan de tener métodos de validación del conocimiento y método propio entre otros requisitos que debe cumplir un campo del saber para ser ciencia.

En una caracterización simple pero no única, podemos afirmar que el derecho es el conocimiento sistemático de las relaciones humanas de coexistencia

y cooperación desde el punto de vista de la justicia y la utilidad. Tiene un carácter de que no es exclusivamente especulativo sino también práctico y social. En consecuencia, la ciencia del derecho participa de naturaleza teórica y práctica. Organiza la convivencia que asegura la paz social y jurídica, con fijación de preceptos imperativos.

Y en ese orden de ideas la Justicia concepto o ideal, necesita concretarse en la realidad viva por medio de un sistema de derecho objetivo.

No existe la mera norma jurídica- Teoría Pura del Derecho-, que no se encarna en la realidad viva y cubra la necesidad de esa sociedad. Si no fuera así quedaría en el mero limbo del pensamiento especulativo.

Esa aplicación práctica, bajada a la realidad necesita de los jueces, que deben aplicar la ley.

La ley en nuestro sistema jurídico que seguía el sistema continental europeo, es la expresión más clara del orden jurídico. Dicha visión resultó modificada cuando se reformó la Constitución Nacional.

La ley es una norma de precepto general que emana de los órganos políticos del estado y se presume fundada en una necesidad común relativa a la convivencia- Leyes de precepto general- y que se presume fundada en una necesidad común relativa a la convivencia.

El juez es el encargado de aplicar la ley para resolver litigios prácticos, que emergen de la realidad.

El poder judicial posee autonomía, pero frente a la ley vigente el juez debe colocarse como servidor social. Es a quién se le otorga el instrumento y el poder de valorar las situaciones de conflicto como así tomar decisiones que mantengan el equilibrio colectivo.

Los jueces no pueden prescindir de la ley, para imponer su personal arbitrio. No es sano apartarse de la ley en nombre del derecho de defensa, que es presumido por el juez, sin llegar a abrir el proceso, y sin invocación de ninguna de las partes. Allí el Juez se transforma en protector injustificado de una de las partes del proceso, actitud prohibida por que viola el deber de imparcialidad que debe tener el órgano judicial.

II. Contrastación de la ley con la práctica en los tribunales.

Hemos llegado en el desarrollo del tema a situarnos en los conceptos de Orden Jurídico, ley y juez.

De su íntima interacción surge el discernimiento de justicia en el caso concreto. Es así que cuando un conflicto se lo somete al Juez, y este basándose en la ley falla, dando la razón a quién la tiene, de acuerdo a la aplicación del ordenamiento jurídico, en una decisión razonablemente fundada, se concreta exitosamente la interrelación apuntada.

Podemos afirmar que esta situación dinámica es el “Derecho en Acción”, que por otra parte cumple con su función propia, tanto de la ley, como de quién la aplica (juez). Se logra la realización del derecho y la paz jurídica.

En consecuencia, de esta actitud cooperativa, se luce claramente el Poder Legislativo funcionando y cumpliendo sus fines específicos, dictando la ley obligatoria de precepto general, la que una vez que adquiere vigencia migra para ser utilizada por el Poder Judicial, por medio de sus órganos-los jueces- que cumpliendo su rol dictan un fallo, o lo que es lo mismo declara lo que el derecho es, en el caso concreto. En una palabra, le da sentido a la ley que fue sancionada para ser cumplida.

Debe haber un obrar recto en el poder legislativo que dicte la ley en base a una necesidad de la comunidad, que se corresponda con una actuación del mismo tenor de los jueces que aplican la ley, se logra la plenitud del ordenamiento jurídico.

Una actuación contraria a la esencia del Poder Legislativo, nos conduce a la inaplicabilidad de la ley por los jueces. (Desestabiliza el equilibrio de poderes).

Una actuación dis valiosa de los jueces fallando y tomando decisiones contrarias a la ley, es una actuación basada en el puro arbitrio de los jueces en colisión con la ley y productora de daños.

Las prácticas en tribunales, incluyen demasiadas veces decisiones que contradicen la ley, o que omiten su cumplimiento, teniendo por lo general vicios en los fundamentos que no justifican tales resoluciones.

El Derecho al participar del doble carácter, de ser ciencia como como práctica debe estar en permanente diálogo constructivo este doble aspecto, debiendo la práctica ser el medio de realización de la primera.-

A esta altura del análisis debemos dejar expresamente aclarado que al hablar del derecho no nos limitamos a la ley, abarcado el concepto, a todas las fuentes que a lo largo del estudio del derecho se analizan especialmente las mencionadas en el art. 1 del Código Civil y Comercial.

La falta de correspondencia entre la teoría y la práctica produce el comienzo de una fase disruptiva. Esto es grave pues entre otro efecto produce el descreimiento de la sociedad a la que está destinada, falta de confianza, inobservancia de las normas, anomia, y conflictos.

Un estado en que los ciudadanos descrean del derecho se coloca en el camino de su disolución.

Es por eso que tanto el legislador en su rol como el juez en el suyo le dan plenitud al sistema.

III. Un caso práctico de disrupción- Apartamiento de la aplicación de la ley de Defensa del Consumidor. Provincia de San Luis, Segunda Circunscripción Judicial

Marco fáctico

Para ubicar el comentario, el caso se sitúa en la Segunda Circunscripción Judicial de la Provincia de San Luis, que tiene asiento en la ciudad de Villa Mercedes.

En ésta circunscripción judicial existen tres juzgados civiles y comerciales y Minas.

Para situar temporalmente el caso, éste se produce cuando el país entra en crisis económica y un número considerable de adherentes a planes de ahorro para fines determinados y Fabrica SA automotores Argentina que comercializan por éste sistema automotores marca FIAT, no pueden pagar la cuota que venían cumpliendo con regularidad. Año 2019.- Luego se suma a ello la pandemia mundial que también nos azota con una paralización económica mayor y la crisis consiguiente.

En la misma época los automotores subieron el precio de comercialización, y los sueldos de ésta población de cuentistas, todos mayoritariamente asalariados y con salarios perdiendo frente a la inflación, experimentaron que los sueldos no acompañaban a los aumentos desmesurados del valor de las unidades a comprar. Así las cosas la situación se hizo insostenible, y pese a los reclamos a fin de

que la Fábrica que establecía los precios de manera arbitraria, los ajustara a la situación del país y a la que vivían los propios cuentistas, no fue escuchado reclamo alguno y en consecuencia se tuvo que recurrir al proceso judicial.-

Esta situación era advertida por juristas reconocidos de nuestro país vgr. El Dr. Junyet Bas, el que expresa y resalta la deformación y el desfasaje en los precios, comparando que si un consumidor quiere comprar un automotor y lo hace en efectivo se le realiza un descuento de un 30%, pero si lo hace por medio de un círculo de ahorro, paga un precio muy superior. Resalta asimismo que los contratos de Ahorro para fines determinados SON ABUSIVOS y violan el deber de información. El aumento en las cuotas no se compadece ni se corresponden con la inflación, ni tampoco con el aumento del dólar.

Ello revela que el tema tiene un fuerte interés público y estatal situación que se visualiza con la reunión de la Asociación de Defensores del Pueblo de la República Argentina (ADPRA), con el inspector General de Justicia Sergio Brodsky y el Director de Defensa del Consumidor Fernando Blanco, en el cual se requiere algún tipo de soluciones dentro de la normativa vigente.

Los planes de Ahorro se implementaron por la necesidad de adquirir un bien, lo que en un tiempo en el cual no había financiación, un grupo de ahorristas, recurría a un tercero que administraba las cuotas partes de los participantes. Cabe aclarar que cada grupo, por cuota aportada por los ahorristas, podía adjudicar dos automotores mensuales uno por sorteo y otro por licitación.

Por tratarse de un interés de la comunidad digno de regulación y transparencia se dictó el decreto 142277/43, siendo atribuida la calidad de autoridad de aplicación a la Inspección General de Justicia de la Nación (IGJN).

Marco normativo

Ahora bien como ha explicado el Dr. Juan Antonio Rinesi en un artículo que se publica en <http://www.academ.unc.edu.ar> (Academia Nacional de Derecho de Córdoba), el sistema de creación de la Administradora tiene como finalidad confundir al ahorrista pues administra los fondos de los mismos y cobra por ello un porcentaje de la cuota mensual.

No obstante, la Administradora se presenta como un tercero “No Neutral” “quién le hace firmar al cuentista los contratos y anexos abusivos, que solo benefician a la fábrica que quiere vender automotores.

Esa Administradora, actúa en la adquisición de automotores perteneciente a una marca, es así que cada fábrica tiene una Administradora para captar futuros compradores y actuales ahorristas, en el caso venido a análisis es FIAT AUTOMOBILES ARGENTINA SA más conocida como automotores Fiat.

El cuentista- ahorrista, una vez que adhiere al Plan paga mensualmente una cuota pura (involucra la cuota, la alícuota parte del valor móvil) que multiplicado por la cantidad de cuotas del Plan da valor total o parcial del automotor que se trata de adquirir. Mientras al ritmo que aumente el valor móvil, aumenta la cuota pura. A ello se le suma un costo de la Sociedad Administradora del Plan (creado por la propietaria) de 1,10% de la cuota.

El valor móvil (de acuerdo a contrato) es el precio de lista (que impone la fábrica unilateralmente, con los descuentos y bonificaciones (?), incluyendo impuestos tasas y contribuciones que lo gravan., (abuso de posición dominante, fijar el precio unilateralmente, y el cuentista no interviene en tal tasación).

No está demás afirmar que las Administradoras, se encuentran en relación a las fábricas de automotores, como Sociedades Controladas (art.33 LSC), dándose en dicha relación el control interno como también por los especiales vínculos.

A esta altura vale aclarar que el grupo Fiat Auto SA, lo compone IVECO Argentina SA, CHRISLER Argentina SA y CNH Argentina.

En 1999 el BCRA autorizó, a este tipo de sociedades que captaban dinero y lo administraban, por resolución 432, como compañía financiera, se completó tal situación, con la comunicación “B” 6640 del BCRA 3.1.2000 y siguientes.-

Ante el aumento de los valores la y el reclamo consiguientes de los suscriptores del plan, la administradora se excusa afirmando que su función es administrar Fondos, y que el valor de la unidad lo establece la fábrica, sin consultarla.

El cuentista no tiene ningún tipo de relación formal con la fábrica por lo que esto evita cualquier reclamo.

El abuso radica en que el suscriptor firma aceptando esta cláusula predispuesta y abusiva de que el valor de la cuota sube de la mano con el valor móvil, y este valor lo establece unilateralmente la fábrica.

Hecho los estudios correspondientes, concluimos también que las estructuras societarias de la Administradora de los planes y de la Fábrica son estrechamente vinculadas, tienen el mismo presidente, en nuestro caso de estudio, Sr Cristiano Santiago Argentino Rattazzi; Tienen los mismos directores titulares. Todas son las mismas personas en ambas estructuras jurídicas dejando patente su vinculación y control societario.

Tampoco se puede negar que ambas sociedades tienen como finalidad exclusiva la venta de automotores “0” Km de las específicas empresas a la que están vinculadas, que los fabrican y/o lo ensamblan y/o se encuentran consorciadas.

J. Mosset Iturraspe, afirma que la conexidad contractual se realiza en la operatoria, teniendo como medio un contrato vinculado, de un contrato de crédito, a un contrato de compraventa, pero deben ser considerados como una unidad económica. Con los grupos de Ahorro el fabricante asegura la venta de parte de la producción.

Ahora bien la fijación del precio del bien que es móvil queda en manos del fabricante, en forma arbitraria y antojadiza, por cierto claramente abusiva, a fin de vender a un grupo cautivo de suscriptores, que a su vez administra una empresa controlada por la fábrica vendedora (Sociedad Administradora). El salir del grupo al participante le hace sufrir una gran pérdida en tiempo y dinero.

Al importar el contrato de Auto ahorro un contrato de larga duración, la interpretación debe ser dinámica, lo que repercute al cambiar el escenario económico nacional deben reformularse las condiciones económica particulares del Contrato (Alterini Atilio).

En el caso la excesiva onerosidad sobreviniente, por uso abusivo de la cláusula de fijación unilateral del precio. (Valor móvil).

La jurisprudencia negaba unánimemente la facultad de fijar un nuevo precio como exclusivo arbitrio del vendedor, sin sujetarlo a ningún tipo de control o consentimiento, pues de lo contrario la obligación se convertiría en puramente potestativa. C. Com. Sala A 4/07/63; L.L. 113-186 F.-

Se debe tener en cuenta que el valor del bien aceptado al ingresar al plan por el suscriptor resulta de un análisis de autoevaluación de posibilidades económicas, teniendo entre otras variables en cuenta el ingreso. En el curso de la duración el valor móvil aumentó desproporcionadamente con relación a los ingresos iniciales al momento de la firma del contrato del suscriptor.

A su vez la referencia a algún parámetro que hiciera la fábrica en el aumento del valor móvil, violaría los art. 7 y 10 de la Ley 23.928. Asimismo, se analizó si los aumentos respondían a alguna lógica o pauta no encontrándose nada razonable.

El precio y la cuota se pactó en moneda argentina tampoco el valor móvil se puede referir en su aumento al valor dólar pues se estaría indexando lo que se encuentra vedado. Ello no se compadece con el aumento de los ingresos de quién debe pagar la cuota.

Dadas las grandes devaluaciones producidas en nuestro país el único que debe soportar los desequilibrios es el suscriptor ya que la fábrica aumenta el precio del automotor de manera antojadiza y arbitraria.

El bien adquirido al final del contrato ha tenido un valor indexado. El desajuste se exhibe palmariamente dado que a la par que las cuotas de los planes aumentaban la fábrica ofrecía la compra a terceros no adherentes a los planes, mediante ofertas a muchísimo menor precio del que establecía en los planes.

Este desequilibrio irritó obligo a la actora a recurrir a la justicia a fin de que diera al adherente un trato digno y equitativo aplicando la legislación vigente del consumidor. También queda claro el abuso de posición dominante ejercida por dos sociedades que se encuentran consorciadas. No se cumple con la tarea de Administración y su actividad en defensa de su representado que es propia de quién maneja dinero de terceros- lo debe realizar como un buen hombre de negocios.

En la causa que estamos comentando se invocó derecho ofreció prueba acreditando el desequilibrio agudo y dañoso entre los ingresos del cuentista que a la firma le eran suficientes para abonar la cuota y el aumento del precio móvil que a la postre hizo subir la cuota desmesuradamente.

A tal efecto se adjuntó una pericia por parte de un profesor de matemática financiera de la carrera de Contador Público de la Universidad Nacional de San Luis de la que se desprende el excesivo aumento de la cuota, no es proporcional a los ingresos del adherente, no se corresponde con la certeza de quien adhiere al plan pues nunca va a saber el precio que va a pagar por automotor. No sabe tampoco cuál es la financiación usada, si se indexa violando la prohibición legal, o si cobran intereses desmedidos. Si bien la Sociedad Administradora se rigen por la normativa vigente para las compañías financieras tampoco se compadece plenamente con dicha normativa.

Doctrina

La **ausencia del temperamento jurisdiccional adecuado del a quo, para resolver en el marco de la tutela jurisdiccional diferenciada a favor del consumidor**, prevista por todo un sistema jurídico que manda observar un estándar protectorio más alto, a favor de éste sector especialmente vulnerable de nuestra sociedad se exhibe en el caso analizado.

Que una de las premisas por la que se cumple con el estándar mencionado y que encuentra base constitucional, resulta el **favorecimiento del acceso a la jurisdicción de usuarios y consumidores**, en base al imperio de una comunidad de principios establecidos en la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales que versan sobre Derechos Humanos (art. 75 inciso 22 C.N) -que impactan en el derecho público y en el derecho privado-, que ponen en el centro de la escena jurídica la persona humana y sus derechos fundamentales.

Que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derecho – privado- respetando la pirámide jurídica y la jerarquía establecida, basado en los derechos humanos (constitucionalización del derecho privado). Se multiplican las fuentes del derecho para resolver el conflicto social. Los Códigos del siglo XIX pierden centralidad para dar paso a un diálogo de fuentes (Primer Congreso Sudamericano de Derecho del Consumidor Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad Nacional del Litoral El diálogo de fuentes en el Derecho del consumidor Dr. Bruno Miragem 02/09/2015). El método del diálogo de fuentes tiene sobre todo un compromiso con la realización de la finalidad de la autoridad de la norma y los valores fundamentales que ella protege.

Que lo dicho implica la visión del derecho desde un nuevo paradigma, fundamentalmente en lo que respecta al concepto de igualdad, la que, ya no es concebida únicamente como igualdad formal ante la ley (art. 75 inciso 23 C.N), sino, como igualdad estructural (Roberto Sabá) en una sociedad que posee sectores especialmente vulnerables (ejemplos: niños, niñas y adolescentes; personas con discapacidad; personas de la tercera edad; pueblos originarios; consumidores y usuarios, etc.)

Que es en el Título Preliminar del Código Civil y Comercial de la Nación – particularmente en los arts. 1 al 14- (Ley 26.994 del año 2016) donde se expresa el espíritu legislativo previsto para la resolución de los casos que el nuevo código regula, con especial hincapié en las leyes que resulten aplicables, conforme con

la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte, teniendo en cuenta la finalidad de la norma. Agregando que, la ley debe ser interpretada, teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, **las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.**

Que el art. 42 de la Constitución Nacional establece que los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno.

Que dicha norma revela la especial protección que el constituyente decidió otorgar a los usuarios y consumidores en razón de ser sujetos particularmente vulnerables, y en cuanto al planteo efectuado en autos interesa, en tanto los desequilibrios del sistema económico donde se desarrolla el contrato, solo impactan –negativamente– en la parte contractual más frágil.

Que cabe destacar que la presunción de vulnerabilidad es de carácter absoluta y se extiende a todos los consumidores y usuarios, independientemente de su condición social y económica.

Que enseña Alicia Ruiz (Ruiz, Alicia E. C., “Violencia y Vulnerabilidad”, en *Revista Institucional de la Defensa Pública de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, marzo de 2011, pp. 13/22) que cuando el discurso jurídico instala la categoría de “vulnerable” o “en condiciones de vulnerabilidad” quiebra la igualdad formal de los “todos” y amplía y transforma el campo de los sujetos de derecho. Asumir y superar la vulnerabilidad que niega a tantos el ingreso al rango de sujetos de derecho, requiere la apertura a nuevos paradigmas epistemológicos para el discurso jurídico, conjuntamente con una radical profundización de las prácticas democráticas en los espacios públicos y privados —que debe abarcar a la justicia como órgano estatal—, una participación activa y permanente del Estado a través de la formulación y ejecución políticas públicas inclusivas y de un Poder Judicial que no renuncie, bajo ninguna circunstancia, a su responsabilidad de controlar que las garantías no sean solo palabras.

Que la vulnerabilidad de los usuarios y consumidores resulta relevante jurídicamente y tiene origen en una debilidad técnica, jurídica, fáctica y de información. Por ello, la voluntad del sistema jurídico es la de mantener o recuperar

el equilibrio de las relaciones de consumo, reconociendo en el consumidor una vulnerabilidad que amerita un estándar de protección mayor.

Que inclusive, dentro de la categoría de consumidores y usuarios, existen ciertos grupos, como al que pertenece la actora, que por su condición merecen una protección especial, se trata de las personas que se encuentran en condición de “**hipervulnerabilidad**”, como en nuestro caso es el adulto mayor. En tal sentido, en las “100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad” aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana —a la cual adhirió por la CSJN en la acordada 5/2009—, **se recomienda priorizar actuaciones destinadas a facilitar el acceso a la justicia de aquellas personas que se encuentren en situación de mayor vulnerabilidad**, ya sea por la concurrencia de varias causas o por la gran incidencia de una de ellas.

Que por su parte, en las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil se concluyó por unanimidad que la categoría jurídica de consumidor se construye a partir de la existencia de dos elementos estructurales: a) la vulnerabilidad o debilidad, y b) el destino final de los bienes incorporados, para beneficio propio o de su grupo familiar o social. Dichos elementos, justifican la especial tutela protectoria que le confiere el ordenamiento jurídico argentino. Tratándose de consumidores especialmente vulnerables, en razón de concretas condiciones personales se debe acentuar el principio protectorio.

Que este principio protectorio juega un rol fundamental en el marco de los contratos de consumo donde, es preciso destacar, el consumidor se encuentra en una posición de subordinación estructural. La lesión a su interés en este campo puede surgir no solo de cláusulas contractuales en sí mismas, sino de los modos de aplicación de estas o, simplemente, de conductas no descriptas en el contrato, pero que constituyen una derivación de la imposición abusiva de ciertas prácticas.

Que la relación de consumo es una relación de poder y, consecuentemente, es desigual. La visión de la libertad como capacidad supone que el Estado debe tomar un rol activo en la misión de capacitar (igualar) a las personas que el mercado o la sociedad discapacitada (Croxato, Guido, “Operatividad y reconocimiento. El problema de la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales”, en *Revista Derecho Público*, año 3, n° 7, Bs. As., Ediciones Infojus, 2014, pp. 117/163.).

Que es por ello que, con el fin de preservar la equidad y el equilibrio en estos contratos, la legislación contempla previsiones tuitivas en su favor en aras de afianzar esta **protección preferencial de raigambre constitucional**. Así es que frente a la problemática del desequilibrio contractual que se presenta de manera acentuada en el derecho del consumo, el legislador fue estableciendo reglas que imponen deberes al predisponente y que describen conductas prohibidas porque abusan de la buena fe del consumidor, así como de su situación de inferioridad económica o técnica.

Que en este sentido, la Ley N° 24.240 (texto reformado por la Ley N° 26.361) prevé, como regla general, que “Los proveedores deberán garantizar condiciones de atención y trato digno y equitativo a los consumidores y usuarios” (art. 8° bis). A su vez, establece como prohibición específica que “...Sin perjuicio de la validez del contrato, se tendrán por no convenidas: a) Las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños; b) Las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte (...).”

Que a su turno, el Código Civil y Comercial de la Nación establece que “Los proveedores deben garantizar condiciones de atención y trato digno a los consumidores y usuarios” (art. 1097), como así también “un trato equitativo y no discriminatorio” (art. 1098). Además, que “sin perjuicio de lo dispuesto en las leyes especiales, es abusiva la cláusula que, habiendo sido o no negociada individualmente, tiene por objeto o por efecto provocar un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor” (art. 1119) y que ésta debe tenerse “por no convenida” (art. 1122).

Que esta tutela especial se acentúa aún más en los contratos de adhesión celebrados con consumidores y usuarios, donde, del otro lado de la relación jurídica, se encuentra una entidad profesional en la intermediación financiera de bienes y servicios y cuya finalidad es obtener un rédito en su actividad. Estos contratos, debido a su celebración mediante la adhesión a condiciones generales predisuestas, provocan un contexto propicio para las cláusulas y prácticas abusivas. Por ello aquí, tanto la legislación como el control judicial juegan un papel preponderante para hacer operativo el derecho previsto en el art. 42 de la Constitución Nacional.

Que esta tarea judicial no puede ser ajena a la habilidad para identificar, percibir y entender las señales y contextos en las interacciones sociales, porque

de estar ausente en el juzgador un grado mínimo de sensibilidad social, las consecuencias de sus resoluciones son nefastas, en tanto, dichas decisiones no son razonablemente fundadas, ocasionan un aumento de la litigiosidad, hacen de la vida en sociedad un problema más grande y terminan por deslegitimar al Poder Judicial.

Que lo dicho exige a los jueces una particular destreza jurídica para ejercer la magistratura de una forma distinta a la que se hacía con anterioridad a la vigencia del sistema conformado por las normas arriba apuntadas. Ello se vincula con que, en la actualidad, no basta con que el juez desarrolle una tarea mecánica de subsunción normativa y estandarizada, sino que, exige una tarea más reflexiva para resolver el conflicto social conforme una visión sistémica. La aplicación armónica de estos cuerpos normativos resulta esencial para eliminar asimetrías que distorsionan el mercado de bienes y servicios en perjuicio del consumidor.

Actuación de los tribunales

Sorprende causa el primer expediente de los numerosos en que los jueces mantuvieron la postura. Se trata del identificado con el número 353273/19 Segunda Circunscripción judicial asiento en Villa Mercedes San Luis.

Iniciado el proceso con la demanda se corre vista al fiscal, cumpliendo L.D.C., ordenado por el juez, con fecha 9-2-20 el fiscal emite su dictamen, afirmando que la cláusula 24 del contrato de adhesión “pacto de prórroga de jurisdicción”, de los tribunales donde se firma el pacto a la ciudad de Buenos Aires, a la jurisdicción de la provincia del domicilio del deudor y el tribunal es la de la capital de la provincia. La fiscalía concluye que la Juez interviniente es competente para entender.

El pedido de dictamen fue requerirle al fiscal en forma expresa se expidiera sobre la competencia del tribunal. En el que se debe aplicar la L.D.C.

El expediente vuelve el 14-02-2000, se decreta el 17-2-2000. V.S. afirma, el dictamen del fiscal es no vinculante, no corresponde encuadrar la presente acción en la L.D.C. en razón de los breves plazos, para la tramitación del proceso por ello es prudente la aplicación del art.53 L.D.C. 24240 y 26361 art.26, en consecuencia, se imprime el trámite del juicio ordinario art. 319 inciso 3 (sic). No se acepta la acreditación de personería mediante carta poder y se ordena correr

vista a la oficina de Control de tasa judiciales a fin de que se expida sobre la tasa de justicia que debe tributarlos autos. En consecuencia, previo a considerar lo peticionado corresponda se cumpla con lo requerido. (Primer decreto).

El día 20 de febrero del 2020 (por actuación de oficio), la juez interviniente emite otro decreto, en donde afirma que por un error material involuntario por haber quedado guardado en el sistema informático un borrador con distintos proyectos extremo que se evidencia por las contradicciones del primer decreto en uso de sus facultades declaro nulo su primer decreto del 17-2-20 el cual fue firmado por el mismo juez. Y vuelve las actuaciones a despacho.

El día 21 de febrero 2020, se declara incompetente por haber pactado las partes otra jurisdicción y agrega, la supuesta calidad abusiva de la estipulación contractual sostenida por la agente fiscal, no es tal por estar inserto en un contrato con cláusulas predisuestas, por lo que el actor podría haber optado por no celebrar el negocio. Y manda a archivar el expediente.

Ante ello la actora Apela y recusa.

Luego de otras alternativas pasa “sin sorteo” al otro juzgado en cuestión JCC3. Decreta que no corresponde enmarcar el proceso en L.D.C. Argumenta que las partes han desplazado la competencia (prórroga). El dictamen fiscal no es vinculante, menciona el artículo 24 del Contrato de adhesión al Plan, se declara incompetente. Por ello no se provee el tema de la recusación ni los pedidos de nulidad previa.

En este mismo juzgado en otro expediente similar la Juez avanza aún más en sus razonamientos, que la llevan a no aplicar la L.D.C. Afirma también que el dictamen de la fiscal no es vinculante y que se ha pactado los tribunales ordinarios de la ciudad de Buenos Aires y/o el domicilio del adherente al plan a elección de la Administradora. En todos los casos la jurisdicción será la de la Capital Federal, o de la capital de la provincia del domicilio de los solicitantes, previo la administradora deberá intimar al adjudicatario moroso...de lo que resulta que la parte actora podría no haber celebrado el negocio... me declaro incompetente en la presente causa

Parafraseando a Ortega y Gasset escribir este humilde comentario lleva una intención puramente pragmática. Necesito orientarme en mi vida profesional larga y dilatada, como también muy intensa, sobre el destino de los tribunales a los que me siento radicalmente adscrito, necesito vivir de claridades, y lo más despierto posible.

Como síntesis podemos decir que en la segunda circunscripción judicial de la Provincia de San Luis con asiento en la ciudad de Mercedes, la cual cuenta con tres juzgados civiles y comerciales DOS (66%) rechazan la competencia para aplicar la ley de Defensa del Consumidor y por vía indirecta declarar consagrar la legalidad de las cláusulas abusivas.

IV. La función del Juez en la aplicación de la ley de Defensa del Consumidor.

Mucho se ha escrito sobre la función del juez en la aplicación del derecho ahora nos referiremos a propósito del comentario del presente artículo a describir a su función con relación a la aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor. En éste aspecto vamos a seguir metodológicamente el artículo del Dr. Pascual Alferillo publicado en la ley 2009-D-967.

El tema gira alrededor de la actividad judicial en la vigencia y evolución de las normas de la L.D.C.

Citando numerosa doctrina el autor opina que los jueces pueden actuar negativamente, pueden menoscabar y destrozar la misma no pudiendo romper la norma positiva y dedicarse a crear un sistema legislativo propio.

Se destaca que la ley es de orden público, siendo su aplicación esencial para el desenvolvimiento económico del país, colocando la ley de Defensa del Consumidor por encima del interés de algún sector determinado.

Recomienda que el juez deba tener una enérgica observancia en el control de las cláusulas del contrato, y en especial de los contratos de adhesión, donde el contratante no tiene posibilidad de modificar las cláusulas predeterminadas.

También parte de que la L.D.C. ha pretendido ordenar la premisa que el juez deba conocer.

Cerrando la opinión el autor que el Juez está convocado a contribuir a la efectivización de los derechos de los más débiles la realidad impone el abandono del clásico estado de pasividad procesal de la magistratura.

V. Dificultades que se le plantean al pretensor de justicia

El artículo que hemos comentado se concentra en un canto al deber ser de la magistratura judicial.

Ahora bien, nos preguntamos qué pasa con casos como el que origina el presente artículo cuando la mayoría de los jueces de una circunscripción judicial actúan contrariando el deber que les impone el cargo y la ley.

Cabe a esta altura, advertir en el presente trabajo, que los fallos que se analizan, son de primera instancia, y en base a esta situación poco común, de comentarios de fallos de primera instancia, lo que al jurista menos advertido lo llevaría a quitar importancia al presente, en razón de los recursos disponibles por las partes, con que se pueden revocar decisiones contrarias a derecho en instancias superiores que están consagradas en las legislaciones procesales de todo el país. Nos pareció necesario trabajar sobre ellos pues son un obstáculo para la aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor y del Código Civil y Comercial.

Pero la situación de la proporcionalidad de jueces de una circunscripción judicial que no aplican la L.D.C (66%) desde nuestra opinión merece este humilde comentario.

Ello es un indicador para advertir que se está expulsando al ciudadano del verdadero y moderno acceso a la justicia, se cristaliza por otra parte una situación de injusticia y abuso notorio como así un injustificado apartamiento de los preceptos de L.D.C y del Código Civil y Comercial lo que implica que es una situación seria.

La situación de estos juzgados dista de los anhelos expresados en los fundamentos del constituyente, de los fundamentos de la sanción de L.D.C y de la opinión del artículo mencionado.

¿Ahora bien que nos lleva a escribir este humilde trabajo? ¿Cuáles serían las consecuencias dado que en instancias superiores pueden revertir las decisiones?

Trataremos de analizar en forma breve las consecuencias de las resoluciones judiciales es esta situación.

Muchas son las dificultades y pérdidas que se producen y en esa inteligencia trataremos de analizarlas, las que a nuestro criterio son injustas y costosas para los que recurren a la justicia.

a) Costo

El costo de quién acude a la justicia, buscando una respuesta y esta se la niega, frente a una situación de exagerado y confiscatorio aumento en el monto de las cuotas de los planes de ahorro, agudiza de por sí el daño que viene sufriendo el actor.

El no aplicar la L.D.C. le obliga a pagar la tasa de justicia, primera violación del principio de gratuidad con que cuenta la mencionada legislación.

Obliga al actor a apelar a instancias superiores (Cámara de apelaciones), ese acto lleva una tasa de justicia, que si no se paga impide continuar con el trámite o en su defecto lleva un engorroso circuito de vistas y liquidaciones que son más perjudiciales en cuanto a costo que aún pagar las tasas. Debemos recordar que el tiempo erosiona el patrimonio del actor, pues debe pagar la cuota confiscatoria.

Implica también seguir pagando la cuota que desmesuradamente ha aumentado y agudizar el agobio económico, so pena de caer en mora y perder los derechos de recurrir a la justicia en procura de amparo.

El tiempo que insume la resolución de la instancia superior es neto perjuicio económico

Se debe tener en cuenta que recién estamos en el comienzo de la acción y que ya han pasado un año y medio del desfasaje económico y encarecimiento de la cuota (abril de 2019 a junio 2020).

Resulta contradictorio que quién recurra a la justicia en la búsqueda de amparo, resulte gravemente lesionado por la tardanza de la solución. Más aún el órgano encargado de la corrección de los desequilibrios contractuales, con sus disposiciones dilata el restablecimiento de la equidad.

b) Tiempo

Otra gran dificultad que surge de la situación descripta, es el “tiempo” que se deberá consumir para corregir tamaño errores.

Es así que entre las vistas a la Dirección de Recaudación Impositiva Provincial, planteamiento de apelaciones, en primera instancia, “su rechazo” en primera instancia la mayoría de los casos, plantear la queja por apelación denegada, estudio para abrir la queja, resolución de la misma, espera que quede firme, y

luego se eleva el expediente principal una vez que fuera abierta la queja, plazo que se otorga para sustanciar la apelación, y su trámite, poner el expediente en condición de autos para resolver, dictar la correspondiente resolución, notificarla esperar que quede firme y bajar el expediente. Cuando bajan la mayoría de las veces sale con un recibido (a secas), instar la resolución que causó agravio, esperar el decreto todo ello insume alrededor de diez meses o más.

La justicia en una época de crisis tan grave se transforma en una nueva causal que le causa daño al actor, agravio éste que debe ser sumado al descripto en la demanda que se trata de reparar.

Esta circunstancia sumada a la pandemia del COVID-19, que agravó la grave crisis económica del país debe tenerse en cuenta para intentar la comprensión del problema.

Ante muchísimos años de falta de crecimiento económico, la falta de oportunidades laborales, generalizada pérdida de puestos de trabajo en el marco de una gran inflación. Ello constituye una sumatoria explosiva a la cual el poder judicial le debería prestar una atención más diligente. Hay una justicia para tiempo normales y una justicia para circunstancia de excepción.

Los salarios de quienes han adherido al plan, como el que ocupa nuestro comentario, se han deteriorado y no se actualizan en comparación a la suba de precios. A ello se le suma como cierre la desmesurada y arbitraria suba de la cuota a pagar.

Esta suma de variables negativas que afectaron a los adherentes del plan en el espacio de tiempo que se trata de revisar judicialmente, demuestran palmariaamente que las previsiones que se tuvieron en cuenta al momento de la firma cambiaron drásticamente.

En realidad, los aumentos producidos por fábrica no responden a parámetro alguno, sin embargo, son superlativamente mayores a la desvalorización de la moneda y el valor del dólar.

La fotografía del contrato de Adhesión es, de un lado el adherente, el cual no incide en la suba de su salario ni puede decidir el monto que debe tener su retribución y por el otro lado la fábrica que produce los automotores que establece el precio del valor móvil que se debe tener en cuenta para el cálculo de la cuota, sin atenerse a ninguna variable económica que pueda el actor controlar. Ambos están ligados por medio de un contrato complejo, que esconde una compraventa de automotor.

El precio establecido beneficia excesivamente a la fábrica, ésta no corre ningún riesgo, no comparte ningún esfuerzo frente a la crisis, y por el otro quién abona el precio perjudicado doblemente desde el lado de los ingresos y desde las erogaciones.

c) Daño que se quiso evitar recurriendo a la justicia

Habiendo perdido el equilibrio el contrato complejo de Auto ahorro para la compra de automotores, y habiéndose transformado el suscriptor que es la parte más débil en perjudicado económicamente (damnificado) es que se inician los procesos judiciales.

Estos procesos buscan que los jueces reestablezcan la equidad y el equilibrio perdido, a los fines de dar seguridad y claridad a los aumentos del precio móvil, que se conserve la ecuación económica del inicio del contrato, y cese la producción del daño que con el tiempo se agrava.

Es muy importante la época que se debe tener como referencia dado que se supone con grado de certeza que quién se obliga en un contrato tiene en cuenta para la toma de decisión, sus ingresos, como sus gastos personales y familiares. Dado que los aumentos de las cuotas llegaron a ser tan excesivos que el suscriptor del plan debía resignar algún gasto de importancia para su vida para poder cumplir con la cuota. Se llegó al extremo de que el presupuesto familiar había entrado en crisis, impactando en su núcleo familiar.

Para los adherentes al plan no es una decisión fácil iniciar un proceso judicial, con todo lo desconocido e imprevisible que tiene la justicia para el ciudadano común.

Pero empujado por la realidad y la necesidad de ser escuchado para reestablecer las condiciones del contrato que por las razones apuntadas le producen daño, es que recurre a la justicia.

La base de la acción, como se ha ido desarrollando, se encuentra en el contrato y en el transcurso del contrato como se ha aumentado la cuota tornando insoportablemente excesivo el precio de la unidad, suba unilateral dispuesta por la fábrica.

En el contrato de adhesión firmado resalta numerosísimas cláusulas nulas, por abusivas entre otras la elección de los tribunales competentes, cuando la Administradora del plan sea actora, este pacto es abusivo por repugnar el bene-

ficio reservado en perjuicio de la parte más débil –consumidor- Pero otra situación mal interpretada es que la elección de la jurisdicción reservada claramente es para cuando la administradora sea actora en situaciones que tendría que demandar a algún ahorrista. Y esa salvedad excluye tal privilegio cuando la administradora es demandada, pues de lo contrario no se hubiera redactado de esa forma.

Los tribunales frente a la iniciación del proceso en la justicia del domicilio del cuentista, que también coincide con la ciudad donde se firmó el contrato, interpretan que el contrato pacta una prórroga de jurisdicción (art. 24 del contrato) y sin tener en cuenta el pedido de nulidad de la cláusula abusiva por L.D.C. ni tampoco reparar que la Administradora no es actora si no demandada, declaran su incompetencia.

Esa declaración de incompetencia nos permite señalar tres errores contrariando la aplicación de la L.D.C.

La facultad de elegir la jurisdicción es de la sociedad Administradora y no del Juez. El juez no puede adivinar la jurisdicción que puede llegar a elegir la Administradora.

De acuerdo al contrato el órgano judicial, no cuenta con la facultad que se han reservado uno de los contratantes, y solamente cuando esta es actora.

Los privilegios o ventajas reservadas en el contrato son de interpretación restrictiva.

Otro de los errores en que ha incurrido el tribunal, es que en la demanda se pide la nulidad de la cláusula en cuestión, por parte de la actora encuadrado el planteo en el carácter de abusiva y con encuadre en la Ley de Defensa del Consumidor.

Desde nuestra óptica debería de haberse expedido el Juez y de acuerdo a la decisión que se tome declararse incompetente para entender en la causa.

De otra manera quedaría inoperante la Ley de Defensa del Consumidor, dado que ese pacto nunca podría ser revisado como abusivo en tiempo oportuno.

En la práctica, el tribunal actuó a la inversa, con una grave consecuencia subyacente, que es declarar su inaplicabilidad, con graves consecuencias posteriores.

Al declararse incompetente, sin expedirse sobre la nulidad de la cláusula, está afirmando tácitamente que la cláusula no es abusiva, y como consecuencia no estar sujeta a revisión judicial, llegando como colofón que hay que atenerse

al contrato en forma literal, todo ello de acuerdo a una interpretación que no está de conforme con el plexo normativo vigente no con lo que el legislador quiso sancionar.

Se denota que no se consideró que el ahorrista era la parte más débil, que la demandada había redactado ese pacto y que el beneficio era directamente para la parte más fuerte, con un carácter abusivo.

La desventaja y perjuicio se patentiza en el curso de la ejecución del contrato y mientras éste se va cumpliendo, como consecuencia de los graves estados de emergencia económica que vive nuestro país.

Como apuntamos, desde el momento que nuestro país firma los tratados internacionales, que estos fueran incorporados a la letra constitucional, y se sancionara específicamente el art. 42 CN de protección al consumidor, como también a propósito del mandato constitucional se dictara la Ley de Defensa del Consumidor, luego coronada cuando se sancionara la Unificación de los Códigos Civil y Comercial en el que se incorpora un nuevo paradigma de interpretación de la ley. Todo ello cambia el desempeño del juez frente al proceso y la ley.

En efecto se exige a los jueces que tengan mayor intervención en los procesos, pero con el claro mandato de favorecer el acceso a la justicia de los sectores más vulnerables, lo que se ha dado en llamar tutela judicial diferenciada.

En ese sentido se sancionan claras directivas legales, con los siguientes principios: *Favor debilis*. La observación y corrección del abuso de la posición contractual. El análisis de abuso de la posición en el Mercado. Aplicación de la ley de Oficio, la Ley de Defensa del Consumidor es de Orden Público. Observar la preeminencia de un mandato de una ley de Orden Público sobre una convención de particulares. Restablecimiento de la equidad vulnerada como obligación del juzgador. Limitación del Principio de Plena Libertad contractual.

Dichos mandatos se encuentran especialmente en los arts. 1,2 y 3 del Código Civil, 42 de la Constitución Nacional y 75 inciso 23 del mismo cuerpo legal.

Todos estos principios sustituyen al desgastado principio de interpretación judicial de la subsunción y lo reemplazan por el paradigma de la "Ponderación". Se trata de corregir asimismo situaciones de claro sesgo monopólico y falta de competencia en perjuicio de los consumidores.

Afirmamos enfáticamente que el consumidor de planes de ahorro, no le queda alternativa que aceptar las cláusulas establecidas por las fábricas a través de los planes, sin tener posibilidad de modificar ninguna.

Ello impide hablar de mercado, las fábricas mantienen cautivo el mercado y perjudican su transparencia, en perjuicio del consumidor.

Se recurre a la justicia en consecuencia a fin de que honrando el cumplimiento del art. 42 de la Constitución Nacional proteja al más débil, obteniendo como respuesta el agravamiento de su situación.

e) Mecanismos burocráticos para obtener el reconocimiento de derechos

En forma breve nos referiremos a la lentitud exasperante de los tiempos judiciales.

Obtener el reconocimiento de los derechos se enreda en una serie de rituales y trámites teniendo como resultado el logro de la injusticia. No es lo que los ciudadanos requieren como respuesta de la justicia.

La Argentina con la incorporación al plexo constitucional de los tratados internacionales que ha firmado, ha incorporado la interpretación ágil de la equidad.

No es la mirada ética que va de suyo que la tiene, sino como objetivo a lograr, la equidad operativa, teniendo como meta obtener y discernir la justicia real y a tiempo.

No se corresponde con esta interpretación más integral, eternizar un trámite judicial, con la celeridad que requieren la solución del Derecho del Consumidor abriendo incidentes innecesarios, otorgando apelaciones de trámites que no se compadecen con el remedio de la revisión, decretando escritos con significado críptico, como puede ser para su oportunidad, estese, y otros parecidos.

f) Violación de los fines que se tuvieron en cuenta al sancionar el plexo de Defensa del Consumidor

Se requiere en consecuencia que el proceso se desarrolle con debido uso del tiempo, para que la justicia solicitada llegue a tiempo.

La fugacidad del tiempo en nuestra época no se corresponde con una justicia concebida en los tiempos pretéritos.

La continuación de ritos y formas desactualizadas crean una atmosfera de descreimiento del servicio de justicia. Siendo que esta actividad estatal es esencial para la paz social.

El mundo ha cambiado y la justicia se debe adaptar, de no hacerlo quedaría como una antigüedad inútil promotora sin saberlo de disrupciones en la paz social.

VI. Violación de las directivas legales por los jueces. Actuantes

El criterio libre de los jueces

Se ha afirmado en forma indiscutible, que los jueces deben apreciar la prueba de acuerdo a la sana crítica.

También es otro principio indiscutible que ningún otro poder puede influir en sus decisiones, so pena de violar el principio de división y equilibrio de poderes, como funciones del poder del Estado.

Es decir, el juez ejerce señorío en las causas sometidas a su decisión.

Ahora bien, en los momentos de crisis económica cuando se precipitan los conflictos y el mantenerlos sin resolución agrava el daño que se infringe a la parte más débil. Son situaciones que no admiten dilaciones en la decisión judicial, dado que su mantenimiento en el tiempo aumenta su situación de conculcación de sus derechos.

El solicitante de justicia recurre confiado en la resolución del conflicto y se encuentra con un verdadero aumento del sufrimiento.

Desde otro costado existe un plexo legal que es el Juez el primer encargado de cumplir, y no lo hace en el caso concreto.

Si bien es cierto que este comentario, refleja la practica en la aplicación del derecho y no la teoría que en general es lo que ocupa la preocupación de la doctrina. Si bien los casos son de resoluciones de primera instancia, también es cierto que una jurisdicción judicial en un porcentaje del 66% en primera instancia esta desconociendo abiertamente todo el plexo normativo referido al consumidor como también materia de preocupación en los debates académicos los que le deben encontrar una explicación.

Esta materia del consumidor impregnado en su propia debilidad contractual, ha llevado mucho papel ríos de tinta, que se transforman en cenizas y letra muerta por actuación de la mayoría de los jueces civiles de ésta jurisdicción

Mandatos legales que deben acatar los jueces

El criterio de libertad de apreciación de los jueces cede frente a expresos mandatos legales que trae el plexo normativo en materia de derecho del consumidor.

El mandato CONSTITUCIONAL, que la reforma de 1994 sanciona en un art. expreso 42- se dirige a las autoridades desde distintas perspectivas y consignas. Es así que al Poder Ejecutivo le ordena materializar la defensa de estos derechos organizando y creando organismos específicos de Defensa del Consumidor. Esta directiva es tanto para la esfera Nacional como la Provincial.

Estas descentralizaciones administrativas están encargadas de velar para que una porción de ciudadanos que se colocan en el rol de consumidores no sean perjudicados en una situación de desigualdad contractual con el proveedor. Esa relación de falta de equivalencia en el vínculo contractual, debe ser custodiada, revisada y restaurada, en caso de ser solicitada la intervención de dichos organismos.

El mandato se dirige al Poder Legislativo quien la cumple sancionando normas que expliciten la protección al consumidor.

Por último, se dirige al Poder Judicial cuya función es transformar en realidad operativa, el plexo normativo institucional, y en ese caso hacer efectiva la tutela de los Derechos del Consumidor. Este debe actuar con esmero y cuidado en la resolución de los conflictos, dentro del marco constitucional y legal vigente.

El Juez trabaja con el conflicto y usa del plexo normativo para su respuesta y solución. De allí es que el Juez debe fundar su pronunciamiento. En esa inteligencia debe respetar la Constitución y sus mandatos de protección al consumidor. Debe observar también la aplicación del marco normativo y en especial el carácter de orden público de la L.D.C.

Y luego en caso de colisión que se pudiere dar en la interpretación del contrato inclinarse a favor de la protección del consumidor.

Con las reformas que se sancionan luego de la inclusión del art. 42 de la Constitución Nacional año 1994 y especialmente con la sanción de la Ley de Defensa del Consumidor y de la Unificación de los Código Civil y el Código de Comercio, en el título preliminar del cuerpo unificado encontramos sancionados claros mandatos a los jueces, de interpretación y aplicación de las leyes. Indicados en su articulado.

En un breve recorrido vemos que en el art. 1 CCC donde se tratan de las “Fuentes del Derecho”. Estas fuentes son el contenido que nutre el razonamiento de los jueces al momento de dictar los fallos. Se amplía con carácter moderno el catálogo de fuentes que contenía el C. Civil (artículo 15), ley, usos, cuando las leyes se refieran a ello no descartando las prácticas en el C. Comercial, en situaciones no regladas legalmente.

El art. 1 del CCC incorpora al anterior catalogo a la Constitución Nacional, Los Tratados de Derechos Humanos. Ello es consecuencia directa de la constitucionalización del Derecho Privado.

Esta ampliación resulta de la recepción de la doctrina sobre el particular y el consenso de los propios constituyentes, frente al excesivo positivismo en las prácticas judiciales. El recurrir a la ley de manera exclusiva había retrasado la evolución del derecho en relación al resto del mundo y no se compadecía con los tratados firmados por la Argentina que no se encarnaban en la realidad. El iusnaturalismo era lo que se aplicaba en el mundo y la ley tal como era aplicada en nuestro país no ofrecía todas las respuestas a la realidad que esta exigía.

Los tratados de Derechos Humanos llegaron cargados de principios éticos y jurídicos, y no se podía seguir con la situación de haber firmado su recepción y la realidad que no los hacía suyo. La corte había dicho: “El Juez debe tratar de preservar la ley y no de destruirla”.

El art. 75 inciso 22 reafirmó la importancia otorgada a los tratados por encima de las leyes.

Otro concepto fundamental que se incorpora al C.C.C es la distinción entre el Derecho y la ley, rompiendo con la identificación anterior. Clarifica la relación genero especie.

Es así que el Juez al fallar debe dejar la directiva metódica y antigua de la subsunción. Los tratados asumen la estructura normativa de los principios y en consecuencia ahora el método que el Juez debe aplicar es el de la ponderación. Se impone en consecuencia el paradigma de la Ponderación o Valoración, cambiando radicalmente la forma deductiva de la subsunción.

En consecuencia, de la norma precedentemente comentada debemos referirnos al art. 2 del CCC, el cual amplía el horizonte de quién aplica el derecho aportando coherencia al nuevo artículo de fuentes.

Podemos mencionar los siguientes pasos que debe observar el juez, las palabras de la ley, su finalidad, las normas análogas, los principios jurídicos, los

valores jurídicos, principios y valores que influyen en la resolución del caso, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos y el cuidado y previsión de considerar al ordenamiento jurídico privado como un todo coherente con el resto del sistema especialmente con las normas constitucionales los últimos tres son especialmente incorporados por la reforma.

Vale la aclaración que principios son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida de lo posible, mandatos de optimización, normas de integración y control axiológico. Tienen función supletoria e integrativa. No tiene el carácter taxativo, pues es un sistema abierto surgiendo en forma permanente la incorporación principios y valores nuevos.

La mención de que el ordenamiento jurídico es un todo coherente y así debe ser tratada, se orienta a ordenar al juez como así le autoriza a usar las fuentes disponibles.

El art. 3 del CCC obliga al juez al resolver los conflictos que le son presentados para su resolución a que su decisión sea “razonablemente fundada”.

La pauta de razonabilidad se vincula con la razón práctica prudencial, Atienza afirma que no basta con la aplicación de la lógica deductiva, dado que el dialogo de fuentes exige recurrir a los principios y valores de un sistema abierto.

La decisión debe ser ponderativa, entre derechos competitivos, que se deben articular mediante razonamientos coherentes, debe reinar el Bien Común y la equidad.

También debe tener el razonamiento judicial la cualidad de ser fundada, que es lo opuesto a la arbitrariedad, no debe haber excesos rituales manifiestos, incongruentes, contradictorios que prescindan de la prueba de hechos notorios.

Todas estas pautas o directivas son estándares para el control de la decisión judicial. La corte en “Ledesma c/ Metrovías le da sentido a los principios y valores.

En el art. 10 del CCC, se consagra un nuevo paradigma de actuación judicial (párrafo tercero), pasando de la centralidad de la ley como fuente principal de la resolución de los litigios, al principio de que las fuentes dialoguen, en consecuencia, se consagra el paradigma de la complejidad.

Es esencial tener en cuenta que la resolución de los casos se debe hacer conforme a la Constitución y los tratados internacionales que ha firmado nuestro país, en el marco de los usos, costumbres y prácticas. Las directivas enderezadas

al funcionario judicial encargado de decidir el proceso, son claras y relativas a que la sentencia se compadezca con la coherencia del ordenamiento jurídico, debiendo ser razonablemente fundada. Se debe tener en cuenta la jerarquía constitucional.

No cabe en consecuencia el razonamiento en el que se imputa al actor la posibilidad de haberse negado a firmar el contrato de adhesión, que era condición para acceder al plan. Dado que se deja sin aplicar el plexo constitucional y el plexo legal derivado de las directivas constitucionales que forman un todo armónico y razonable.

Completa este análisis, el hecho de que cuando nos encontramos frente a un contrato de consumo, se debe aplicar el artículo 1094 del CCC, que obliga al juez a observar los principios que a continuación vamos a mencionar.

El juez debe tener en cuenta, el principio de protección al consumidor; también el de acceso al consumo sustentable, y el *in dubio pro consumidor...*” en caso de duda” prevalece el más favorable al consumidor.

En los casos que ocupa nuestro análisis, se actuó a la inversa. Se decidió con los principios y directivas de los viejos Código Civil y Código de Comercio, circunstancia que vicia la decisión. Se aplicó la subsunción haciendo caso omiso a la ponderación, el juez violó la norma en vez de aplicarla.

El art. 11 del CCC le ordena al juez que cuando tenga que resolver el litigio que se le somete a decisión debe tener en cuenta el abuso de posición dominante. En el caso es evidente que la comercialización está en manos de las fábricas a través de ésta rara creación de los Planes de Ahorro que abusan de una posición dominante en el mercado.

Coronando la directiva con otra pauta que se debe tener en cuenta: “...sin perjuicio de las disposiciones específicas contempladas en leyes especiales...”. Esta última parte debe interpretarse como la obligación de los jueces de no dejar de lado lo ordenado en los microsistemas, en lo que de específico tienen. Si se hiciera lo contrario, tal como se actuó en el caso que nos ocupa, se desconoce el valor y necesidad que tiene un microsistema dentro del ordenamiento jurídico, el cual irrumpe en el todo, por la necesidad que surge de dar respuestas propias, a ciertas situaciones jurídicas que no pueden ser resueltas en forma plena con el sistema genérico. De allí la necesidad del legislador de sancionar un microsistema o como se designa en la norma “... leyes especiales...” .

El art. 12 CCC prohíbe en forma expresa a las convenciones particulares dejar sin efecto las disposiciones contenidas en una ley de orden público, fulminando como fraudulentos todos los acuerdos que los dejen sin efecto, en nuestro caso la cláusula de la jurisdicción donde se debe litigar. Que por otra parte es central en el razonamiento erróneo de los jueces comprometidos en las resoluciones. En el caso que comentamos, se hizo necesario que el juez aborde el contrato revise las cláusulas denunciadas como nulas invalidándolas y abriendo el proceso protectorio, desgraciadamente se violentó el ordenamiento jurídico.

Al tratarse de un contrato la adhesión al Plan de Ahorro con fines determinados que es la base fundamental de los procesos comentados y donde se han dictado las resoluciones objeto del presente análisis, era innegable que se debía cumplir con las directivas del indubio pro consumidor.

Por los arts. 1093; 1095; 1097; 1118; y 1122 del CCC, se le obligan al juez a realizar el control judicial de los contratos, especialmente sus pactos específicos. Nada releva a la justicia de realizar un efectivo control. Se debe analizar si una de las partes está en posición de vulnerabilidad, en su comienzo como en la ejecución del contrato a lo largo del tiempo. En nuestro análisis se produce la situación de vulnerabilidad cuando se dan las circunstancias de hecho relatadas en otra parte del análisis.

VII. Conclusiones

La tutela judicial a la luz de la interpretación constitucional es una obligación del juez.

Esa obligación judicial se ha vulnerado y por ende como consecuencia la resolución es revocable. Pero este comentario no se produce en razón de que una decisión sea por lo erróneo revocada, se realiza como situación crítica y de alarma en la falta de aplicación real de la Ley de Defensa del Consumidor, la cual se desconoce con argumentos que han sido derogados

Se ha violentado también todo el plexo normativo vigente que se debía aplicar. Como consecuencia la ley de Defensa del Consumidor, Constitución Nacional y C.C.C. en el caso han quedado sin aplicación.

También obliga efectuar este comentario la cantidad de jueces de la segunda circunscripción judicial de la Provincia de San Luis (66%), que vulneran la ley y continúan con práctica judiciales derogadas. Situación que configura mal desempeño.

Bibliografía

- Tobías José W Academia Nacional de Derecho Buenos Aires 28-2-12 L.L. 2012- B- 32, DFyP 2012 abril 185.
- Ruiz Alicia Violencia y Vulnerabilidad Rev. Inst. Def. Pub. Bs. As. 2011
- Rivera Julio Cesar C. Civil y Comercial Comentado La ley T.I.
- Rinesi Juan Antonio- Academia Nacional de Derecho de Córdoba (RA) [http:// www.academia.unc.edu.ar](http://www.academia.unc.edu.ar).
- Primer Congreso Sud americano del Consumidor Fac. C. Jcas. Y Soc. Univ. Nac. Lit.: “Dialogo de Fuentes” Dr. Bruno Miragen 2-09-15
- Ortega y Gasset José España Invertebrada Clásicos del Pensamiento Biblioteca Nueva Madrid 2002.
- Orgaz Arturo Introducción al Derecho Ed. Assandri
- Mosset Iturraspe Contratos conexos, grupos y redes de contratos. Santa Fe Rubinzal Culzoni 1999 p. 29 Contratos T. I
- Francisco Yunyet Bas, Comercio y Justicia [https:// Comercio y Justicia, info/blog/justicia](https://Comercio y Justicia, info/blog/justicia) Contratos día 21-04-19.
- Fallo comentado Denna Cristina Elisa c/ Fábrica SA de Ahorro para fines determinados y otros- c/ Acción de Nulidad Exp. 353273/19; otros expedientes 353277/19; 353275/19 todos segunda Circunscripción judicial San Luis.
- Alterini Atilio Contratos Civiles y Comerciales de Consumo Stiglitz Rubén Contratos Civiles y Comerciales Abeledo Perrot Bs. As.
- Alferillo Pascual La Función del Juez en la Aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor La Ley 2009, D 967.

