

**Homenaje del Instituto Noroeste de la Academia  
Nacional de Derecho  
y Ciencias Sociales de Córdoba al Presidente  
Honorario,  
profesor Doctor Julio I. Altamira Gigena**

**Directores**

Doctores Juan Carlos Veiga  
Rodrigo Padilla

**Coordinador**

Doctor José H. Sahián

**2020**



Homenaje del Instituto Noroeste de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba al Presidente Honorario, profesor Doctor Julio I. Altamira Gigena / Luis Alberto Aliaga Huaripata ... [et al.] ; compilado por José H. Sahián. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : IJ Editores, 2020.  
Libro digital, EPUB

Archivo Digital: descarga y online  
ISBN 978-987-8377-32-2

1. Derecho. I. Aliaga Huaripata, Luis Alberto. II. Sahián, José H., comp.  
CDD 340.1

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

Derechos reservados por la Ley N° 11.723

## **Autoridades de la Academia Nacional**

Presidente: Dr. Armando S. Andruet  
Vice Presidente: 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 Hugo Richard  
Presidentes Honorarios: Dr. Juan Carlos Palmero  
Dr. Julio I. Altamira Gigena  
Secretario Técnico: Dr. Christian G. Sommer

## **Autoridades del Instituto Noroeste**

Juan Carlos Veiga (Director)  
Roberto Loutayf Ranea (Vicedirector)  
Rodrigo Padilla y José H. Sahián (Secretarios, Sede Tucumán)  
Gabriel Chibán (Secretario Sede Salta)  
Esteban Javier Arias Cáu (Secretario Sede Jujuy)  
Pablo Ramón Lucatelli (Secretario Sede Santiago del Estero)  
Gastón A. Navarro (Secretario Sede Catamarca)

## **Listado de autores**

Luis Alberto ALIAGA HUARIPATA  
Raúl Enrique ALTAMIRA GIGENA  
Esteban Javier ARIAS CÁU  
Manuel Gonzalo CASAS  
Gabriel CHIBÁN  
Sandra Laura DELL'OSA  
Oscar FLORES  
Adolfo A. IRIARTE YANICELLI  
Julián Emil JALIL  
Roberto LOUTAYF RANEA  
Pablo Ramón LUCATELLI  
Miguel Eduardo MARCOTULLIO

María Victoria MOSMANN  
María Sofía NACUL  
Gastón A. NAVARRO  
Marisa NOGALEDO  
Rodrigo PADILLA  
Álvaro PÉREZ RAGONE  
Martín PLAZA  
Efraín Hugo RICHARD  
José H. SAHIÁN  
Claudia Beatriz SBDAR  
Ernesto SOLÁ y Marcos OVEJERO  
Pamela TENREYRO  
Pablo Roberto TOLEDO  
Guadalupe VALDÉS ORTIZ  
Juan Carlos VEIGA  
Macarena María VILLAGRA VÉLEZ  
Fernando VIRGILI  
Inés de los Ángeles YAMÚSS

## **Índice**

### **Presentación**

**Juan Carlos Veiga**

### **Prólogo**

**Rodrigo Padilla**

### **La conformación de la voluntad social y la jurisprudencia registral (Perú): ¡veinte años después!**

**Luis Alberto Aliaga Huaripata**

I. Veinte años después!

II. La conformación de la voluntad social por la junta general

III. La convocatoria

IV. El quórum

V. Las mayorías (votación)

VI. Los aspectos documentales

VII. A modo de conclusión

### **Reforma a la legislación laboral**

**Raúl Enrique Altamira Gigena**

### **La empresa en su doble rol en el derecho del consumidor**

**Esteban Javier Arias Cáu**

I. Introducción

II. Derecho Comercial y el comerciante

II.1. Antecedentes históricos jurídicos del derecho comercial

II.2. Distintas concepciones del derecho comercial

II.3. La empresa o el derecho de la empresa como centro

II.4 El comerciante o empresario: individual y colectivo

III. El Código Civil y Comercial. La relación de consumo y su ámbito subjetivo

III.1 El Código Civil y Comercial y su metodología

III.2 La relación de consumo

III.3 El ámbito subjetivo: Consumidor y proveedor

III.4. Notas características del proveedor

IV. El ámbito subjetivo conflictivo: el empresario como consumidor

IV.1 La persona jurídica como consumidora

IV.2 La supresión del criterio de no profesionalidad del segundo párrafo del art. 2 de la LDC

IV.3 La supresión del criterio de no profesionalidad del texto del

[Anteproyecto elaborado por la Comisión Dec. PEN N° 191/11](#)

[IV.4 La arbitraria interpretación de la noción de destinatario final \(art. 1092, CCyC; art. 1, LDC\)](#)

[IV.5 La búsqueda de protección para los contratos celebrados por adhesión a condiciones generales de la contratación, que en el régimen legal vigente fue amplificada \(art. 984 y sig.\)](#)

[IV.6 La consideración exclusiva de la vulnerabilidad como elemento intrínseco y fundamental de aplicación del régimen protectorio.](#)

[V. Conclusiones](#)

## **La teoría kantiana del derecho privado**

**Manuel Gonzalo Casas**

[Abstract](#)

[I. Introducción](#)

[II. Diferencia entre las Leyes jurídicas y las Leyes éticas de la libertad](#)

[III. La Ley Universal del Derecho](#)

[IV. Clasificación del derecho](#)

[V. La posesión inteligible como columna vertebral del derecho privado](#)

[VI. La adquisición originaria de un terreno](#)

[VII. El contrato como mecanismo de adquisición derivada](#)

[VIII. Consideraciones finales](#)

## **El aseguramiento de la responsabilidad patrimonial del Estado**

**Gabriel Chibán**

[I. Presentación del tema](#)

[II. Derecho y realidad](#)

[III. Seguro y responsabilidad en la administración pública](#)

[1. El aseguramiento en el sector público. Bases para su análisis y justificación](#)

[2. Sometimiento a la Ley y al Derecho](#)

[3 Principio de legalidad presupuestaria](#)

[4. Principios de eficiencia, economía, sencillez y eficacia en la actuación](#)

[5. Principios de periodicidad presupuestaria](#)

[6. Tutela judicial y administrativa efectiva](#)

[7. La Autotutela Ejecutiva](#)

[8. Razones de Equilibrio y Estabilidad Presupuestaria](#)

[9. El Fenómeno sinérgico](#)

[10. Atomización de los centros de responsabilidad](#)

[11. Disponibilidad de modernas técnicas de gerencia de riesgos](#)

[12. Excepción a la cláusula de subsidiariedad](#)

[IV. Procedimiento y jurisdicción en Argentina](#)

1 Reclamo administrativo previo, su innecesaridad en casos de responsabilidad por daños

1.3. Interposición del reclamo no exigible

1.4. Supuesto de reclamo previo en el que el daño está asegurado

2. La jurisdicción competente en las acciones contra la Administración Pública asegurada

V. Conclusión

## **Inteligencia Artificial y responsabilidad civil de robots autónomos**

**Sandra Laura Dell'Osa**

I. El Trending Topic

II. Big Data

III. El sesgo de la inteligencia artificial

IV. Diferentes tipos de inteligencia artificial

V. Los peligros de la inteligencia artificial

VI. Posibles soluciones a la luz de la responsabilidad civil

VI. La imputabilidad de la I.A.

VII. Extensión del resarcimiento

VIII. El Derecho y la inteligencia artificial

IX. Conclusión

## **El derecho a la información en tiempos del COVID- 19. Desafíos constitucionales y convencionales**

**Oscar Flores**

I. La emergencia sanitaria y epidemiológica producto de la pandemia de Coronavirus - COVID-19

II. El derecho constitucional frente a las emergencias

III. Efectos de la emergencia

IV. Emergencia y libertad de expresión

1. La CSJN y la proscripción del peronismo en la década de 1950

2. Pandemia y libertad de expresión.

3. La Resolución N° 1/2020 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

4. La opinión de los especialistas y actores del sistema interamericano

## **Reflexiones sobre los restos del Derecho Tributario frente a la era de la inteligencia artificial**

**Adolfo A. Iriarte Yanicelli**

II. Ideas actuales sobre la relación jurídica tributaria

III. Las distintas revoluciones

1.- Las transformaciones de las relaciones tributarias

- [2. La revolución fiscal](#)
- [3.- La revolución desde los derechos de los contribuyentes](#)
- [IV. La relación jurídica tributaria en la cuarta revolución industrial](#)
  - [1. La relación jurídica tributaria digital y las herramientas tecnológicas para la fiscalización de los tributos](#)
  - [2. La utilización de inteligencia artificial para la recaudación y el control de tributos](#)
  - [3. La regulación de la inteligencia artificial](#)
- [V. A modo de conclusión: el impacto de la inteligencia artificial en la relación jurídica tributaria digital](#)

## **Las injurias en el derecho civil contemporáneo. Tensión entre bienes jurídicos en juego y modo de resolución**

### **Julián Emil Jalil**

- [I. A modo de introducción: el homenaje al profesor doctor Julio I. Altamira Gigena](#)
- [II. El concepto de injurias](#)
- [III. Los derechos en colisión comprometidos y su respaldo normativo](#)
- [IV. Las injurias como atentado a la dignidad humana](#)
- [V. La viabilidad de las injurias en la medida que sobrepase la línea de tensión con el derecho a la libertad de expresión](#)
- [VI. Los medios de comunicación y las injurias](#)
- [VII. La tutela preventiva: acción preventiva de daños](#)
- [VIII. Aplicación práctica de las injurias en el derecho argentino](#)
- [IX. Las injurias contra médicos y enfermeros en el marco del COVID-19](#)
- [X. A modo conclusivo](#)

## **La denominada “jurisdicción voluntaria”**

### **Roberto Loutayf Ranea**

- [I. La Jurisdicción como función y deber del Estado](#)
- [II. La solución de conflictos como finalidad inmediata de la Jurisdicción](#)
- [III. Jurisdicción voluntaria](#)
- [IV. No existe “conflicto” ni los jueces ejercen propiamente Jurisdicción](#)
- [V. Jurisdicción voluntaria y proceso voluntario](#)
- [VI. Los sujetos en la jurisdicción voluntaria: peticionarios](#)
- [VII. Caracteres de la jurisdicción voluntaria](#)
- [VIII. Principio de contradicción](#)
- [IX. Es necesaria una expresa disposición legal que autorice al juez a intervenir](#)
- [X. Supuestos de casos de jurisdicción voluntaria](#)



XI. Posibilidad de los asuntos de jurisdicción voluntaria de convertirse en contenciosos

XII. Caducidad de instancia

XIII. Costas

XIV. Las decisiones en los asuntos de jurisdicción voluntaria no adquieren calidad de cosa juzgada

XV. Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Salta

XVI. Actos de jurisdicción voluntaria en algunos ordenamientos procesales laborales provinciales

XVII. Conclusión

**Exposición realizada en el Instituto de Derecho Internacional “Walter Schering” de la Universidad de Kiel, Alemania, 22 de julio de 2019, sobre la Cuenca Interjurisdiccional del río Salí-Dulce**

**Pablo Ramón Lucatelli**

**Los privilegios en el Código Civil y Comercial de la Nación**

**Miguel Eduardo Marcotullio**

I. Aproximación conceptual

II. Definición y asiento

III. Origen legal

IV. Renuncia

V. Indivisibilidad y accesoriedad

VI. Extensión

VII. Retroactividad

VIII. Procesos universales

IX. Privilegios generales

X. Créditos comunes o quirografarios

**Convenciones procesales**

**María Victoria Mosmann**

I. Introducción

II. Estado actual de la regulación

III. Perspectivas de incorporación de los acuerdos procesales en el ordenamiento procesal argentino.

IV. Proyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Nación:

V. Acuerdos Procesales Típicos en el texto del Proyecto:

VI. A modo de conclusión:

**El derecho de acceso a la información de los consumidores, como tutela**

## **de los demás derechos**

### **María Sofía Nacul**

- I. El derecho de acceso a la información como derecho humano
- II. El derecho de acceso a la información en su faceta instrumental
- III. El derecho de acceso a la información en el derecho argentino
  - III.1. Legislación específica
  - III.2. Sistema protectorio de los consumidores y usuarios
- IV. Conclusión

## **El Instituto de Mediación en la provincia de Salta. diseño e implementación como una política pública de acceso a Justicia**

### **Marisa Nogaledo**

- I. Antecedentes del movimiento de Mediación en Salta
- II. La Mediación en Salta como una política pública de Acceso a Justicia

## **La responsabilidad de ejercitar el derecho a la participación ciudadana en el control estatal de los servicios públicos concesionados**

### **Gastón Andrés Navarro**

- I. Introito
- II. Los orígenes que alumbran la participación ciudadana y su injerencia moderna en la toma de decisiones políticas sobre servicios públicos
- III. El juego de relaciones entre los distintos actores, en el marco de las audiencias públicas como instrumento de la democracia participativa
- IV. conclusiones

## **Responsabilidad de los profesionales del derecho (escribanos y abogados) y de la empresa o sociedad de abogados**

### **Rodrigo Padilla**

- I. Responsabilidad del escribano.
  1. La función del notario y su consecuente responsabilidad civil
  2. Sobre el contrato que celebran los requirentes con el notario. La clasificación de las obligaciones en de medios y resultado y su función en materia de responsabilidad del escribano. ¿Esta distinción binaria es la rectora del onus probandi y del factor imputativo?
  3. El novel Código Civil y Comercial y sus nuevas reglas. Obligaciones de medios y resultado y prueba de los requisitos responsabilizantes
- II. Responsabilidad del abogado.
  1. Cuestiones generales: la responsabilidad profesional en general y la del abogado en particular
  2. La culpa profesional, ¿es diversa de la culpa común? ¿Es válido hablar de una culpa grave diferente de la leve?
  3. La responsabilidad civil del abogado frente a su ex cliente, ¿ha de juzgarse

con las reglas que gobiernan la responsabilidad contractual o extracontractual? El art. 1728 del nuevo Código unificado argentino

IV. Breves reflexiones sobre la responsabilidad de la empresa o sociedad de abogados

V. Conclusiones.

## **Manifestación e investigación de bienes del deudor ejecutado: deber de transparencia patrimonial**

**Álvaro Pérez Ragone**

I. Introducción

II. Algunos modelos comparados

III. Estado e importancia del tema

IV. Conflictos entre los derechos del acreedor y del deudor

V. La propuesta del proyecto de CPCyCN

VI. Conclusiones

## **La gestión del agua en la provincia de Salta, en relación a la producción agropecuaria. Los consorcios de riego**

**Martín Plaza**

I. Introducción. Los usos del agua, su importancia en los agronegocios

II. La gestión de los Recursos Hídricos. Aspectos organizativos. Estructura legal

III. La gestión de los Recursos Hídricos en Salta

IV. Los Consorcios de Riego. Aspectos legales, organización, caracteres. Deficiencia en el riego

V. El precio del agua

VI. Estrategias de desarrollo y financiamiento

a. Carencias institucionales en la gestión de riego

b. Adecuada valorización del agua para riego

c. Problemas de Infraestructura

d. Falta de financiamiento

e. Falta de desarrollo de capacidad técnica de los regantes

f. Ausencia de actividades de Investigación

g. Ineficiencia de la actividad de riego

VII. Conclusiones

## **¿Es el art. 144 CCC una herramienta para responsabilizar a funcionarios públicos?**

**Efraín Hugo Richard**

I. Motivación

II. La estructura normativa del Código Civil y Comercial

- [III. Inoponibilidad de la personalidad jurídica](#)
- [IV. La realidad y las actividades ilícitas](#)
- [V. Herramienta en favor del estado, no en su contra](#)
- [VI. Algunos recuerdos y jurisprudencia](#)
- [VII. Aplicación inmediata y prelación de normas](#)
- [VIII. Visión sociológica: la responsabilidad social](#)
- [IX. Una mirada nueva y amplia](#)
- [X. Invitando a meditar](#)

## **Abuso de posición dominante**

### **José H. Sahián**

- [I. Introducción: distintos mecanismos de tutela de la empresa débil](#)
- [II. Libertad de empresa: dimensión constitucional](#)
- [III. Distintos sistemas de protección del mercado](#)
- [IV. El abuso de posición dominante en el CCyC](#)
- [V. El abuso de posición dominante en la Ley de Defensa de la Competencia](#)
- [VI. Dependencia económica o teoría del contratante obligatorio](#)
- [VII. Conclusiones](#)

## **Federalismo judicial**

### **Claudia Beatriz Sbdar**

## **Consideraciones sobre el código procesal penal federal y su implementación**

### **Ernesto Solá**

### **Marcos Ovejero**

- [I. El proyecto:](#)
- [II. Principales aspectos del nuevo proceso](#)
- [III. Puntos centrales de la reforma](#)
  - [1. Disponibilidad de la acción penal](#)
  - [2. Investigación previa al juicio](#)
  - [3. Participación de la víctima en el proceso](#)
  - [4. Materia probatoria](#)
  - [5. Etapa intermedia](#)
  - [6. Juicio](#)
  - [7. Procesos especiales](#)
  - [8. Control de las decisiones judiciales](#)
  - [9. Ejecución penal](#)
  - [10. Revisión de la sentencia condenatoria](#)

- [11. Nulidades](#)
- [12. Medidas de coerción](#)
- [13. La Oficina Judicial](#)
- [14. La implementación: plan piloto en las provincias de Salta y Jujuy](#)
- [IV. Breves reflexiones sobre la vigencia del Código Procesal Penal en las provincias de Salta y Jujuy](#)

## **Responsabilidad estatal por la inactividad administrativa convencional**

### **Pamela Tenreyro**

- [I. Introducción](#)
- [II. Juridicidad, convencionalidad y derechos](#)
- [III. Vinculación de la Administración a la convencionalidad](#)
- [IV. La observancia de la convencionalidad satisface el derecho a la buena administración](#)
- [V. Respecto de la responsabilidad estatal por inactividad administrativa convencional](#)
- [VI. Sobre la falta de servicios y demás presupuestos](#)
- [VII. El alcance de la reparación](#)
- [VIII. Conclusión](#)

## **Alcance del derecho a recurrir el fallo de condena penal: impacto en el escenario nacional**

### **Pablo Roberto Toledo**

- [I. Introducción: El derecho al recurso a favor del inculgado](#)
- [II. El recurso debe ser amplio e integral](#)
- [III. El estándar del doble conforme.](#)
- [IV. Problemáticas del recurso contra la condena: Necesidad de establecer una consulta](#)

## **Principios y valores como herramientas preponderantes para la readecuación del contrato ante la emergencia del coronavirus**

### **Guadalupe Valdés Ortiz**

- [I. Introducción](#)
- [II. En la búsqueda de los principios y valores de la emergencia](#)
- [III. El Código Civil y Comercial](#)
- [IV. El marco legal de la emergencia](#)
- [V. Conclusión](#)

## **La empresa: nuevas modalidades de financiamiento**

### **Juan Carlos Veiga**

- [Abstract](#)

## **El derecho de Acceso a la Información Pública en la Argentina y su papel en los sistemas democráticos y repúblicas modernas**

### **Macarena María Villagra Vélez**

I. Introito

II. El Acceso a la Información Pública en el ámbito internacional

Jurisprudencia Internacional: "Claude Reyes y otros Vs. Chile".

III. El camino hacia la nueva Ley: antecedentes legislativos y jurisprudencia nacional

Giustiniani, Rubén Héctor c/ YPF S.A. s/ amparo por mora

"Garrido, Carlos Manuel c/AFIP s/ amparo Ley N° 16.986"

IV. Breve crítica y análisis de la Ley Nacional N° 27.275 de Acceso a la Información Pública

El Derecho de Acceso a la Información Pública

Principios rectores del Derecho

Legitimación Activa y Pasiva

Excepciones

Período de Reserva

La Solicitud de Información y sus vías de reclamo

Órgano de Aplicación

Transparencia Activa

V. Palabras finales.

## **Medidas cautelares: vías para impugnarlas o morigerar su impacto**

### **Fernando Virgili**

I. Introducción

II. Medios de impugnación de las medidas cautelares y otras vías o mecanismos para requerir la morigeración de sus efectos

III. Reposición

IV. Apelación

V. Levantamiento

VI. Modificación de las medidas cautelares

VII. Vía para impugnar la cautelar ordenada en segunda instancia

VIII. Impugnación en casos de tutela anticipada y de medidas autosatisfactivas

IX. Recurso extraordinario

X. Posibilidad de articular en forma simultánea las distintas vías de impugnación

XI. Conclusiones

## **Fideicomiso, encargo fiduciario y financiamiento ambiental**

## **Inés de los Ángeles Yamúss**

I. Aspectos introductorios y conceptualizaciones del fideicomiso

II. Aproximación al concepto de fideicomiso

III. Antecedentes doctrinarios: Fideicomiso, fiduciario y negocio subyacente

IV. El fideicomiso como contrato y como institución

V. Obligaciones a cargo del fiduciario

VI. La regulación legal y la necesidad de la regulación contractual

VII. Individualidad del fideicomiso y del negocio subyacente

VIII. Fondos ambientales

IX. Fuentes de financiamiento

X. Conclusiones

## **Presentación**

Juan Carlos Veiga

Con gran satisfacción, no exenta de emoción, escribo estas líneas que hacen las veces de presentación de la segunda publicación del Instituto del Noroeste Argentino de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

La presente obra es la coronación de esfuerzos conjuntos de los integrantes del Instituto en esta Región del Norte Argentino. Con unidad en la acción dejamos plasmado este testimonio de dinámica grupal inspirada en la exhortación, siempre vigente, del querido maestro y Académico de Número Profesor Efraín Hugo Richard.

El sueño de lanzar nuestra propia publicación desde la cantera académica del Noroeste, que canalizará inquietudes intelectuales y científicas de publicistas y de investigadores, encuentra concreción en la continuidad del trabajo y del empeño que generó el primer número, dedicado al recordado jurista y Presidente Honorario de la Academia, el Profesor Luis Moisset de Espanés.

Este número reúne trabajos de maestros del Derecho y de jóvenes profesionales, siguiendo el criterio y temperamento que inspira la Academia, esto es, prioridad al rigor científico y académico en el conocimiento y divulgación de distintos temas del universo jurídico.

Les agradecemos a todos ellos su gentileza y su entrega, que nos permitió compilar sus trabajos y hermanarlos en este volumen, siguiendo un riguroso orden alfabético.

Lo valioso y de gran significación es que se ha concretado con ahínco y decisión, con sentido de integración regional, viéndose reflejado ello en la participación de todas las secretarías provinciales, que con generosidad han respondido al objeto de esta obra colectiva.

Nuestro reconocimiento al aporte enriquecedor de Académicos de Número y juristas de otras regiones que han sumado su colaboración en esta publicación que lleva, también, el sentido de merecido homenaje al Presidente Honorario de la Academia, Profesor Julio Altamira Gigena, cuyo decidido apoyo a nuestro Instituto lo hace merecedor de este testimonio de gratitud.

El Instituto del NOA reafirma así su compromiso con la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, con la convicción de la necesidad de respetar las opiniones de los pensadores que profesan ideas diferentes para servir así al enriquecimiento del debate jurídico.

Agradezco a las autoridades de la Academia, en la persona de su Presidente, Profesor Armando S. Andruet, por la disposición y colaboración hacia nuestro Instituto y por el afán de integración reflejado en oportunidad de los Encuentros de Institutos que con acierto y singular éxito se han realizado en los años 2018 y 2019.

En los últimos meses hemos sufrido la pérdida de dos miembros Correspondientes en la provincia de Tucumán: los doctores Ernesto C. Wayar y Carlos Páez de la Torre, personalidades de reconocidos méritos académicos y que han dejado testimonios de su saber en numerosas publicaciones. A ellos, nuestro recuerdo.

Las últimas palabras quiero dedicarlas al grupo humano que hace posible la gestión del Instituto del NOA, con constancia y disciplinado trabajo, posibilitando una convivencia armónica en la comunión del pensamiento jurídico.

El orgullo y satisfacción de poner mi voluntad al servicio de esta Institución, encuentra correspondencia y me honra en la misión de ser útil a la comunidad que generosamente me acogió.



## Prólogo

Rodrigo Padilla

Tarea difícil, aunque no deja de constituir un grato honor para mí, la de realizar el prólogo a la presente obra colectiva. Normalmente, a las propias, delego el mismo a reconocidos juristas que tienen la valía y la solvencia académica para tal empresa (cualidades con las que estoy en deuda). Pero no dejaré de hacer dos menciones, dejando de lado el anunciando pretexto. Primero me referiré a los trabajos que la obra contiene, para después dedicar unas palabras al homenajeado.

En cuanto a lo primero, es dable destacar que los temas tratados son sumamente variados. Los hay de Derecho Privado, Público, Procesal y hasta de Filosofía del Derecho, por mencionarlos a *grosso modo*. Es que, más allá de la división o clasificación de las “ramas” o materias del Derecho (algunas algo arbitrarias), no se puede desconocer que el Derecho en sí constituye una unidad (lo que implica que todo fenómeno jurídico debe enfocarse o analizarse desde ese universo, “único” y complejo a la vez).

Algunos tratan sobre cuestiones actuales (y cuando no, urgentes y hasta angustiantes) y otros versan sobre temas “clásicos”. Algunos, destinados a su aplicación a un ámbito territorial más acotado que otros. Será el lector y, no quien prologa, quién decida cuál le resulta más grato, útil o de cierto valor científico. ¿Qué podría decir yo que no estuviese teñido de subjetividad?

También quiero destacar que los trabajos de los colaboradores (muchos de prestigio internacional), que son los verdaderos artífices de la obra, provienen -amén de todas las provincias que conforman el Instituto Noroeste de la Academia Nacional de Córdoba-, de otras provincias (vg. Córdoba y Buenos Aires) y hasta de otros países. Todo ello conjugado, no hace sino enriquecer esta obra que, con su treintena de trabajos, será sin duda de gran utilidad para los denominados “operadores jurídicos”.

Ahora queda tratar, someramente, sobre el homenajeado. El doctor Julio Isidro Altamira Gigena es un reconocido administrativista, como todos seguramente ya saben, amén de su capacidad en otros sectores del ámbito jurídico. Sus obras son clásicas y mal haría en este lugar pasar revista de las mismas. Sí debo mencionar que es actualmente Presidente Honorario de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, como que también lo fue, lógicamente, su Presidente entre los años 2016 al 2019.

El hecho de haber ocupado el “sillón de Vélez de Sársfield” ya amerita realizar un homenaje. No obstante, no son ellos los motivos que nos llevaron a realizar esta obra homenaje, sino sus cualidades personales: su don de gente, simpatía, simpleza y humildad (en su grandeza), atributos éstos que cualquiera que conozca a Julio no podrá desmentir, pues lucen ostensibles y los manifiesta independientemente de quien sea el privilegiado en tratarlo. De allí que este segundo libro del Instituto Noroeste sirva para homenajear a un “grande”, no sólo del Derecho.

# La conformación de la voluntad social y la jurisprudencia registral (Perú): ¡veinte años después!

Luis Alberto Aliaga Huaripata\*

## I. Veinte años después!

“Sentir que es un soplo la vida; que veinte años no es nada; que febril la mirada, errante en las sombras, te busca y te nombra...”, reza un popular tango argentino, “Volver” (1934), compuesto por Alfredo Le Pera e interpretado por el gran Carlos (Carlitos) Gardel, haciendo alusión a lo breve y fugaz de la vida y a lo relativo del tiempo, que vanamente intentamos negar.

¿Y veinte años es nada en términos de Códigos y Leyes? A diferencia de la vida humana, el transcurso del tiempo juega a favor de las normas jurídicas, pues le permiten consolidarse y dar lugar a la creación de líneas jurisprudenciales y doctrinales y no supone su fin; en ese sentido, dos décadas en tiempo normativo es poco -lo que olvidan nuestros legisladores y nos atiborran con reformas mil-, sin embargo, pueden servir para reflexionar sobre el camino recorrido.

Efectivamente, a veinte años de la entrada en vigencia de la Ley General de Sociedades, aprobada mediante Ley N° 26.877 (LGS), y que diera lugar a la dación de diferentes normas de carácter tributario, bursátil, registral -Reglamento del Registro de Sociedades aprobado mediante Resolución N° 200-2001-SUNARP-SN del 24.7.2001 (RRS)- y notarial, corresponde revisar lo avanzado; norma cuya publicación fue un acontecimiento de trascendencia en el ámbito jurídico local, pues además de regular una de las personas jurídicas<sup>[1]</sup> con mayor incidencia en el tráfico jurídico -las sociedades<sup>[2]</sup>-, modernizó su tratamiento e inspiró innumerables publicaciones de carácter doctrinal, en forma de libros o revistas y de manera individual o colectiva.

Es innegable que el conocimiento del derecho exige, además de la legislación y doctrina, de la jurisprudencia, es decir, del análisis de las decisiones de los órganos encargados de interpretar y aplicar las normas y doctrina en casos concretos.

Dada la magnitud de la jurisprudencia existente en materia societaria, en esta ocasión delimitaremos nuestro estudio a la denominada “jurisprudencia registral”, es decir, a las decisiones del Tribunal Registral y los precedentes de observancia obligatoria (criterios de interpretación vinculantes de las normas que regulan los actos y derechos inscribibles aprobados en los Plenos Registrales)<sup>[3]</sup> y sus acuerdos (no vinculantes, pero que sirven como guía interpretativa para la segunda instancia); siendo que la jurisprudencia registral en materia societaria ha girado en torno a diversos tópicos, tales como el directorio, los aspectos documentales, la transferencia de participaciones sociales, la denominación abreviada, la adecuación de las sociedades, la presunción de extinción de sociedades por prolongada inactividad registral, etc.<sup>[4]</sup>; así, en esta ocasión, procederemos a revisar la jurisprudencia registral actual en materia de conformación de la voluntad social por la junta general como órgano máximo deliberante.

## II. La conformación de la voluntad social por la junta general

1. La junta general constituye el principal órgano de la sociedad (denominado órgano “supremo”, “soberano”, “legislativo”, “poder omnímodo”, etc.) que conforma y expresa la voluntad social<sup>[5]</sup>, sustentada en el principio mayoritario y dentro de los límites establecidos por el estatuto, la Ley y los convenios de accionistas inscriptos en el Registro. Al respecto, la LGS establece en su art. 111 que:

“la junta general de accionistas es el órgano supremo de la sociedad. Los accionistas constituidos en junta general debidamente convocada, y con el quórum correspondiente, deciden por la mayoría que establece esta Ley los asuntos propios de su competencia. (...)”.

2. Sobre la naturaleza de los acuerdos o decisiones de la junta general, Enrique Elías Laroza sostiene que se trata de:

“a) Un negocio jurídico, desde que todo acuerdo produce efectos jurídicos; b) Un acto colectivo, que es diferente a un contrato plurilateral y que se basa en la multiplicidad de las voluntades de los socios que intervienen en la asamblea; c) Un negocio unilateral, desde que es una expresión de voluntad de la sociedad y sólo de ella; d) Un acto unitario, en la medida que es una síntesis que emana de un órgano colegiado que es, en esencia, una organización

unitaria”.<sup>[6]</sup>

3. En ese sentido, este órgano requiere, además de la reunión de titulares o representantes de acciones suscritas con derecho a voto, una debida y previa convocatoria por el órgano competente y haberse instalado con el quórum correspondiente en la oportunidad, lugar y agenda señaladas en el aviso de convocatoria; requisitos cuya conjunción facultará a la junta general a debatir y adoptar válidamente acuerdos con las mayorías exigidas, los mismos que obligarán a todos los accionistas, incluido los disidentes e inasistentes.

Debe precisarse que la LGS eliminó la tradicional distinción entre “junta general ordinaria” y “junta general extraordinaria”, al ser una sola la junta general de accionistas y cuya competencia se establece en el arts. 114 y 115 de la LGS, entre otros.

4. Así, el art. 43 del RRS establece que:

“en todas las inscripciones que sean consecuencia de un acuerdo de junta general, el Registrador comprobará que se han cumplido las normas legales, del estatuto y de los convenios de accionistas inscriptos en el Registro sobre convocatoria, quórum y mayorías, salvo las excepciones previstas en este reglamento”.

Cabe precisar que existen algunos aspectos de la junta general que, como ha establecido la jurisprudencia registral, no son materia de calificación, tales como el derecho de información, la acreditación de la titularidad (calidad de accionista), la representación en la junta, la certificación de la apertura de un segundo u ulteriores libros de actas (en sede notarial o judicial), etc., presumiéndose al efecto su cumplimiento, en tanto no se demuestre lo contrario.

### *III. La convocatoria*

1. La convocatoria se refiere a aquellos mecanismos previstos en el estatuto, la Ley y/o los convenios de accionistas inscriptos en el Registro para hacer de conocimiento de los accionistas la realización o celebración de la junta general; a ese efecto deben tenerse en cuenta los sujetos legitimados para convocar, la forma de comunicación, la agenda, los plazos de antelación, el lugar de celebración, etc.

La convocatoria constituye un acto previo indispensable para la publicidad de la junta general y del contenido de su agenda y como tal es un instrumento de protección de los derechos de participación de los accionistas o socios en la conformación de la voluntad social (derechos políticos). Salvo los supuestos de junta universal, la junta general precisa de una previa convocatoria por parte del directorio o sujeto legitimado a efectuarla (no cabe la autoconvocatoria).

2. En cuanto a la agenda, el art. 44 del RRS, con un criterio amplio y recogiendo la reiterada jurisprudencia registral, estableció que: “El Registrador no debe inscribir acuerdos sobre asuntos distintos a los señalados en el aviso de convocatoria o que no se deriven directamente de éstos, salvo en los casos expresamente previstos en la Ley”; es decir, en principio la junta general sólo está autorizada a tratar los temas de la agenda publicitada previamente y, por excepción, aquellos que se derivan “directamente” de los primeros, lo que deberá determinarse casuísticamente.

Así, en la doctrina se reconocen los siguientes supuestos:

**i).** La autorización, expresa e indubitable, del art. 181 de la Ley, cuando se trata de promover ante la junta general una acción de responsabilidad social contra uno o más directores de la sociedad. El acuerdo puede tomarse, aunque no haya sido materia de convocatoria.

**ii).** Un segundo caso, no expreso, pero igualmente indubitable, es el del art. 205 de la Ley. Cuando por mandato de la Ley debe modificarse la cifra del capital, ésta y el valor nominal de las acciones quedan modificados de pleno derecho apenas la junta aprueba el balance que refleja esa modificación (...).

**iii).** Ocurre también cuando ello es aprobado por unanimidad en juntas en las cuales el quórum es del 100 % de las acciones suscritas con derecho a voto. (...).<sup>[7]</sup>

3. Tratándose de sociedades anónimas, el art. 113 de la LGS establece que:

“El directorio o en su caso la administración de la sociedad convoca a junta general cuando lo ordena la Ley, lo establece el estatuto, lo acuerda el directorio por considerarlo necesario al interés social o lo solicite un número de accionistas que represente cuando menos el veinte por ciento de las acciones con derecho a voto”.

Concordantemente, el art. 117 de la LGS -modificado por el art. 3 de la Ley N° 29.560 ("El Peruano" 16 de julio de 2010)-, señala que, si accionistas que representan no menos del veinte por ciento (20 %) de las acciones suscritas con derecho a voto solicitan notarialmente la celebración de la junta general, el directorio debe indicar los asuntos que los solicitantes propongan tratar. La junta general debe ser convocada para celebrarse dentro de un plazo de quince (15) días de la fecha de publicación de la convocatoria.

4. Respecto a la convocatoria notarial, mediante la referida Ley N° 29.560 se amplió la competencia no contenciosa de dicho profesional del derecho a la "convocatoria a junta obligatoria anual" y "convocatoria a junta general", adicionándose consecuentemente los numerales 9 y 10 al art. 1 de la Ley N° 26.662, Ley de Competencia Notarial en Asuntos no Contenciosos, así "*los interesados pueden recurrir indistintamente ante el Poder Judicial o ante el notario (...)*", salvo que se formule oposición por uno o más socios titulares de participaciones y acciones con derecho a voto, o de la propia sociedad, en tal supuesto el notario tendrá la obligación de remitir lo actuado al juez competente.

5. Como queda dicho, si la solicitud de convocatoria a junta fuese denegada o transcurriesen más de quince (15) días de presentada sin efectuarse tal convocatoria, el o los accionistas, acreditando que reúnen el porcentaje exigido de acciones, pueden solicitar al notario y/o al juez de domicilio de la sociedad que ordene la convocatoria, que señale lugar, día y hora de la reunión, su objeto, quién la preside, con citación del órgano encargado; en caso de hacerse por vía judicial, el juez designa al notario que dará fe de los acuerdos (art. 117 de la LGS).

Ello sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 119 de la LGS, que legitima al titular de una sola acción suscrita con derecho a voto, a solicitar convocatoria judicial o notarial del domicilio social en los casos que no se convoque dentro de los plazos previstos y para sus fines o convocadas, en la misma no se traten los asuntos que corresponden a "junta obligatoria anual o cualquier otra ordenada por el estatuto"

6. En materia de convocatoria judicial el IX Pleno Registral aprobó el siguiente precedente de observancia obligatoria: [\[8\]](#)

"Convocatoria judicial:

"No resulta procedente cuestionar la convocatoria judicial a junta general de accionistas, aun cuando no cumpla con el requisito de mediar 3 días entre la primera y segunda convocatoria, previsto en el art. 116 de la Ley General de Sociedades, dado que de conformidad con lo dispuesto en el art. 117 de la norma referida, corresponde al Juez fijar, entre otros aspectos, el día y hora de la reunión".

El estatuto, qué duda cabe, es la Ley fundamental de la persona jurídica y aplicable por igual a todos sus miembros, en tanto "conjunto de normas que determina la estructura interna de la persona jurídica, que rige su actividad, que señala sus fines y que regula sus relaciones con el mundo exterior"[\[9\]](#), el mismo que no puede imponer obligaciones a los terceros, sino que éstos, en sus relaciones jurídicas con la persona jurídica, deberán respetar su derecho de auto-estructura interna en materia de representación, capacidad y facultades [\[10\]](#); en ese sentido, creemos que la no aplicación o aplicación parcial de las normas estatutarias no constituye *per se* causal de invalidez o ineficacia de los acuerdos adoptados, sino que habrá que ver el tema en cada caso concreto.

Es decir, si como consecuencia del proceso iniciado por los socios el juez dispone la convocatoria, aun si la misma tuviese defectos, como la inobservancia de las disposiciones estatutarias (en este caso, se incumplen los plazos mínimos legales de antelación entre la primera y segunda junta fecha), el Registro no deberá cuestionarla ni enervar sus efectos, atendiendo a los fines del proceso de resolver un conflicto de intereses; ello sin perjuicio de calificar los demás aspectos del título, léase *quórum*, mayorías y las formalidades del acta.

7. Sobre la convocatoria notarial y los alcances del art. 117 de la LGS, el CXXXIX Pleno Registral adoptó el siguiente acuerdo: [\[11\]](#)

"Requisitos de convocatoria notarial a junta general:

"Cuando el art. 117 de la LGS hace referencia a la 'citación al órgano encargado' se refiere a ponerle en conocimiento de la solicitud de convocatoria a junta general y no a que el pronunciamiento notarial por el que se convoca consigne tal hecho. En consecuencia, el Registrador debe verificar que el Notario deje constancia expresa en el acta o en otro documento, que se citó al órgano encargado de la convocatoria."

Como se indicó, con la modificación del art. 117 de la LGS -en virtud de la Ley N° 29560-, se ampliaron las competencias del notario para conocer de la solicitud de convocatoria a junta general; así el último

párrafo del indicado art. señala que ante la negativa o silencio del órgano que debe realizar la convocatoria "(...), el o los accionistas, (...), pueden solicitar al notario y/o al juez (...) que ordene la convocatoria, que señale lugar, día y hora de la reunión, su objeto, quién la preside, con citación del órgano encargado, (...)", y siendo que el órgano encargado de la convocatoria es el directorio o en su defecto, la gerencia general, según la modalidad de sociedad anónima, corresponde que se le notifique de la circunstancia que, ante su omisión, el juez o el notario procederá a la convocatoria a junta general.

8. De otro lado y tratándose de sociedades anónimas cerradas (SAC), el X Pleno Registral aprobó el siguiente precedente de observancia obligatoria <sup>[12]</sup>:

"Convocatoria a junta general en sociedad anónima cerrada:

"El art. 245 de la Ley General de Sociedades, que establece que la junta de accionistas de la sociedad anónima cerrada es convocada mediante medio de comunicación que permita obtener constancia de recepción, es de carácter imperativo".

En efecto, la LGS incorporó la SAC como forma o modalidad especial, dirigida a las empresas medianas o pequeñas y con preponderantes elementos personales o *intuitu personae*; en ese sentido, se estableció para ella un régimen flexible para el funcionamiento de sus órganos sociales, siendo el directorio facultativo (art. 247 de la LGS) y la junta general realizable de modo no presencial, entre otros.

Así, el art. 245 de la LGS estableció que la junta de accionistas es convocada por el directorio o por el gerente general, según sea el caso, "(...), mediante esquelas con cargo de recepción, facsímil, correo electrónico u otro medio de comunicación que permita obtener constancia de recepción, (...)".

Esto es, en el caso de la SAC existe una forma especial de convocatoria -no contemplada en la anterior Ley de Sociedades Mercantiles-, menos gravosa que en las demás sociedades -que deben hacerlo mediante avisos publicados en el diario-, y que consecuentemente, constituye una de sus características esenciales, por lo que no podría admitirse pacto en contrario; ello a fin de evitar su desnaturalización.

9. Del mismo modo, respecto de las sociedades comerciales de responsabilidad limitada (SRL) y sustentado en similares argumentos, el X Pleno Registral aprobó el siguiente precedente de observancia obligatoria: <sup>[13]</sup>

"Convocatoria a junta general en Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada:

El art. 294 inciso 3 de la Ley General de Sociedades, que establece que en las sociedades comerciales de responsabilidad limitada el gerente deberá efectuar la convocatoria utilizando medio de comunicación que permita obtener constancia de recepción, es de carácter imperativo".

10. Sobre las juntas universales, el art. 120 de la LGS establece que las mismas no requieren convocatoria en la medida que "(...) se encuentren presentes accionistas que representen la totalidad de las acciones suscritas con derecho a voto y acepten por unanimidad la celebración de la junta y los asuntos que en ella se proponga tratar".

Sin embargo, quedaban dudas respecto a la posibilidad de que en dichas juntas participen representantes de los accionistas o socios, dado el carácter espontáneo de las mismas; por lo que, el art. 46 del RRS cumplió con precisar el tema al disponer que "el Registrador no denegará la inscripción de acuerdos de junta universal adoptados con la intervención de representantes de accionistas".

A fin de acreditar la universalidad de estas juntas deberán firmar el acta todos los asistentes o sus representantes, salvo que estos hayan firmado en la lista de asistentes (indicando número de acciones y los diversos asuntos objeto de la convocatoria), en tal caso será suficiente la firma del presidente, el secretario y un accionista designado al efecto y la lista de asistentes se considerará parte integrante e inseparable del acta (art. 135 de la LGS).

En cuanto a este último aspecto, el XXVII Pleno Registral aprobó el siguiente precedente de observancia obligatoria: <sup>[14]</sup>

"Suscripción de acta en junta universal:

La obligatoriedad de suscripción de acta por todos los accionistas concurrentes, contenida en el séptimo párrafo del art. 135º de la Ley General de Sociedades, sólo es aplicable a aquellas juntas generales universales que se conforman espontáneamente; es decir, sin previa convocatoria".

Se ha advertido en la doctrina que sólo existe una "junta universal", es decir, aquella que se realiza de manera espontánea, sin convocatoria previa y regulada en el art. 120 de la LGS; en los demás casos de juntas que hayan sido previamente convocadas y a las que concurren accionistas que representen la totalidad de acciones suscritas con derecho a voto, las mismas no tendrán la calidad de junta universal y,

consecuentemente, la suscripción del acta deberá hacerse en la forma ordinaria prevista por la Ley, el estatuto y los convenios de accionistas inscriptos en el Registro, según se apruebe en la misma junta (firma el presidente, secretario y un accionista, cuando menos) o en fecha posterior (presidente, secretario y dos accionistas, cuando menos). <sup>[15]</sup>

#### IV. El quórum

1. La junta general, para que pueda instalarse válidamente, requiere de la necesaria asistencia de un número mínimo de acciones con derecho a voto previsto en el estatuto, la Ley y los convenios de accionistas inscriptos en el Registro. ¿Qué sucede si luego de instalada la junta general se retiran accionistas cuyo número de acciones permitían obtener quórum mínimo suficiente? Esta es otra innovación legislativa, ya que no se afecta la continuidad de la misma, pues la LGS:

“(…) evita tener que computar el quórum cada vez que se tengan que votar algunos de los temas de la agenda, lo cual en la práctica ha facilitado la adopción de acuerdos, (…) el quórum se computa una sola vez, al inicio, y si con posterioridad a ello los accionistas se retiran de la junta, es bajo responsabilidad”. <sup>[16]</sup>

2. Como acto previo a la instalación de la junta general se precisa formular la “lista de asistentes” indicando “el carácter o representación de cada uno y el número de acciones propias o ajenas con que concurre”, lo que permitirá determinar el número de acciones representadas y su porcentaje respecto del total de las mismas (art. 123 LGS); cuando este documento no forme parte del acta deberá insertarse en la escritura pública o se presentará en copia certificada notarialmente (art. 47 RRS).

3. El quórum puede ser “simple” o “calificado” según la trascendencia del tema a que se refiera la agenda, salvo las particularidades establecidas por la Ley, el estatuto y los convenios de accionistas inscriptos en los Registros.

Se requerirá “quórum calificado” para tratar y adoptar acuerdos “relacionados con los asuntos mencionados en los incisos 2, 3, 4, 5 y 7 del art. 115”, es decir, aquellos referentes a la modificación del estatuto, al aumento o reducción de capital, a la emisión de obligaciones, al acuerdo de enajenación en un solo acto de activos cuyo valor contable exceda el cincuenta por ciento del capital social y a la transformación, fusión, escisión, reorganización, disolución y liquidación de la sociedad; supuestos en los que será necesaria, en primera convocatoria “cuando menos, la concurrencia de dos tercios de las acciones suscritas con derecho a voto”; y en segunda convocatoria, “la concurrencia de al menos tres quintas partes de las acciones suscritas con derecho a voto” (art. 126 de la LGS). En los demás casos, se precisará de “quórum simple”, es decir, la junta general quedará válidamente constituida en primera convocatoria “cuando se encuentre representado, cuando menos, el cincuenta por ciento de las acciones suscritas con derecho a voto” y en segunda convocatoria, “será suficiente la concurrencia de cualquier número de acciones suscritas con derecho a voto” (art. 125 de la LGS).

Los quórum establecidos se entienden como mínimos, a tenor del último párrafo del art. 127 de la LGS, ya que estatutariamente o vía convenio de accionistas inscripto en el Registro podrían establecerse exigencias mayores, ¿incluso la unanimidad?; salvo los casos expresamente establecidos por la LGS, consideramos que la unanimidad en materia de quórum implica inexorablemente dificultades a la propia organización y conformación de la voluntad social, pues bastaría la inconcurrencia de una de las acciones suscritas con derecho a voto para impedir la instalación de la junta general.

4. En cuanto a la calificación del quórum en las sociedades anónimas, el II Pleno Registral aprobó el siguiente precedente de observancia obligatoria <sup>[17]</sup>:

“Verificación del quórum de junta general en sociedades anónimas:  
“Tratándose de la calificación de junta general de accionistas de las sociedades anónimas, no se debe exigir la presentación del libro matrícula de acciones para verificar el quórum de la junta, sino que para ello se debe comparar el número de acciones en que está dividido el capital social inscrito con el número de acciones concurrentes a la junta”.

Dado que la calidad de accionista en las sociedades anónimas sólo puede verificarse del correspondiente Libro “matrícula de acciones” (la sociedad considera propietaria de la acción a quien aparezca como tal en este Registro; art. 91 de la LGS) y que tal información no accede al Registro de Sociedades (no es acto inscribible, conforme al art. 92 de la LGS y art. 4 del Reglamento del Registro de Sociedades), el Registrador sólo deberá calificar este extremo basado en lo que aparezca del propio texto del acta presentado y concordarlo con el antecedente registral; consecuentemente, esto escapa del ámbito de su responsabilidad:

(art. 8 del RRS: “El Registrador no asume responsabilidad por la autenticidad ni por el

contenido del libro u hojas sueltas, acta o documento, ni por la firma, identidad, capacidad o representación de quienes aparecen suscribiéndolos. Tampoco, es responsable por la veracidad de los actos y hechos a que se refieren las constancias o certificaciones que se presenten al Registro”).

5. Al respecto, el LIV Pleno Registral aprobó el siguiente acuerdo: [\[18\]](#)

“Improcedencia de inscripción de modificación de estatuto:

No es inscribible la titularidad de acciones ni la modificación del cuadro de accionistas, aun cuando se consigne en el estatuto”.

Si bien el acto de constitución es inscribible (que incluye el pacto social y el estatuto) y que en el asiento registral se consigna el número de acciones en que se divide el capital social y sus titulares iniciales, ello no implica que la variación del cuadro de accionistas sea igualmente inscribible, aunque se encuentre contenida en una escritura pública de modificación de estatuto; pues la titularidad de las acciones y sus modificaciones se verifican exclusivamente en el libro matrícula de acciones de la sociedad.

En la misma línea, el CVIII Pleno Registral aprobó el siguiente acuerdo [\[19\]](#):

“Constitución de sindicato de voto:

“No constituye acto inscribible en el Registro Público la constitución de sindicato de voto de accionistas de una sociedad, por cuanto la Ley General de Sociedades establece que todo lo concerniente a las acciones, se anota en la matrícula de acciones de cada sociedad”.

En efecto, conforme al art. 92 de la LGS, en el libro matrícula de acciones se anotan los convenios entre accionistas o con terceros que versen sobre las acciones o que tengan por objeto el ejercicio de los derechos inherentes a ellas.

6. De otro lado y respecto a la convocatoria y quórum en supuestos de exclusión de socios en sociedades comerciales de responsabilidad limitada, el XLVIII Pleno Registral aprobó el siguiente precedente de observancia obligatoria: [\[20\]](#)

“Convocatoria y cómputo de mayoría en acuerdo de exclusión de socio:

“El socio de la Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada cuya exclusión se pretende debe ser convocado a la junta general en la que se debatirá su exclusión.

“Para el cómputo de la mayoría en el acuerdo de exclusión de socio de una Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada no se tendrá en cuenta las participaciones del referido socio”.

Tratándose de este tipo de sociedades el art. 294.3 de la LGS establece que el pacto social debe incluir las reglas relativas a: “la forma y oportunidad de la convocatoria que deberá efectuar el gerente mediante esquelas bajo cargo, facsímil, correo electrónico u otro medio de comunicación que permita obtener constancia de recepción, dirigidas al domicilio o a la dirección designada por el socio a este efecto”; es decir, la regla general es que se convoque a todos los socios.

De otro lado, el art. 293 de la LGS dispone que:

“Puede ser excluido el socio gerente que infrinja las disposiciones del estatuto, cometa actos dolosos contra la sociedad o se dedique por cuenta propia o ajena al mismo género de negocios que constituye el objeto social. La exclusión del socio se acuerda con el voto favorable de la mayoría de participaciones sociales, sin considerar las del socio cuya exclusión se discute, debe constar en escritura pública y se inscribe en el Registro”.

Este dispositivo legal, si bien se refiere al socio gerente, resulta aplicable a todos los socios en atención al elemento personalista que caracteriza a esta forma societaria de carácter cerrado y que violen los estatutos o cometan actos dolosos contra la sociedad [\[21\]](#); de otro lado, al señalar dicho artículo que los socios cuya exclusión es materia de agenda, no serán tomados en cuenta en las votaciones (“sin considerar las del socio cuya exclusión se discute”) no implica su no convocatoria, pues supondría vulnerar su derecho de participación y, en especial, su derecho de defensa, sin existir sustento legal o estatutario (respecto de este asunto actúan con voz pero sin voto); en ese sentido y tratándose de una limitación o privación al derecho de participación del socio, la misma debería estar expresamente prevista en el estatuto o la LGS y no crearse vía interpretación.

Al respecto, debe recordarse que la propia LGS regula expresamente los supuestos de limitación o privación al derecho de participación, tal como ocurre con el accionista o socio que tenga, por cuenta propia o de un tercero, “interés en conflicto con el de la sociedad”, en cuyo caso sus acciones o

participaciones se computan a efectos del quórum pero no para las votaciones (art. 133 de la LGS) o el accionista, o socio “moroso” cuyos dividendos pasivos no han sido pagados en la forma y plazo establecidos siendo que sus acciones o participaciones no se consideran a efectos del quorum ni las votaciones (art. 79 de la LGS).

En esa misma línea, el XCIII Pleno Registral aprobó el siguiente acuerdo: [\[22\]](#) “Acuerdo de exclusión de socio: No es inscribible el acuerdo de junta general relativo a la exclusión de socio en el que no se haya invocado causal prevista en la Ley o el estatuto”.

En cuanto a la causal de exclusión del socio, la calificación registral no precisa de su probanza, sino sólo su invocación por la junta general al adoptar el acuerdo; causal que deberá estar prevista expresamente en el estatuto o la LGS.

Debe agregarse que en doctrina mercantil existe otra posición -no asumida por el Pleno Registral- que considera que la inexistencia de una previsión legal o estatutaria no impide a la sociedad acordar la exclusión del socio en caso concurren “justos motivos”, teniendo presente el deber de lealtad del socio y que su permanencia puede afectar sustancial y gravemente la vida social o la obtención del fin común. [\[23\]](#)

En el mismo XCIII Pleno Registral se aprobó el siguiente acuerdo: [\[24\]](#)

“Exclusión de socio y regularización de capital:  
“Para la inscripción de todo acto -posterior a la exclusión de un socio- que tenga incidencia en el capital de la sociedad, tales como aumento, transformación, reorganización, excepto transferencia de participaciones, se requiere del previo acuerdo de regularización del capital”.

Como correlato al acuerdo de exclusión del socio tenemos la necesaria e inmediata modificación del estatuto en cuanto al capital social y el nuevo cuadro de participaciones y/o socios, sin embargo, la *praxis* enseña que no es lo que ordinariamente sucede; en ese sentido, luego de la exclusión del socio, la sociedad podrá seguir adoptando acuerdos de manera ordinaria, salvo se trate de uno que tenga incidencia en el capital, en cuyo caso se requiere como acto previo la regularización del capital.

## V. Las mayorías (votación)

1. La adopción de los acuerdos por la junta general precisa de un mínimo número de votos a favor, previstos en el estatuto, la Ley y los convenios de accionistas inscriptos en el Registro, según el tema del que se trate.

La junta general constituye, reiteramos, un medio de expresión de la voluntad de los accionistas o socios regido por el principio mayoritario, es decir, los acuerdos válidamente adoptados por la mayoría obligan a todos los miembros, incluido los disidentes y los que no hubieran participado.

El art. 127 de la LGS establece, como regla general, que “los acuerdos se adoptan con el voto favorable de la mayoría absoluta de las acciones suscritas con derecho a voto representadas en la Junta”.

2. Tratándose de aquellos asuntos mencionados en el art. 126 de la LGS, como regla especial, se indica que “se requiere que el acuerdo se adopte por un número de acciones que represente, cuando menos, la mayoría absoluta de las acciones suscritas con derecho a voto”, es decir, en aquellos casos referentes a la modificación del estatuto, al aumento o reducción de capital, a la emisión de obligaciones, al acuerdo de enajenación en un solo acto de activos cuyo valor contable exceda el cincuenta por ciento del capital social y a la transformación, fusión, escisión, reorganización, disolución y liquidación de la sociedad.

Cabe recordar la regla establecida en esta materia por el art. 128 de la LGS, “cuando la adopción de acuerdos relacionados con los asuntos del art. 126, debe hacerse en cumplimiento de disposición legal imperativa, no se requiere el quórum ni la mayoría calificada mencionados en los arts. precedentes”.

3. Las mayorías establecidas se entienden como mínimas, a tenor del último párrafo del art. 127 de la LGS, ya que estatutariamente o vía convenios de accionistas inscriptos en el Registro podría establecerse exigencias mayores, ¿incluso la unanimidad?; salvo los casos expresamente establecidos por la LGS, consideramos que la unanimidad en materia de mayorías igualmente implica dificultades a la propia organización y conformación de la voluntad social; así, un sólo voto en contra de uno de los accionistas o socios imposibilitaría la adopción de cualquier acuerdo.

4. Debe destacarse que, mediante Decreto Legislativo 1061, publicado en el diario oficial “El Peruano” el 28.6.2008, se incorporó el voto por medio electrónico o postal en los siguientes términos:

“Art. 21-A.- Voto por medio electrónico o postal

“Los accionistas o socios podrán para efectos de la determinación del quórum, así como para la respectiva votación y adopción de acuerdos, ejercer el derecho de voto por medio



electrónico siempre que éste cuente con firma digital o por medio postal a cuyo efecto se requiere contar con firmas legalizadas.

“Cuando se utilice firma digital, para ejercer el voto electrónico en la adopción de acuerdos, el acta electrónica resultante deberá ser almacenada mediante microforma digital, conforme a Ley.

“Cuando la sociedad aplique estas formas de voto deberá garantizar el respeto al derecho de intervención de cada accionista o socio, siendo responsabilidad del presidente de la junta el cumplimiento de la presente disposición.

“La instalación de una junta o asamblea universal, así como la voluntad social formada a través del voto electrónico o postal tiene los mismos efectos que una junta o asamblea realizada de manera presencial.”

Al respecto, se señala que este dispositivo confiere a cualquier accionista o socio la facultad de ejercer su derecho de voto por medio electrónico o por medio postal. Si dichos votos no son más que modalidades de ejercicio del derecho general al voto, aplican a ellas todos los impedimentos establecidos por la LGS para el voto mismo (Julio Salas Sánchez).

5. De otro lado, el Pleno Registral aprobó el siguiente precedente de observancia obligatoria: [\[25\]](#)

“Aplicación del art. 115 inc. 5 de la Ley General de Sociedades:

“No es materia de calificación la atribución de la junta general de acordar la enajenación de activos de valor contable superior al 50 % del capital de la sociedad, en tanto se trata de una relación interna”.

Conforme al art. 115.5 de la LGS compete a la junta general de accionistas la enajenación de activos cuyo valor en libros supera el 50 % del capital, pero la junta no puede ejecutar directamente su acuerdo, sino que ello corresponde al directorio o la gerencia, en tanto órganos de representación y de gestión; en ese sentido, al realizar la enajenación de activos, tales órganos ejecutivos podrían hacerlo previo acuerdo de la junta general en ese sentido o no, lo que obligaría al Registro a exigir su acreditación, a efectos de su inscripción.

Siendo el elemento decisivo en este caso, el “valor contable” del activo enajenado, un asunto de orden “interno” de la sociedad, que sólo es conocido por los accionistas y directivos y teniendo los libros contables carácter reservado y secreto, no podría afectar a los terceros; en ese sentido, frente a terceros debería presumirse que los órganos gestores y representativos de la sociedad actúan plenamente facultados y, en su defecto, asumen responsabilidad en el fuero interno.

## VI. Los aspectos documentales

1. Salvo los acuerdos vinculados a la modificación del estatuto -contenido en el pacto social-, que requieren formalizarse en escritura pública, en los demás casos la inscripción en el Registro de Sociedades se efectuará en mérito a documentos privados, es decir, copias certificadas notarialmente del acta de la junta general de accionistas, documento en el que se materializa la voluntad social y cuya fuerza legal se produce desde su aprobación, constituyendo medio de prueba de su existencia, base para el ejercicio de los derechos de los socios y supervisión (art. 135 de la LGS).

En efecto, dado que la sociedad se constituye por escritura pública -la misma que contiene el pacto social y el estatuto-, la inscripción de cualquier modificación requerirá observar la misma formalidad (art. 5 de la LGS); en cambio, tratándose de otros actos, tales como el nombramiento de administradores, liquidadores o de cualquier representante y el otorgamiento de poderes por parte de la sociedad, su inscripción se hará en mérito a “copia certificada de la parte pertinente del acta donde conste el acuerdo válidamente adoptado por el órgano competente” (art. 14 de la LGS).

2. En cuanto a las copias certificadas del acta, el art. 6 del RRS precisa que, éstas serán:

“transcripciones literales de la integridad o de la parte pertinente del acta, mecanografiadas, impresas o fotocopiadas, con indicación de los datos de la legalización del libro u hojas sueltas, folios de que consta y donde obran los mismos, número de firmas y otras circunstancias que sean necesarias para dar una idea cabal de su contenido”.

Dispositivo que guarda concordancia con el art. 104 del Decreto Legislativo del Notariado, Decreto Legislativo 1049:

“El notario expedirá copia certificada que contenga la transcripción literal o parte pertinente de actas y demás documentos, con indicación, en su caso, de la legalización del

libro u hojas sueltas, folios de que consta y donde obran los mismos, número de firmas y otras circunstancias que sean necesarias para dar una idea cabal de su contenido”.

3. Sobre la legalización de los libros, el art. 115 del Decreto Legislativo del Notariado establece lo siguiente:

“Art. 115.- Cierre y apertura de libros:

“Para solicitar la certificación de un segundo libro u hojas sueltas, deberá acreditarse el hecho de haberse concluido el anterior o la presentación de certificación que demuestre en forma fehaciente su pérdida.

“Tratándose de la pérdida del libro de actas de una persona jurídica, se deberá presentar el acta de sesión del órgano colegiado de administración o el acta de la junta o asamblea general, en hojas simples, donde se informe de la pérdida del libro, con la certificación notarial de la firma de cada interviniente en el acuerdo, debiendo el notario verificar la autenticidad de las firmas.”

Aspectos que anteriormente eran calificados por el Registrador y que ahora es de exclusiva competencia del notario; así, el X Pleno Registral aprobó el siguiente precedente de observancia obligatoria: [\[26\]](#)

“Legalización de apertura de libros:

“La persona jurídica debe acreditar ante el notario y no ante el registro la conclusión o pérdida del libro anterior para que proceda la legalización de un segundo y subsiguientes libros. A efectos de verificar la concordancia entre el libro de la persona jurídica obrante en el título cuya inscripción se solicita y el antecedente registral, se debe tomar en cuenta el libro correspondiente contenido en el antecedente registral inmediato”.

Es decir, la verificación del cumplimiento de los requisitos para la apertura de un nuevo libro corresponderá exclusivamente al notario y al juez; en cuanto a este último se entendería comprendido en el criterio interpretativo citado [\[27\]](#).

4. Además del documento principal constituido por el acta de la junta general que contiene los acuerdos adoptados por dicho órgano, existen otros documentos denominados “complementarios” que coadyuvan a la inscripción, como son la lista de asistentes, el aviso de convocatoria publicado en el diario, las constancias a que se refiere el art. 7 del RRS (en el caso de las SAC y SRL), etc.

5. El acta debidamente redactado por el secretario deberá indicar el lugar, fecha y hora en que se realizó la junta; si se celebró en primera, segunda o tercera convocatoria, los accionistas presentes o sus representantes, el número y clase de acciones de las que son titulares, quienes actuaron como presidente y secretario; en cuanto al aviso de convocatoria, las fechas y los periódicos en que se publicaron (cuyos originales o copias certificadas se adjuntarán al título o se insertarán en la escritura pública), la forma y resultado de las votaciones y los acuerdos adoptados, constancias del sentido de sus intervenciones y de sus votos expresadas por los asistentes. La lista de asistentes puede estar incluida en la misma acta o en documento distinto; sobre el número de firmas, si el acta fue aprobada en la misma junta, además de dejarse constancia de su aprobación, deberá ser firmada por el presidente, el secretario y un accionista designado por la junta; si el acta se aprueba posteriormente -máximo dentro de los 10 días siguientes-, adicionalmente al presidente y el secretario, deberán firmar no menos de dos accionistas, dejando igualmente constancia de su revisión y aprobación (art. 135 de la LGS).

6. Tratándose de acuerdos contenidos en “actas especiales” que no han podido asentarse en el libro u hojas sueltas (art. 136 de la LGS), en el ámbito registral han existido diversos criterios sobre su aptitud para acceder al Registro de Sociedades; situación que pretende ser superada por el RRS al establecer en su art. 6 que podrán inscribirse estos acuerdos “sólo después que hayan sido adheridos o transcritos al libro o a las hojas sueltas correspondientes”, sin embargo, con criterio amplio, admite de manera excepcional la posibilidad de su inscripción cuando por “razones debidamente acreditadas a criterio del Registrador no resulte posible adherirlos o transcribirlos”; será necesario entonces que la jurisprudencia registral precise la forma en que ha de probarse en sede registral tal imposibilidad, ello a fin de preservar las garantías mínimas de seguridad en la documentación que accede al registro, dado los efectos sustanciales que se derivan de la inscripción.

7. Debe destacarse la regulación incorporada mediante Decreto Supremo 006-2013-JUS, publicado en el diario oficial “El Peruano” el 15.5.2013 (cuyo antecedente es el DS 017-2012-JUS), que estableció de manera obligatoria y a nivel nacional para los notarios la verificación de identidad personal mediante sistema de identificación por comparación biométrica.

En ese sentido, tratándose de sociedades y demás personas jurídicas, mediante la Primera Disposición Complementaria Final del referido dispositivo normativo, se estableció lo siguiente:

“Para la aplicación de lo dispuesto en el art. 5 del presente dispositivo, cuando se trate de Actas de las sociedades comerciales o civiles, éstas serán certificadas por el Gerente General con nombramiento inscrito, quien al final del Acta declarará bajo su responsabilidad que los socios o accionistas sean efectivamente tales y que sus firmas corresponden a los mismos. Además, la firma del gerente en esta declaración, deberá estar certificada notarialmente. Adicionalmente, la emisión de la copia certificada notarial deberá ser solicitada por el gerente, quien acreditará con el documento registral o mediante consulta en línea su nombramiento correspondiente.

“Tratándose de asociaciones, fundaciones, y otras entidades distintas de las sociedades civiles o comerciales, tales como cooperativas, u otras, dicha responsabilidad recaerá en el Presidente”. (desarrollado en la Directiva denominada “Lineamientos para la adecuada aplicación del Decreto Supremo N° 006-2013-JUS”, aprobada mediante Resolución del Consejo del Notariado N° 44-2013-JUS-CN).

Aspecto que, sin embargo, no resulta calificable en sede registral a tenor de lo establecido en el art. 32 del Reglamento General de los Registros Públicos:

“Art. 32.- Alcances de la calificación:

“(…) En los casos de instrumentos públicos notariales, la función de calificación no comprende la verificación del cumplimiento del notario de identificar a los comparecientes o intervinientes a través del sistema de comparación biométrica de las huellas dactilares, así como verificar las obligaciones del Gerente General o del Presidente previstas en la primera disposición complementaria y final del Decreto Supremo N° 006-2013-JUS.” (Párrafo incorporado por el [art. primero de la Resolución N° 154-2013-SUNARP-SN](#), publicada el **04 julio 2013**).

En ese orden de ideas y sin perjuicio de la responsabilidad que le corresponde al Gerente General por la veracidad de su declaración, debe decirse que la calificación registral no se ha modificado luego de la dación del referido Decreto Supremo; por lo que a efectos de su inscripción deberá acreditarse la realidad y validez de los acuerdos societarios mediante la presentación de los respectivos documentos.

## VII. A modo de conclusión

He aquí el desarrollo de la “jurisprudencia registral” en materia de conformación de la voluntad social por la junta general a lo largo de estos últimos veinte años.

Refiriéndose a la interpretación literaria, aplicable también al derecho, Umberto Eco, célebre autor de “El nombre de la rosa” (*Il nome della rosa*, 1980), señalaba que, además de la intención del autor (*intentio auctoris*) y de la obra (*intentio operis*), existe la intención del lector (*intentio lectoris*), la más importante de todas; pues el lector u operador del derecho, a partir de la obra -que adquiere autonomía una vez creada-, debe recrearla infinitamente con nuevas perspectivas y enfoques. [\[28\]](#)

En ese sentido, el Tribunal Registral, como órgano de segunda y última instancia registral y a través de los precedentes de observancia obligatoria y sus acuerdos, ha contribuido al desarrollo de la jurisprudencia y del derecho societario en general, inspirando incluso reformas reglamentarias, a veces no con poca controversia dentro del foro al no ser compartidos algunos de sus criterios interpretativos, pero fieles a lo señalado por el jurista Fernando De Trazegnies:

“el intérprete no es un ser pasivo, sometido a la hipotética voluntad de un hipotético legislador, como si fuera su simple portavoz; el intérprete es, en realidad, un coinventor del derecho, tiene la libertad de agregar a la norma nuevos sentidos ajenos a la intención del legislador”. [\[29\]](#)

Comenzamos este trabajo con párrafos de un famoso tango, “Volver”, y terminamos con otros del mismo, “pero el viajero que huye tarde o temprano detiene su andar...”; en este caso detenemos brevemente nuestro andar para meditar los avances a nivel registral en cuanto a la aplicación y/o interpretación de la LGS y para pensar en lo mucho que queda por hacer.

# Reforma a la legislación laboral\*

Raúl Enrique Altamira Gigena\*\*

*“Los hermanos sean unidos,  
porque esa es la ley primera;  
tengan unión verdadera  
en cualquier tiempo que sea,  
porque si entre ellos se pelean  
los devoran los de ajuera.”*

Para analizar la reforma laboral valdría un curso o seminario, porque es un tema muy extenso y permite el diálogo e intercambio de opiniones.

**I)** Terminológicamente, reformar es volver a rehacer, corregir, reparar, restaurar lo que se propone o ejecuta como innovación o mejora del sistema legislativo.

Procuramos analizar algunas disposiciones constitucionales y legales vigentes que, por su generalidad o indeterminación, han permitido que la doctrina o la jurisprudencia manifiesten sus decisiones generando una cantidad de interpretaciones confusas y provoca la litigiosidad.

**II)** Autoridad competente. Por la Constitución Nacional todas las disposiciones que deben estar en un Código del Trabajo y de la Seguridad Social es competencia del Poder Legislativo Nacional; las provincias o municipios pueden sancionar normas laborales para su personal. Este tema lo resolvió la Corte Suprema Nacional al declarar inconstitucional las Leyes de seis provincias que establecieron el llamado “sábado inglés”, que regulaba una jornada semanal de 40 horas teniendo que abonar el empleador el equivalente a 48 horas de trabajo.

Las seis provincias estimaban que dicha disposición se relacionaba con la higiene y salubridad de la prestación del servicio, en cambio el máximo tribunal nacional consideró que era inherente a la reglamentación de la jornada semanal de trabajo, propio de un Código Nacional Laboral.

Por Ley N° 14.250, el Congreso Nacional ha delegado sus facultades en las comisiones negociadoras para celebrar un convenio colectivo de trabajo, por lo tanto, toda la reglamentación que regule la prestación del contrato de trabajo de la actividad privada puede ser por una Ley nacional o un convenio colectivo de trabajo.

De ello surge que la legislación laboral es anticuada, imperfecta e incompleta, porque el parlamento argentino no ha cumplido su función de actualizar las normas del Derecho del Trabajo, algo similar aconteció con las comisiones negociadoras que prácticamente en el último decenio actualizó las escalas salariales omitiendo la modernización de las condiciones de trabajo.

**III)** Art. 14 bis Constitución Nacional. Para respetar los principios de sistematización y coherencia estima como tarea primordial del Congreso de la Nación aplicar la doctrina del Tribunal Supremo de la Nación sobre el artículo Nuevo de la CN, porque la reforma de 1957 fue incompleta al carecer de quórum la Convención Nacional Reformadora, dicho artículo fue sancionado conforme el dictamen de la comisión omitiendo la resolución del plenario.

1° Párrafo: protege los derechos individuales del trabajo:

Otorga los derechos y condiciones mínimas que el dependiente debe prestar servicio para dar vida al enunciado “el trabajo, en sus diversas formas, gozará de la protección de las Leyes, las que aseguran al trabajador condiciones dignas y equitativas de labor”.

a) Jornada limitada: derogar la Ley vigente N° 11544 del 17/09/1929 y el decreto N° 16115 de 1933. Es pacífica la doctrina nacional y comparada que lo atinente al horario de trabajo es inherente a los convenios colectivos de trabajo, limitándose la legislación a establecer el máximo de la jornada diaria, semanal y los respectivos descansos, como el CCT para los choferes de media y larga distancia reemplazando la cantidad de horas de trabajo por un adicional por Km recorrido. Lo mismo acontece con la jornada en la mina a cielo abierto “La lumbrera”, donde la jornada se mide a razón de 12 horas diarias durante tres semanas, y seguidamente tres semanas de descanso. Algo similar para el trabajador de la industria de la construcción, donde la jornada está en función de la tarea realizada.

b) Retribución justa, igual remuneración por igual tarea: en la actualidad carece de norma legislativa, quedando librada al criterio judicial, lo que genera una inseguridad jurídica que provoca litigiosidad.

c) Participación en las ganancias de las empresas con control de la producción y colaboración en la dirección: de ex profeso carece de disposición legislativa y debe ser regulado por CCT en función de la actividad, de la industria o comercio, zona de actuación y cantidad de empleados, caso de los viajantes de comercio y algunas actividades industriales y comerciales.

d) Protección contra el despido arbitrario: la doctrina nacional es pacífica al disponer que este enunciado es para el empleado de la industria, comercio o actividades privadas, es la sentencia dictada por la CSN en la causa "Vizotti", la nueva norma debe reparar el error de imponer una quita del 30 %. También debe establecer si en "la mejor retribución" además del salario que percibe el dependiente, debe adicionarse el valor de la casa habitación, vehículo y herramientas tecnológicas que provee el dador de trabajo. El legislador deberá disponer si se aplica en las relaciones laborales la conducta discriminatoria y *mobbing*.

**i.** Concepto: Discriminación en el empleo significa cualquier diferenciación, exclusión o preferencia sobre la base de raza, sexo, color, religión, opiniones políticas, extracción social o nacionalidad que tenga por resultado la eliminación o violación de oportunidades a trato igualitario, con relación al empleo o en el ejercicio de la profesión.

**ii.** También incluye cualquier otra diferenciación, exclusión o preferencia que tenga por resultado la violación o frustración de iguales oportunidades a trato respecto del empleo o en el ejercicio de la profesión.

**iii.** No se considerará discriminatoria la diferenciación, exclusión o preferencia basada en las calificaciones requeridas para un empleo específico.

**iiii.** Convenio 111 de la OIT; art. 17 y 81 LCT - Ley N° 23.592.

Art. 1º.- "Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados.

"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, y por razones laborales."

Art. 2º: Sustituye varios artículos del Código Penal.

Art. 1º: Será considerado despido discriminatorio el originado en motivos de raza, nacionalidad, sexo, orientación sexual, religión, ideología u opinión política o gremial (...) la prueba será a cargo de quien invoque la causal. La indemnización (...) se incrementará en un 30 % y no se aplicará el tope establecido en el segundo párrafo del Art. 7º de la Ley N°.

Sentencias que condenaron al demandado por estimar que aplicó actos discriminatorios:

"Fundación Mujeres en Igualdad y otro c/ Freddo SA./amparo" 16.12.02 CNCivil Sala H.

"Stafforini Marcelo c/ MTSS-Anses", Sala Xº 29.06.01 - Despedido por razones políticas.

"Greppi Laura c/ Telefónica de Argentina", Sala IXa. CNAT 31.05.05 TSS 2005-884.

"Cresta Erica c/ Arcos Dorados S.A.", Sala 2a. CNAT 07.07.05 TSS 2005-863.

"Martínez María Isabel c/ Urbatec S.A s/ amparo sindical". STJ Corrientes, del 23.06.08.

"Álvarez y otros c/ CENCOSUD SA." CSJ.07.12.2010

"Doctrina de la mayoría (Zaffaroni, Maqueda, Petracchi y Fayt).

"Hace lugar a la demanda, ordena la reincorporación, pago de los salarios caídos, si se niega a reintegrarlo abona reparación hasta la fecha que tenga derecho al beneficio previsional.

"El Protocolo de San Salvador contempla a la readmisión en el empleo como una de las consecuencias admisibles en la legislación interna en casos de despidos injustificados.

"La reinstalación guarda coherencia con las instancias jurisdiccionales internacionales en materia de derechos humanos tendientes a la plena reparación de los daños irrogados. Ratifica la doctrina "De Luca c/ Bco. Francés".

"Doctrina de la minoría (Lorenzetti, Highton de Nolasco y Argibay)

"La reglamentación facultad del empleador de contratar o no contratar, y en su caso, elegir con quién. Los inequívocos términos de la Ley N° 23.592 no permiten exceptuar el ámbito de las relaciones laborales de las previsiones de dicha norma, ya que es una Ley general y transversal a todo el sistema jurídico. La empresa privada tiene un sistema de estabilidad relativa, por ello coincide con la mayoría, excepto la obligación de reintegro."

La minoría ha quedado como mayoría con Lorenzetti y Highton de Nolasco (Argibay falleció). De la mayoría solamente está en actividad el ministro Maqueda.

**MOBBING.** Concepto: es un maltrato psicológico contra la personalidad, dignidad, integridad física o psíquica del trabajador, pone en peligro su empleo o degrada el clima laboral. Se produce en casos de aislamiento físico del trabajador, la marginación a través de la hostilidad, la falta de comunicación, la difusión de conceptos peyorativos, la asignación de tareas humillantes, descalificadoras, o de muy difícil concreción, el menoscabo de la imagen del empleado frente a sus colegas, clientes o superiores, la

producción de cambios o rotaciones frecuentes extraños a las necesidades técnicas y objetivas de la empresa.

Carece de respaldo legislativo, es criterio de alguna doctrina y jurisprudencia, debatida y cuestionada. Se inicia esta causal de agravio a mediados del siglo XX.

Tiene como mínimo dos sujetos intervinientes: "el *mobber*", con poder sobre la víctima y quien efectúa el agravio; y el afectado, que es el trabajador o su familia, en este caso, ya llamado "*side mobber*".

a) Estabilidad del empleado público: a partir de la sanción de este dispositivo, la doctrina judicial fue discrepante al considerar un sector que todo empleado público gozaba de estabilidad, y otro sector ponía algunas condiciones. La integración del Tribunal Supremo a partir de "Modorran" consideró que el empleado público goza de estabilidad absoluta o permanente cuando es designado por la autoridad competente, por disposición legal válida y para la planta permanente.

1º. - Por la estabilidad absoluta.

1º. - "Madorrán Marta c/ Administración Nacional Aduanas" del 03.05.07.

2º. - "Ruiz Emilio D. c/ D.G.I." 15.05.2007.

3º.- "Delfino Laura c/ Organismo Regulador Aeropuertos" del 09.03.2011.

4º.- "Aguerre Miguel Ángel c/ ETOSS y otro" del 05.04.2011.

El empleado público de planta permanente, designado por autoridad competente, por instrumento legal válido, conserva la estabilidad absoluta aun cuando la relación esté regulada por la LCT, o un CCT.

Por ello carecen de estabilidad los empleados públicos contratados que, al decir de la Corte, se incorporan a la administración en tales condiciones y al extinguirse el vínculo no se transforma la naturaleza jurídica, aun en el supuesto de haber prestado servicios durante muchos años.

Todo ello debe ser por Ley Nacional y no por criterio judicial.

"Sánchez Carlos c/ Auditoría Gral. Nación", "RAMOS José c/ Ministerio Defensa", Ambos de abril 2010. "Cerigliano Carlos c/ Gobierno de la CABA" 19.04.2011.

"González Diego María c/MTESS 05.05.2011". Es pasante, tiene derecho indemnización. Art. 245 fijado por la Ley N° 25.164.

Ley colombiana denomina al vínculo del empleado público contratado "PROVISIONALIDAD".

2º Párrafo. Garantiza la vigencia del derecho colectivo del trabajo.

Es uniforme la doctrina y legislación nacional y comparada que el contenido del derecho colectivo del trabajo, o derecho sindical es:

1- El régimen de asociaciones sindicales de trabajadores y empleadores.

Antecedentes legislativos.

Para los empleadores: Ley N° 14.295 /diciembre/1954, deroga gobierno de facto por decreto N° 7760/55)

Para los trabajadores: Decreto N° 2669 Rigió de jun. a dic./43. Introduce en la legislación argentina el instituto de la "personería gremial".

Decreto-Ley N° 23.852/45.

Decreto-Ley N° 9270/56.

Ley N° 14.455/58.

Ley N° 20.615 (nov/73)

Ley N° de facto N° 22.105 (20.11.79).

Ley N° vigente N° 23.551 (22.03.88) reglamentada por decreto N° 467/88.

La CSJ ha declarado inconstitucional tres artículos de la Ley N° 23.551.

1.-Art. 3: "Recurso de hecho en "ATE- acción de inconstitucionalidad" del 18/06/2013.

2.- Art. 41, inc. a) en "ATE c/MTESS" del 11/11/2008.

3.- Art. 52 en "Rossi Adriana c/ Estado Nacional - Armada Argentina", del 09/12/2009.

2.- Las comisiones negociadoras para celebrar un convenio colectivo de trabajo Leyes N° 23, N° 14.250, N° 23.546 y N° 25.877.

3.- Los conflictos colectivos del trabajo y los procedimientos para la solución, Leyes N° 14.786/59 y N° 25.877

El Parlamento argentino deberá resolver legalmente los temas conflictivos del régimen vigente:

a.- Si conserva el INSTITUTO de la "PERSONERÍA GREMIAL", O DE LA "ASOCIACIÓN MÁS REPRESENTATIVA";

b.- que el Ministerio de Trabajo Nacional -hoy Ministerio de Trabajo Empleo y Seguridad Social, MTEYSS- sea la Autoridad competente, o le otorga competencia a las Autoridades Administrativas provinciales para entender en las cuestiones relacionadas con las asociaciones sindicales de trabajadores y empleadores, y en todo lo referente a las comisiones negociadoras de un CCT.

c.- en las reclamaciones que sea parte una asociación sindical obrera o patronal provincial, sea competente los tribunales provinciales;

d.-Reformar art. 54 Ley N° 23.551, podría quedar redactada de la siguiente forma: La asociación sindical de trabajadores o de empleadores, o el damnificado, conjunta o individualmente, podrán promover querrela por práctica desleal ante el juez o tribunal competente.

e.- Las Comisiones negociadoras de un CCT puedan sesionar en el ámbito provincial, como aconteció con el CCT de Grandes Motores Diesel;

f.- Reformar la Ley de Empleo N° 24.013 porque no cumplió sus objetivos de registrar al personal, en los hechos se iniciaron muchísimos pleitos para beneficio de los letrados que percibieron sus honorarios, sin lograr los empleados actores que los registrarán, con la falencia compartida de la ANSESS.

Art. 14 bis, 3° párrafo: Le impone al Estado Nacional otorgar los beneficios de la seguridad social, con carácter integral e irrenunciable. La seguridad social tiene como objetivo brindar cobertura a las siguientes CONTINGENCIAS SOCIALES:

Patológicas, Biológicas, Económicas, Sociales:

Enfermedad → Maternidad → Matrimonio

Accidente → Vejez → Cargas de familia

Invalidez → Muerte → Desempleo

Esparcimiento → vacaciones

Las contingencias amparadas en la legislación argentina son:

1) Regímenes jubilatorios:

Nacional SIJyP 24241y SIPA 26.425.

Cajas de jubilaciones Provinciales.

Caja de Previsión Social provinciales para Profesionales Universitarios afiliados.

2) Sistema Nacional de asignaciones familiares, Ley N° 24.714 y decreto 368/04 (SAF.)

3) Regímenes de obras sociales (sindicales, profesionales y estatales):

a) Nacional N° 23.660 y N° 23.661 - Superintendencia servicio de Salud (SSS).

b) Jubilados y pensionados nacionales Ley INSSJyP N° 19.032.

c) Jubilados y pensionados provinciales y municipales.

d) Reg. Provincial para profesionales universitarios.

1) Sistema nacional de cobertura al desempleo:

a. General Ley de Empleo N° 24.013 (Arts. 111 a 127 LE).

b. Rurales Ley N° 25.191.

c. Construcción Ley N° 25.371.

2) Protección infortunios del trabajo (auto seguro o ART). Por el hecho o en ocasión del trabajo:

Ley N° 9688 (BO. 21.10.1915 con reformas).

Ley N° 24.028 (BO. 17.12.91).

Ley N° 24.557 (LRT- BO. 04.10.95).

Ley N° 26.773 (BO.26.10.2012).

Decreto N° 1720/12 ART-MUTUAL.

De lo expuesto surge que el sistema vigente es imperfecto e incompleto. El legislador nacional es el competente para lograr -alguna vez- un sistema integral e irrenunciable.

El régimen vigente es incompleto porque:

1.- el trabajador autónomo tiene cobertura:

- a) En el sistema jubilatorio,
- b) el familiar o conviviente, a la pensión en caso de muerte del titular;
- c) y el Instituto de Servicios Sociales para jubilado y pensionados, por medio del PAMI, FACILITA EL GOCE DE VACACIONES Y ESPARCIMIENTO EN LOS LLAMADOS "HOGARES DE DÍA".

2.- El trabajador dependiente registrado tiene cobertura a todas las contingencias, puede participar en los paseos del PAMI acreditando estar inscripto y aporta a los sistemas.

Estimo que es la oportunidad para que el legislador nacional sancione por primera en la República Argentina un régimen integral y pleno de seguridad social.

Lamentamos reconocer que los beneficios previstos en el tercer párrafo del 14 bis CN NUNCA SE CUMPLIERON.



# La empresa en su doble rol en el derecho del consumidor

Esteban Javier Arias Cáu

## I. Introducción

La relación de consumo, con fundamento constitucional<sup>[30]</sup> (art. 42, Constitución Nacional), constituye la llave de ingreso al denominado *sistema de defensa del consumidor* que se ampara en el principio protectorio y permite gozar de sus derechos, reglas y principios, como también aquellas instituciones que lo configuran como tal. De tal modo, la relación de consumo consiste, pues, en el vínculo jurídico que liga o une a un consumidor con un proveedor de bienes y servicios (art. 3, Ley N° 24.240 o LDC).

La noción de consumidor, por lo tanto, resulta fundamental para conocer quién es el sujeto protegido y el ámbito jurídico para el ejercicio de sus derechos. La evolución normativa del concepto y su análisis permite distinguir tipos o especies que infieren una noción de carácter polifacético y que ha sido -desde su inicio- materia de desvelo para los especialistas en virtud de que la *categoría de consumidor* no es unívoca en el derecho comparado. Así, por ejemplo, el derecho comunitario europeo reconoce como tal sólo a la persona humana, física o natural<sup>[31]</sup>; por el contrario, el derecho latinoamericano ampara tanto a la persona natural como a la persona jurídica<sup>[32]</sup> o colectiva, como destinatario final<sup>[33]</sup> de tutela.

En efecto, corresponde advertir que el derecho de defensa del consumidor -como rama especializada del universo jurídico contemporáneo- ha transformado los conceptos jurídicos clásicos y les ha brindado un nuevo punto de vista. Así, a partir de la sanción del Código Civil y Comercial argentino (CCyC), se han generado nuevos estudios al respecto y que corresponde profundizar.

Sin embargo, en esta oportunidad no abordaremos el análisis del consumidor sino de su contraparte jurídica, esto es, al proveedor de bienes y servicios y su configuración normativa. Asimismo, en particular, indagaremos la noción de empresario y su eventual transformación técnica en el ámbito del consumidor, en virtud de que para cierta doctrina -en casos excepcionales, vale reconocerlo- puede ser considerada como consumidor (art. 1092, CCyC).

Por lo tanto, nos proponemos indagar en la noción histórica de comerciante para arribar al empresario, y por último, al proveedor dentro de la sociedad de consumo<sup>[34]</sup>, para conocer los contornos y límites del concepto, a fin de verificar la posibilidad del cumplimiento de un ocasional doble rol de la figura.

## II. Derecho Comercial y el comerciante

### II.1. Antecedentes históricos jurídicos del derecho comercial

El comercio, como actividad económica o intercambio de bienes, es tan antiguo como la Humanidad puesto que el hombre, como ser social, al decir de Aristóteles, necesita de los otros hombres para satisfacer sus múltiples necesidades básicas.

Una particularidad para tener en cuenta es aquélla que indica la precedencia cronológica del comercio terrestre con relación al marítimo, pero a la inversa el surgimiento de instituciones jurídicas netamente comerciales en el segundo antes que en el primero. En otros términos, las *primeras fuentes* del derecho comercial se encuentran en las recopilaciones de los usos y costumbres *marítimos*, que luego se generalizaron al comercio terrestre. Así, en opinión de Alterini, el Derecho Comercial nació "como una regulación corporativa, con una nota distintiva singular: era personal a quienes ejercían una determinada actividad, era el *derecho de los comerciantes*"<sup>[35]</sup> obteniéndose dos ventajas:

- a) Creación de regulación jurídica propia y específica al asignársele fuerza vinculante a sus propios usos;
- b) Designación de jueces propios, y que eran los propios comerciantes.

Sus características principales eran:

- a) Legislación específica, distinta del derecho civil de raigambre romanista;
- b) Derecho corporativo que determinaba el acceso a la calidad de comerciante y reglamentaba las operaciones específicas, calificadas luego como actos de comercio;
- c) Aplicación *extensiva* de sus normas a aquellos sujetos que no eran comerciantes (productores primarios y consumidores); y lo más importante,

d) La jurisdicción comercial en la cual eran los propios comerciantes quienes decidían los conflictos que se suscitaran, y que, por lo tanto, conocían los usos y costumbres mercantiles aplicables a las situaciones concretas.

El impulso final fue la sanción del Código de Comercio Francés de 1807, que fue ejemplo para varios países [36], entre ellos el nuestro [37], porque unificó en un solo cuerpo legislativo el derecho vigente aplicable a los comerciantes, constituido por los usos y costumbres comerciales, y las instituciones mercantiles. Así, compartimos el aserto que razones históricas “justifican el nacimiento de esta rama del derecho cuya autonomía e independencia están en su origen, porque no es un desprendimiento del derecho civil, sino que fue creciendo a su lado, en forma paralela, antes en los usos y costumbres que en las normas previstas por el legislador [38]”.

A modo de conclusión, afirmamos con Rivera, que “el derecho mercantil es una rama del derecho privado cuyo origen es independiente del Derecho Civil, que encuentra legislación, jurisdicción y doctrina propias, basadas en principios distintos de los del Derecho civil, y que se caracteriza por su expresión internacional [39]”.

## II.2. Distintas concepciones del derecho comercial

De modo preliminar, cabe denunciar una cuestión que divide a la doctrina y tiene su razón de ser en la distinta concepción que se tiene del derecho comercial. En efecto, desde un punto de vista *histórico*, se suele señalar que el derecho comercial pasa, de un primer estadio subjetivo -en cuanto regula a la persona del artesano o comerciante- a otro que históricamente se califica como objetivo porque se establecen *actos* que se denominan “comerciales”, por su naturaleza con indiferencia de la persona que los realiza. En la actualidad, sin embargo, ese contenido

“se halla integrado por tres conceptos:

a) La empresa;

b) el empresario, y

c) la hacienda organizada, como tres concausas que concurren a la obtención del resultado final [40]”.

Es decir, que resulta fundamental el *empresario* (individual y social) quien es el principal responsable de las relaciones jurídicas mercantiles en tanto sujeto de derecho. Luego, su actividad profesional organizada en vista a la obtención de ganancias, mediante la producción e intercambio de bienes y servicios, se realiza a través de la *empresa* [41], con actos y negocios mercantiles producidos en serie. Y, por último, este empresario y la empresa tienen a su disposición un conjunto material e inmaterial de elementos para lograr sus propósitos y que constituyen la *hacienda* mercantil.

### II.2.1. Concepción subjetiva o profesional

Desde esta concepción [42], se tiene presente la actividad de ciertos *sujetos*, tanto personas humanas como jurídicas, que se dedican de modo profesional al comercio o actividad mercantil, ya sea de modo habitual o accidental, considerándolas comerciales. En otros términos, para determinar la materia comercial se parte “del sujeto que realiza los actos [43]”, considerando de modo predominante el aspecto subjetivo.

### II.2.2. Concepción objetiva o material

Dentro de esta concepción, en cambio, no interesan las personas que realizan la actividad mercantil, sino que se fija la atención en *determinados actos* que el legislador considera comerciales y, por ende, resultan regulados por la legislación y sometidos a la jurisdicción mercantil. El Código de Comercio Argentino tenía una concepción predominantemente objetiva o “prevalentemente objetivo [44]”, porque incluía un listado enunciativo de actos de comercio [45] (art. 8, Código de Comercio) que, realizados por cualquier sujeto, otorgaban el carácter comercial a la relación judicial (por ejemplo, la suscripción de un título de crédito), en virtud de la presunción legal de comercialidad (art. 7 [46], Código de Comercio). Empero, también enfatizaba que los actos del comerciante se *presumían* actos de comercio (art. 5 [47] segundo párrafo, Código de Comercio), salvo prueba en contrario.

Por lo tanto, existía un adecuado balance en torno a la concepción objetiva con la subjetiva, pudiéndose dar las siguientes hipótesis:

- a) Los sujetos de la relación jurídica eran *ambos* comerciantes y, por lo tanto, se presumía que la actividad que realizaban era comercial, aplicándose la legislación y jurisdicción mercantil;
- b) Uno de los sujetos de la relación jurídica era comerciante y el *otro* no lo era, pero toda la relación se presumía comercial y, por ende, también resultaba aplicable la legislación y jurisdicción mercantil;
- c) Ninguno de los sujetos de la relación jurídica era comerciante pero perfeccionaban un acto de comercio (art. 8 Código de Comercio) o bien de otros previstos en la legislación comercial, por lo cual también se les aplicaba la legislación y jurisdicción mercantil<sup>[48]</sup>. No debe perderse de vista que la legislación mercantil se apoya en los añejos principios de celeridad de las transacciones, la seguridad del crédito y la buena fe.

### II.2.3. Retorno a la concepción subjetiva

Sin embargo, en rigor, sostenemos que “el derecho comercial siempre fue la regulación de sujetos y actos<sup>[49]</sup>”. Por esta razón, creemos que el derecho comercial posee una esencial unidad histórica, y si bien existen variantes legislativas, siempre se estará en presencia de un *orden legal* que apunta a parámetros específicos, a saber: el desarrollo y ejercicio de una industria, el comercio, y ciertos servicios para un mercado; y, además, reglas, principios, obligaciones y atribuciones que se refieren a los sujetos que realizan tal actividad.

En suma, consideramos que resulta *anacrónico* sostener que el derecho comercial tiene una impronta subjetiva u objetiva a los fines de su conceptualización<sup>[50]</sup>; por el contrario, “sólo se trata de modalidades de técnica legislativa -antiguas o modernas- que intentan regular una parte del fenómeno económico de la empresa que actúa en el mercado<sup>[51]</sup>”. En otras palabras, el “nuevo derecho comercial es el de las instituciones unidas a los sujetos -empresario social, léase sociedades comerciales- que vuelven a ser el centro de nuestro derecho, sin que por ello deban dejarse de lado los aciertos que introdujo el criterio objetivo<sup>[52]</sup>”.

En efecto, el moderno derecho comercial tiene como *sujeto preeminente* al empresario social, quien adopta por lo general la técnica societaria, para el desarrollo de negocios mercantiles y la expansión de su *actividad empresarial*. Sin dejar de lado, por supuesto, el conglomerado<sup>[53]</sup> o grupo o *holding* de empresas que agrupa diferentes actividades de negocios dentro de una misma dirección u organización empresarial.

### II.3. La empresa o el derecho de la empresa como centro

El origen de la empresa puede situarse en el “momento en el cual una sociedad esencialmente artesana y agrícola (...) se transformó en una sociedad en la cual comenzó a predominar la producción industrial y el capitalismo financiero<sup>[54]</sup>”. Es decir, que en virtud del tránsito de esta economía primitiva de consumo que satisfacía únicamente las necesidades propias, luego se convierte en una economía de producción o de mercado en la cual la riqueza comercial comenzó a circular y en la cual apareció la *empresa* como centro<sup>[55]</sup> de los mecanismos de intercambio.

Esta nueva rama jurídica se caracteriza por la “interdisciplinarietà<sup>[56]</sup>”, en la cual la división de origen romanista de derecho público y privado es difusa. La empresa, como organización económica de capital y trabajo que propende a la producción e intercambio de bienes o servicios, no sólo abarca al derecho comercial en sentido estricto, sino que se extiende al derecho industrial, al derecho de marcas y patentes, a los agro-negocios, etc.

Desde el aspecto público<sup>[57]</sup>, interviene el derecho fiscal, el derecho administrativo, el derecho ambiental, y el derecho de la competencia. Desde el derecho privado, tiene una enorme influencia del derecho de defensa de los consumidores, la protección de la parte más débil, y el consabido deber de seguridad<sup>[58]</sup> en la prestación de servicios. El derecho civil como núcleo residual del derecho privado no se ha visto ajeno a estos cambios, especialmente, en sus institutos principales como la persona, el contrato, la autonomía privada, en virtud de la creciente influencia de normas imperativas, la constitucionalización del derecho civil, y una jurisprudencia activa. Se denomina a este fenómeno como “publicación del Derecho Civil<sup>[59]</sup>” y que derivó en la pérdida de la *posición central* del Código de Vélez

en el ordenamiento jurídico<sup>[60]</sup>.

Sin embargo, afirmábamos que en el estadio actual de la legislación en nuestro país resultaba difícil considerar a la empresa como centro<sup>[61]</sup> del derecho comercial, a pesar de su desarrollo económico, en virtud de que el legislador nacional había sido renuente a confeccionar un sistema normativo único. Además de la legislación fragmentaria tanto laboral como tributaria, debía precisarse que la empresa para nuestro derecho *no era un sujeto de derecho sino materia u objeto*. Así, se concluía que “no hay en nuestra legislación positiva un concepto económico unitario de la empresa, ni ésta constituye una categoría jurídica autónoma (...) carece de personalidad jurídica<sup>[62]</sup>”.

La empresa, no es otra cosa, que el “ordenamiento de los factores de producción, tierra, capital y trabajo, en miras a la producción de bienes y servicios<sup>[63]</sup>”. Empero, tampoco el derecho comercial es el derecho de la empresa porque se carece, todavía, de una sistematización jurídica de sus contornos, sin dejar de reconocer la sugerencia autoral que “sea la empresa mercantil el eje del pensamiento académico y científico a desarrollar desde la materia<sup>[64]</sup>”.

Por lo tanto, ratificamos nuestro pensamiento en el sentido de no identificar al derecho mercantil con la figura de la empresa, y ello por dos motivos:

- a) En primer lugar, por cuanto la empresa no fue nunca acogida por nuestra legislación desde un punto de vista estructural y se carece de un concepto unificador que permita su estudio<sup>[65]</sup>;
- b) En segundo lugar, la doctrina predominante aplica a la empresa una lente económica más que jurídica, por los motivos expuestos, constituyendo en sí misma una noción conflictiva<sup>[66]</sup> pero con un ámbito de aplicación específico<sup>[67]</sup>.

Por último, adelantamos que participamos de aquella opinión autoral que afirma, que lo que conocíamos como derecho mercantil, vuelve a tornarse predominantemente subjetivo, en virtud que readquiere importancia las personas dentro de la relación jurídica. En otras palabras, en este retorno al subjetivismo, la Ley de Defensa del Consumidor (Ley N° 24.240) ha tenido una importancia mayúscula en nuestro régimen jurídico, puesto que ha tornado prácticamente en regla su aplicación frente a los casos *otrora* mercantiles.

## *II.4 El comerciante o empresario: individual y colectivo*

### *II.4.1 Denominación*

En la actualidad, se prefiere la denominación de “empresario<sup>[68]</sup>”, a la más antigua de comerciante, de la cual pueden observarse ejemplos en el derecho comparado. Así, la visión clásica del comerciante se advierte en la regulación del Código de Comercio español<sup>[69]</sup> (art. 1), del francés<sup>[70]</sup> (art. 1) y por último, del Código de Comercio peruano<sup>[71]</sup> (art. 1). Por el contrario, la moderna denominación de empresario fue adoptada por el Código Civil italiano<sup>[72]</sup> de 1942<sup>[73]</sup> (art. 2082).

El sujeto de la relación jurídica mercantil admite dos tipos<sup>[74]</sup>:

- a) El empresario o comerciante individual, como persona humana (art. 19, CCyC);
- b) El empresario social, colectivo o persona jurídica, en la cual emergen como sujetos relevantes las sociedades comerciales y la empresa pública (art. 1093, CCyC).

### *II.4.2. Definición de comerciante en el Código de Comercio derogado*

El *comerciante* individual, entonces, estaba definido en el art. 1º del Código de Comercio derogado, que rezaba: “La Ley declara comerciantes a todos los individuos que, teniendo capacidad legal para contratar, ejercen por cuenta propia actos de comercio, haciendo de ello profesión habitual”. Acto seguido, agregaba: “Se llama en general comerciante, toda persona que hace profesión de la compra o venta de mercaderías. En particular se llama comerciante, el que compra y hace fabricar mercaderías para vender por mayor o menor...”

De los textos citados se desprendía que el criterio legal especificaba un concepto general de comerciante: *El que intermedia en la compra o venta de mercaderías o encarga su fabricación para revenderlas*.

El concepto de comerciante del Código de Comercio resultaba bastante restringido, propio de la época histórica de su sanción, ya que no consideraba mercantil a la actividad industrial, y sólo regulaba al denominado *mercader* o intermediario de cosas muebles, que actuaba de forma individual. Adelantamos, que dicho concepto ha sido modificado en el Código Civil y Comercial que admite distinguir al comerciante individual del empresario también individual<sup>[75]</sup>. Sin embargo, a pesar de la defectuosa técnica legislativa utilizada y que mencionaba sólo al individuo como equivalente a persona física, la mayoría de la doctrina comercialista consideraba incluida también a las sociedades comerciales<sup>[76]</sup> -empresario social o colectivo-, por su forma y que se encontraba regulada por la Ley N° 19.550 (LSC).

Por tanto, ya sea interpretando *lato sensu* el término individuo o bien aplicando la Ley de Sociedades Comerciales, estimábamos reunidos en la definición legal tanto al comerciante individual como colectivo.

### III. El Código Civil y Comercial. La relación de consumo y su ámbito subjetivo

#### III.1 El Código Civil y Comercial y su metodología

Con la sanción del Código Civil y Comercial de 2014, que entró en vigencia el 1 de agosto de 2015, se produjo un giro copernicano con relación al Código Civil de Vélez Sársfield en materia metodológica en virtud que se adoptó una tecnología jurídica germana. Esto es, se diseñó una parte general (Libro Primero), una parte general del contrato (Libro Tercero) y se incluyó una verdadera parte general del contrato de consumo (Libro Tercero, título tercero), que -en rigor- se trata de una parte general del derecho de defensa del consumidor.

En la parte general (arts. 19 a 400) se definieron los conceptos jurídicos fundamentales que hacen al derecho privado en general, como el comienzo de la existencia de la persona humana (art. 19) y su capacidad tanto de derecho (art. 22) como de ejercicio (art. 23). Asimismo, la definición de persona jurídica (art. 141) y sus clases (arts. 145, 146) como también incluye, siguiendo la tradición velezana, la definición de hecho jurídico (art. 257) y acto jurídico (art. 259).

En lo que nos interesa, sin embargo, es susceptible de crítica que no define la *empresa* ni al *empresario* ni adopta la teoría de la empresa, como lo hacía el Código Civil italiano de 1942, en una solución de técnica y política legislativa opinable. Empero, mediante un relevamiento de su texto es posible advertir la utilización del vocablo *empresa* en diversas normas (arts. 320, 375 inc. j, 1093) o bien el uso de *empresario* (arts. 1479, 1481, 1482, 1483 incs. a y c, 1484, 1485, 1487, 1488, 1497, 1498, 1499, 1500 entre otros) como de gestión u organización *empresaria* (arts. 1010, 1502).

De lo expuesto, es factible colegir que *no se ha modificado* el criterio establecido por la doctrina desarrollada más arriba (Cap. II) al calor del Código de Comercio derogado, en el sentido de que el sujeto comercial puede ser individual o colectivo quién es el titular de la empresa como objeto (art. 1093, CCyC).

#### III.2 La relación de consumo

El siglo XX ha dejado atrás la caracterización del mercader o comerciante como sujeto principal de una sociedad de productores en sentido amplio, en el cual desarrollaba su actividad de modo profesional y habitual, mediante la realización de actos de comercio y con un fin de lucro. Por el contrario, con el advenimiento del moderno derecho mercantil o derecho empresario, en el cual la producción de bienes o servicios masificada se concreta en contratos predeterminados o confeccionados en serie para volcarlos al mercado, se ha intensificado la brecha entre el productor y el consumidor de bienes o servicios, originándose la denominada sociedad de consumo<sup>[77]</sup>.

En tal sentido, se verifica en los hechos y luego la adopta el derecho, el nacimiento de un nuevo vínculo jurídico denominado o conocido como relación jurídica de consumo, que une al consumidor con un proveedor de bienes y servicios. Por ello, posee importancia práctica analizar quién es normativamente consumidor y proveedor, respectivamente.

#### III.3 El ámbito subjetivo: Consumidor y proveedor

En la noción de consumidor legal (art. 1092) puede distinguirse entre el consumidor jurídico o directo<sup>[78]</sup> quien consume el bien o la prestación del servicio perfeccionando de modo previo el contrato de consumo (art. 1093, CCyC); mientras que el usuario es quien *utiliza* dicho bien o servicio, pero que no contrata, también denominado como consumidor fáctico o material (art. 1, LDC). No obstante, a los fines tuitivos el régimen legal (CCyC - LDC) los equipara perdiendo importancia a los efectos prácticos la distinción.

La noción de *consumidor* que utilizamos, entonces, deriva en gran medida de la ciencia económica, que lo considera un mero "sujeto de mercado que adquiere bienes o usa servicios para destinarlos a su propio uso o satisfacer sus propias necesidades, personales o familiares"<sup>[79]</sup>. Así, la nota característica de este

consumidor estriba en que es el término o fin<sup>[80]</sup> de la cadena de comercialización, ya que consume el bien y no lo utiliza para incorporarlo a un proceso de producción<sup>[81]</sup>. Por ello, no debemos olvidar que la relación de consumo, se sustenta o apoya en el circuito económico que abarca la *producción, circulación o distribución y consumo final*<sup>[82]</sup>.

El *proveedor*, por el contrario, adquiere bienes o utiliza servicios como medios destinado a un proceso, ya sea de producción o de comercialización en sentido lato, dentro de un fenómeno de mercado. Por ello, bien se ha dicho que las operaciones económicas de *producción y de comercialización*, “incluyen actividades de índole profesional; es decir, estructuras empresarias -individuales o colectivas-, especializadas en la explotación comercial de ciertas área de la actividad económica<sup>[83]</sup>”. Por supuesto, esta noción económica sirve de sustento a la noción jurídica y de allí la toma el legislador para establecer luego los requisitos legales de la relación de consumo. Empero, con una particularidad, puesto que las tres funciones del fenómeno del mercado que hemos mencionado, como la producción, la comercialización y el consumo, el derecho las convierte en una relación bipolar<sup>[84]</sup>: *El profesional y el profano; el proveedor y el consumidor*.

Es decir, que el consumidor y el proveedor, ambos términos de la relación -propia y específica de nuestra sociedad de consumo- el derecho privado *las asimila* a la figura del contratante y del comerciante. En definitiva, la noción de consumidor -desde el punto de vista jurídico- no es técnicamente una persona que agota un bien, sino que celebra un *acto de consumo*. En igual sentido, el proveedor tampoco debe ser asimilado al comerciante o empresario, ya que puede incluirse en el concepto al propio Estado *lato sensu* (Nación, Provincia y Municipios), o bien a personas humanas o individuales que no desarrollen habitualmente<sup>[85]</sup> su profesión como tales. Así, “debe ser interpretada de manera amplia a favor del consumidor<sup>[86]</sup>”.

#### III.4. Notas características del proveedor

Decíamos, pues, que el proveedor es un término *técnico y específico* del régimen del consumidor para caracterizar al sujeto que presta un servicio o bien realiza una operación económica de intercambio, pero que no debe ser identificado sólo con el comerciante o empresario. Pues bien, corresponde ahora intentar determinar jurídicamente las diferentes opciones que nos brinda el ordenamiento legal para identificarlo.

##### III.4.1 Ámbito subjetivo

La primera nota característica del concepto legal de proveedor la encontramos en el *aspecto subjetivo*, puesto que puede desarrollarla tanto una persona física como una jurídica sin distinción, entendiéndose esta última en su más amplia expresión, puesto que admite que sea pública o privada (art. 145 CCyC; art. 2, LDC). En otros términos, se admite -por de pronto- la realización de una actividad por una persona individual como por una persona colectiva. Una digresión: En la noción de persona colectiva, también denominada como jurídica, quedan comprendidas todas aquellas (públicas o privadas), tengan o no fin de lucro (sociedad comercial o fundación) mientras realicen alguna actividad de las enumeradas, expresa o implícitamente, en la norma.

De una lectura rápida, quizás, podríamos asimilar al proveedor al comerciante o empresario como sujeto del derecho mercantil pero ello -adelantamos- sería errado puesto que se refiere, en realidad, a “todo el sector oferente de productos o servicios siempre que lo haga de una manera profesional y en una relación de consumo, que son los otros elementos calificantes del proveedor profesional de productos o servicios<sup>[87]</sup>”.

Empero, el concepto de proveedor también incluye al Estado en sentido lato (Nación, Provincia y Municipios) en tanto persona jurídica de naturaleza pública (art. 146 inc. a, CCyC) lo cual exorbita la noción de empresario, tanto individual como colectivo, tornándose difusa e inasible la noción.

También, según cierta doctrina, debemos incluir en la noción -en la medida que se preste un servicio de consumo a un destinatario final- a la Iglesia Católica (art. 146, inc. c, CCyC). Así, se afirmó que “el Estado o la iglesia, en cuanto resulten proveedores de bienes o servicios, o participen en alguna de las actividades descritas en este art., caerán bajo las prescripciones de esta Ley. Creemos que aún contra el Estado, cuando enajene por procedimientos de derecho administrativo (licitaciones), podrá aplicarse esta Ley en todo cuanto no difiera con Leyes especiales, y no se altere el pliego de condiciones, teniendo siempre presente la desigualdad necesaria en este tipo de relaciones<sup>[88]</sup>”.

Sin embargo, esta enumeración debe ser complementada con la noción subjetiva que nos trae el régimen especial, en cuanto menciona al “productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio”. En la última parte, si bien mencionándose el ámbito responsabilizador, se incluye al transportista en general, ya sea de personas o

de cosas, en estos términos: “El transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio” (art. 40, LDC).

Por último, estarían incluidas dentro de la noción de proveedor no sólo las asociaciones civiles o fundaciones, sino también las entidades autónomas y autárquicas (ej. Universidades Nacionales <sup>[89]</sup>) como también las empresas del Estado, ya sean que adopten la técnica societaria privada (Ley N° 19.550, SAPEM) como también aquellas Leyes especiales de creación.

En el ámbito público estarán comprendidas el “Estado nacional, las Provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los municipios, las entidades autárquicas y las demás organizaciones” (art. 146, inc. a); los Estados extranjeros (art. 146, inc. b) y la Iglesia Católica (art. 146 inc. c).

En el ámbito privado estarán las sociedades (art. 148 inc. a), las asociaciones civiles (art. 148 inc. b), las simples asociaciones (art. 148 inc. c), las fundaciones (art. 148 inc. d), las demás iglesias o entidades religiosas (art. 148 inc. e), las mutuales (art. 148 inc. f), las cooperativas (art. 148 inc. g), el consorcio de propiedad horizontal (art. 148 inc. h), como también otra contemplada en disposiciones del Código Civil y Comercial o bien de otras Leyes (art. 148 inc. i).

En suma, dentro de la relación de consumo, estarán considerados como *proveedores del régimen del consumidor* en sentido técnico, todos aquellos sujetos pasivos que se encuadren como “personas físicas o jurídicas de naturaleza privada o pública (estado nacional, provincial, municipalidades, entidades autárquicas, empresas, sociedades del Estado, y sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria <sup>[90]</sup>)”.

#### III.4.2 La profesionalidad como regla

La segunda nota determinante de la configuración del proveedor estriba en la *profesionalidad* <sup>[91]</sup> “que debe poseer <sup>[92]</sup>”. El término profesional fue utilizado en el art. 1 del Código de Comercio derogado para aludir al medio de vida propio de la persona que lo hace, y que generalmente permite inferir una actividad lucrativa, en virtud del tiempo que le dedica. Una nueva digresión: El Código de Comercio (art. 1) mencionaba la frase “profesión habitual” que fuera objeto de crítica por la doctrina especializada por *tautológica*. Sin embargo, la profesión como medio de vida puede ejercerse de modo habitual o bien ocasionalmente <sup>[93]</sup>, por lo tanto la habitualidad se refiere a la permanencia en el tiempo de cierta actividad. <sup>[94]</sup> Esa permanencia puede tener un sentido económico, haciendo de ella el medio de vida de la persona; en otras circunstancias, habrá que atender a cuestiones de actividad, de simultaneidad o no, etc.

En definitiva, la habitualidad será cuestión de evaluación judicial a la luz de los hechos; es decir, dependerá necesariamente de una cuestión fáctica. Por otra parte, cabe recordar que en el régimen del Código de Comercio derogado la calidad de comerciante se adquiría por el ejercicio habitual de actos de comercio, no bastando la inscripción como comerciante, que era sólo una presunción *juris tantum* para determinar o no si estábamos en presencia de un comerciante. En otras palabras, esta presunción se refería si además está matriculado en el Registro Público de Comercio, pero admite prueba en contrario. Como bien lo sintetizaba Etcheverry, “la inscripción en la matrícula da al sujeto sólo la presunción de que es comerciante; la prueba se deberá fundar en el objetivo y probado ejercicio de actos de comercio, repetidos y realizados como actividad profesional <sup>[95]</sup>”.

Sin embargo, esta profesionalidad admite que sea habitual pero también ocasional <sup>[96]</sup>, noción ya contenida en el Código de Comercio derogado, difícil de definir y que también será una cuestión de hecho determinar.

#### III.4.3 Ámbito objetivo

La tercera nota característica del proveedor estriba en que desarrolla ciertas *actividades* destinada a los consumidores, enumerándose aquellas de “producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios <sup>[97]</sup>” (art. 2, LDC).

Se trata de una enumeración abierta y ejemplificativa, quizás hasta docente, puesto que se mencionan todas aquellas actividades que encuadran, expresa o implícitamente, en la noción de proveedor. Podría, con mejor técnica legislativa, resumirse en la frase “producción, distribución y comercialización” de bienes o servicios, asimilándose al circuito económico que hemos desarrollado más arriba. Se trata, por tanto, de una actuación tendiente a la producción o intercambio de bienes o servicios, en los cuales subyace la noción de empresa <sup>[98]</sup>, en sentido económico, mediante la cual se utiliza la organización <sup>[99]</sup> con una finalidad determinada, y que presupone -por lo general, aunque no necesariamente- la obtención de un lucro o ganancia.

De estas actividades, la doctrina rescató la “habitualidad, la necesidad de habilitación para el ejercicio de la actividad profesional, la presunción de onerosidad, la existencia de cierto *expertise* científico, técnico y/o práctico; como elementos para caracterizar como profesional al ejercicio de cierta actividad <sup>[100]</sup>”.

Conviene detenerse un momento en torno a los denominados contratos de distribución o también denominados -en frase feliz- *canales de comercialización* por terceros, puesto que son un paso intermedio y muchas veces necesario entre la producción y la comercialización. En efecto, la necesidad de un canal de distribución para comercializar un producto procede de la imposibilidad para el fabricante de asumir él mismo enteramente las tareas y las funciones que suponen las relaciones de intercambio conforme a las expectativas de los compradores potenciales <sup>[101]</sup>. La globalización de la economía actual exige a las empresas productoras de bienes y servicios llegar al consumidor final no sólo en el menor tiempo posible sino también con la mejor calidad, lo que conlleva mantener una red de distribuidores que brinden asistencia técnica, de servicios y de repuestos a los usuarios finales de igual modo como si lo hiciera la empresa principal.

Pues bien, a fin de evitar equívocos en el uso de la terminología, consideramos útil -siguiendo a Farina- emplear la expresión *canales de comercialización por terceros* para referirnos a todo contrato entre una empresa productora (o mayorista) y otra empresa (o persona física no ligada por un contrato laboral), que implica una relación estable, a menudo exclusiva, e importa el compromiso de colaborar para que determinados bienes o servicios se vendan en el mercado nacional o internacional, directamente al público consumidor o bien a otras empresas <sup>[102]</sup>. Asimismo, como bien lo explicaba Champaud, cabe destacar que los métodos de agrupación de las sociedades no son más que aspectos de la concentración de empresas. Es evidente que existe una vinculación entre todos estos fenómenos jurídicos de la economía actual y que justifican su razón de ser. El universo jurídico y las diferentes opciones son innumerables. Así, que dejen subsistir o no la personalidad o la autonomía patrimonial de las empresas; que se adopte una sociedad unipersonal; que se recurra a la técnica societaria o no, son simples herramientas que permiten su desarrollo. En otras palabras, que afecten la producción, “la transformación o la producción de bienes; que tengan un aspecto técnico, financiero o comercial; que recurran a los mecanismos jurídicos institucionales o contractuales, todos estos fenómenos no tienen más que un objeto y no persiguen más que un fin: favorecer, e incluso crear, las condiciones de una producción o de una distribución masiva a fin de poner cada vez más bienes a disposición de los hombres <sup>[103]</sup>”.

Como puede inferirse de la larga cita del profesor de la Universidad de Rennes, son motivos de índole económico los que llevan a esta forma de contratación a las empresas a fin de maximizar sus beneficios y reducir sus gastos. Por tanto, una vez que se toma la decisión económica de tercerizar la producción de bienes y servicios, posteriormente, se adopta la vestimenta jurídica que se estima más adecuada para regular la relación jurídica con las empresas distribuidoras. En efecto, la organización de la producción mediante una red de contratos de cambio o por medio de *otras figuras contractuales no societarias* permite que cada unidad productiva sea remunerada en forma directamente vinculada a la cantidad y calidad de su producción y que sea asimismo responsable de los costos y ahorros que ocasione tal producción <sup>[104]</sup>.

Ahora bien, para instrumentar la distribución de los productos se puede recurrir a la técnica societaria o por el contrario adoptar modalidades de contratación por intermedio de *canales de distribución por terceros*, ya sea con empresas unipersonales o bien con sociedades comerciales. Siguiendo a Etcheverry, es dable afirmar que se consideran formas principales de comercialización a través de terceros “en el derecho mercantil argentino moderno (que no es el legislador por el Código de Comercio, sino el que surge de la costumbre, jurisprudencia y la doctrina) la agencia, la concesión, la distribución en sentido estricto y el *franchising* <sup>[105]</sup>”.

En consecuencia, no debe perderse de vista, que la forma contractual elegida -concesión, *franchising*, agencia- para instrumentar la producción en masa de bienes y servicios como su modo de comercialización o distribución a terceros debe intentar lo más posible tutelar los intereses de ambas partes contratantes, de modo que “ambas” se beneficien de las eventuales ganancias de dicha producción. En cambio, si por el contrario, se utiliza los contratos de colaboración interempresarial que, por una cuestión de velocidad del tráfico mercantil, se deben necesariamente celebrar por contratos por adhesión a condiciones generales, en donde una de las partes solo tiene la libertad de aceptar o no (*take it or leave it*) y carece totalmente de la posibilidad jurídica de configurar las cláusulas que regirán la relación, nos encontramos con la situación fáctica-jurídica en la cual la parte predisponente puede reglar la relación a su *exclusivo* beneficio mediante normas que solo otorguen derechos a ella y, por el contrario, sometan a la parte no predisponente únicamente a obligaciones con la consecuencia lógica -y disvaliosa, agregamos- de inclinar para un solo lado la justicia e igualdad contractual del negocio jurídico. Nos explicamos: Este modo de contratación debe -necesariamente- instrumentarse mediante contratos celebrados por adhesión, por motivos de índole económico, técnicos y hasta jurídicos, pero ello de ninguna manera justifica que la parte fuerte (predisponente) sólo proteja sus intereses en desmedro de los de la otra parte (no predisponente). Adelantamos, que el Código Civil y Comercial incluyó como nuevos contratos típicos a la



agencia (art. 1479), concesión (art. 1502) y franquicia (art. 1512) que se instrumentan mediante contratos por adhesión (art. 984), y que cuentan ahora con normas expresas de interpretación (art. 987).

Pues bien, la explicación antedicha ratifica nuestra opinión que podríamos reducir los vocablos a las actividades de *producción, distribución y comercialización* de bienes y servicios, y con ellas estarían incluidas, implícitamente, las otras de “montaje, creación, construcción, transformación, importación”. Empero, el legislador ha considerado necesario incluirlas expresamente, *ad usus scholaris*, a fin de aventar dudas de su configuración como también la de “concesión de marca”<sup>[106]</sup>, de modo de maximizar la legitimación activa del consumidor.

#### III.4.4 Carácter oneroso como regla. La gratuidad como excepción

La cuarta nota característica, en lo que constituye una novedad metodológica, se encuentra en el carácter de la operación económico-jurídica puesto que admite que sea realizada a título oneroso como gratuito. El derecho comercial antiguo consideraba al lucro, o, mejor dicho, al *fin de lucro* como una finalidad implícita de la actividad de intercambio. Recordemos que el comerciante intermedia en el cambio buscando revender o alquilar una cosa por un precio mayor al adquirido, que puede o no darse en la práctica, pero que sin duda es la causa fin pretendida. No interesa el monto cuantitativo, que sólo sirve como método de clasificación de pequeñas y medianas empresas, como también de grandes grupos económicos.

En cambio, el derecho del consumidor amplifica esta noción estricta de comerciante para transformarla en el término técnico de proveedor que será aquél sujeto que realiza determinadas actividades que pueden ser o no realizadas a título oneroso, puesto que también comprende aquellas a título gratuito. Ya sean principales o bien accesorias. En otras palabras, por lo general el consumidor jurídico contrata o adquiere bienes a título oneroso o gratuito, perdiendo en principio importancia la denominada presunción de onerosidad propia de la actividad mercantil. El ejemplo típico consiste en vincular una operación de compraventa de consumo conjuntamente con un comodato (ej. un celular con accesorios; o bien una *notebook* con servicio de internet gratuito por un plazo; una aplicación de servicio de *streaming* gratuito por un plazo, etc.)

Pues bien, esta gratuidad como también la ocasionalidad dejan un amplio margen a la configuración del proveedor y que favorecerá al consumidor, quien de este modo tendrá mayor facilidad para probar la relación de consumo.

#### III.4.5. El destino final (causa)

La quinta nota característica se infiere del destino final<sup>[107]</sup> (art. 2, LDC) y que constituye la causa fin de la relación de consumo. En efecto, este sujeto (proveedor) realiza determinadas actividades con una finalidad clara, y que consiste en que toda la producción, distribución y comercialización de bienes o servicios están destinadas al otro polo de la relación de consumo (consumidor). En otras palabras, el régimen del consumidor constituye un sistema que se comprende “con atención a un mercado en el que el consumidor es el protagonista colectivo, sujeto final del proceso de circulación económica”<sup>[108]</sup>.

A modo de conclusión preliminar, diremos que todos estos elementos serán sólo “indiciarios en la tarea probatoria de la determinación de la profesionalidad en caso de duda”<sup>[109]</sup>.

### IV. El ámbito subjetivo conflictivo: el empresario como consumidor

De lo expuesto se advierte que para el perfeccionamiento de una relación de consumo se requiere los dos términos subjetivos: consumidor y proveedor.

Sin embargo, como también se discutió con la vigencia del Código de Comercio, pueden existir los *actos mixtos* es decir que un proveedor propiamente dicho realice una operación económica que admita ser considerada como de consumo, por exceder el ámbito profesional. Por ejemplo, un empresario individual que compre un paquete turístico con la tarjeta de crédito de su empresa o negocio; o bien, una sociedad comercial que adquiera mobiliario para sus oficinas o contrate la prestación de un servicio público domiciliario (ej. energía eléctrica).

En otras palabras, el nexo o punto de conexión se encuentra en que alguna doctrina<sup>[110]</sup> como también alguna norma protectoria del régimen legal comparado<sup>[111]</sup> reconoce la existencia de un caso especial, y que es aquél en el cual un pequeño empresario puede ser admitido como consumidor, con sustento en su *vulnerabilidad* en comparación con otro empresario más poderoso. En este caso, fuera de lo normal, se le aplicará extensivamente las reglas, principios e instituciones de esta rama especializada del derecho.

Las razones de esta inconsistencia legal, a nuestro juicio, pueden extraerse de la regulación legal que

admite:

- a) La persona jurídica como consumidora, sin distinción alguna <sup>[112]</sup>;
- b) La supresión del criterio de no profesionalidad del segundo párrafo del art. 2 de la LDC;
- c) La supresión del criterio de no profesionalidad del texto del Anteproyecto elaborado por la Comisión Dec. PEN N° 191/11;
- d) La arbitraria interpretación de la noción de destinatario final <sup>[113]</sup> (art. 1092, CCyC; art. 1, LDC);
- e) La búsqueda de protección para los contratos celebrados por adhesión a condiciones generales de la contratación <sup>[114]</sup>, que en el régimen legal vigente fue amplificada (arts. 984 y sig.);
- f) La consideración exclusiva de la vulnerabilidad como elemento intrínseco y fundamental de aplicación del régimen protectorio.

#### *IV.1 La persona jurídica como consumidora*

El derecho positivo nacional recepta sin ningún tipo de delimitación alguna la caracterización de la persona jurídica como consumidora, tanto en el Código Civil y Comercial (art. 1092, CCyC) como en el régimen legal (art. 1, LDC). En otras palabras, no se hacen distinciones según que se trate de una persona jurídica societaria o no societaria, que tenga o no fin de lucro, etc.

En consecuencia, normativamente hablando, tendremos situaciones en las cuales una sociedad comercial sea proveedora de bienes y servicios (ej. comercializadora de electrodomésticos) y al mismo tiempo sea consumidora de servicios (ej. energía eléctrica).

#### *IV.2 La supresión del criterio de no profesionalidad del segundo párrafo del art. 2 de la LDC*

La reforma producida por la Ley N° 26.361 modificó todos los artículos relativos a la definición de la relación de consumo. Esto es, la noción de consumidor (art. 1, LDC) en la cual suprimió las restricciones legales, tanto objetivas como subjetivas, del régimen original y agregó la noción del consumidor expuesto <sup>[115]</sup>.

Sin embargo, en lo que interesa al presente trabajo, suprimió el párrafo segundo de la noción de proveedor (art. 2, LDC) del régimen original que expresaba: “No tendrán el carácter de consumidores o usuarios, quienes adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios para integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros”.

En efecto, el párrafo antedicho limitaba la posibilidad de que los proveedores tuvieran un doble rol, esto es, fueran consumidores y proveedores, según que llevaran a cabo las actividades de adquisición, almacenamiento, utilización o consumo de bienes o servicios como medios para integrarlos en procesos relativos a la cadena de producción, distribución y comercialización de bienes y servicios.

Esta supresión, unida al elemento subjetivo de persona jurídica, brindó un nuevo argumento para sostener la tesis de la persona jurídica como consumidora.

#### *IV.3 La supresión del criterio de no profesionalidad del texto del Anteproyecto elaborado por la Comisión Dec. PEN N° 191/11*

El Anteproyecto de Código Civil y Comercial, a fin de evitar la maximalización de la interpretación de la noción de consumidor, incluyó un párrafo tanto en la noción proyectada de consumidor (art. 1092) como de proveedor (art. 1093) a fin de contener la expansión de la figura. Sin embargo, como es sabido, el texto sancionado prescindió del criterio de no profesionalidad, manteniéndose el *status quo* citado.

#### *IV.4 La arbitraria interpretación de la noción de destinatario final (art. 1092, CCyC; art. 1, LDC)*

Sin embargo, un ámbito que no fue modificado en su texto legal fue la consideración que toda adquisición o prestación efectuada por una persona humana o jurídica debía tener destinatario final. Sobre la noción de destino final se esbozaron tres tesis <sup>[116]</sup> y que veremos a continuación.

En primer término, la posición maximalista u *objetiva*, que considera relevante el hecho objetivo que implica retirar el bien del mercado, desde un punto de vista económico, en tanto no es reinsertado nuevamente o bien implica su retiro de la cadena de valor (destinatario final fáctico), y que le resulta indistinto que se trate de un servicio principal o accesorio. Tampoco interesa si lo hace una persona humana o una persona jurídica, y dentro de la jurídica si posee o no fin de lucro, lo cual implica su

potencial aplicación a los pequeños o medianos empresarios porque -en definitiva- ostentan un menor o mayor grado de vulnerabilidad o asimetría con relación a otro empresario más poderoso. En efecto, lo relevante es sólo el hecho objetivo de contratar fuera del ámbito de su actividad habitual o profesional. Esta posición peca por exceso.

La segunda posición denominada *subjetiva-relacional*, en cambio, considera como eje central la *vulnerabilidad* del sujeto protegido y por ende brinda protección a las personas, humanas o jurídicas, que intervienen en el mercado en condiciones de vulnerabilidad; por lo tanto, la vulnerabilidad es un “estado” que en algunos casos, se presume y en otras situaciones, es producto de las circunstancias del caso <sup>[117]</sup>. Cuando se trate de personas humanas y de personas jurídicas sin ánimo de lucro el carácter de consumidor se presume con carácter *iure et de iure*; por el contrario, cuando se tratara de pequeños empresarios esa presunción será de carácter *iuris tantum* en virtud que puede presumirse la vulnerabilidad en aquellas operaciones realizadas “fuera del ámbito de su actividad profesional habitual” se relacionan, total o parcialmente, con la adquisición o prestación. Esta posición peca por defecto.

Por último, la tercera posición conocida como finalista o teleológica se apoya tanto en el *destino final como en el beneficio propio* o doméstico del consumidor, como del grupo familiar o social. Por lo tanto, para que una persona que adquiera o utilice un bien pueda ser considerado consumidor, el destino del bien o servicio debe ser final en el sentido económico pero además debe tener un uso privado, doméstico o no profesional <sup>[118]</sup>.

Para distinguirla de la tesis objetiva, que en esta tesis no puede escindirse la noción de destino final de aquella de beneficio propio, familiar o social encontrándose intrínsecamente vinculados por la teleología de la adquisición o uso del bien o servicio: *Esto es que no implique utilizarlo como medio o instrumento, principal o accesorio, para generar riqueza.*

A su vez, se diferencia de la tesis mixta o subjetiva en que no sólo se requiere la vulnerabilidad intrínseca del consumidor sino también el cumplimiento del destino final en el marco del beneficio propio o doméstico. Por lo tanto, se niega el carácter de consumidor cuando lo adquirido tenga una relación -directa o indirecta; principal o accesorio- con la cadena de producción, distribución o comercialización de bienes o servicios. En consecuencia, los comerciantes o personas humanas dedicadas profesionalmente al intercambio de bienes o servicio como las sociedades comerciales *nunca* podrían ser considerados técnicamente como consumidores. En suma, “el destino final implica no adquirir un bien para otorgarle valor o utilizarlo como medio para incorporar valor a algo: De lo contrario, deja de tener destino y mucho menos final” <sup>[119]</sup>.

La teoría finalista, teleológica o subjetiva parecería ser la mayoritaria y a la cual han adherido las Conclusiones de las “XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil”, realizadas en 2011 en San Miguel de Tucumán, cuando se expresó: “La categoría jurídica de consumidor se construye a partir de la existencia de dos elementos estructurales: a) la vulnerabilidad o debilidad; 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”.

#### *IV.5 La búsqueda de protección para los contratos celebrados por adhesión a condiciones generales de la contratación, que en el régimen legal vigente fue amplificada (art. 984 y sig.)*

Con anterioridad a la sanción del Código Civil y Comercial los pequeños empresarios buscaban ser considerados como consumidores en virtud que la única regulación legal vigente en materia de contratos por adhesión se encontraba en el régimen protectorio (arts. 37 a 39, LDC). En efecto, como paso previo a gozar de los derechos y prerrogativas del régimen legal en el ámbito de interpretación por adhesión, se requería calificar como consumidor.

De allí las interpretaciones extensivas que hemos mencionado y los argumentos utilizados. Sin embargo, este argumento queda desierto ahora en virtud de la regulación del contrato por adhesión del Código Civil y Comercial (arts. 984 y sig.), que resulta aplicable a las personas físicas o jurídicas, sean o no consumidoras.

#### *IV.6 La consideración exclusiva de la vulnerabilidad como elemento intrínseco y fundamental de aplicación del régimen protectorio.*

Otro de los argumentos era considerar, de modo exclusivo, la vulnerabilidad subjetiva en la relación jurídica general que se tratara. Por ejemplo, una pequeña empresa al celebrar un contrato de distribución o comercialización exclusiva, mediante un canal de comercialización (vgr. Licencia o franquicia), con relación a una mediana o gran empresa se encontraba en una posición vulnerable. Además, por lo general, estas relaciones se anudan mediante contratos por adhesión o bien existe una posición dominante que, en ciertos casos, puede llegar a una situación abusiva.

A partir de la sanción del Código Civil y Comercial también pierde sustento por tres motivos:

- a) La incorporación del abuso de posición dominante <sup>[120]</sup> (art. 11, CCyC);
- b) La incorporación del régimen de contratación por adhesión (arts. 984 y sig., CCyC);
- c) Además de la vulnerabilidad, se requiere el destino final (art. 1092, CCyC).

En suma, la noción de consumidor empresario nos parece una categoría anómala y que debe ser interpretada de modo restrictivo, para no perder el norte del derecho de defensa del consumidor y que es la protección de la persona humana (art. 19, CCyC) en la cual se reconoce su dignidad (art. 51, CCyC) por su condición de tal.

## V. Conclusiones

A modo de síntesis, esbozamos las conclusiones más relevantes para que el lector pueda sacar las propias, a saber:

1º) El derecho de defensa del consumidor, dentro de una economía de mercado, está fuertemente ligado al derecho comercial, que se originó como una regulación corporativa, con una nota distintiva singular: era personal a quienes ejercían una determinada actividad.

2º) Las características principales del derecho comercial, en sus inicios y expansión, fueron las siguientes:

- a) Legislación específica, distinta del derecho civil de raigambre romanista;
- b) Derecho corporativo que determinaba el acceso a la calidad de comerciante y reglamentaba las operaciones;
- c) Aplicación de sus normas a aquellos sujetos que no eran comerciantes (productores primarios y consumidores); y lo más importante,
- d) La jurisdicción comercial en la cual eran los propios comerciantes quienes decidían los conflictos que se suscitaban, y que, por lo tanto, conocían los usos y costumbres mercantiles aplicables a las situaciones concretas.

3º) El derecho comercial mantiene su categoría histórica, aunque no por las mismas razones que explican su origen, sino porque la materia mercantil posee una naturaleza expansiva que sólo puede calificarse de tal cuando los usos y costumbres o la Ley le otorgan esta característica, conforme el contexto económico y jurídico en el cual se mueve y desarrolla

4º) Participamos de aquella opinión autoral que afirma, que lo que conocíamos como derecho mercantil, vuelve a tornarse predominantemente subjetivo, en virtud que readquiere importancia las personas dentro de la relación jurídica. En otras palabras, en este retorno al subjetivismo, la Ley de defensa del consumidor (Ley N° 24.240) ha tenido una importancia mayúscula en nuestro régimen jurídico, puesto que ha tornado prácticamente en regla su aplicación frente a los casos otrora mercantiles.

5º) La noción clásica de comerciante o mercader se ha modernizado en la definición de empresario, como el sujeto de la relación jurídica mercantil y que admite dos tipos:

- a) El empresario o comerciante individual, como persona humana;
- b) El empresario social, colectivo o persona jurídica, en la cual emergen como sujetos relevantes las sociedades comerciales.

En ambas especies subyace el ejercicio habitual, perdurable en el tiempo, haciéndose de ello un modo de vida o profesión, de actos de comercio o ejercicio empresario, y que consiste en la producción o intercambio de bienes o servicios, de modo organizado.

6º) La relación de consumo es, a nuestro juicio, una especie dentro del género relación jurídica, pero restringida a los denominados derechos personales o de crédito que posee dos polos, el consumidor y el proveedor, y que se apoya en el circuito económico que abarca la producción, circulación o distribución y consumo final. En otras palabras, diríamos que el consumidor busca el valor de uso; en cambio, el proveedor pretende el valor de cambio del bien o servicio.

7º) El proveedor es el término técnico que se utiliza en el derecho del consumidor para identificar aquél sujeto, con indiferencia de la caracterización jurídica, que adquiere bienes o utiliza servicios como medios destinados a un proceso, ya sea de producción, distribución o de comercialización, mayorista o minorista, para destinarlo al mercado y contando de un *status* superior en la "relación jurídica debido a su poderío económico, preeminencia en el mercado o dominio de la información <sup>[121]</sup>".

8º) Las notas características del proveedor son:

- a) Ámbito subjetivo;

- b) La profesionalidad como regla;
- c) Ámbito objetivo (actividades);
- d) Carácter oneroso como regla; e) Destino final (causa).

9º) En nuestra opinión, existen paralelismos importantes entre la evolución del concepto de comerciante y del consumidor, lo que motiva que deba revisarse su concepto a la luz de esta óptica conjunta.

10) Los presupuestos de la relación de consumo exigen la configuración del ámbito subjetivo (Consumidor y Proveedor), del ámbito objetivo (adquisición de bienes o prestación de servicios) y destino final.

11) Se ha reformulado la noción de proveedor en el Código Civil y Comercial, con la incorporación de nuevos sujetos y que impacta necesariamente en la Ley N° 24.240.

12) El Estado, en cualquiera de sus manifestaciones, en cuanto desarrolle una actividad de prestación de servicios, en forma directa o indirecta, puede configurarse *como proveedor* en el marco del régimen protectorio de defensa del consumidor [\[122\]](#).

13) La noción de consumidor empresario nos parece una categoría anómala y que debe ser interpretada de modo restrictivo.

# La teoría kantiana del derecho privado

Manuel Gonzalo Casas

## Abstract

*Immanuel Kant* (1724-1804) es uno de los pensadores más relevantes de la historia de la sociedad occidental. Él se ha ocupado de casi todas las disciplinas que afectan el comportamiento humano. Fundamental es su teoría del derecho. Ella parte de la premisa de que el ser humano, gracias a su libertad, puede actuar de diferentes maneras y, con esto, extrae, con precisión quirúrgica, el objeto último de la cuestión jurídica: *coordinar el ejercicio de la libertad de los seres humanos*. Sólo mediante la libertad se justifica un desarrollo jurídico. Este pensamiento representó, en consecuencia, por ejemplo, al derecho real y al derecho personal, de modo correcto, como una suerte de extensión consensuada de la libertad de los seres humanos. Él ha influenciado, especialmente, al Código Civil alemán, abreviado como BGB por su nombre *Bürgerliches Gesetzbuch*, y, a partir de este cuerpo legal, a todo el derecho privado europeo contemporáneo. Sin embargo, esta doctrina jurídica no ha recibido atención masiva en la dogmática civilista de nuestro país. Debido a esto, este artículo tiene por objeto presentar los lineamientos esenciales de la teoría kantiana del derecho en general y del derecho privado en particular. En esto, se atenderá especialmente al Postulado kantiano del Derecho Privado -“el derecho a poseer derechos”- como así también, a la propiedad como una relación de seres humanos respecto al uso de cosas y al contrato como la unión de voluntades para transferir comportamientos futuros.

## I. Introducción

El ideario kantiano se encuentra intensamente influenciado por el derecho <sup>[123]</sup>. Así, los escritos de ética de *Immanuel Kant* (1724-1804) tratan sobre la Ley universal *a priori*, los juicios de la razón y en ellos prevalece el “deber” (*sollen*) sobre el “ser” (*sein*) <sup>[124]</sup>. A pesar de esto, este pionero del idealismo alemán no se detuvo en profundidad en esta disciplina, sino hasta el año 1797 con la aparición de una de sus últimas obras: *Die Metaphysik der Sitten* (La Metafísica de las costumbres). En este texto, él aspira a determinar, en armonía con su teoría ética, las condiciones de validez del derecho, que estarían *a priori* implícitas en la razón <sup>[125]</sup>. Allí se despliegan ciertos pensamientos jurídicos que ya habían sido presentados en sus lecciones orales sobre derecho natural, anotadas pertinentemente en el año 1784 por *Gottfried Feyerabend* (\*1792) <sup>[126]</sup>.

La teoría kantiana del derecho en general, y la del derecho privado en particular, no se ha difundido masivamente en nuestro país. No obstante, fuera de su concepción sobre la posibilidad de un derecho previo a la constitución de la sociedad civil y sobre la posición jurídica de las mujeres, los niños, las niñas y los subordinados, ella tiene *aun* una riqueza dogmática insoslayable. Por ejemplo, su concepto de posesión inteligible como una suerte de derecho de las personas a poseer derechos permite, por su abstracción, explicar toda clase de derechos subjetivos. Él comprendió, además, cabalmente la imposibilidad de la relación entre un ser humano y una cosa y estableció correctamente que el derecho real surge, más bien, de una relación entre personas respecto a cosas. Este derecho se trata de una especie de acuerdo sobre el uso de las diferentes cosas que ocupan el mundo. Asimismo, su concepto de contrato como simple *comunidad de voluntades* fue tomado, por influencia de la Escuela Histórica del Derecho de *Friedrich Karl von Savigny* (1779-1861) <sup>[127]</sup>, por el código civil alemán, el llamado BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*), y, a partir de él, de alguna manera se encuentra actualmente receptado en el Code Civil -gran inspirador del Código Civil Argentino del año 1871. Es que el código de Napoleón eliminó, bajo la inspiración de la ciencia jurídica alemana, la exigencia de la *cause* -“joya del patrimonio contractual” <sup>[128]</sup> (*joyau du patrimoine contractuel*) francés- como presupuesto de surgimiento del contrato en el año 2016 <sup>[129]</sup>. En Francia, hoy rige al igual que en Alemania el modelo contractual del consensualismo puro <sup>[130]</sup>.

Por estos motivos, a continuación, se presentarán las nociones fundamentales de la teoría kantiana del derecho. En primer lugar, se considerará su diferenciación de las Leyes jurídicas y éticas de la libertad (*ver punto II.*). Seguido a esto, se expondrá el concepto kantiano de derecho (*ver punto III.*) y la clasificación del mismo (*ver punto IV.*). Luego, este art. se detendrá en el derecho privado. De la clasificación del derecho se deducirá, ciertamente, que la posesión inteligible del derecho privado y la posibilidad de adquirir y hacer uso de lo distinto a uno es lo central en la teoría jurídica de *Kant*. Para la protección de esto existiría el derecho público (*ver punto V.*). Finalmente se analizarán las condiciones para la adquisición originaria de un derecho sobre una cosa (*ver punto VI.*) como así también el funcionamiento de la adquisición derivada mediante contrato (*ver punto VII.*).

## II. Diferencia entre las Leyes jurídicas y las Leyes éticas de la libertad

En la obra *Die Metaphysik der Sitten* se divide la doctrina de la moral en dos. Se expone, por un lado, los principios del derecho, y, por el otro, los principios de la virtud<sup>[131]</sup>. Ambos descansan en Leyes de la libertad y buscan regular las acciones de la voluntad<sup>[132]</sup>. Estas Leyes obligan al ser humano, porque él es libre<sup>[133]</sup>. Ellas se plantean como necesarias y universales<sup>[134]</sup>. El animal más salvaje sería, ciertamente, menos de temer que un ser libre sin Ley, porque esto implicaría, paradójicamente, que cada uno hiciera lo que quisiera y nadie sería libre<sup>[135]</sup>. Estas Leyes para coordinar la libertad, dictadas por la razón, se distinguen de las Leyes de la naturaleza, donde se actúa por causalidad mecánica<sup>[136]</sup>: El ser humano tiene capacidad de actuar según su propia voluntad<sup>[137]</sup>. Así, por ejemplo, los lobos, “mamíferos sociales”, son instintivos y se rigen por la predeterminación genética. La manera en que sociabilizan es inherente a su organismo<sup>[138]</sup>. La libertad del ser humano significa, por el contrario, el poder de comportarse con independencia de una determinación ajena<sup>[139]</sup>. Por este motivo, *Kant* se aleja de la postura del derecho natural tradicional, que se basa en las Leyes de la naturaleza.

Las Leyes de libertad que se refieren a acciones externas y a su legitimidad son, por su parte, en este pensamiento, las *Leyes jurídicas*. Si ellas, en cambio, además, exigieran que las Leyes mismas sean las determinantes de las acciones serían *Leyes éticas*<sup>[140]</sup>. Las primeras encuentran sus motivaciones, consecuentemente, en la coacción externa, las segundas, en la idea de deber<sup>[141]</sup>. La diferencia entre estas dos clases de Leyes de la libertad está determinada, así, fundamentalmente por el criterio de exterioridad e interioridad<sup>[142]</sup>. Por ejemplo, cumplir una promesa contractual es, según *Kant*, un deber que la moral impone, aun cuando no se podría obligar a ello<sup>[143]</sup>. Sin embargo, la legislación externa que establece que una *promesa aceptada debe ser cumplida* (el principio *pacta sunt servanda*) es jurídica<sup>[144]</sup>.

## III. La Ley Universal del Derecho

Respecto a la Ley jurídica, *Kant* pregunta qué es el derecho en su sentido racional, esto es, qué es lo justo (*quid ius*)<sup>[145]</sup>. Él entiende que lo justo *no* es lo que determina la Ley positiva. Lo justo se encuentra, más bien, en la pura razón, lejos de lo empírico y contingente de esa Ley<sup>[146]</sup>. Él se ocupa de la noción de derecho en relación a una obligación. Afirma que el derecho constituye una relación externa y práctica entre al menos dos personas<sup>[147]</sup>. Esta relación es de arbitrios (*Willkür*), por eso, para que ella sea justa, ninguno de los arbitrios tendría que afectar la libertad de la otra persona según una Ley universal<sup>[148]</sup>. El arbitrio es el aspecto de la voluntad que se encuentra vinculado al obrar<sup>[149]</sup>. La *materia* de los arbitrios en el concepto de derecho no recibe, por último, atención. Solo importa lo *formal* de la relación desde el punto de vista de la libertad<sup>[150]</sup>. No se discute, allí, si en un acuerdo contractual concreto habría ganancia para el negocio de una de las partes<sup>[151]</sup>. En base a estas condiciones *Kant* formula -en línea con su imperativo del deber<sup>[152]</sup>- como Ley universal del derecho:

“Obra exteriormente de modo que el libre uso de tu arbitrio pueda conciliarse con la libertad de todos según una Ley universal”<sup>[153]</sup>.

Junto a esto, *Kant* establece, en apoyo al principio de contradicción, que el derecho es inseparable de la capacidad de obligar al que se opone a su libre ejercicio<sup>[154]</sup>. Reflexiona: *Justo* es el comportamiento que no fuera obstáculo para la coexistencia de arbitrios libres particulares. *Injusto* es, *a contrario sensu*, aquel comportamiento que obstaculizara dicha coexistencia. Frente a esto, *justo* sería toda resistencia contra los obstáculos de la libertad con el objeto de hacerlos ceder<sup>[155]</sup>. Esta resistencia protegería y garantizaría, por tanto, la libertad universal<sup>[156]</sup>. Ella es la coacción: la capacidad de obligar exteriormente para adecuar la libertad con el principio del derecho<sup>[157]</sup>.

## IV. Clasificación del derecho

### 1. El derecho desde la ciencia sistemática y como facultad moral de obligar a otro Kant delinea dos divisiones del concepto del derecho.

Por un lado, *desde la ciencia sistemática* esta teoría entiende que el derecho se divide en *natural*, proveniente de principios *a priori* de la razón, y en *positivo*, referente a la voluntad del legislador<sup>[158]</sup>.

Por otro lado, *como facultad moral de obligar a otro*, Kant clasifica, a su vez, el derecho en derecho innato y derecho adquirido. El primero pertenece a uno por naturaleza y con independencia de todo acto jurídico. Este derecho consiste en *lo Mío y lo Tuyo interno (das innere Meinund Dein)*<sup>[159]</sup>. El derecho adquirido resulta, en cambio, de un acto jurídico y es *lo Mío y Tuyo externo (das äü ßere Meinund Dein)*<sup>[160]</sup>.

*Lo Mío y Tuyo interno* se reduce a la libertad como independencia del arbitrio de otro en convivencia con la libertad de todos de acuerdo a una Ley universal<sup>[161]</sup>. Este poder sobre uno mismo (*sui iuris*) es, para esta doctrina, el único derecho innato de toda persona por el solo hecho de ser humana<sup>[162]</sup>. En esta libertad se encuentra la igualdad innata. Ella significa la imposibilidad moral del ser humano de ser obligado por otros a más cosas de las que estos estén obligados respecto de aquél<sup>[163]</sup>. En Kant, este derecho originario actúa como *presupuesto previo* del sistema de derecho completo<sup>[164]</sup>. Este sistema debe justificarse en *lo Mío y Tuyo interno*. De la libertad proceden, consecuentemente, los demás derechos, *lo Mío y Tuyo exterior*, que se subsumen en la arriba mencionada división sistemática del derecho como ciencia entre derecho natural y derecho positivo<sup>[165]</sup>.

### 2. El derecho privado y el derecho público

Kant divide, asimismo, el derecho natural en derecho privado y derecho público. El primero es el derecho natural del estado de naturaleza. El segundo representa el derecho que consigue seguridad por medio de Leyes públicas del estado civil<sup>[166]</sup>. El estado de naturaleza, por su parte, no constituiría *necesariamente* una realidad empírica, sino un postulado *a priori* que proporciona las bases racionales del derecho<sup>[167]</sup>.

Para Kant, por último, a diferencia de los contractualistas precedentes a él, tanto el estado natural como el civil pueden ser mundos sociales. La diferencia entre estos estados está solo en la certeza del derecho que contienen<sup>[168]</sup>.

## V. La posesión inteligible como columna vertebral del derecho privado

En el derecho privado del estado de naturaleza es -para esta teoría-fundamental el derecho adquirido. El derecho público del estado civil se deduce racionalmente para garantizar y defender justamente aquel derecho. Él constituye *lo Mío exterior jurídico (das äüßererechtliche Meine) (meum iuris)*. Esto es, conforme Kant, aquello con lo que tengo una relación tal, que su uso por otro sin mi permiso me lesionaría, aun cuando no me encontrara en posesión física de ello<sup>[169]</sup>. La posesión determinante para el derecho es, por lo tanto, la inteligible (*noumenon*), no la sensible, la empírica (*phaenomenon*)<sup>[170]</sup>. Esta posesión inteligible se funda en un postulado jurídico de la razón práctica:

“Es posible que yo tenga como Mío todo objeto exterior de mi arbitrio”<sup>[171]</sup>.

A causa de su importancia en la teoría kantiana del derecho privado, este postulado ha sido denominado por sus intérpretes con precisión “Postulado del Derecho Privado” (*Postulat des Privatrechts*)<sup>[172]</sup>. El objeto exterior es aquello que puede ser empleado como medio para conseguir los fines de la libertad<sup>[173]</sup>. Una persona tiene *físicamente* objetos, pero si estos no pudieran ser utilizados *jurídicamente*, la libertad se privaría de su actuación exterior<sup>[174]</sup>. Ella no tendría posibilidad de consumir sus fines a través del uso de objetos exteriores libremente elegidos de acuerdo a una Ley universal<sup>[175]</sup>. De esta forma, carecería de sentido, por ejemplo, el aprovechamiento de un objeto exterior que excediera su utilización momentánea<sup>[176]</sup>, así, *el que sembrara, no podría contar con*



*cosechar*<sup>[177]</sup>. Esto sería totalmente irracional y más aún en el caso particular de los objetos físicos, ya que estos no poseen derechos u obligaciones frente a las personas que bloqueen este tipo de utilización<sup>[178]</sup>. Por consiguiente, la razón práctica abstrae las condiciones de tiempo y espacio existente entre la voluntad de querer tener algo como propio y este algo y deduce *lo Mío exterior*. No es necesario, para esta doctrina, a partir de esto, *poseer físicamente* un objeto para *tenerlo jurídicamente*. Se pasa de la posesión física a la inteligible<sup>[179]</sup>.

Este derecho a poseer intelectivamente existe, según este pensamiento, en la situación pre-estatal, aunque, por su falta de seguridad, únicamente de modo *provisorio*<sup>[180]</sup>. En este estado natural está su contenido<sup>[181]</sup>. El estado civil sólo viene a garantizarlo y darle *perentoriedad*<sup>[182]</sup>. Él no lo determina ni lo constituye. Él lo positiviza y en esta positivización no puede afectarlo<sup>[183]</sup>. Este estado es deducido de la imposibilidad unilateral de hacer respetar la posesión inteligible en el estado de naturaleza<sup>[184]</sup>. Una declaración unilateral de una persona de que un objeto pertenece a ella podría atentar, ciertamente, contra la libertad de los demás y contra el principio universal del derecho<sup>[185]</sup>. Es que un individuo no puede imponer una obligación a otra voluntad sin su consentimiento<sup>[186]</sup>. En el estado de naturaleza se exigiría, de acuerdo a esta teoría, la posesión sin considerar la posesión de otros. No habría garantía recíproca de los patrimonios. Debido a esto, para dar perentoriedad a la posesión inteligible y no lesionar el principio de derecho, es necesario un acuerdo general que ponga a todos en la obligación de reconocer la posesión inteligible de cada uno<sup>[187]</sup>. Esta “voluntad colectiva general y poderosa” [*kollektiv allgemeiner (gemeinsamer) und machthabender Wille*] es el estado civil<sup>[188]</sup>. Este estado funciona como una institución objetiva que se limita a resolver disputas sobre derechos individuales<sup>[189]</sup>. La constitución de él en la realidad es contingente, pero su necesidad, un verdadero principio del derecho natural<sup>[190]</sup>. Entrar en él es, entonces, para esta teoría, una obligación<sup>[191]</sup>. En consecuencia, se encuentra conforme a derecho, según el postulado de la razón jurídica práctica, quien, en el estado de naturaleza, se resiste unilateralmente a todo aquel que no quiera asociarse con él y quiera interrumpirlo en su posesión<sup>[192]</sup>.

## VI. La adquisición originaria de un terreno

El funcionamiento de la posesión inteligible sobre una cosa es graficada por el filósofo de la ilustración con el ejemplo de la adquisición originaria de un terreno particular<sup>[193]</sup>. La primera toma de posesión como razón jurídica para adquirir es un principio del Derecho Natural<sup>[194]</sup>. Esta adquisición está fundada en el mencionado Postulado de Derecho Privado<sup>[195]</sup> y en dos condiciones más.

Por un lado, el poseedor se basa, para la apropiación privada, en la posesión común originaria de la tierra (*angeborene Gemeinbesitze des Erdbodens*)<sup>[196]</sup>. Esta comunidad originaria (*Ursprüngliche Gemeinschaft*) del suelo no es la que planteaba el iusnaturalismo en la tradición de *Hugo Grotius* (1583-1645) para explicar la historia del desarrollo de la propiedad privada<sup>[197]</sup>. Ella es, en *Kant*, una necesidad de la razón práctica, una idea jurídica *a priori*<sup>[198]</sup>. Esto se debe a que un poseedor de un pedazo de tierra no establece una relación jurídica con el terreno. Tal hipótesis implicaría que el terreno estuviera obligado frente al poseedor y debiera informar quien quisiera apropiarse sin derecho de él<sup>[199]</sup>. En la posesión de un lote hay, más bien, una relación con todas las personas, ellas deben respetar la posesión particular que un individuo haga de un terreno<sup>[200]</sup>. Pero para poder exigirle esa obligación a los individuos es condición necesaria encontrarse en comunidad de posesión del terreno con ellos<sup>[201]</sup>. De la reunión de voluntades en posesión común surge aquella obligación. De lo contrario no sería concebible cómo un individuo, sin estar en posesión física del terreno, podría verse afectado por el uso que de él hicieran los demás. Ese individuo no podría obligar a otro a privarse del uso de una cosa<sup>[202]</sup>.

Por otro lado, para *Kant*, la apropiación privada encuentra apoyo en la voluntad general conforme, *a priori*, con la posesión común de permitir una posesión privada de un fundo<sup>[203]</sup>. En la posesión común está ya *a priori* el principio según el cual todos los seres humanos pueden apropiarse de un lugar en la tierra<sup>[204]</sup>. La primera ocupación física es, por eso, privada y unilateral. No obstante, la adquisición exterior e intelectual no se funda en una voluntad unilateral de querer hacer propio el terreno, sino en

que ella está de acuerdo con la voluntad común<sup>[205]</sup>. De acuerdo a *Kant*, todos están en posesión común de todo y con voluntad unilateral de apropiarse de los frutos<sup>[206]</sup>. Esto generaría conflictos, porque las personas, al recoger frutos, no se respetarían mutuamente y anularían el uso del terreno<sup>[207]</sup>. Ante esto se hace necesaria una Ley directriz, mediante la cual se permita la atribución de una posesión particular del terreno común. Esto es la voluntad unida, la *Sociedad Civil*, que hace que se respete lo de cada uno<sup>[208]</sup>.

La posesión relevante para la adquisición originaria es, por su parte, la primera en el tiempo conocida (*quid prior tempore potior iure*)<sup>[209]</sup>. Para ella no se necesita, en esta concepción, a diferencia de lo que exigía el pensamiento sobre la propiedad de *John Locke* (1632-1704)<sup>[210]</sup>, realizar trabajos ni establecer mojones en el terreno. Si se hiciera esto en un terreno ajeno, se perdería el trabajo<sup>[211]</sup>. En materia de cosas rige, en la teoría kantiana, por tanto, lo accesorio sigue la suerte de lo principal (*accessorium sequitur suum principale*)<sup>[212]</sup>.

## VII. El contrato como mecanismo de adquisición derivada

A pesar de que *Kant* para graficar la posesión inteligible apela a la posesión física de una cosa, él sostiene, al clasificar los objetos pasibles de esta posesión, que ella puede recaer en algo distinto. Así, conforme a su clasificación, la posesión inteligible puede afectar, en primer lugar, cosas, esto es, objetos corpóreos en el espacio fuera de la persona<sup>[213]</sup>. Este derecho, arriba analizado, es el derecho real<sup>[214]</sup>. En esta categoría entran, por ejemplo, la tierra, los animales y las herramientas<sup>[215]</sup>. En segundo lugar, la posesión puede referirse al arbitrio de una persona respecto a un determinado hecho futuro (*praestatio*)<sup>[216]</sup>. Por último, la posesión puede tener por objeto, según el pensador prusiano, al estado de personas respecto a otros<sup>[217]</sup>. Ella representa el derecho de familia de su tiempo. En este caso, se tiene el derecho de disponer del estado de las personas<sup>[218]</sup>. Este derecho es, según *Kant*, un derecho personal del tipo real (*ein auf dingliche Art persönliches Recht*)<sup>[219]</sup>. Esto implica que él es pasible de posesión como las cosas, pero utilizable como la posesión sobre personas<sup>[220]</sup>. Éstas son un cónyuge, un hijo, un "sirviente" (*Gesinde*) y todo aquel sometido al mando y posesión de otro<sup>[221]</sup>. Esta posesión, por consiguiente, no es aceptable en la actualidad. Sucede que, desde aquel entonces, no sólo ha cambiado el aspecto material del mundo con, por ejemplo, la luz eléctrica y el internet. Además, las concepciones que las personas sustentan han variado<sup>[222]</sup>. Esto se ha manifestado especialmente, dentro del derecho, en la posición jurídica de la mujer, de los niños y las niñas como así también en la eliminación del sistema tipo feudal de la servidumbre<sup>[223]</sup>.

La segunda categoría mencionada, la posesión sobre la *elección de un acto* de otro<sup>[224]</sup>, consiste básicamente en ser acreedor de un deudor<sup>[225]</sup>. Ella es el derecho personal<sup>[226]</sup>. Ella no es, como la posesión sobre una cosa, oponible a todo poseedor y obliga solo al promitente<sup>[227]</sup>. Este tipo de derecho no se puede adquirir originariamente. Eso sería contrario a la libertad y, por tanto, injusto<sup>[228]</sup>. Para el adquirente, se trata efectivamente de un objeto exterior a su voluntad. Para el transmitente, en cambio, está en juego su propia libertad. Este derecho tampoco puede ser adquirido por un ilícito. En tal supuesto, el afectado tendría derecho a ser reparado, a conservar su patrimonio intacto, pero él *no adquiriría* nada nuevo<sup>[229]</sup>. El derecho personal, en la concepción kantiana, solo puede ser obtenido, entonces, derivadamente por medio del contrato<sup>[230]</sup>. En este negocio, *las voluntades de las partes se unen* para transferir la elección sobre el comportamiento futuro<sup>[231]</sup>. Esta unión de voluntades es una abstracción de las condiciones de espacio y tiempo de la oferta y la aceptación empírica<sup>[232]</sup>. Lo traspasado puede consistir en un hacer, un no hacer o en dar una cosa, de modo que el contrato se trata de una forma colaborativa para que la libertad adquiera objetos exteriores para alcanzar sus fines<sup>[233]</sup>. En razón de esto, sin el contrato se afectaría el Postulado del Derecho Privado. No se podría conseguir, por ejemplo, cosas ya obtenidas por otros. Se debería esperar a que ellas sean desposeídas unilateralmente y luego adquirirlas unilateralmente<sup>[234]</sup>. En esto, cabe hacer notar, que la prestación contractual implica tratar a una persona como medio. Sin embargo, ella no puede ser reducida jamás a un *mero medio*<sup>[235]</sup>. La

persona es siempre un fin<sup>[236]</sup>. Así, cuando alguien contrata a un albañil para construir una casa, no lo está tratando, según el propio Kant, de mero medio, si éste a su vez se vale de aquél para ganar dinero<sup>[237]</sup>.

Con el acuerdo contractual se redefine, por su parte, el patrimonio de los contratantes y la relación entre sus libertades. Al igual que con las cosas, la posesión inteligible sobre un comportamiento futuro, se transfiere antes de que la prestación debida haya sido realizada físicamente<sup>[238]</sup>. Es decir, la elección abandona su status de posibilidad y se convierte, indefectiblemente, en crédito - obligación activa - para el adquirente y deuda - obligación pasiva- para el transmitente<sup>[239]</sup>. Esta es "la esencia del contrato" (*l'essence du contrat*)<sup>[240]</sup>. Es que aceptar tal transferencia de una conducta futura, pero negar la obligación de ella resultante, es, de acuerdo a esta postura, una *contradictio in adiecta*<sup>[241]</sup>:

"(...) porque mi derecho y mi posesión que resultan de una promesa, no pueden desaparecer, porque el que promete diga una vez: Esta cosa debe pertenecerte, y que en otra ocasión, refiriéndose a la misma cosa, diga: No quiero que te pertenezca"<sup>[242]</sup>.

De esto se sigue que no cumplir una deuda contractual es, para esta teoría, violar el patrimonio del acreedor<sup>[243]</sup>. Ello implica, además, no respetar su libertad y, con esto, a su persona<sup>[244]</sup>. Si un pasajero acordara, ciertamente, un viaje en taxi con un precio por metro, pero al llegar a destino se rehusara a pagar, la taxista habría sido tratada como mero medio<sup>[245]</sup>.

En cuanto a la ejecutabilidad de la promesa, por último, si el promitente no quiere cumplir lo prometido, él puede ser forzado a ello. Esta es la contrapartida del principio de que los acuerdos contractuales se deben cumplir<sup>[246]</sup>. Esto no afecta la voluntad del promitente, porque la misma se habría auto-restringido libremente al concluir el acuerdo contractual<sup>[247]</sup>.

## VIII. Consideraciones finales

Como se advierte en esta presentación, la teoría kantiana del derecho es regida fundamentalmente por el formalismo jurídico. Ella representa, a pesar de sostener la posibilidad de un derecho provisorio pre-estatal, una de las mayores influencias del posterior positivismo. Por esta razón, ha sido catalogada como "iusnaturalismo protopositivista"<sup>[248]</sup>.

Sin embargo, lo central de este pensamiento es poner *al ser humano y su libertad* como eje de todo el derecho. En efecto, este puede tener validez solo si se fundamenta en "la naturaleza y realidad de la libertad" (*thenature and reality of freedom*)<sup>[249]</sup>. El derecho público nace justamente para protegerla. Con esta doctrina se clarifica, entonces, el fin último del derecho: *coordinar el uso de la libertad de los seres humanos*. Su premisa es, además, incontestable, es decir, el entendimiento de que el ser humano, a partir del ejercicio de su libre voluntad, tiene la capacidad de actuar de distintos modos<sup>[250]</sup>. Se podrá discutir, por eso, cómo se debe organizar una sociedad de derecho, así, si es necesario apelar a normas reguladas en cuerpos legales como en el *civil law* o valerse, más bien, de los precedentes jurisprudenciales como en el *Common law*. No obstante, la tarea del derecho siempre consistirá en ordenar y proteger el uso del comportamiento libre de las personas. Y en esto, el derecho real como así también el derecho personal, ambos al servicio del ser humano para lograr sus fines, no serán más que maneras de extender consensuadamente los límites naturales de la libertad<sup>[251]</sup>.

# El aseguramiento de la responsabilidad patrimonial del Estado

Gabriel Chibán

## I. Presentación del tema

El presente trabajo tiene por objeto tratar la temática de la Responsabilidad Estatal desde su práctica real, cuestión que constituye uno de los asuntos más complejos y problemáticos del Derecho Administrativo.

En materia de Responsabilidad Estatal, en cuanto se sale del amplio y rico mundo de la teoría, se advierte un gran cúmulo de necesidades jurídicas insatisfechas, entendidas éstas como el conjunto de derechos consagrados por el sistema jurídico y no garantizados, respetados o tutelados suficiente y efectivamente por el mismo.

El tema objeto de estas líneas tendrá entonces su punto de partida en el reconocimiento de esas necesidades jurídicas insatisfechas, para luego analizar la temática del Aseguramiento y si su aplicación puede servir, como satisfacción sinérgica, para dar respuesta inmediata -al menos- a ciertos casos de responsabilidad extracontractual del Estado.

## II. Derecho y realidad

El campo de la responsabilidad del Estado, se ha venido incrementando con la ampliación de sus funciones, recorriendo un camino que va desde una génesis de simple protección y otorgamiento de seguridad, pasando por el concepto de responsabilidad por actuar lícito, falta de servicio, hasta la responsabilidad de daños ocasionados por terceros.

El fenómeno antes descripto muestra, en apariencia, una interesante evolución y coloca al sistema normativo argentino, en la teoría, como un sistema tuitivo y avanzado.

Ahora bien, tal como sostiene Agustín Gordillo, se está progresando en información, en fallos, en publicidad, pero ello no ocurre simétricamente con la realidad, hasta el punto de llegar a sostenerse que nadie se ve enteramente reparado en su daño, mucho menos en un tiempo razonable <sup>[252]</sup>.

En esta precisa y veraz descripción, Gordillo nos invita a analizar esta temática, a través de una inmersión en la realidad, de donde concluye que la Responsabilidad del Estado, tal como se presenta en nuestro país, adolece de serias disfuncionalidades. Entonces nos dice que, hablar de Responsabilidad del Estado, es hablar de algo que no existe empíricamente de modo cierto, útil y oportuno <sup>[253]</sup>.

En este aciago, pero real cuadro de situación, la práctica del Derecho Administrativo, revela que siempre hubo mucha dificultad en hacer responsable al Estado, como así también que muchas veces se afrontan dilatados e injustificables espacios de tiempo entre el hecho o acto dañoso, el potencial reclamo administrativo, la demanda y la sentencia definitiva. Además, es sabido que el *vía crucis* del Administrado no termina con la sentencia o con el reconocimiento de una deuda, todavía falta la percepción efectiva de la indemnización, oportunidad propicia para todo tipo de planteos que disminuyan o anulen el sentido reparatorio del resarcimiento.

El fenómeno antes indicado reclama lugares de importancia relevante en el campo jurídico y devela un preocupante diagnóstico que hace necesario que se estudien soluciones prácticas, una de las cuales puede ser el instituto del aseguramiento que, como figura primariamente del Derecho Comercial, se encuentra íntimamente relacionada con el Derecho Administrativo moderno.

Por lo tanto, se pretende generar un disparador que lleve a reflexionar estrategias para que el Estado en materia de responsabilidad patrimonial extracontractual, deje de cumplir un rol entorpecedor y de liquidador de siniestros, para profesionalizar tal especialidad confiándosela a manos de personas, públicas o privadas, expertas en materia de seguros.

En orden a lo antes expuesto, se quiere desde el inicio enfatizar que al pensar en que la Administración tome un seguro de responsabilidad, sólo se pretende asegurar el pago de una deuda, no su responsabilidad intrínseca; ya que el asegurador es garante del pago de una indemnización, y no es garante de la responsabilidad estatal <sup>[254]</sup>, tomado ello como una medida de prudencia y buena administración y dejando aclarado que de modo alguno se pretende favorecer la privatización de la responsabilidad pública; como así también que el aseguramiento no es una solución universal para la temática de la responsabilidad, puesto que no a todos los eventos resulta conveniente asegurarlos, ya sea porque el riesgo es muy concentrado o por ser éste demasiado alto.

### III. Seguro y responsabilidad en la administración pública

El aseguramiento mediante la contratación de seguros por parte del Estado es un fenómeno relativamente reciente, ligado a tendencias como la llamada “huida al Derecho Privado”, la creciente interpenetración de la Administración Pública y el sector privado o la utilización de técnicas gerenciales y económicas típicas de la empresa privada, en detrimento de prácticas arraigadas en el tráfico administrativo y características de él <sup>[255]</sup>.

Al respecto, en Argentina, la doctora Sotelo de Andrau indica que no se encuentra regulado el tema de seguros por riesgos de la Administración en la legislación de contratos públicos, ni en la procesal administrativa, ni entre las normas que se aplican para resolver los problemas de la responsabilidad patrimonial del Estado, ni en la propia Ley N° de Seguros. Esto da origen a numerosos problemas jurídicos, a partir de la instrumentación directa del instituto, y se advierte que lo que aparece en la práctica constituye una mixtura de normas y sistemas desordenados <sup>[256]</sup>, aunque la complejidad ya viene derivada de la institución madre, la responsabilidad del Estado en general. Así, el caso del medio ambiente es un ejemplo, donde aparece legislada la obligación de contratar seguros por posibles daños, tanto a las entidades públicas como privadas <sup>[257]</sup>. En esta materia, de acuerdo al régimen legal, se establece la responsabilidad objetiva con el aditamento de aseguramiento.

Tal como se expusiera con anterioridad, en el sistema nacional se venía imponiendo al Estado una responsabilidad patrimonial directa por los daños causados por su actuación y por sus órganos, lo que quedó ratificado por el art. 1 de la Ley N° 26.944 que indica que ese cuerpo normativo rige la responsabilidad del Estado por los daños que su actividad o inactividad les produzca a los bienes o derechos de las personas y que la responsabilidad del Estado es objetiva y directa. Por lo tanto, la utilización de seguros con compañías especializadas, que asuman la responsabilidad patrimonial dentro de los límites de la Ley y del contrato, incorpora un nuevo elemento que no encontraría óbice jurídico.

Como puede observarse, un tercer sujeto asegurador viene a colocarse junto al Estado para abonar, en forma directa, los daños que provoca el accionar estatal, irrumpiendo con aplicación de la normativa de seguros en la responsabilidad administrativa por daños, cuestión que abre todo un nuevo campo de estudio teórico y de diseño de soluciones prácticas; dando lugar a un nuevo esquema en el que las aseguradoras tienen siempre presente que la imagen y confianza que proyectan en el público consumidor de sus productos no debe sufrir nunca ningún deterioro, debido a que es parte de la filosofía del seguro, evitar cualquier situación que pueda conducir a eventuales controversias y, de haberla, componerla lo más pronto posible.

#### 1. El aseguramiento en el sector público. Bases para su análisis y justificación

Utilizando, en parte, la metodología seguida por la doctrina española <sup>[258]</sup>, corresponde analizar la utilización del aseguramiento de la responsabilidad del Estado desde distintos ángulos, a saber:

#### 2. Sometimiento a la Ley y al Derecho

Como ya se expresó *ut supra*, nuestra Constitución Nacional contiene principios generales que consagran la obligación de reparar el daño ocasionado y se cuenta con la Ley N° 26.944 sancionada el 2 Julio 2 de 2014.

A su vez, la Constitución de la Provincia de Salta, expresamente consagra en su art. 5 que “El Estado y, en su caso, sus funcionarios y empleados son responsables por los daños que ocasionen...”

En ese orden, la Administración, como poder público, está sujeta al principio de legalidad, debiendo ajustar su actuación, formal y materialmente, a la jerarquía de las fuentes que en cada sector regulan su desempeño, por lo que si en su actuación, sometida a la Ley y al Derecho, lesiona bienes jurídicos de los particulares, está obligada a indemnizar.

En este punto, puede concluirse que el aseguramiento de los riesgos de la Administración es acorde con la observancia de la legalidad administrativa, al no existir norma alguna que impida contar con seguros de responsabilidad patrimonial del Estado, por lo que a través de esta vía puede darse cobertura práctica y efectiva a esta manda constitucional y legal.

#### 3 Principio de legalidad presupuestaria

Luego de analizar el aspecto legal, corresponde examinar la cuestión desde la óptica de las obligaciones económicas del Estado.

Al respecto, la Ley N° 24.156 de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional, en su art. 29, establece que “Los créditos del presupuesto de gastos, con los niveles de agregación que haya aprobado el Congreso Nacional, según las pautas establecidas en el art. 25 de esta Ley, constituyen el límite máximo de las autorizaciones disponibles para gastar”.

Por lo tanto, las obligaciones económicas del Estado no podrán ser cumplidas si no existe crédito presupuestario disponible para hacerles frente.

Cabe hacer notar que el cumplimiento de las obligaciones frente a terceros perjudicados o lesionados por la actuación del Estado, puede hacerse efectivo:

- a) consignando en el estado de gastos del presupuesto requiriendo las autorizaciones correspondientes para hacer frente a los pagos de las indemnizaciones por responsabilidad, o
- b) consignando las autorizaciones necesarias para hacer frente a las pólizas de los contratos de seguro de responsabilidad patrimonial por las lesiones que su actuar pudiera causar a los particulares [\[259\]](#).

Puesto que todo crédito debe ser consignado en el presupuesto, la diferencia antes indicada residiría en la previsión *ex-post*, una vez que hubiera recaído la resolución administrativa o, en su caso, la sentencia, en la que se reconozca el derecho subjetivo a ser indemnizado y la cuantía exacta de la indemnización, o la previsión *ex-ante* de las partidas presupuestarias correspondientes para hacer frente a los gastos del seguro por responsabilidad.

De lo expuesto surge que se cuenta con dos sistemas disponibles, diferenciándose uno del otro en que con el pago de las pólizas se cuenta con la precisión de costos ciertos y previsibles, mientras que haciéndose cargo el Estado del pago de la indemnización, pocas veces ese monto es determinable y casi siempre su imputación presupuestaria es dificultosa.

Es aquí donde se comienzan a observar algunas ventajas de contar con seguros que permitan un más oportuno cumplimiento, siendo de hacer notar que la causa de la retención estatal en saldar sus obligaciones, muchas veces se debe a la falta de disponibilidad presupuestaria y/o financiera.

#### *4. Principios de eficiencia, economía, sencillez y eficacia en la actuación*

La Ley Nacional de Procedimientos Administrativos en su art. 1 inc. b), tal como la Ley de Procedimientos Administrativos de la Provincia de Salta en su art. 109, imponen a la Administración un actuar eficiente, económico, sencillo y eficaz, en tanto se busca evitar complicados, costosos y lentos procedimientos que dificulten el desarrollo de la gestión administrativa.

Tal como sostiene Hutchinson, es posible resumir todos los principios antes enunciados bajo el concepto de "racionalidad" en el empleo de los medios, tiempo y configuración de las formas en el procedimiento [\[260\]](#).

En el caso del aseguramiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración, se puede plantear que resulta conforme con el principio de racionalidad asignar en el presupuesto público los créditos correspondientes a las pólizas del contrato del seguro de responsabilidad, siempre que se demuestre que la asignación del gasto se ha efectuado con criterios de eficiencia y economía. Teniendo en cuenta, en este caso, que la eficiencia y la economía sumarían al aligeramiento de la Administración por contraer obligaciones ciertas y al aligeramiento del perjudicado que podría ser beneficiado por el pago de la obligación y ser resarcido con mayor celeridad [\[261\]](#).

Con frecuencia el seguro se presenta como la forma de alentar el cobro de las indemnizaciones, puesto que el procedimiento se va a tramitar de forma más flexible y rápida. En este sentido, enseña Franc-Valluet, que a veces se acude al seguro para eludir la labor de gestión de siniestros y la tramitación de procedimientos administrativos y financieros engorrosos, puesto que el objetivo puede ser aprovechar las ventajas de la tramitación privada [\[262\]](#) o profesionalizada.

#### *5. Principios de periodicidad presupuestaria*

La Ley N° 24.156 de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional, en su art. 10, establece que "El ejercicio financiero del sector público nacional, comenzará el primero de enero y terminará el treinta y uno de diciembre de cada año".

Este esquema normativo de periodicidad tiene por objeto dotar de previsiones contables a la totalidad de los gastos e ingresos, como así también se constituye en un vector de la política económica para ese período. En nada afecta lo expuesto que el presupuesto pueda ser plurianual.

Bajo esa perspectiva, atender al pago de las indemnizaciones derivadas de la responsabilidad estatal mediante la consignación directa en el presupuesto de la obligación ya contraída, una vez producido el daño, o la inclusión en los presupuestos de la cantidad correspondiente a la póliza del contrato de seguro suscrito con una aseguradora, puede representar un criterio de política económica general que permita a la Administración decidir, si atiende con previsión cada año a las obligaciones que en esta materia

podieran surgirle o, por el contrario, acepta el riesgo de tener que incluirlas una vez producida la lesión, contraída la obligación y reconocido el derecho subjetivo del particular, en la siguiente anualidad presupuestaria <sup>[263]</sup>.

En este punto, cabe también recordar el engorroso trámite previsto por la Ley N° 11.672, Complementaria Permanente de Presupuesto, que en su art. 170 establece que los pronunciamientos judiciales que condenen al Estado Nacional o a alguno de los Entes y Organismos que integran el Sector Público Nacional al pago de una suma de dinero o, cuando sin hacerlo, su cumplimiento se resuelva en el pago de una suma de dinero, serán satisfechos dentro de las autorizaciones para efectuar gastos contenidas en las distintas Jurisdicciones y Entidades del Presupuesto General de la Administración Nacional, sin perjuicio del mantenimiento del Régimen establecido por las Leyes N° 23.982 y N° 25.344. En el caso que el Presupuesto correspondiente al ejercicio financiero en que la condena deba ser atendida carezca de crédito presupuestario suficiente para satisfacerla, el Poder Ejecutivo Nacional deberá efectuar las provisiones necesarias a fin de su inclusión en el ejercicio siguiente, a cuyo fin las Jurisdicciones y Entidades demandadas deberán tomar conocimiento fehaciente de la condena antes del día 31 de julio del año correspondiente al envío del proyecto, debiendo remitir a la Secretaría de Hacienda del Ministerio de Economía y Producción con anterioridad al 31 de agosto del mismo año el detalle de las sentencias firmes a incluir en el citado proyecto, de acuerdo con los lineamientos que anualmente la citada Secretaría establezca para la elaboración del Proyecto de Presupuesto de la Administración Nacional. Los recursos asignados anualmente por el Congreso de la Nación se afectarán al cumplimiento de las condenas por cada Servicio Administrativo Financiero y siguiendo un estricto orden de antigüedad conforme la fecha de notificación judicial y hasta su agotamiento, atendiéndose el remanente con los recursos que se asignen en el ejercicio fiscal siguiente.

#### 6. Tutela judicial y administrativa efectiva

La tutela judicial efectiva forma parte del plexo de los derechos fundamentales, esos que califica Toller con gran acierto como “institucionales y estratégicos”, ya que los mismos funcionan como garantías sin las cuales no es posible un Estado de Derecho <sup>[264]</sup>.

Este principio de tutela judicial efectiva, no implica sólo el derecho a obtenerla, sino el derecho a alcanzarla sin dilaciones indebidas, por lo que también puede arribarse al principio de tutela administrativa efectiva, por aplicación del principio de máxima irradiación de los contenidos constitucionales de todos y cada uno de los supuestos de interpretación de la legalidad en favor de los derechos fundamentales.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, *in re Astorga Bracht, Sergio y otro c. Comisión Federal de Radiodifusión* <sup>[265]</sup>, sostuvo categóricamente que una disposición del CONFER y de la CNC era violatoria del art. 18 de la Constitución Nacional y diversas normas contenidas en Tratados Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional “en cuanto resguardan el derecho a la tutela administrativa y judicial efectiva”.

En el citado Fallo, sobre la base del art. 18 de la Constitución Nacional y por aplicación de los arts. XVIII y XXIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 8 y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 2° inc. 3° ap. a y b, y 14 inc. 1° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la CSJN entendió que una restricción de la posibilidad de impugnar cualquier resolución administrativa del COMFER y la CNC, resulta contradictoria con la garantía que supone la posibilidad de ocurrir ante los tribunales de justicia -a lo que cabe agregar, ante las autoridades administrativas competentes- y obtener de ellos sentencia o decisión útil relativa a los derechos de los particulares o litigantes (*Fallos*:310:276 y 937; 311:208) y que requiere, por sobre todas las cosas, que no se prive a nadie arbitrariamente de la adecuada y oportuna tutela de los derechos que pudieren eventualmente asistirle sino por medio de un proceso -o procedimiento- conducido en legal forma y que concluya con el dictado de una sentencia -o decisión- fundada (*Fallos*: 310:1819).

Cabe tener presente, además, que cuando la protección de los derechos fundamentales hipotéticamente vulnerados o lesionados por la Administración pública exija prever la correspondiente indemnización, cualquier sistema de reparación o formula que el ordenamiento jurídico pueda ofrecer, provenga este del Derecho Público o del Derecho Privado, es aceptable, si a través de él la reparación del derecho fundamental lesionado se convierte en más efectiva <sup>[266]</sup>.

En virtud de lo antes expuesto, se puede sostener que el pago de la indemnización, por ejemplo, de una lesión al derecho a la vida o a la integridad física, a través de la suscripción de una póliza de seguro, si bien no está previsto en la letra de nuestra normativa, puede ser el sistema más efectivo que el Derecho positivo ofrece para tutelar eficientemente la plena vigencia de los derechos fundamentales.

#### 7. La Autotutela Ejecutiva

La propia dinámica del actuar del Estado y las finalidades de interés público que el mismo persigue, hacen necesario que la Administración pueda, en ciertos casos y por sí misma, definir una situación jurídica y hacer efectiva su función pública, aunque obviamente tal potestad debe tener claros límites en la juridicidad. Lo antes expuesto da lugar a la conformación de la autotutela ejecutiva, figura hoy en crisis, al haber sido tildada como herramienta de las doctrinas autoritarias.

Sin perjuicio de lo expresado, es posible apreciar en nuestro criterio, que la defensa del interés público corresponde primordialmente al Estado y que para el ejercicio de su potestad de imperio debe contar con las herramientas adecuadas para ello, dentro de un claro marco jurídico que respete la división de las funciones del poder.

En tal sentido, no resulta autoritario sostener que en ejercicio de la potestad de autotutela administrativa, y a través de procedimientos transparentes de selección del asegurador, puede el Estado disponer la contratación de seguros, teniendo como objetivo evitar dilaciones posteriores en la imputación de los correspondientes créditos presupuestarios, atendiendo a la previsión del riesgo mediante el pago de una póliza de seguros, como medida de mejor administración que repare inmediatamente el interés afectado del particular, defendiendo así también el interés general comprometido.

#### *8. Razones de Equilibrio y Estabilidad Presupuestaria*

El equilibrio y la estabilidad presupuestarios se relacionan íntimamente con los principios de periodicidad, de eficiencia y de eficacia en la asignación de los recursos y de los gastos. De tal modo, desde la perspectiva de la confianza legítima de los ciudadanos, podría resultar más beneficioso y tranquilizador que se contase con precisión periódica de riesgos ante los sobresaltos políticos y económicos que habitualmente surgen, que el tener que imputar en los presupuestos cantidades no previstas, como son las del pago de los créditos derivados de las obligaciones a indemnizar.

La utilización de ésta herramienta puede llegar a ser una prueba de buena administración, o de objetivación de la conducta administrativa, que no tiene porqué interpretarse como el reconocimiento *ex-ante* de un mal funcionamiento futuro, sino simplemente, como el reconocimiento de que toda actuación entraña un riesgo, y que el sector público o la Administración no están exentos de él <sup>[267]</sup>.

El uso de la figura del seguro implica sujetar un costo incierto, transformándolo en un gasto mensual o anual acotado y fijo que permita planificar con certeza el presupuesto, evitando la generación de partidas presupuestarias extras, para las que casi nunca encuentra financiamiento.

En definitiva, para la Administración se trata de optar entre hacer frente a gastos indemnizatorios impredecibles e incalculables, o bien al coste de una prima fijada de antemano <sup>[268]</sup> que implica un valor cierto y calculable.

#### *9. El Fenómeno sinérgico*

Según el curso normal y habitual de las cosas, las personas y especialmente el Estado, tienden a evitar la producción de daños que luego puedan dar lugar a indemnizaciones. De allí que, a ninguna de las partes de la relación asegurativa les convenga que se concrete un daño indemnizable; obviamente tampoco le conviene a la víctima que el daño se produzca.

La coordinación efectiva de la intención normal de evitar la generación de daños del asegurado, con la actitud activa del asegurador de asistirlo en la prevención de riesgos y en la investigación de los siniestros, redundará en su reducción y en la disminución de eventos dañosos, lo que a su vez generará la disminución del monto de las primas.

Se produce, como puede apreciarse, un círculo virtuoso en el que se da un fenómeno de relación *win-win* en el que todas las partes ganan, haciendo efectivo el principio de colaboración tan mentado en la teoría de los Contratos Administrativos.

Si se suma este fenómeno de satisfacción mutua entre asegurador y asegurado, con una respuesta más eficiente y eficaz frente a la persona dañada, se obtiene una fuerte sinergia entendida como la integración de elementos que da como resultado algo más grande que la simple suma de éstos, es decir, cuando dos o más elementos se unen sinérgicamente crean un resultado que aprovecha y maximiza las cualidades de cada uno de ellos.

#### *10. Atomización de los centros de responsabilidad*

Nuestra Constitución Nacional reconoce la autonomía provincial y expresa, en su art. 123, que cada Provincia asegurará la autonomía municipal. Por su parte, la Constitución de Salta en su art. 170, en consonancia con el plexo normativo nacional, indica que los Municipios gozan de autonomía política, económica, financiera y administrativa.

Como podrá apreciarse, en nuestro sistema, administraciones públicas relativamente pequeñas asumen competencias de gran relevancia y se ven expuestas al riesgo de tener que pagar indemnizaciones de



montos elevados en comparación con el volumen de sus presupuestos <sup>[269]</sup>. Por lo tanto, en este tipo de organizaciones no funciona plenamente la Ley de los grandes números, ni una atomización de la actividad; de modo tal que se quiebra el principio de suficiencia financiera como técnica empírica de gestión de riesgos.

En tal sentido, frente a la creciente descentralización administrativa y al hecho de que la Ley de los grandes números deje de cumplir su rol protector en las organizaciones de menor tamaño, se observa que ellas pueden verse gravemente afectadas por un solo siniestro o una sola obligación económica de grandes dimensiones. Debe pensarse -por ejemplo- el supuesto de un pequeño Municipio que se vea condenado a pagar una indemnización superior a su presupuesto anual -cuestión nada extraña en nuestro medio- de trágicas consecuencias; la mayoría de estos casos terminan proyectando la situación para ser asumidas por otras Administraciones de grado superior, o bien se llega a acuerdos con el acreedor para dividir el pago en plazos o alguna forma de compensación en especie <sup>[270]</sup>, comprometiéndose severamente ejercicios futuros. Es también un dato de la experiencia judicial el afirmar que el origen de muchas de estas situaciones se encuentra en una defectuosa actuación de la Administración, que por falta de medios permite la consolidación o adquisición de derechos gravemente perjudiciales a los intereses públicos, que luego es necesario reparar.

Por lo expuesto, por lo menos desde el análisis teórico, el seguro constituye una opción ampliamente recomendable para las organizaciones administrativas de pequeñas dimensiones, porque las protege contra la posibilidad de un accidente o de un supuesto de responsabilidad de extraordinarias dimensiones, que podría desequilibrar sus presupuestos y afectar su capacidad de afrontar algunos de sus servicios básicos; todo ello a cambio del pago de un reducido importe como es el valor de una "prima".

### *11. Disponibilidad de modernas técnicas de gerencia de riesgos*

La gerencia de riesgos o el *Risk Management*, es una técnica de uso frecuente en el mundo empresarial; consiste en la evaluación previa de los riesgos a que se enfrenta un determinado sujeto, en este caso la Administración en su actividad, intentando cuantificar su frecuencia y sus consecuencias económicas. A partir de este análisis se trata de identificar y aplicar la forma de reacción más adecuada ante cada clase de riesgo: la prevención (aplicando medidas de seguridad que reduzcan los accidentes, es decir, los supuestos de realización del riesgo), la autoasunción, la cobertura por el propio sujeto (autoseguro) y la traslación a terceros (seguro) <sup>[271]</sup>.

Por lo tanto, no debe verse en la gerencia de riesgos una mera cobertura para justificar la contratación de seguros, ya que el seguro es únicamente una forma de cubrir los riesgos mediante su traslación a terceros a cambio de un precio, es decir, una fórmula que ocupa un papel necesariamente limitado, junto a otras técnicas como las medidas de prevención y el autoseguro.

A su vez, la gerencia de riesgos puede incluir también, la encomienda a terceros de las labores de gestión de los siniestros, es decir, de la fijación extrajudicial de las indemnizaciones y otras labores conexas, cuestión que en materia de responsabilidad estatal debe ser objeto de un especial tratamiento y consideración.

Como se puede comprobar, la gestión de riesgos puede resultar una medida de buena administración, ya que el *risk management*, al prever la producción de daños y hacer frente de antemano a su cobertura, a través de medidas de prevención y, en su caso, de la contratación de seguros, y también al ordenar de antemano las consignaciones presupuestarias necesarias para el pago de las indemnizaciones estimadas previamente, facilita el resarcimiento de esos daños y por tanto mejora la eficacia administrativa y el trato al ciudadano. Además, el empleo de estas técnicas puede ser más económico para la propia Administración, al reducir la producción de daños, puesto que siempre es más económico adoptar medidas preventivas que reparar daños.

En cuanto a la implementación, las técnicas de gestión de riesgos pueden aplicarse, bien por los servicios de la propia Administración, una vez hayan adquirido la necesaria formación, o bien a través de contratos con empresas especializadas.

### *12. Excepción a la cláusula de subsidiariedad*

La aplicación del principio de subsidiariedad, implica que el Estado no debe realizar lo que puedan hacer las personas o los organismos intermedios, salvo por supletoriedad y con carácter promocional.

Este principio originado en la Doctrina Social Cristiana establece que una estructura social de orden superior no debe interferir en la vida interna de un grupo social de orden inferior, privándole de su autonomía y, en consecuencia, del pleno ejercicio de sus competencias, sino que, por el contrario, su función, en tanto que estructura de orden superior, debe consistir en sostenerle, ayudarle a conseguir sus objetivos y coordinar su acción con la de los demás componentes del cuerpo social a fin de alcanzar más fácilmente los objetivos comunes a todos. Es decir, la sociedad debe dejar a las personas o los grupos que la componen todo lo que ellos puedan realizar responsable y eficazmente. Por otra parte, implica la obligación para el Estado de que, en el caso de no existir las personas o grupos para realizar determinada

actividad necesaria, asumirá la tarea y suplirá su falta, pero sólo transitoriamente, en función de su obligación de promover la existencia de las personas o grupos que sean idóneos para dicha actividad.

El problema de la relación entre seguro y responsabilidad patrimonial de la Administración Pública ha sido tratado en Alemania en el sentido de que el seguro de daños constituye una excepción a la cláusula de la subsidiariedad, ya que la misma (*Subsidiarität Klausel*) indica que el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración es subsidiario puesto que no cubre el daño que pueda ser indemnizado por otros medios.

Esta visión del seguro como herramienta, resulta sumamente interesante para justificar su utilización, en la medida que se acredite la conveniencia económica y operativa en cada caso en concreto.

#### *IV. Procedimiento y jurisdicción en Argentina*

Para el supuesto que la Administración contare con seguros para cubrir su responsabilidad patrimonial resultaría importante, desde el punto de vista práctico, analizar las implicancias que pudieran presentarse en el ámbito procesal, tanto en sede administrativa cuanto en sede jurisdiccional.

##### *1 Reclamo administrativo previo, su innecesaridad en casos de responsabilidad por daños*

###### *1.1 Consideraciones generales*

El reclamo administrativo previo constituye un presupuesto procesal para iniciar una demanda judicial y, a la vez, un medio para satisfacer las pretensiones planteadas por el administrado. Esta solicitud de habilitación de instancia constituye un axioma enraizado en nuestra tradición jurídico-pública, que parte de la idea de que resulta conveniente que el Estado tenga la ocasión de revisar por sí mismo su accionar antes de verse sometido a los avatares y las consecuencias jurídicas de un proceso judicial, constituyéndose, a su vez, en uno de los tantos privilegios o prerrogativas con las que se encuentra investido el poder público <sup>[272]</sup>.

Por su parte, cabe hacer notar que la exigencia del reclamo previo, cuyo sentido de existir -como se dijo- está identificado con el de sustraer a los entes estatales de la instancia judicial, en una medida compatible con la integridad de los derechos de los particulares, evitando juicios innecesarios a la Administración, en muchos casos se ha visto desvirtuada en la realidad por la práctica administrativa que la ha tornado en un instrumento de dilación de la decisión sobre las pretensiones del particular <sup>[273]</sup>.

En nuestro sistema federal, el recaudo del reclamo administrativo previo para poder demandar al Estado se inscribe en el marco ofrecido por la vía reclamatoria y comenzó a regir por imperio de la Ley N° 3952, lo que fue una gran novedad frente a la venia legislativa que se exigía hasta entonces. A decir de Bianchi, el cambio se produjo como consecuencia de la crisis en la que había caído el sistema de venia legislativa y se optó, por razones de orden práctico, por dar una autorización legislativa genérica y delegar al Poder Ejecutivo, a través del reclamo previo, la decisión de concederla o no en cada caso <sup>[274]</sup>.

Por su parte, la Ley N° 19.549 (LNPA) mantuvo el régimen de reclamo previo, ello en tanto su art. 30 expresamente dispuso que el Estado Nacional no podía ser demandado judicialmente sin previo reclamo administrativo. Sin embargo, el art. 32 de la misma Ley incorporó una serie de excepciones, las cuales cubrían un espectro de tal amplitud que la doctrina vino a señalar de manera casi unánime que la regla, en la práctica, se invertía <sup>[275]</sup>.

A su vez, el origen del precepto de la innecesaridad del reclamo administrativo previo se remonta al año 1944, en que por decreto N° 28.211/44 <sup>[276]</sup> se dispuso con carácter general no hacer lugar, en sede administrativa, a reclamos de esa naturaleza. <sup>[277]</sup> La explicación que se daba en los considerandos era práctica y sencilla, argumentándose que la Administración carece de una organización adecuada para la justipreciación de la prueba que supone evaluar los daños y perjuicios producidos extra-contractualmente <sup>[278]</sup> y por ello no puede realmente asumir en forma fácil la tramitación y resolución en tiempo oportuno de estas cuestiones, por lo que la dilucidación del asunto directamente en sede judicial es más conveniente tanto a la administración como al particular. Ello se planteaba en tal sentido, al menos mientras no se instituyan tribunales administrativos imparciales e independientes que puedan actuar en lugar de la administración <sup>[279]</sup>.

Debido el origen meramente reglamentario de la excepción al reclamo previo, en algunos casos se la interpretó indebidamente de modo restrictivo. Así por ejemplo, se dijo que si se trataba de daños y perjuicios que no emergían de un hecho ilícito, la excepción no correspondía <sup>[280]</sup>; también se sostuvo que

un reclamo por daño de la cosa no encuadraba en la excepción <sup>[281]</sup>. Luego, con el régimen de la Ley N° 19.549/72 y la reforma de 1977 se avanzó más allá que el precedente del decreto N° 28.211/44, disponiendo que todo reclamo por daños y perjuicios, sin distinción alguna, queda exceptuado del reclamo administrativo previo.

Con posterioridad, en el marco de la Ley N° 25.344, se introdujo modificaciones al sistema del reclamo administrativo previo, regulado en la LNPA (arts. 30 al 32). En el nuevo texto legal se eliminaron varios de los supuestos previstos en el art. 32 original, restringiendo así las posibilidades de enjuiciar directamente al Estado. En tal sentido, de acuerdo a la redacción actual sólo quedan en pie dos casos en los que se puede demandar al Estado sin necesidad de haber transitado la instancia administrativa previa, a saber:

- a) se trate de repetir lo pagado al Estado en virtud de una ejecución o de repetir un gravamen pagado indebidamente y
  - b) se reclamare daños y perjuicios contra el Estado por responsabilidad extracontractual.
- Como puede observarse ha quedado derogado así el mismo supuesto para el ámbito contractual y no se menciona la figura del ritualismo inútil.

En cuanto a la situación normativa en la Provincia de Salta, se advierte que la vía impugnatoria es la contenida en la Ley N° 5348 de Procedimientos Administrativos y la reclamatoria por la Ley N° 5018, modificada por la N° 5095, que exige a los jueces que conozcan en acciones civiles promovidas contra el Estado provincial, municipios o reparticiones autárquicas, no darles curso hasta que no se acredite que el particular haya reclamado por los derechos controvertidos y que se hubiera producido la denegación de tal reconocimiento en sede administrativa. Como se ve, no se menciona ninguna excepción normativa que permita evitar el reclamo administrativo previo, aunque la jurisprudencia admitió tal extremo basado en la circunstancia de que debe evitarse todo ritualismo inútil y siguiendo el principio "*in dubio pro actione*" <sup>[282]</sup>.

### 1.2 Criterios de la Procuración del Tesoro de la Nación

Se puede asegurar que la Procuración del Tesoro de la Nación, en su carácter de máximo órgano consultivo de la Administración Pública, ha jugado, ciertamente, un papel decisivo en el diseño y la consolidación del régimen jurídico especial existente en materia de demandas contra el Estado por daños y perjuicios. Su opinión, no obstante, se ha mostrado oscilante en el transcurso del tiempo, en esta materia <sup>[283]</sup>. Un repaso de los dictámenes producidos por el organismo asesor será sin duda, de enorme provecho a los fines de este trabajo.

Al respecto, puede observarse que, a partir del dictado del decreto N° 28.211/44, la Procuración del Tesoro se aferró en los primeros años a una lectura rigurosa de su art. primero, en virtud de la cual no quedaba espacio para que la autoridad administrativa reconociera en su propia sede el deber de indemnizar los daños y perjuicios reclamados en su contra, cualesquiera fueran las circunstancias que rodearan el caso. Tal postura fue mantenida sin fisuras por el organismo hasta el dictado de la Ley N° 19.549 <sup>[284]</sup>, y se puede citar también algún caso aislado posterior al régimen instaurado con dicha Ley que sigue el mismo criterio <sup>[285]</sup>. Con sujeción a aquella interpretación, sostuvo rotundamente el procurador que, con motivo de lo dispuesto por el decreto N° 28.211/44:

"el Poder Ejecutivo no puede admitir, en sede administrativa, la responsabilidad del Estado en reclamaciones por daños y perjuicios formulados por particulares que atribuyen culpa o negligencia a agentes de la Administración, debiendo por lo tanto acudir a la vía judicial tanto para esclarecer la responsabilidad imputada como para determinar el monto de la cantidad que eventualmente corresponda resarcir" <sup>[286]</sup>.

Luego del dictado de la Ley N° 19.549 el organismo asesor atemperó su postura, asumiendo una interpretación más flexible frente a la resistencia opuesta por el decreto N° 28.211/44 para que el Poder Ejecutivo pudiera reconocer su responsabilidad <sup>[287]</sup>. Esta nueva perspectiva perduró hasta tiempos muy recientes, y se vio reproducida en el transcurso de los años en numerosos dictámenes <sup>[288]</sup>. La actitud adoptada por la Procuración en este segundo periodo demuestra un decidido esfuerzo por superar el estricto apego a la letra del citado decreto, abogando por profundizar, en cambio, en los verdaderos motivos que llevaron a su dictado, de modo de tomar más en consideración los fines tenidos en mira por el Poder Ejecutivo al emitirlo. Ello derivó en que, en aquellos casos en que aparecía claramente configurada la responsabilidad estatal, se admitiera que la vía administrativa resultaba idónea para obtener el resarcimiento del daño padecido <sup>[289]</sup>, lo que supuso reconocer también, como expresamente lo declaró el

organismo asesor, la potestad de la autoridad administrativa para fijar el *quantum* indemnizatorio cuando la prueba producida así lo permitiera <sup>[290]</sup>.

En definitiva, cabe tener presente, que la Procuración sentó un criterio de ponderación sumamente valioso por lo equilibrado, al sostener que la vigencia de la excepción del reclamo administrativo previo:

“no significa afirmar que la Administración deba negar en toda circunstancia su responsabilidad por los daños y perjuicios ocasionados a terceros, (...) más sí supone (...) que el reconocimiento en cuestión y la consecuente indemnización se hagan efectivos en sede administrativa sobre la base de una indudable responsabilidad del Estado y pautas objetivas que garanticen una correcta determinación, a través de un procedimiento ajustado a derecho y eficaz, del resarcimiento debido” <sup>[291]</sup>

### 1.3. Interposición del reclamo no exigible

Gordillo, ya con anterioridad a la sanción de la LNPA, al comentar casos en que la jurisprudencia eximía al demandante de tener que deducir el reclamo previo de la Ley N° 3952, afirmaba enfáticamente que la reclamación administrativa previa puede, pues, no ser exigible antes de demandar a la Nación, y puede la Nación renunciar a oponer como excepción judicial la falta de reclamación administrativa y puede finalmente excluir algunos casos determinados de esa exigencia, estableciendo que en tales materias podrá ser demandada directamente; pero nada de ello puede ser interpretado en forma tal que implique cerrar al particular la vía administrativa al efecto de interponer la citada reclamación <sup>[292]</sup>.

Por lo tanto, se coincide en que el hecho de que el legislador haya considerado que el reclamo administrativo previo sea “no necesario”, de ninguna manera puede entenderse como que el mismo sea improcedente. Al respecto sostiene Ignacio M. de la Riva <sup>[293]</sup> que puede considerarse procedente un reclamo en estos casos, aun cuando el mismo no resulte necesario, basándose en dos perspectivas de análisis; en primer lugar por aplicación del derecho constitucional de peticionar ante las autoridades, y en segundo lugar por la aplicación de la regla de que, en principio, los derechos son renunciables.

### 1.4. Supuesto de reclamo previo en el que el daño está asegurado

El Reglamento de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, decreto N° 1759/72, establece en su art. 3 que se considerará parte interesada en el procedimiento administrativo:

“...aquellos a quienes el acto a dictarse pudiere afectar en sus derechos subjetivos o intereses legítimos y que se hubiesen presentado en las actuaciones a pedido del interesado originario, espontáneamente, o por citación del organismo interviniente...”.

Al respecto, enseña Hutchinson <sup>[294]</sup> que en el procedimiento administrativo, la noción de tercero es sumamente amplia, pues en su intervención en este trámite no tiene el carácter restrictivo que posee en el proceso judicial, y esto porque el tercero deja de serlo una vez que se presenta en las actuaciones administrativas, adquiriendo el carácter de parte a todos sus efectos.

En consecuencia, en el supuesto de reclamo administrativo por responsabilidad de la Administración Pública, deviene obligada la intervención de la compañía aseguradora en la tramitación del expediente administrativo, generándose una relación procesal tripartita entre administrado/perjudicado, Administración Pública y compañía aseguradora.

Obviamente que la decisión sobre la admisión o desestimación de las reclamaciones continúa siendo facultad de la Administración. Por lo tanto, si la decisión es una transacción económica, y una vez se ha llegado a un acuerdo sobre la oferta que se presenta al perjudicado y si esta oferta es aceptada, la compañía aseguradora deberá pagar en un plazo que se convenga, gestión que realizan los liquidadores de siniestros de la compañía aseguradora.

Con todo, la tramitación de un procedimiento administrativo puede dificultar la rapidez en la gestión y da sustento para sostener la viabilidad de la acción directa jurisdiccional, lo que permitiría al perjudicado recibir con mayor rapidez y con menos costos una indemnización, puesto que evitaría tener que esperar la tramitación del procedimiento administrativo previo al que seguiría posiblemente un procedimiento contencioso-administrativo, en el que el perjudicado tendrá que demandar a la Administración conjuntamente con la compañía aseguradora si no se ve satisfecha en su pretensión.

## 2. La jurisdicción competente en las acciones contra la Administración Pública asegurada

La presencia del Estado asegurado, como autor del daño, genera una situación particular que no fue

concebida por el legislador bajo la consideración de que alguno de los sujetos fuera la Administración Pública; puesto que ésta ha de pronunciarse acerca de la existencia o no de la responsabilidad, lo que nos lleva a inclinarnos por la intervención de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Cuando la Administración suscribe un contrato de seguro de responsabilidad sólo asegura el pago de una deuda, no su responsabilidad; ya que el asegurador es garante del pago de una indemnización, no es garante de la responsabilidad <sup>[295]</sup>. Por lo tanto, cuando existe un contrato de aseguramiento de la responsabilidad patrimonial, la garantía corresponde a la Administración, aunque el pago corresponda a la compañía aseguradora. En ningún caso la suscripción de un contrato de seguro podrá quitar a la Administración el privilegio de decidir, y la carga de decidir, acerca de la existencia de la lesión, y del derecho subjetivo del particular a ser indemnizado, ya que la existencia de un contrato de seguro no supone una delegación implícita de las potestades relativas a la responsabilidad de los poderes públicos; en primer lugar porque no está prevista por la Ley, y en segundo lugar porque esta garantía sería irrenunciable. En este sentido, cuando el Estado en ejercicio de sus potestades, causa daños a un tercero es el propio Estado quien determina si hubo o no responsabilidad y, por lo tanto, si debe o no indemnizarse al demandante.

Por tales razones, se entiende que los daños causados por la Administración pública incluso en relaciones de Derecho privado, se deben revisar por la jurisdicción contencioso-administrativa. La presencia de una aseguradora no puede convertir el *ius cogens* en reglas dispositivas. Aunque las relaciones que entablan aseguradora y asegurado incumban al orden civil o comercial, para que la aseguradora sea condenada al pago debe examinarse la conducta de su asegurado y el orden civil tiene vedado el acceso en el ámbito administrativo, ya que dada la índole del seguro concertado difícilmente se puede exigir responsabilidad a la aseguradora sin declarar la del Estado a quien se asegura, generándose un *vis atractiva* para la jurisdicción contencioso-administrativa <sup>[296]</sup>.

Asimismo, por el principio de Continencia de la Causa corresponde la competencia unificada en la especializada jurisdicción contencioso administrativa, ello por cuanto parece poco razonable dividir en dos el pleito para que resuelva en diferente jurisdicción. Lo anterior es así, dado que cualquier proceso judicial debe concluir necesariamente con una sola resolución, en la que se comprendan todas las cuestiones concernientes al mismo, en su individualidad y en su correlación, desde lo relativo a su procedencia hasta la decisión del mérito sustancial de la controversia, con el pronunciamiento sobre las pretensiones y eventuales defensas que se opusieren. Esta situación resulta de la naturaleza de la jurisdicción, de los valores que protege y de los fines que persigue, en donde se tiene el propósito de hacer frente eficazmente a las necesidades de la tramitación, sustanciación y resolución, como únicos instrumentos idóneos para hacer efectivo el goce y disfrute de los derechos. Asimismo, este criterio tiene por objeto concluir el proceso evitando la fragmentación de la contienda, en contravención al principio de concentración, ya que una interpretación en sentido diverso fomentaría mayor extensión en la prosecución de la causa; propiciaría el incremento de instancias; dividiría la causa con perjuicio del mejor conocimiento que puede proporcionar la vista conjunta de todas las cuestiones planteadas, en su individualidad y correlación; generaría la posibilidad de resoluciones incompletas; abriría cauces para resoluciones contradictorias; rompería con la continuidad necesaria y conveniente en el trámite y en el tiempo, y hasta se podría dificultar la ejecución de las eventuales sentencias.

A su vez, la compañía aseguradora que suscribe una póliza de responsabilidad extracontractual con la Administración, conoce de antemano la posición jurídica de la Administración en el ordenamiento, contrata voluntariamente, o toma parte en la licitación voluntariamente, y es de su exclusiva incumbencia aceptar o no los pactos que se proponen en el Pliego de Condiciones. Para ser conformes a Derecho, los Pliegos de Condiciones han de hacer constar el procedimiento de reclamación y las normas de procedimiento aplicables. Si se estima que el procedimiento de reclamación es, en todo caso, el procedimiento administrativo, y que este se deduce ante la Administración por el particular perjudicado, o por la compañía de seguros subrogándose una vez pagada la indemnización en los supuestos que corresponda, estamos admitiendo, de nuevo y sin fricciones, que la revisión de las causas y litigios planteados en esta materia correspondería a la jurisdicción contencioso-administrativa.

## V. Conclusión

Este trabajo tuvo por objeto realizar un planteo de la problemática que implica la relación entre la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública y las figuras del aseguramiento, entre ellas el hecho de que el Estado asegure su responsabilidad patrimonial con compañías aseguradoras profesionales, públicas o privadas.

Del análisis realizado sobre los problemas que han vertebrado la tesina se puede concluir en que:

1. Asegurar los riesgos de la Administración resulta acorde con la juridicidad administrativa, ya que por esta vía puede darse cobertura práctica y efectiva al compromiso constitucional de reparar los daños causados por el Estado, sin que exista norma alguna que impida contar con seguros de responsabilidad patrimonial.

2. La Administración pública permanece en su posición de garante de la institución de la responsabilidad, aunque comprometa su pago mediante un contrato de seguro.

3. El pago de la indemnización, a través de mecanismos de aseguramiento, puede constituirse en el sistema más efectivo que el derecho positivo nos ofrezca para tutelar eficientemente la plena vigencia de los Derechos Humanos, entre ellos los de ser resarcido en tiempo y forma oportuna.

4. La utilización del aseguramiento tiene como objetivo evitar dilaciones posteriores en la imputación de los correspondientes créditos presupuestarios, atendiendo a la previsión del riesgo mediante el pago de una póliza de seguros.

5. El uso de la figura del seguro implica sujetar un costo incierto transformándolo en un gasto periódico, acotado y fijo, lo que permite planificar con certeza el presupuesto anual evitando la generación de partidas presupuestarias extras o que afecten sustancialmente la gestión de servicios públicos esenciales.

6. La contratación de seguros sólo puede hacerse a través de procedimientos transparentes de selección, respetando la normativa de contrataciones del Estado.

7. Es inadmisibles que, en la actualidad, la Administración Pública no tome medidas serias en orden al aseguramiento de su responsabilidad patrimonial. Tal conducta es muestra de mala gestión de los gobernantes y por lo tanto reprochable en el mundo jurídico, político y social.

8. No existe una modalidad preferida para todos los casos entre las figuras que se presentan en el aseguramiento, pudiendo utilizarse sistemas de autoasunción debidamente cuantificados, sistemas de autoseguro o contratación de seguros.

9. Generalmente la contratación de seguros es el sistema más beneficioso para la Administración Pública con poco presupuesto o de tamaño menor, para quienes será ventajoso sustituir un riesgo incierto, como lo es el pago de una indemnización, por una cuantía previsible, tal como lo es la prima.

10. Las razones de política presupuestaria, sobre todo en tiempos de emergencia, son también argumentos válidos para justificar la contratación de un seguro.

11. En Argentina, ya se tiene una experiencia en materia de aseguramiento de responsabilidad estatal en casos de seguros obligatorios, tales como Responsabilidad Civil de Automotores, Seguros de Aeronavegación y Aseguramiento de los Riesgos del Trabajo. Esta experiencia debiera servir, al menos como punto de partida, para realizar una seria planificación integral en la materia.

# Inteligencia Artificial y responsabilidad civil de robots autónomos

Sandra Laura Dell'Osa

La Inteligencia artificial consiste, en términos muy generales, en programas informáticos que pueden desarrollar mecanismos inteligentes. Es un sistema que puede analizar datos en grandes cantidades, identificar patrones y tendencias, y formular predicciones.

La principal característica de la inteligencia artificial es su autonomía, definida como la capacidad de tomar decisiones y aplicarlas en el mundo exterior, con independencia de todo control o influencia externos; que esa autonomía es puramente tecnológica y que será mayor cuanto mayor sea el grado de sofisticación con que se haya diseñado el robot para interactuar con su entorno <sup>[297]</sup>

“El concepto de inteligencia artificial, también conocido por las siglas I.A., se le debe al informático estadounidense John Mc Carthy, quien en el año 1956 lo pronunció por primera vez en una conferencia causando un gran impacto en el ámbito de la tecnología” <sup>[298]</sup>

El Parlamento Europeo ha pedido en su informe del 27/1/2017 que se propongan definiciones europeas comunes de sistema ciber-físico, sistema autónomo, robot autónomo inteligente y sus distintas subcategorías, tomando en consideración las siguientes características de un robot inteligente:

- capacidad de adquirir autonomía mediante sensores y/o mediante el intercambio de datos con su entorno (interconectividad) y el intercambio y análisis de dichos datos;
- capacidad de autoaprendizaje a partir de la experiencia y la interacción (criterio facultativo);
- un soporte físico mínimo;
- capacidad de adaptar su comportamiento y acciones al entorno;
- inexistencia de vida en sentido biológico.

La expresión inteligencia artificial no tiene un único significado. Podemos utilizarla para referirnos a *trending topic*, *big data*, sesgo, ente con o sin conciencia, entre otros.

Podemos decir que la existencia de inteligencia artificial es un programa informático constituido por algoritmos.

Los algoritmos han avanzado en su desarrollo en los últimos tiempos de una forma exponencial, y ello ha enfrentado a los seres humanos con sus temores más profundos: que la inteligencia artificial llegue a superar a las personas humanas. Tal vez ello explique la necesidad de otorgarle un marco de ética y valores a los desarrollos científicos, propiciando una inteligencia artificial dirigida a complementar las capacidades humanas y no a sustituirlas. Pues en el imaginario colectivo se erige cada vez con mayor fuerza la idea de que las inteligencias artificiales alcancen el rango de entidades vivas, con o sin conciencia. Tal vez sea esta la razón por la que la Unión Europea señala la necesidad de que las personas humanas mantengan en todo momento el control sobre las máquinas inteligentes.

## I. El Trending Topic

El desarrollo de nuevas tecnologías siempre se presenta como disruptivo y genera alarma y controversias. Basta con recordar, en un pasado no muy lejano, las diferentes reacciones de la sociedad ante la clonación, luego ante la nanotecnología, y en la actualidad, con la edición genómica.

La inteligencia artificial ha emprendido un camino sin descanso de desarrollo y esto ha producido algunas alarmas en cuanto a los riesgos que puede acarrear a la humanidad. Las declaraciones de diferentes científicos sobre este tópico se replicaron en redes sociales y medios masivos de comunicación, generando diferentes posturas y opiniones. El Parlamento Europeo, universidades, organismos de investigación, entre otros, fueron presentando informes, algunos de ellos bastantes apocalípticos.

En verdad creemos que de a poco la sociedad se irá familiarizando con este tipo de inteligencia artificial y su desarrollo, llegando a un punto en que comience a desaparecer su elemento sorpresivo y alarmante y se incorpore aún más en nuestra vida cotidiana.

## II. Big Data

*Big Data* es el proceso por el cual se recopila y analizan gran cantidad de datos que pueden versar sobre distintos temas, tales como preferencias de consumo personalizado, datos deportivos, cantidad de personas con determinada enfermedad, etcétera.

El proceso de datos tiene como objeto realizar predicciones sobre un futuro comportamiento. Se entiende que, cuantas más entradas para procesar tenga la inteligencia artificial, mayor será la posibilidad de anticiparse a determinado suceso o comportamiento.

La Unión Europea ha propiciado la creación de la Empresa Común de Informática de Alto Rendimiento con la utilización de superordenadores. Cuantos más datos logre recolectar y cuanto más se incremente el grado de complejidad de sus algoritmos, mayor será su capacidad predictiva de futuro.

La *Big Data* puede procesar datos relacionados a nuestra información genética, lo que nos enfrenta con grandes problemas éticos.

Así se podría utilizar la inteligencia artificial para buscar perfiles genéticos y psicológicos de los aspirantes a un empleo. Podrían utilizarlos las compañías de seguros para predecir determinadas enfermedades que puede sufrir un individuo y ello incidiría en el cálculo de la prima o en la determinación de otorgar o denegar un crédito.

La consecuencia de la big data, y todos los aspectos en que podría incidir, son aún difíciles de prever. Es por ello que el Convenio Europeo de Bioética ha proscrito la utilización de la secuenciación genética más allá del campo de la medicina.

El perfil de consumidores verbigracia, puede ser delimitado por la *big data* utilizando información de hábitos, rasgos faciales, comportamiento en redes sociales, etcétera.

Algunos sistemas legales proscriben, por ejemplo, la recolección de datos raciales o étnicos. Otros delimitan el uso de datos para determinados fines.

Estamos avanzando hacia la concentración del poder en manos de quienes manejan inmensos volúmenes de información sobre las personas, lo que requerirá que cada Estado de una pronta y adecuada respuesta desde su normativa legal.

### *III. El sesgo de la inteligencia artificial*

El algoritmo es un conjunto de instrucciones o reglas lógicas definidas y ordenadas, que permite solucionar un problema, realizar un cómputo, procesar datos y llevar a cabo otras tareas o actividades.

El sesgo algorítmico ocurre cuando un sistema informático refleja los valores de las personas humanas que participaron en su codificación y en la recolección de datos usados como entradas para el aprendizaje.

La inteligencia artificial toma información recogida por seres humanos y ello puede provocar que refleje sus sesgos.

Los sesgos pueden ser estadísticos, culturales o cognitivos.

El sesgo estadístico se presenta por el modo en el que se obtiene la información de la que se nutre la inteligencia artificial. Así, por ejemplo, si se toma información de un determinado sector de la sociedad o en un determinado barrio o ciudad, ello se verá reflejado en los comportamientos de los consumidores y sus preferencias.

El sesgo cultural se genera a partir de la sociedad, sus costumbres, su forma de comunicarse, que determina un estereotipo de personas. Este sesgo deriva de nuestras creencias.

El inconveniente radica en que la inteligencia artificial tiene cada vez mayor injerencia en nuestras vidas, y los sesgos que posean le harán perder su imparcialidad, lo que puede derivar en la afectación de derechos y libertades para las personas.

La elaboración de perfiles y estereotipos puede llevar a discriminar a un grupo de personas, negándole el acceso a ciertos bienes y servicios. Por lo tanto, el punto clave es cómo programar y alimentar de datos a la inteligencia artificial con sentido ético, sin afectar los derechos fundamentales de las personas.

Una posibilidad sería que la inteligencia artificial copie los sesgos que ya existen en la sociedad a fin de que actúe como lo haría un ser humano ante determinada situación.

Otra opción sería que la inteligencia artificial fuera neutra, sin que pueda discriminar por grupos étnicos, sociales, de edad, sexuales, etcétera.

Luego, otra alternativa sería que la inteligencia artificial discriminara positivamente. Es decir, favorezca a las minorías más vulnerables desde el punto de vista social. Por ejemplo, que en el buscador de Internet aparezcan en primer lugar opiniones de minorías étnicas. En definitiva, estaríamos en presencia de una inteligencia artificial con fuerte injerencia en la estructura social.



## *IV. Diferentes tipos de inteligencia artificial*

Existen distintos tipos de inteligencia artificial.

Hay sistemas que imitan el pensamiento humano y su sistema nervioso, es decir, piensan o intentan pensar como seres humanos.

Luego, encontramos sistemas que actúan como los humanos, imitando su comportamiento, ejemplo de ello son los robots.

Otros sistemas piensan de modo racional.

Por último, hay sistemas que actúan de modo racional. Ellos pueden percibir el entorno en el que se desenvuelven y actuar en consecuencia. [\[299\]](#)

## *V. Los peligros de la inteligencia artificial*

La inteligencia artificial podría resultar peligrosa para las personas por el solo hecho de su accionar. Es decir, por la combinación entre automaticidad y ausencia de criterio ético o pensamiento. Con un elevado nivel de complejidad podría provocar cambios inesperados y sin posibilidad de frenarlos.

La autonomía nos confronta con dos problemas: la “irreversibilidad” y la “responsabilidad”. Los algoritmos pueden estructurarse sobre la base de reglas que produzcan decisiones imprevistas. En este caso: ¿cuáles serán las normas jurídicas aplicables si tales decisiones, fuera del control humano, causaran daño?

¿Los robots autónomos pertenecen a algunas de las categorías jurídicas existentes o debe crearse una nueva categoría con sus propias características jurídicas?

## *VI. Posibles soluciones a la luz de la responsabilidad civil*

¿Cuál sería la respuesta que puede darse desde la responsabilidad civil?

Podemos ensayar distintas opciones.

### **1. Otorgar personería jurídica a los robots**

Una solución legal que en la actualidad se abre paso lentamente en algunos ordenamientos jurídicos es la de otorgar a los robots una personería jurídica.

Ello cobra sentido en los robots autónomos. Son sistemas más complejos que tienen capacidad de aprender, adaptarse al medio y tomar decisiones. Por ende, sus acciones son impredecibles.

La inteligencia artificial funciona con algoritmos inteligentes o algoritmos de aprendizaje, es decir, con un conjunto preciso de instrucciones o reglas, o con una serie metódica de pasos que puede utilizarse para hacer cálculos, resolver problemas o tomar decisiones. El algoritmo es la fórmula que se emplea para hacer un cálculo [\[300\]](#).

El programador del sistema no establece límites ni condiciones al proceso de aprendizaje. Por el contrario, es el propio algoritmo que, con sustento a la entrada de datos que experimenta y a la casuística, va incorporando información. De esta forma realiza una estadística y discrimina entre datos que le resultan relevantes con aquellos que considera innecesarios. Ello le permite formular una regla general que luego utilizará en la toma de decisiones. Esta característica es la que nos permite afirmar que las acciones de este tipo de inteligencia artificial son imprevisibles, incluso para el programador. Éste, aun teniendo acceso al diseño del algoritmo y al código fuente, no tiene posibilidad de saber qué antecedente tomó como válido para ejecutar una determinada acción.

Esta ausencia de previsibilidad en la toma de decisiones es la característica que nos desvela a los fines de dar un marco normativo a la responsabilidad civil de los robots. Y es precisamente esta cualidad la que permite que algunos ordenamientos jurídicos le reconozcan personería jurídica. Tal es el caso del robot humanoide Sophia, al que Arabia Saudita le reconoció la ciudadanía. Este robot posee características hasta ahora solo reservadas a los humanos, tales como expresiones corporales, interacción con humanos de los que puede aprender y desarrollar nuevas habilidades. Puede servir, enseñar a niños y ayudar a personas ancianas. ¿Pero qué ocurriría si, por ejemplo, al atender a un niño o a un anciano el robot administra en forma imprevisible un protocolo o da una medicación equivocada, provocando un daño?

En estos casos avanzados de inteligencia artificial autónoma, el sistema tradicional de responsabilidad civil no sería suficiente para dar respuesta a los posibles daños ocasionados, ya que, de conformidad a lo anteriormente señalado, el diseñador o programador se encuentran alejados no sólo de la toma de decisiones del robot, sino también, en muchos casos, de poder descifrar el método y los datos tomados en cuenta para ello.

No han sido pocas las voces que se han alzado contra la posibilidad de que se cree una categoría

jurídica para los robots, intermedia entre las personas y las cosas. Las críticas se centran básicamente en la idea de que solo el ser humano puede tener personalidad jurídica y aptitud para ser titular de derechos y obligaciones. Para esta postura, el Derecho solo se concibe en la medida en que regule relaciones humanas.

Aquellos que ven en forma favorable la solución de otorgar a los robots personalidad jurídica, sostienen que ésta no tiene que estar estrictamente vinculada al hecho de portar el ADN de los humanos, sino a la capacidad de autoconciencia.

Sin embargo, no son pocos los obstáculos que se deberían superar para otorgar a este tipo de inteligencia artificial avanzada y completamente autónomas su personalidad jurídica.

## 2. ¿Con qué patrimonio contaría el robot para indemnizar por daños y perjuicios?

El robot carecería de patrimonio para responder civilmente ante el resarcimiento de daño. Una posibilidad sería que responda con su propio valor económico y como activo que pueda ser incautado, embargado o enajenado para que, con su precio se pueda resarcir a la víctima <sup>[301]</sup>.

## 3. ¿Quién detentaría la titularidad del robot?

Debería esclarecerse en forma suficiente quién detenta la propiedad y/o el uso del robot. Esto sería preciso por cuanto en sistemas avanzados, el accionar del robot no depende exclusivamente del software inicial, sino también del uso que de él haga el dueño o guardián.

A priori parecería sencillo resolver el dilema de la titularidad del robot utilizando el concepto clásico de dominio. Sin embargo, se presentan grandes desafíos para la ciencia jurídica. ¿Qué sucedería si un robot inventa algo? ¿De quién sería la titularidad de la obra? Un tema de particular importancia y aún no resuelto es que del software nacen dos titularidades: la del fabricante, por un lado, y por otro, la del usuario que la adquiere <sup>[302]</sup>.

¿Qué pasaría si un robot crease, por ejemplo, un cuadro? ¿Pueden ser protegidos por la propiedad intelectual? De ser así, ¿cómo se protegería?

## 4. ¿Quién sería el titular de esos derechos? ¿Fabricante, usuario o el propio robot? <sup>[303]</sup>

Estos interrogantes han sido planteados en varios países como Japón y la República de Corea, los que propician ampliar los derechos de los robots en tal sentido.

La titularidad de los robots y de sus obras es un capítulo sin resolver que dará lugar a extensos debates doctrinarios.

## VI. La imputabilidad de la I.A.

La imputabilidad de la inteligencia artificial no podría ser otra que aquella asentada en un factor objetivo de atribución. Quien alegue tal responsabilidad, solo tendrá que probar la existencia de un daño o perjuicio y el establecimiento de una relación de causalidad entre el funcionamiento del robot y los daños o perjuicios causados como resultado de su accionar.

1. Otro sector de la doctrina propone **aplicar las mismas normas de responsabilidad civil por daños causados por animales** a los daños causados por los robots provistos de inteligencia artificial autónoma.

El elemento relevante y preocupante de la inteligencia artificial es, como ya se dijo, la ausencia de previsibilidad en la toma de decisiones. Algo similar ocurre con el comportamiento de los animales, receptado en el art. 1759 del Código Civil y Comercial de la Nación, en virtud del cual queda comprendido en el art. 1757 del mismo cuerpo normativo, cualquier daño causado por animales, cualquiera sea su especie.

Es decir, que el dueño y el guardián del robot con inteligencia artificial autónoma tendrían una responsabilidad concurrente y objetiva.

El informe del Parlamento Europeo del 27/01/2017 contiene recomendaciones de responsabilidad civil sobre robótica, y allí se destaca precisamente el paralelo establecido entre el comportamiento de inteligencia artificial autónoma y el comportamiento animal, centrado en la ausencia de previsibilidad.

2. En el seno de la Comunidad Europea se abordó también la posibilidad de que la responsabilidad civil de la inteligencia artificial sea un supuesto más de **responsabilidad por el hecho ajeno**. Esto implicaría no reconocerle la calidad de sujeto de derechos, no aplicarles imputabilidad directa culposa, pero crear la figura de un tutor quien sería el responsable principal por el hecho del robot con tales características.

3. La **aplicación de la teoría del riesgo creado**, parece ser, por el momento, la más afín a la problemática planteada. Es decir, poner el resarcimiento de los daños y perjuicios en cabeza de quien introduce en la sociedad una cosa con aptitud para causar un daño. La cosa puede ser peligrosa por su

propia naturaleza o por la forma en que es utilizada. Pero siempre la responsabilidad recaería en una persona humana o jurídica.

## VII. Extensión del resarcimiento

Pero aun cuando pueda establecerse un responsable civil, quedarían puntos por precisar. Como la extensión del resarcimiento. El informe del Parlamento Europeo a la Comisión de Asuntos Jurídicos sobre normas de Derecho Civil sobre robótica propone que, cuando el sujeto responsable sea debidamente identificado, su responsabilidad debería ser proporcional al nivel real de las instrucciones impartidas a los robots y a su grado de autonomía, de forma que cuanto mayor sea la capacidad de aprendizaje o la autonomía y cuanto mayor haya sido la “formación” del robot, mayor debiera ser la responsabilidad de su formador. Señala que deberían diferenciarse bien las competencias adquiridas a través de la formación del robot, de las competencias estrictamente dependientes de su capacidad de aprender de modo autónomo.

Considera que, independientemente del instrumento jurídico futuro que se escoja en materia de responsabilidad civil por los daños y perjuicios causados por robots en casos distintos a los perjuicios patrimoniales, dicho instrumento legislativo no debería en modo alguno limitar el tipo o el alcance de los daños y perjuicios que puedan ser objeto de compensación, ni tampoco limitar la naturaleza de dicha compensación, por el único motivo de que los daños y perjuicios hayan sido causados por un agente no perteneciente a la especie humana.

Sería conveniente establecer un régimen de seguro obligatorio, que podría basarse en la obligación del productor de suscribir un seguro para los robots autónomos por él fabricados.

El sistema de seguro debería complementarse con un fondo para garantizar la compensación de los daños y perjuicios en los supuestos en los que no exista una cobertura de seguro.

## VIII. El Derecho y la inteligencia artificial

Cass R. Sunstein, catedrático de la Universidad de Chicago, se pregunta si puede la inteligencia artificial realizar razonamientos legales utilizando la analogía.

Se propone demostrar que ello no es posible, porque no puede participar en la tarea crucial de identificar el principio normativo que vincula o separa los casos a resolver.

Destaca que actualmente se ofrece asistencia para la investigación, en lugar de razonamiento analógico. Pero advierte que esto es una afirmación sobre la tecnología actual, y que esto podría cambiar en el futuro.

El destacado profesor entiende que el razonamiento legal es mayormente analógico y formula un distingo entre lo que denomina una versión fuerte y una versión débil de la inteligencia artificial en el razonamiento legal.

Según la versión débil, la inteligencia artificial puede servir como una gran mejora en el ejercicio y razonamiento del derecho, porque los programas bien diseñados pueden decirle a un abogado, o incluso a un juez, qué casos son aquellos similares al caso en cuestión. Pero pierde un punto central sobre el razonamiento legal: su carácter inevitablemente educativo impulsado por un juicio de valor. Porque la identificación de un principio es una cuestión de evaluación de casos parecidos. <sup>[304]</sup>

Citando a Ronald Dworkin, señala que “la analogía sin teoría es ciega. Un analogía es una manera de establecer una conclusión, no una forma de llegar a una, y la teoría debe hacer el trabajo real” <sup>[305]</sup>.

## IX. Conclusión

A esta altura de los acontecimientos, resultaría vano todo intento de negarnos a admitir los avances tecnológicos, que ya son una realidad.

La ciencia jurídica debe dar respuestas ante el surgimiento de inteligencias artificiales autónomas.

Resulta útil a la sociedad que las investigaciones tecnológicas avancen, pero siempre adecuando el accionar de los ingenieros en robótica a valores éticos, sobre los que se debe generar consensos a nivel mundial. Valores y principios tales como la dignidad humana, la igualdad, la justicia, la equidad, la privacidad, la autonomía y la responsabilidad social, deben erigirse como premisas fundamentales de cualquier sistema normativo, cualquiera sea la solución que se propicie desde el área de la Responsabilidad Civil.

Sin lugar a dudas, debe primar el principio de prevención. Las investigaciones y sus consecuentes

resultados, introducidos en la vida cotidiana de la sociedad, deben ser previamente observados en cuanto a sus posibles impactos sobre la seguridad, su peligrosidad, y ofreciendo respuestas y garantías suficientes ante la posible ocurrencia de daños derivados del accionar de inteligencias ratificales autónomas.

# El derecho a la información en tiempos del COVID- 19. Desafíos constitucionales y convencionales

Oscar Flores\*

## I. La emergencia sanitaria y epidemiológica producto de la pandemia de Coronavirus - COVID-19<sup>[306]</sup>

Pocas veces el planeta se enfrentó a un desafío mayor que el que hoy nos toca vivir. El Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas, Antonio Guterres, expresó públicamente que “el mundo enfrenta la peor crisis desde la II Guerra Mundial”.<sup>[307]</sup>

La Organización Mundial de la Salud, con fecha 11 de marzo de 2020, declaró el brote del nuevo Coronavirus como una pandemia, luego de que el número de personas infectadas por COVID-19 a nivel global llegara a 118.554, y el número de muertes, a 4281, afectando hasta ese momento a 110 países. Al momento de escribir este artículo se contabilizan ya 6.132.154 de personas infectadas en el planeta, con un total de 371.154 muertes confirmadas.<sup>[308]</sup> Esta situación sanitaria, pocas veces vista en la historia, y jamás documentada y estudiada como hoy, no resulta ajena a la Argentina. Es así que en este contexto, el Presidente de la Nación Alberto Fernández dictó el DNU N° 260 (B.O. 12/3/2020)<sup>[309]</sup> por el cual dispuso ampliar:

“la emergencia pública en materia sanitaria establecida por Ley N° 27.541, en virtud de la Pandemia declarada por la ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS) en relación con el Coronavirus COVID-19, por el plazo de UN (1) año a partir de la entrada en vigencia del presente decreto”. El PEN consideró “necesario la adopción de nuevas medidas oportunas, transparentes, consensuadas y basadas en evidencia científica, que se sumen a las ya adoptadas desde el inicio de esta situación epidemiológica, a fin de mitigar su propagación y su impacto sanitario”, y advirtió “la evolución de la situación epidemiológica exige que se adopten medidas rápidas, eficaces y urgentes, por lo que deviene imposible seguir los trámites ordinarios para la sanción de las Leyes”. Entre otras medidas se dispuso que “Deberán permanecer aisladas durante 14 días, plazo que podrá ser modificado por la autoridad de aplicación según la evolución epidemiológica, las siguientes personas: a) Quienes revistan la condición de ‘casos sospechosos’. A los fines del presente Decreto, se considera ‘caso sospechoso’ a la persona que presenta fiebre y uno o más síntomas respiratorios (tos, dolor de garganta o dificultad respiratoria) y que, además, en los últimos días, tenga historial de viaje a ‘zonas afectadas’ o haya estado en contacto con casos confirmados o probables de COVID 19”.

Una semana después, el 19/3/2020, se dictó el DNU N° 297 (B.O. 20/3/2020) el que, motivado por la velocidad en el agravamiento de la situación epidemiológica a escala internacional, y encontrándonos ante una potencial crisis sanitaria y social sin precedentes, y teniendo en miras el objetivo de proteger la salud pública como una obligación inalienable del Estado nacional, dispuso el AISLAMIENTO SOCIAL, PREVENTIVO Y OBLIGATORIO, en principio “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”. Como es público y notorio, el ASPO fue prorrogado por sucesivos DNU, siendo el último a la fecha el DNU N° 493 (B.O. 25/5/2020) que lo prorrogó hasta el 7 de junio de 2020.

Viene al caso comentar que el 22/3/2020 en autos “Kingston, Patricio s/Hábeas corpus”, Expte. N° 19.200/2020, la Sala Integrada de Hábeas Corpus de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal avaló el DNU que dispuso el ASPO, al confirma la decisión del juez de grado. El accionante pretendía, a través de un hábeas corpus colectivo, que se declare inconstitucional el DNU N° 297/2020, por considerarlo restrictivo de las libertades ambulatorias como circular libremente. La acción fue rechazada por los magistrados Ricardo M. Pinto y Rodolfo Argerich, quienes consideraron:

“Como se advierte de la lectura de los motivos considerados por el Poder Ejecutivo, la medida adoptada -aislamiento social- es la única a disposición que se tiene ante la ausencia de otros recursos médicos que impidan la propagación de la enfermedad. Sobre este punto, cabe señalar, el accionante no ha efectuado ninguna consideración ni refutado lo expuesto por la norma en cuanto a que «no se cuenta con un tratamiento antiviral efectivo, ni con vacunas que prevengan el virus, las medidas de aislamiento y distanciamiento social obligatorio revisten un rol de vital importancia para hacer frente a la situación epidemiológica y mitigar el impacto sanitario del COVID-19. Tal medida, a su vez, encuentra

adecuado fundamento en la necesidad de preservar la salud pública. Si bien implica una severa restricción a la libertad ambulatoria tiende a la preservación del orden público, en cuanto el bien jurídico tutelado es la salud pública, no sólo del afectado en forma directa, como podría ser el aquí accionante, sino de los terceros con los que se tenga contacto en caso de ser afectado por el COVID-19», y ello así, pues, además, resulta dable resaltar que es la justicia penal la que evalúa la pertinencia de iniciar acciones y no las fuerzas de seguridad. Con respecto al DNU, los jueces afirmaron que “La situación de excepcionalidad da cuenta de la legitimidad de los fines buscados que se pretende preservar, por lo cual, desde este prisma, la norma tiene pleno sustento. En cuanto al medio utilizado y las restricciones dispuestas que limitan la posibilidad de reunirse y circular han sido dispuestas también en forma razonable, como se dijo, en cuanto único medio que la comunidad internacional y la información médica da cuenta para evitar la propagación de la grave enfermedad”.

[310]

## II. El derecho constitucional frente a las emergencias

Efectuaré, en primer lugar, una consideración general sobre las emergencias constitucionales y la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CSJN) al respecto, para luego referirme en concreto a la cuestión constitucional y convencional del ejercicio del derecho a la información (en adelante, DAF) en el contexto del COVID-19.

[311]

Como explica Fernández de Casadevante Mayordomo:

“la normalidad constitucional consiste en la aplicación habitual y general de una serie de reglas jurídicas preestablecidas, ello con el objetivo de ordenar la pacífica convivencia ciudadana. Sin embargo, existen situaciones de peligro extraordinario en las que deberá estar justificado que las reglas habituales cedan en gran medida, ello con el objetivo de lograr una pronta restauración de la normalidad político-constitucional. Aunque anticipar todas las circunstancias excepcionales susceptibles de producirse es tarea del todo imposible, va en beneficio de la seguridad jurídica la previsión de, al menos, las amenazas más comunes”.

[312]

Señala Rosatti que la palabra emergencia connota un tipo de necesidad caracterizada por su “extrema gravedad”, por su “imprevisibilidad” y por requerir remedios excepcionales de “aplicación restrictiva” (en lo material, en lo subjetivo, en lo espacial y en lo temporal). Es decir que “emergencia” conceptualmente se contrapone a “normalidad”, a lo que es previsible y recurrente. Por lo tanto, la emergencia es lo que se caracteriza por la excepcionalidad y la transitoriedad.

[313]

A la par de los institutos de emergencia formales o expresos en el texto constitucional -estado de sitio (arts. 23, 61, art. 75 inc. 29 y art. 99 inc. 16) y declaración de guerra (arts. 75 inc. 25, y art. 99 inc. 15)-,

[314]

a partir de la reforma constitucional de 1994 también el art. 76 CN habla de “emergencia pública”.

[315]

El criterio de la CSJN respecto de las Leyes de emergencia y su compatibilidad con la Constitución fue cambiando. En un primer momento, imbuido de una concepción absoluta del derecho de propiedad, en la causa “Compañía Azucarera Tucumana c. Provincia de Tucumán” de 1924

[316]

el Tribunal Cívero federal sostuvo:

“La Constitución es un estatuto para regular y garantizar las relaciones y los derechos de los hombres que viven en la República, tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra y sus previsiones no podrían suspenderse en ninguna de las grandes emergencias de carácter financiero o de otro orden en que los gobiernos pudieran encontrarse ...”.

Sin embargo, diez años más tarde y fruto de los problemas económicos y la crisis financiera de 1929, la CSJN con apoyo en la jurisprudencia de su par norteamericana avaló constitucionalmente la legislación de emergencia en el *leading case* “Avico c. De la Pesa”.

[317]

Atento que la legislación de emergencia significa una restricción más intensa a los derechos constitucionales de los particulares, la CSJN ha establecido diferentes requisitos que garantizan las libertades esenciales del individuo y lo protegen de los abusos del poder. Estos requisitos que deben satisfacer las normas de emergencia son los siguientes:

a) la situación de emergencia debe ser declarada por la Ley del Congreso;

[318]

- b) la declaración de emergencia debe perseguir un fin público que consulte los superiores y generales intereses del país;
- c) las restricciones excepcionales de derechos deben ser transitorias nunca permanentes;
- d) los medios elegidos por el legislador para superar la emergencia deben ser adecuadamente proporcionados al fin perseguido.

A fin de determinar si las normas respectivas cumplen con los requisitos antes señalados, el tribunal ha utilizado ciertos parámetros a saber:

- a) la transitoriedad de las medidas restrictivas;
- b) las restricciones no pueden alterar el derecho constitucional reglamentado;
- c) debe existir igualdad en la aplicación de las cargas. [\[319\]](#)

Lo concreto es que la emergencia no es una circunstancia extraña al derecho constitucional argentino. Rosatti advierte que un breve *racconto* de los regímenes jurídicos aplicados en Argentina “que se autoconsideraron (por parte de quien los redactó) o que se reconsideraron (por parte de quien debió juzgar sobre su validez) de emergencia” permite observar que hubo -y hay- en nuestro país:

- a) emergencia locativa (afectando renta de la propiedad, duración de los contratos, suspensión de desalojos);
- b) emergencia del crédito hipotecario (afectando vencimientos e intereses);
- c) emergencia comercial (regulatoria de precios de los productos, con fijación de precios máximos);
- d) emergencia de arrendamientos rurales (indisponibilidad de campos arrendados);
- e) emergencia previsional (disminuyendo el monto de las jubilaciones);
- f) emergencia del empleo privado (obligando a contratar números en vivo, prohibiendo despidos sin causa, etc.);
- g) emergencia del ahorro público (prohibiendo la libre disponibilidad de los fondos depositados por los ahorristas en los bancos, limitando su extracción o disponiendo su conversión -ministerio *legis*- en títulos de deuda pública);
- h) emergencia de los contratos públicos (rescisión por causales de fuerza mayor, o refinanciación en condiciones distintas a las planteadas);
- i) emergencia eléctrica (tendiente a racionalizar el consumo del fluido);
- j) emergencia del empleo público (autorizando el descuento de salarios);
- k) emergencia procesal (suspensión de iniciación de juicios o de ejecución de sentencias contra el Estado);
- l) emergencias derivadas de desastres climáticos. [\[320\]](#)

La más reciente norma de emergencia en nuestro país data de diciembre de 2019, es la Ley N° 27.541 (B.O. 23/12/2019) mencionada en el apartado 1 de este trabajo, cuyo art. 1º establece:

“Declárase la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social, y deléganse en el Poder Ejecutivo nacional, las facultades comprendidas en la presente Ley en los términos del art. 76 de la Constitución Nacional, con arreglo a las bases de delegación establecidas en el art. 2º, hasta el 31 de diciembre de 2020”.

### III. Efectos de la emergencia

Me interesa en particular analizar qué medidas asumidas por el Estado en función de una emergencia pública resultan compatibles o incompatibles con la Constitución Nacional, tomando en cuenta la relación vertical originaria entre Estado-sociedad.

La CSJN ha entendido que la “limitación temporal” o la “restricción de uso” ocasionados por la situación de emergencia no supone un agravio a la sustancia del derecho sino una “modalización” o “restricción no sustancial” del mismo. [\[321\]](#) Así, sostuvo que:

“La restricción que impone el Estado al ejercicio normal de los derechos patrimoniales debe ser razonable, limitada en el tiempo, un remedio y no una mutación en la sustancia o esencia del derecho adquirido por sentencia o contrato, y está sometida al control jurisdiccional de constitucionalidad, toda vez que la emergencia, a diferencia del estado de sitio, no suspende las garantías constitucionales”. [322]

El criterio canónico de la CSJN, fijado en el ya citado caso “Avico”, es que:

“La emergencia no crea el poder concedido, ni suprime, ni disminuye las restricciones impuestas sobre el poder concedido, o reservado. La Constitución fue adoptada en un período de grave emergencia. Sus concesiones de poder de los Estados fueron determinadas a la luz de la emergencia, y ellas no son alteradas por la emergencia. Qué poder fue concedido y qué limitaciones fueron así impuestas, son cuestiones que han sido siempre y que serán siempre objeto de minucioso examen bajo nuestro sistema constitucional. Mientras la emergencia no crea el poder, ella puede dar ocasión para el ejercicio del poder. Aunque la emergencia no puede dar vida a un poder que nunca ha existido, ello, no obstante, la emergencia puede dar una razón para el ejercicio de un poder existente ya gozado (Wilson V. New 243, U. S. 332, 348; 61 L. ed. 755, 773). La cuestión constitucional presentada a la luz de la emergencia es si el poder poseído comprende su ejercicio en respuesta a condiciones peculiares o extraordinarias. Así el poder de guerra del gobierno federal no es creado por la emergencia de guerra, sino que es poder dado para hacer frente (o combatir) esa emergencia. Pero, ni aún el poder de guerra deroga (o remueve) las limitaciones constitucionales que protegen las libertades esenciales”. [323]

A modo de síntesis, cabe afirmar que, en la relación vertical del Estado con la sociedad, la emergencia trae consigo la posibilidad constitucional de reglamentar de modo más intenso los derechos, convalidando así mayores restricciones del poder público hacia los particulares.

## IV. Emergencia y libertad de expresión

### 1. La CSJN y la proscripción del peronismo en la década de 1950

Algunos antecedentes de la CSJN dictados durante la vigencia del estado de sitio y en la actualidad afortunadamente soterrados en los anaqueles de las bibliotecas jurídicas, fueron poco felices y abiertamente lesivos de la libre expresión. Por ejemplo los casos “Ortiz, Manuel” [324] y “Bustos Núñez, Manuel” [325], en los que convalidó la constitucionalidad de los decretos Leyes de la llamada Revolución Libertadora que penaban la publicación de ideas en apoyo una ideología política, concretamente el peronismo. La CSJN declaró igualmente constitucionales el secuestro y la clausura de las imprentas durante el estado de sitio.

Esta doctrina tuvo su comienzo en 1931 con el caso “Bertotto” [326]. A partir de este fallo la Corte aceptó casi sin límites, las atribuciones del Poder Ejecutivo durante el estado de sitio para establecer la censura de opinión mediante el secuestro de los impresos y ordenar, en su caso, la clausura de las imprentas o de las oficinas de redacción. [327] Esta doctrina fue posteriormente confirmada, sin disidencias, en los casos “Diario La Hora”, [328] “Diarios Norte y Voz Peronista”, [329] “Héctor P. Agosti”, [330] y “Marcos Kaplan”. [331] Con acierto, Colautti expresa que las medidas de restricción de la libertad de prensa vigente el estado de sitio en el país, que dieron lugar pronunciamientos reseñados, estuvieron desvinculadas de un peligro concreto, inminente y grave que las justificara. Su objetivo implícito amordazar las críticas. Quienes convalidaron las restricciones olvidaron que existe un remedio insuperable contra las ideas que resultan desagradables, hirientes y peligrosas; y citando el pensamiento de Rafael Bielsa concluye “No es que las ideas no se matan. Se matan con más y mejores ideas”. [332]

### 2. Pandemia y libertad de expresión.

Quedó claro que la emergencia no es *rara avis* para el derecho constitucional argentino. Sin embargo, la emergencia actual, si bien engloba varias de las antes emergencias mencionadas -alquileres, precios, contrato de trabajo, educacional-, comenzó y tiene su epicentro en una emergencia sanitaria, una pandemia a escala planetaria y en ese sentido tiene características particulares porque a raíz de esta zoonosis todo el mundo está en emergencia.



En ese contexto es que deben analizarse las medidas que toman los gobiernos, y en nuestro caso particular atendiendo los parámetros fijados por la CSJN antes mencionados.

Ahora bien, ¿qué ocurre constitucional y convencionalmente con la libertad de expresión y el derecho a la información en el contexto de la pandemia? ¿Está el Estado habilitado para reglamentar de un modo más intenso la libertad de expresión, o el derecho de prensa? ¿Es posible “modalizar” en una forma diferente el DAF?

Un primer aspecto que creo necesario subrayar es que el DAF es una libertad muy preciada en el sistema constitucional argentino y en el sistema convencional de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), cuyo núcleo de protección radica en la prohibición de censura previa, que como dijo reiteradamente el juez Petracchi “no existe como posibilidad jurídica en la CN”. Se trata de una elección que ya ha sido hecha por la CN en el art. 14 (todos los habitantes de la Nación gozan del derecho de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa) y ninguna cavilación cabe al respecto. Lo que la Constitución ha desterrado -dijo Petracchi- no son determinados criterios sobre censura “buena” o “mala”, sino el censor mismo.

La CN no admite censura previa alguna. Solamente responsabilidades posteriores, porque no hay tampoco impunidad de la prensa. Es el mismo esquema de protección del DAF que establece el art. 13.2 de la CADH y la jurisprudencia de la Corte IDH.

Por otro lado, la CSJN desde 1984 en adelante ha desarrollado un potente cuerpo de doctrina en aras de proteger el derecho de prensa, en especial respecto de la información sobre asuntos de interés público, y al periodismo de investigación. Me refiero a las doctrinas Campillay y de la Real Malicia, la misma protección contra la censura previa (“Servini de Cubría”) y también contra la censura indirecta producto de la distribución arbitraria de la pauta publicitaria oficial (caso “Río Negro” y su progenie).

En tercer lugar, vemos que el art. 13.2 CADH establece que la libertad de pensamiento y expresión

“no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades posteriores, 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”.

Finalmente, se advierte que el art. 27 CADH, “Suspensión de Garantías”, no enumera a la libertad de expresión entre los derechos cuya suspensión está expresamente prohibida en esa disposición. [\[333\]](#)

### *3. La Resolución N° 1/2020 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*

Vemos entonces que, de acuerdo a lo estrictamente textual de la norma convencional, la situación de emergencia que hoy se vive permitiría “modalizar” el DAF, y regularlo de modo más intenso.

En este punto del análisis acude en nuestra ayuda la reciente Resolución N° 1/2020 “Pandemia y derechos humanos en las Américas”, adoptada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 10 de abril de 2020, que viene a abonar la posición contraria a toda regulación de emergencia respecto del DAF. [\[334\]](#) Se trata de un documento elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), con el apoyo de sus Relatorías Especiales sobre los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales y sobre Libertad de Expresión, que contiene “estándares y recomendaciones bajo la convicción de que las medidas adoptadas por los Estados en la atención y contención de la pandemia deben tener como centro el pleno respeto de los derechos humanos”. En general, se aconseja:

“Asegurar que toda restricción o limitación que se imponga a los derechos humanos con la finalidad de protección de la salud en el marco de la pandemia COVID-19 cumpla con los requisitos establecidos por el derecho internacional de los derechos humanos. En particular, dichas restricciones deben cumplir con el principio de legalidad, ser necesarias en una sociedad democrática y, por ende, resultar estrictamente proporcionales para atender la finalidad legítima de proteger la salud”.

En específica relación al DAF, la Resolución N° 1/2020 de la CIDH contiene recomendaciones que van en línea con la idea de que durante la pandemia los estados parte de la CADH deben actuar con especial cautela y respeto del DAF.

Así se recomienda:

a) Abstenerse de restringir el trabajo y la circulación de las y los periodistas y personas defensoras de derechos humanos que cumplen una función central durante la emergencia de salud pública, con el objeto de informar y monitorear las acciones del Estado.

b) Los Estados no deben incluir a los comunicadores en las restricciones de circulación y tienen la obligación de permitir el acceso a las conferencias de prensa oficiales a todos los medios, sin

discriminación por línea editorial, a excepción de las medidas necesarias y proporcionales para proteger la salud.

c) Al mismo tiempo, los Estados deben respetar la reserva de sus fuentes informativas y evaluar la situación particular de riesgo de los periodistas y trabajadores de la comunicación, establecer medidas de bioprotección adecuadas y facilitarles acceso prioritario a evaluar su propio estado de salud.

d) Deben Respetar la prohibición de censura previa y abstenerse de bloquear total o parcialmente sitios de medios de comunicación, plataformas o cuentas particulares en Internet.

e) Deben garantizar el acceso más amplio e inmediato al servicio de Internet a toda la población y desarrollar medidas positivas para reducir de manera rápida la brecha digital que enfrentan los grupos vulnerables y con menores ingresos.

f) No se puede justificar la imposición de restricciones al acceso a Internet por motivos de orden público o seguridad nacional.

g) Los Estados deben asegurar el derecho de acceso a la información pública en el marco de la emergencia generada por el COVID-19 y no establecer limitaciones generales basadas en razones de seguridad u orden público. Los órganos que garantizan este derecho y los sujetos obligados deben otorgar prioridad a las solicitudes de acceso a la información relacionadas con la emergencia de salud pública, así como informar proactivamente, en formatos abiertos y de manera accesible a todos los grupos en situación de vulnerabilidad, de forma desagregada sobre los impactos de la pandemia y los gastos de emergencia, desagregados de acuerdo con las mejores prácticas internacionales.

h) Los estados deben Asegurar que cualquier responsabilidad ulterior que se pretenda imponer por la difusión de información u opiniones, basada en la protección de los intereses de salud pública -aun de manera temporal-, se establezca por Ley, de modo proporcional al interés imperioso que la justifica y se ajuste estrechamente al logro de ese legítimo objetivo.

i) Se debe observar un especial cuidado en los pronunciamientos y declaraciones de los funcionarios públicos con altas responsabilidades respecto de la evolución de la pandemia. En las actuales circunstancias, constituye un deber que las autoridades estatales informen a la población, y al pronunciarse al respecto, deben actuar con diligencia y contar en forma razonable con base científica. También, deben recordar que están expuestos a un mayor escrutinio y a la crítica pública, aun en períodos especiales.

j) Los gobiernos y las empresas de Internet deben atender y combatir de forma transparente la desinformación que circula respecto de la pandemia.

#### *4. La opinión de los especialistas y actores del sistema interamericano*

El Centro Knight para el Periodismo en las Américas, de la Universidad de Texas, en Austin, realizó el 22 de mayo de 2020 un encuentro llamado “Desafíos legales para la protección de la libertad de expresión en tiempos de COVID-19”. Contó con la participación de Edison Lanza, Relator Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH; Ricardo Pérez Manrique, juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y Joan Barata, experto español del *Center for Internet and Society* y *Ciber Policy Center* de la Universidad de Stanford, y Guilherme Canela, jefe de la sección de Libertad de Expresión y Seguridad de Periodistas de la Unesco. [\[335\]](#)

Respecto del tema planteado, Edison Lanza fue muy claro en sostener que, así como hay derechos convencionalmente protegidos que puede resultar necesario y razonable someter a una reglamentación más intensa, a mayores restricciones que en tiempos de normalidad tales como la libre circulación, libertad de reunión en función del ASPO, a la vez no hay ningún vínculo o necesidad para restringir la libertad de expresión y de prensa en el marco de la respuesta a la pandemia. ¿Por qué? Porque es el momento en que la sociedad más necesita que la prensa desarrolle su rol de buscar y difundir información transparente y mayor rendición de cuentas del gobierno.

Se da así una paradoja con la libertad de prensa en la pandemia: es una emergencia que, en vez de recortarla, debe hacerla crecer; el DAF debe ser ejercitado con más vigor, no debe ser objeto de una restricción similar a otros derechos “relacionales”.

Los derechos que tienen que ver con el ecosistema de información -dice Edison Lanza- no deberían ser objeto de suspensión general y cualquier restricción debe ser ulterior y no restricción de censura previa y aun cuando sea ulterior, debe ser necesaria y proporcional.

También Lanza puso de resalto además el peligro del uso del derecho penal y del derecho sancionador administrativo para detener periodistas en nombre del combate a la desinformación sobre la pandemia o sobre la salud, indicando los casos que acontecieron en ese sentido en Venezuela y en Bolivia durante la pandemia.

Creo importante finalizar señalando que el criterio de Edison Lanza fue compartido por el actual Juez de la CorteIDH, Ricardo Pérez Manrique quien manifestó, basándose en la letra de la CADH y en la jurisprudencia de ese tribunal internacional, que:

“en el caso de la pandemia la libertad de expresión no debería ser objeto de limitaciones, pues cuanto mayor información haya sobre el tema será mejor para la sociedad, y por eso una buena política es mantener abiertas las vías de comunicación”.

# Reflexiones sobre los restos del Derecho Tributario frente a la era de la inteligencia artificial\*

Adolfo A. Iriarte Yanicelli\*\*

En las páginas que siguen tenemos como propósito reflexionar sobre los retos y las transformaciones del Derecho tributario en la era de la inteligencia artificial dentro del contexto de la Cuarta Revolución Industrial<sup>[336]</sup>, focalizándonos principalmente en las transformaciones ocurridas en la relación jurídica tributaria, los derechos y garantías de los contribuyentes.

A pesar de los beneficios y las oportunidades que brinda el uso de la Inteligencia Artificial, IA, y otras tecnologías emergentes, también crea nuevos desafíos y presiones para que las instituciones públicas cambien.

La utilización extensiva y exitosa de la IA requiere que las Administraciones Públicas redefinan las estrategias basadas en el uso de las nuevas tecnologías y que desarrollen una adecuada gobernanza de los datos. Deben garantizar un desarrollo sostenible e inclusivo de la IA, que no cree brechas de desigualdad en la sociedad, sino que reduzca las ya existentes. Por lo tanto, dicha transformación debe gestionarse desde un enfoque de “tecnología social”<sup>[337]</sup>, siguiendo el respeto de los Derechos humanos y fundamentales, de las personas físicas.

Para cumplir con el propósito mencionado, trataremos de resolver las siguientes cuestiones: ¿De qué manera las Administraciones tributarias podrán hacer uso de las investigaciones y de los adelantos en inteligencia artificial, para controlar de manera más eficiente a los contribuyentes, sobre todo en lo relacionado con rentas ocultas?, ¿Frente a la cuarta revolución que se avecina, cuál sería la posición jurídica de los contribuyentes?, ¿Es necesario empezar a reflexionar sobre nuevos derechos y garantías del contribuyente frente al avance de la Inteligencia Artificial por parte de la Administración tributaria y los riesgos globales que trae consigo dicha tecnología?

Trataremos de conceptualizar y entender el sentido de nuevos Derechos y Garantías del Contribuyente, aludiendo a las transformaciones que fueron produciéndose en cada revolución industrial y con cada matriz jurídica resultantes de la evolución del Derecho, para llegar hasta la era de la Inteligencia Artificial, donde realizaremos una propuesta sobre los nuevos Derechos y Garantías de los y las Contribuyentes o por lo menos, de qué manera los actuales Derechos y Garantías deberían transformarse a la luz de la era que se aproxima, sus desafíos y los problemas que advertiremos de dicho contexto.

Resulta por demás de interesante ver que, desde que fue conceptualizada la relación jurídica tributaria, las relaciones fueron transformándose, dependiendo del momento de la historia al que hagamos alusión y la matriz jurídica por la cual fue impactada, se amplió en derechos y garantías, dotada de una mayor complejidad y dinamismo, sistematizándose en posiciones jurídicas activas y pasivas, favorables y desfavorables, en base a un conjunto unificado de conexiones que fueron variando y aumentando en frecuencia.

Dentro de dicha reflexión yacen los desafíos del presente trabajo, advertir las transformaciones y cambios que se avecinan y mensurar los impactos que tendrán en los derechos y en las garantías de los contribuyentes.

Como idea inicial, descubriremos los contornos conceptuales de la relación jurídica tributaria en cada una de las revoluciones industriales a los fines de abordar las transformaciones que, en la actualidad, lentamente, están ocurriendo dentro de la misma, comenzando con la era digital, para poder abordar los principales inconvenientes y desafíos que dichos cambios podrían generar en el Derecho tributario.

Al momento de formular la propuesta, y advertir las transformaciones operadas en base a la teoría de la relación jurídica tributaria, son particularmente importantes las apreciaciones de Sainz de Bujanda, en cuanto sostuvo que la relación jurídica tributaria constituye el eje de las construcciones dogmáticas del Derecho tributario, incluso de las normas positivas reguladoras de la vida del tributo, en cuanto institución jurídica<sup>[338]</sup>. En consecuencia, no es descabellado proponer el análisis desde dicho instituto del Derecho tributario para abordar problemas actuales y futuros de dicha materia. Lo cierto es que partimos de una relación moderna y renovada, que es útil para avanzar en su construcción en Latinoamérica, en tanto la doctrina tributaria latinoamericana<sup>[339]</sup>, incluso la Argentina<sup>[340]</sup>, ha permanecido estática en el tiempo, inmutable, en tanto siempre se sostuvo que la relación jurídica tributaria es una relación simple y correspondía exclusivamente al pago de tributos<sup>[341]</sup>, dejando al margen, otras relaciones, situaciones y conexiones, no menos importantes y que han cobrado notoriedad y relevancia en los tiempos que corren, incluso cuando miramos el fenómeno desde la sociedad de la información o en el marco de la Cuarta Revolución Industrial desde la aplicación de la inteligencia artificial en nuestras vidas.

La estructura tradicional de la relación tributario o del propio tributo, como fenómeno jurídico, es el pago <sup>[342]</sup> del tributo, dejando al margen otras obligaciones tributarias que entendemos, a nuestros fines, son trascendentales: el acceso por parte de la Administración tributaria y por parte de los contribuyentes a información o datos de naturaleza tributaria. El acceso a la información pública de las Administraciones tributarias y de las empresas, dentro de la nueva economía que está en pleno crecimiento <sup>[343]</sup>.

Cierto es, que las diferentes ramas del Derecho cobran su razón de ser en la medida que regulan las diferentes relaciones entre los diferentes sujetos de derecho, y el Derecho público, más precisamente conceptualizado como Derecho administrativo, está representado por el Estado en sus diferentes tipos de relaciones con los ciudadanos <sup>[344]</sup>. Al igual que en el Derecho tributario cobra interés la relación jurídica tributaria <sup>[345]</sup>.

Entendemos que, en el contexto de las transformaciones de la Cuarta Revolución Industrial, la concepción sobre la relación tributaria en su naturaleza simple y como reguladora exclusivamente del pago de la obligación tributaria o del tributo, no puede ser sostenida. El fenómeno de la información y la transparencia impactarán dentro del propio concepto de la Relación Jurídica Tributaria. El Derecho a la información, cuando está cualificado por elementos derivados de la tributación, necesariamente debe ser analizado desde nuestra materia, desde un aspecto material y sustancial, al igual que desde un punto formal o procedimental (administrativo). Situaciones que tendrán importantes consecuencias de tipo práctico, en tanto a sus presupuestos y principios aplicables <sup>[346]</sup>.

En la época que vivimos se desarrollaron dos nuevos paradigmas: por un lado, la transparencia del contribuyente y de sus operaciones. Complementándose con el principio de cooperación dentro y fuera de las fronteras de cada Estado. En ambos casos, por los avances dentro del marco de la OCDE y del G20, principales promotoras de la implementación de las nuevas medidas tendientes a impedir la fuga de ingresos de una jurisdicción a otra que los atraiga a los fines de maximizar los beneficios <sup>[347]</sup>. Por otro lado, la transparencia de los Estados y las Administraciones tributarias, proyectándose a la transparencia de la Inteligencia Artificial. Ambos paradigmas se interconectan, son las dos caras de una misma moneda. Deben relacionarse y complementarse, desde el principio de proporcionalidad e igualdad horizontal, incluso desde el punto de vista de la relación jurídica tributaria, renovada y modernamente conceptualizada, y fuertemente impactada por los Derechos humanos <sup>[348]</sup>.

Con respecto al principio de proporcionalidad, que busca un equilibrio o un balance entre los Derechos y Garantías de los Contribuyentes y el deber de contribuir. Esta concepción ha sido desarrollada por Serrat Romani <sup>[349]</sup>, quien sostiene que los contribuyentes dentro del marco del principio de proporcionalidad y como sujetos de los derechos fundamentales o derechos humanos, tienen idéntico derecho o interés legítimo, en su caso, de situarse al mismo nivel de protección que los intereses fundamentales del Estado en recabar información con el fin de satisfacer su principal interés que es la recaudación de tributos. Pone de manifiesto que en una sociedad transparente donde los flujos de datos son permanentes y constantes gracias a las nuevas tecnologías de información, una buena Administración debe tener un doble estándar de protección al contribuyente. En primer lugar, permitir el acceso a los datos personales, familiares y económicos que la propia Administración maneja del contribuyente. El derecho al acceso se complementa con los siguientes derechos: el debido control del tratamiento de su información, conocer los datos o la información para corregirla y suprimir u oponerse a su uso, cuando no corresponda. El segundo estándar está vinculado con la calidad de los datos o de la información que las Administraciones poseen en su poder.

Igual conclusión puede arribarse desde el principio de igualdad en la relación jurídico tributaria. Siguiendo a Nawiasky hemos sostenido la diversidad de posiciones activas y pasivas dentro de la relación tributaria, referidas al pago del tributo como a las competencias de solicitar información al contribuyente y el acceso a la propia información del mismo. Sostuvo que:

“(…) acreedor y deudor se encuentran en la obligación tributaria, formalmente, uno frente a otro, del mismo modo que ocurre en la obligación privada; ambos sujetos, en cuanto a sus derechos y a sus obligaciones, están determinados igualmente por las normas del ordenamiento jurídico (...) en la obligación tributaria existe dicha igualdad (...) Igualdad o equiparación significan igualdad ante el ordenamiento jurídico y, por lo tanto, la negación de que uno de los sujetos tenga una posición preeminente respecto de otro...” <sup>[350]</sup>.

En este punto, advertimos que el Derecho a la información puede ser detentado en plena igualdad por la Administración como por el contribuyente, siempre y cuando exista un interés jurídico valedero equivalente, siguiendo sin duda alguna, una posición similar a la que en su momento sostuvo Nawiasky fundado en la relación de igualdad entre la Administración Fiscal y el Ciudadano-contribuyente, como bien hemos ensayado. Pero hay que considerar que los mecanismos y procedimientos de requerimiento de

información entre el fisco y el contribuyente son diferentes, como veremos en este trabajo <sup>[351]</sup>.

Al abordar el tema propuesto, somos conscientes, que las amplias desigualdades entre los contribuyentes con las Administraciones tributarias difícilmente sean equilibradas de manera absoluta, pero creemos necesario una reevaluación de determinadas situaciones que podría llevar a una equiparación tal que posibilite un mayor respeto de las garantías y derechos de los contribuyentes.

Creemos necesario un reforzamiento de las Garantías Constitucionales de los Contribuyentes en mira de nuevos principios, de nuevos paradigmas que orienten el fenómeno de la tributación hacia un sistema más armónico y más justo, incorporando al efecto conexiones más simples y directas, entendidas desde el punto de vista del manejo de la información y circunscriptas dentro de las llamadas relaciones jurídicas tributarias.

## II. Ideas actuales sobre la relación jurídica tributaria

Una de las primeras transformaciones de la relación jurídica tributaria tiene que ver con el impacto del principio de información.

La relación jurídica tributaria está conformada por un conjunto de conexiones jurídicas que se ordenan u orientan al pago del tributo (obligaciones de dar dinero público) o en su caso, al acceso a la información tributaria (datos con relevancia tributaria), sea en poder del contribuyente o de la Administración tributaria. Las conexiones generan posiciones activas y pasivas, las cuales se van sistematizando, sean favorables o desfavorables, entre la Administración tributaria y los contribuyentes <sup>[352]</sup>. El deber de colaboración fiscal debe, necesariamente, contar con el correlato del deber de asistencia de la Administración tributaria y con la gobernanza de los datos tributarios propios, en una justa proporción. Situación que han ocurrido en España e Italia, sin embargo, no han llegado a Latinoamérica, incluso no han tenido tratamiento doctrinario.

Tradicionalmente se ha dicho que la relación jurídica tributaria principal tenía que ver exclusivamente con el pago del tributo. Dentro de la posición que suscribimos, entendemos que en la relación jurídica tributaria los aspectos configuradores tienen que ver más con la *información tributaria* (obtención de datos tributarios) que con el propio pago del tributo. El fenómeno de la información ha impactado en la teoría del “tributo” como fenómeno jurídico y verdaderamente lo ha transformado.

Encontraremos dentro de la relación jurídica tributaria un conjunto de conexiones de naturaleza dineraria (ingreso de dinero público) y conexiones de información, intercambiadas entre las Administraciones tributarias de diferentes jurisdicciones, sean internas o internacionales, y, el acceso de los contribuyentes en todo lo atinente a la información tributaria propia y a las que conecta al Estado, tomado en su conjunto, como lo es el principio de transparencia <sup>[353]</sup>.

Esta idea de relación jurídica tributaria, vista en puridad desde la relación jurídica informativa, es la base de la transformación que se proyectará a la cuarta revolución industrial, incluso desde una visión digital. Ello no implica desconocer la transcendencia de la obligación principal, es decir la obligación de pago del tributo. Ambas obligaciones, de pago como de información integran el concepto de relación jurídica tributaria en un sentido material. Así también, desde una perspectiva formal o procedimental, para que dichas obligaciones de pago y de información puedan ser cumplidas <sup>[354]</sup>.

Entendemos que, en un sistema tributario global sin la colaboración de los contribuyentes, con la respectiva captación de los datos tributarios e información de naturaleza tributaria, sería prácticamente imposible llevar a cabo el proceso de aplicación de los tributos <sup>[355]</sup> y su debido control.

Dicha opinión podría ser completada con la de Sainz de Bujanda <sup>[356]</sup>, al referirse al fenómeno de la información o mejor dicho a la solicitud de información:

“(…) en estos tiempos modernos y globalizados, resulta imprescindible contar con un sistema integrado de carácter interestatal con técnicas de lucha en contra del fraude fiscal internacional y comunitario. No es posible, garantizar el cumplimiento de las Leyes tributarias de un Estado sin contar con información fiscal de carácter interestatal, incluso nacional y regional. Tampoco sin contar con un análisis eficiente de la información asequible…”

## III. Las distintas revoluciones

Las revoluciones industriales surgen de avances tecnológicos, motivados por las ventajas económicas que producen para los inventores, fabricantes y consumidores, que permiten generar la producción y calidad de vida de las sociedades.

Existieron tres revoluciones por demás trascendentes que marcaron la historia de la humanidad. La revolución cognitiva (hace unos 70.000 años), que marcó el inicio de la historia; la revolución agrícola (hace 12.000 años): surge como un cambio profundo desde lo económico, centrado hace un poco más de 10.000 años, es la transición del forrajero a la agricultura y fue posible gracias a la domesticación de los animales. Combinó los esfuerzos de los animales con los seres humanos con vistas a la producción, el transporte y la comunicación. Como consecuencia de ello la alimentación mejoró, estimulando, poco a poco, el crecimiento de la población y facilitando el asentamiento. Ello condujo, a grandes rasgos, a la urbanización y al surgimiento de las ciudades <sup>[357]</sup>; y la revolución científica <sup>[358]</sup>, que se puso en marcha hace 500 años. Afirma Harari que, a partir de esta última, bien pudiera considerarse que se pone fin a la historia o, en su caso, se inicia algo nuevo o completamente diferente <sup>[359]</sup>.

La revolución agrícola descrita fue seguida por una serie de revoluciones que fueron denominadas como industriales. Comenzaron a percibirse en la segunda mitad del siglo XVIII. La evolución producida estuvo marcada por el traspaso de la energía muscular a la mecánica. La primera revolución industrial (1760/1849) comienza con la máquina a vapor y la mecanización del trabajo de producción. Fue considerado uno de los primeros inventos que ha tenido efectos sobre expandir las capacidades anteriores vinculadas a la tracción animal, incluso por medio del uso del ferrocarril. La segunda revolución industrial (finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX), con el comienzo de la producción en masa o en serie, gracias al descubrimiento de la electricidad y las líneas de producción y ensamblaje. También existen avances en materia del transporte (aviación) y las comunicaciones. La tercera revolución industrial (década de los sesenta) comienza con las tecnologías de información digital, por medio del desarrollo de los semiconductores, computadores personales y finalmente internet (década de los noventa). Dichos avances permitieron automatizar los procesos que antes requerían de la intervención permanente del hombre. Ello se lo ha visto en la industria automotriz.

La característica común de las tres revoluciones es que se desarrollaron en momentos históricos donde se pensaba que los recursos eran infinitos y las comunicaciones no eran tan inmediatas. La información no fluía como en los tiempos actuales <sup>[360]</sup>. Es por ello, que la velocidad de circulación de la información, la interconexión de los datos, y su capacidad de procesamiento, caracteriza a la era digital que vivimos, incluso a la relación jurídica tributaria que se proyecta en la cuarta revolución industrial, llevará a una gran transformación en todos los sentidos de la sociedad.

El gran salto estará representado, incluso, por la eliminación del esfuerzo de programar ordenadores o computadoras, para dar lugar a que se puedan aprender por sí mismas, situación que es denominada como computación cognitiva o aprendizaje profundo <sup>[361]</sup>. Tanto es así, que la computación cognitiva representa uno de los futuros más prometedores para la informática y un cambio radical en la interacción entre las máquinas con el hombre <sup>[362]</sup> y la sociedad en su conjunto, los negocios, y las relaciones con el Estado.

Para Schwab las posibilidades ilimitadas de tener miles de millones de personas conectadas mediante dispositivos informáticos y móviles, con un poder de procesamiento de datos nunca antes visto, una capacidad de almacenamiento de los mismos inimaginable y un acceso al conocimiento, y su interrelación de los datos de manera automática por medio del *big data* y sin la intervención humana, rompe las barreras de la tercera revolución, para consolidar una cuarta revolución, sin precedentes a la fecha. La realidad de una cuarta revolución está marcada por la confluencia de los avances de las TIC, que abarca varios y amplios campos: la inteligencia artificial, la robótica, internet de las cosas (la interconexión absoluta), los vehículos autónomos, la impresión 3D, la nanotecnología, la biotecnología, las ciencias materiales, el almacenamiento de la energía, la adaptación y mitigación o adaptación al cambio climático, la computación cuántica, los avances en la física, los nuevos modelos de negocios, de servicios y de consumo, las crisis financieras y de recursos. Pero dichos avances estarán ineludiblemente marcados por problemas reales de desigualdad, diversas brechas educativas, culturales y tecnológicas, con la siguiente paradoja: en una era que se proyecta de bienestar y abundancia, <sup>[363]</sup> es por demás posible tener problemas de desempleo y brechas tecnológicas, que serán los principales problemas a resolver en esta era, y que conforman el contexto del presente texto según lo hemos analizado precedentemente <sup>[364]</sup>.

### 1.- Las transformaciones de las relaciones tributarias

Hablar de transformar (Del lat. *Transformāre*), implica, según el diccionario de la Real Academia Española, hacer cambiar de forma a alguien o algo. Incluso, transmutar algo en otra cosa <sup>[365]</sup>. La idea que se presenta a continuación está relacionada con comprender los cambios operados en la relación jurídica tributaria según la matriz jurídica que ha ido variando en la historia del derecho, a los fines de, en la sección que sigue, abordamos los retos del Derecho tributario en la cuarta revolución industrial, en cuanto al uso por parte de las Administraciones tributarias de las nuevas tecnologías para fiscalizar los tributos y los Derechos y Garantías de los Contribuyentes frente a los avances descriptos.

El Estado de derecho pre-moderno fue calificado como el antiguo régimen. Dicha cosmovisión estaba

ligada a un Estado que cumplía su parte en esta relación utilizando la preponderancia, el terror, la coerción constante y perpetua. El contribuyente, era considerado como un *súbdito*, tenía que cumplir con el pago del impuesto, esté de acuerdo o no, sin posibilidad de cuestionar su configuración. El Estado ostentaba su discrecionalidad de manera amplia y absoluta. Se hablaba así de un *Poder Discrecional*<sup>[366]</sup>. La relación tributaria era considerada como una *relación de poder*<sup>[367]</sup>.

El Estado de Derecho pre-moderno entra en crisis con la revolución francesa, dando paso al Estado de Derecho Legal. El Derecho tributario moderno surge como límite a la arbitrariedad de un Antiguo Régimen<sup>[368]</sup>. Nos viene a reglar nuevas pautas en el desenvolvimiento de todas las relaciones jurídicas entre la Administración y los contribuyentes, limitando el abuso de la discrecionalidad y la arbitrariedad por parte de la Hacienda Pública o del Fisco. La etapa histórica señalada se extiende sin dilación desde los comienzos del siglo XIX hasta la Segunda Guerra Mundial. Comienza su crisis después de los Tribunales de Nüremberg.

Los elementos que caracterizaron al Estado de Derecho Legal fueron los siguientes:

- a) una antropología individual y abstracta;
- b) sociedades uniformes;
- c) sinonimia entre el derecho y la Ley;
- d) definición del Estado desde la Ley;
- e) la Ley como fruto de la voluntad general;
- f) el derecho en normas o reglas;
- g) la teoría de las fuentes del derecho;
- h) la soberanía estatal;
- i) la seguridad jurídica;
- j) el sistema jurídico;
- k) los derechos humanos;
- l) la Constitución como programa político;
- m) democracia procedimental;
- n) relevancia del derecho civil;
- ñ) sistema de justicia formalista y rígida;
- o) teoría positivista;
- p) la interpretación de la Ley.

Todos estos elementos caracterizaron el estado de derecho legal<sup>[369]</sup>.

Si bien se reconocía, inspirados por dicho contexto, que la relación jurídica tributaria, nacía de la Ley, por imperio de las Constituciones Nacionales, se la estudiaba como un fenómeno desde un punto de vista simple, estático, con relaciones direccionadas sólo al pago del tributo. Dejando de lado, un conjunto de relaciones, las que se las sindicaban de accesorias al pago del tributo.

Valdés Costa<sup>[370]</sup>, confronta las diferentes posiciones y encuentra claras diferencias en la doctrina, según la matriz jurídica analizada precedentemente, sostenidas por Giannini<sup>[371]</sup> y Berliri<sup>[372]</sup>, representantes de la escuela italiana, por un lado, y Jarach<sup>[373]</sup>, enarbolando lo que podríamos denominar como la escuela Latinoamericana, por la impronta que ha dejado arraigada a la misma.

Giannini (1957), por su parte, afirma que la relación jurídica “constituye la parte esencial y fundamental de la relación”; refiriéndose a que la misma contiene “la obligación del contribuyente de pagar la cantidad equivalente al impuesto debido en cada caso”, a la que denomina Deuda Tributaria. Por su parte, Berliri (1971)<sup>[374]</sup>, distingue claramente entre obligaciones tributarias vera e propria, consistente en el pago del tributo equiparable al concepto de obligación, y la relación jurídico tributaria como conjunto de derechos y obligaciones recíprocos coordinados entre sí y reagrupados en torno a un núcleo constituido generalmente, pero no siempre, por la obligación tributaria<sup>[375]</sup>.

Por ultimo Jarach critica estas concepciones, sosteniendo que a su juicio “*falsea la visión del sistema del derecho tributario*”<sup>[376]</sup>. Este último autor considera que la relación jurídica tributaria fundamental o principal estaba compuesta sólo con el pago del tributo y que la misma no era compleja.



Como se advirtió, desde la caída del nazismo y con los Tribunales de Núremberg, se acusó al positivismo jurídico de haber insensibilizado la conciencia humana, lo que motivó las tendencias sobre la necesidad de incluir dentro del análisis jurídico otros elementos valorativos éticos que no sean exclusivamente la Ley, de manera que, frente a las injusticias extremas, la Ley ya no puede formar parte del concepto de derecho.

Desde lo antropológico, la visión del hombre se transforma dentro del Estado de Derecho Constitucional<sup>[377]</sup>. Se pasa de una visión puramente individualista a una antropología social; de sociedades uniformes a sociedades plurales; el control jurisdiccional de la Ley se pondera como uno de sus principales estandartes, incluso se manifiesta una ruptura de la identificación entre el derecho y la Ley; en el Estado de Derecho Constitucional el poder del Estado no surge desde la Ley sino que se encuentra disperso; en esta nueva era jurídica impera el derecho de los principios, de los valores y los precedentes frente al derecho como normas o reglas; se produce un desmoronamiento de las fuentes del derecho: Pérez Luño (2004)<sup>[378]</sup> indica que se hace por demás de palpable y viable que el derecho se genera más allá de los Estados Nacionales pero se aplica desde los mismos; manifiesta que no es posible generar en la actualidad una jerarquía detallada y firme de las fuentes, dado que ella varía de acuerdo con los casos a resolver. Las sociedades, las instituciones o grupos particulares, dentro de su población, de un Estado sustraen las competencias que habitualmente yacían dentro de un Estado determinado<sup>[379]</sup>.

La principal transformación operada dentro del Estado de Derecho Legal y que marca el inicio del Estado de Derecho Constitucional, está referida a la superación de la concepción de la idea de la soberanía de los Estados Nacionales, que se refería a que la Ley del Estado rige dentro de su territorio (incluso la Ley tributaria) y para su vigencia se requiere la aprobación del Congreso. Esta visión implicó que no había ningún poder por arriba de los Estados, o, mejor dicho, dentro de un aspecto normativo no existía ninguna organización capaz de imponer normas jurídicas a los mismos.

Como contrapartida de lo señalado, la globalización, en la segunda mitad del siglo XX, vino a asistir a un avasallante crecimiento del derecho internacional y comunitario, incluso dentro del ámbito de los Derechos humanos.

Dentro del Estado de Derecho Constitucional, se consolida el Estado de Bienestar, como hoy lo conocemos. Recordemos que el Estado de Bienestar puede ser conceptualizado como un modelo de Estado en donde por medio de él se garantizan los servicios necesarios para cumplir con los derechos sociales a la totalidad de los habitantes de un país. Representa el paso de la seguridad social desde una parte de la población a la totalidad de la misma. Los servicios a los que se refiere comprenden una variedad de derechos comprensivos de la seguridad social, pensiones, el derecho a la educación, la cultura, seguridad y otros servicios públicos vinculados a los Derechos humanos en sus variantes de Derechos económicos, sociales y culturales, que desde la aparición definirán la política de bienestar social como el sello de identidad de las democracias europeas de avanzada<sup>[380]</sup>.

## *2. La revolución fiscal*

Los preludios de la Cuarta Revolución Industrial se comenzaron a producir justamente dentro del Estado de Derecho Constitucional, y es interesante ver cómo la revolución ha comenzado a perfilarse también en materia fiscal, y poco a poco nos muestran cuáles serán sus principales elementos configuradores, retos y desafíos vinculados de manera estrecha con el principio de transparencia.

Encontramos que fenómenos tales como la digitalización de la información se han comenzado a consolidarse, ha permitido comunicarse de un modo prácticamente instantáneo, independientemente de la distancia de los interlocutores. La mezcla de este factor con la globalización ha supuesto una eliminación física de las distancias geográficas y temporales, ha cambiado radicalmente el modo de comprender las relaciones personales y económicas en todos los niveles y ángulos comprensibles. Este cambio de paradigma también ha incidido, inevitablemente, sobre los sistemas fiscales<sup>[381]</sup>.

Lo destacable de esta era es juntamente la irrupción del principio de información dentro de la relación jurídica tributaria por parte de las Administraciones tributarias como del contribuyente, la consolidación de los deberes de información y la asistencia a los contribuyentes por parte de la Administración tributaria<sup>[382]</sup>. Así también, cobra principal magnitud el intercambio automático de información y el derecho al acceso de información por parte del contribuyente, motivados por la Directiva ARCO en Europa y desde otras fuentes en Latinoamérica. Es por ello que entendemos a la relación como compleja, dinámica, multilateral y transparente, donde en realidad lo fundamental pasa por el flujo de información que trasciende a las Administraciones tributarias nacionales y se va consolidando como uno de los principios de la tributación<sup>[383]</sup>.

El año 2014, al decir de MALHERBE<sup>[384]</sup>, aparece como una verdadera revolución de tipo tributaria o fiscal. En el mundo del derecho fiscal no sólo se cambia el paradigma del intercambio de información, culmina el proceso de intercambio de información a requerimiento suplantándolo con el intercambio

automático de información.

Se advierte, además, una gran transformación desde la OCDE y el G20, que comienzan a intervenir dentro de la materia con una intensidad nunca antes vista, enarbolándose la bandera de la lucha contra el fraude fiscal internacional y el principio de transparencia, dentro del plan de acción BEPS, promoviéndose un nuevo orden mundial<sup>[385]</sup> con respecto a la materia, que sin dudas impacta en las Administraciones nacionales y locales.

Un ejemplo destacable y una de las principales críticas de la economía de plataformas es el fraude fiscal del IVA estimado en más de unos mil millones de libras por año, tan solo en el Reino Unido. Desde el Organismo Comercial, la Asociación de Técnicos de Contabilidad (AAT), se instó al Gobierno del Reino Unido para que responsabilice a las empresas como *Amazon e e-bay* del pago del IVA que les corresponden por las transacciones que realizan y lo depositen en la Agencia Tributaria UK. Incluso, Adam Harper, Director de Estrategia y Estándares profesionales de la AAT destacó que el impacto en los contribuyentes es significativo porque no se paga el IVA que los consumidores han pagado, atento al traslado del impuesto, y como resultado de la falta de pago el Gobierno de UK no puede invertir el ingreso público en los Servicios Públicos. La falta de pago del IVA de las grandes empresas tecnológicas, también genera un importante problema en la competencia con otras firmas pequeñas que pagan el impuesto. Dicha situación es reprochable, incluso dentro del marco de la competencia desleal. Ello se da en muchas situaciones que no se traslada el IVA dentro del precio final de los productos, ofreciendo un ahorro del 20 %<sup>[386]</sup> de las empresas tecnológicas en el Reino Unido.

El informe BEPS - Acción 1, hace alusión a las lagunas que se generan en la legislación, proponiéndose buscar mayor coherencia internacional dentro del impuesto de sociedades a los fines de evitar el fraude fiscal, las planificaciones fiscales agresivas y las dobles no imposiciones, que se dejan ver por la creciente interconexión entre las normativas fiscales nacionales<sup>[387]</sup>. Es pues por ello que recientemente la OCDE<sup>[388]</sup> realizó un comunicado donde informó el compromiso de llegar a un acuerdo sobre una solución consensuada para finales de 2020, sobre la base de las propuestas para una nueva forma de tributación dentro de la economía digital o nueva economía<sup>[389]</sup>. Este aspecto puede ser considerado como una de las grandes revoluciones a nivel fiscal, incluso una transformación por demás de relevante de la fiscalidad internacional.

Lo cierto es que, con respecto a la relación jurídica tributaria, el intercambio automático de información y el acceso al intercambio por parte del contribuyente, son transformadores de la relación del fisco con los contribuyentes. Pero no se ha visto muchos avances, analizado desde el principio de proporcionalidad, siguiendo un correlato lógico del acceso sobre la información de naturaleza tributaria en general y con referencia a los propios datos tributarios, desde la óptica, incluso, de la transparencia fiscal que se sostiene dentro del Plan de Acción BEPS.

Al fenómeno descrito se refiere Michael Lang desde la escuela de Viena (*Institute for Austrian and international tax law at WU - Vienna*): nos dice que las Administraciones fiscales han sido muy activas a la hora de defender sus intereses con referencia a la lucha en contra de *la doble no imposición* derivada de las planificaciones fiscales y la evasión fiscal. El informe sobre *Partnerships o sociedades de personas* se desarrollaron diversas ideas en torno a cómo la doble no tributación debería ser erradicada sobre la base de los Convenios de Doble Imposición existentes. Son preocupantes las reflexiones sobre la presión que ejercen los distintos órganos internacionales que defienden los intereses de las Administraciones Fiscales, consistente en forzar a los Estados para que incorporen *el intercambio de información* y otros mecanismos anti-elusivos en sus Convenios de Doble Imposición Internacional. Al mismo tiempo que los Comentarios al art. 24 del MC OCDE se modificaron, haciéndose especial alusión que los contribuyentes no pueden esperar la misma protección que la que reciben desde el Derecho Comunitario, con referencia a la no discriminación.

Como reflexión final alude que:

“Aunque la gran mayoría de estos avances o desarrollos son al menos comprensibles, y algunos de ellos son políticamente correctos y bienvenidos, lo cierto es que, tomados en su totalidad, en el marco de la OCDE, debe concluirse que no existe ningún tipo de equilibrio o balance. La protección de los derechos de los contribuyentes ha sido ignorada”.<sup>[390]</sup>

### 3.- La revolución desde los derechos de los contribuyentes

Una de las grandes revoluciones, hemos manifestado, está referida al acceso de la información tributaria por parte de los ciudadanos contribuyentes, como contrapartida del acceso a la información tributaria y al intercambio de información que realizan las Administraciones tributarias a las que nos hemos referido.

Dicha situación ha caracterizado a la relación jurídica tributaria actual y de hecho la ha diferenciado de

las concepciones anteriores que hemos conceptualizado.

Podemos ver el fenómeno, desde dos puntos de vista.

El acceso a la información pública, trascendente, que ha cobrado interés público, por un lado.

Por el otro, el acceso a la información tributaria propia de cada contribuyente. Ambos supuestos son un límite, el secreto fiscal o tributario.

Con referencia al acceso a la información pública de naturaleza tributaria, en general, dentro de los cánones de las normativas de acceso a la información, existe un interesante precedente vinculado a la materia financiera dentro de la Corte IDH.

En la causa de la Corte IDH *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku c. Ecuador*, la Corte reconoce el acceso a la información pública y el derecho a la consulta previo a cualquier decisión que tome el Estado como un Derecho humano. Se reconoce el acceso a la información pública, considerando de interés público la información sobre actividades de exploración y explotación de los recursos naturales en el territorio de las comunidades indígenas, reconociéndose incluso la responsabilidad del Estado infractor de la Convención [\[391\]](#).

La Corte IDH ha dejado sentada su posición sobre el acceso a la información pública como Derecho Humano en la causa "Claude Reyes" [\[392\]](#). Además, en la opinión consultiva 23/17, la Corte ponderó que no solamente los Estados deben respetar el derecho de acceso a la información pública en materia ambiental, sino, también se observa, que el acceso a la información también forma parte del ejercicio de otros derechos [\[393\]](#).

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en línea con la posición tomada por la Corte, ha dedicado dos informes (de los más de 50 informes temáticos) sobre el derecho de acceso a la información en el marco jurídico interamericano [\[394\]](#) y un estudio especial sobre el derecho de acceso a la información [\[395\]](#).

La perspectiva Latinoamericana ha sido resistida desde la lógica europea. Consideran los Estados europeos que el derecho de acceso a la información como un derecho de configuración legal y no como un derecho fundamental [\[396\]](#). El TEDH, excepcionalmente consideró que las autoridades que realizan actividades peligrosas, que implican riesgos para la salud de las personas, tienen la obligación positiva de establecer un procedimiento efectivo y accesible para que los individuos puedan acceder a toda la información relevante y apropiada para que puedan evaluar los riesgos a los cuales pueden enfrentarse [\[397\]](#).

Por su parte, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con respecto al Derecho de acceso a los propios datos o información personal, lo reconoce como un Derecho fundamental, como parte del derecho al respeto a la vida privada, protegido por el ordenamiento jurídico comunitario. El TJUE hizo una manifestación expresa de reconocimiento del Derecho fundamental a la protección del Derecho a la intimidad, en el caso "*Digital Rights Ireland y Seitlinger y otros*", asuntos acumulados C-293/12 y C-594-12, refiriéndose a la invalidez de la Directiva 2006/24/CE.

En el caso "*Nowak*", de 20 de diciembre de 2017, el TJUE señala que la protección del derecho fundamental al respeto de la intimidad implica que toda persona física pueda cerciorarse de que los datos personales que le conciernen son exactos y se utilizan de manera lícita (apartado 57). Por ello el Derecho de acceso a los datos propios es un Derecho fundamental que forman parte de los principios del Derecho comunitario (Sentencia Connolly/Comisión, C-274/99 P, EU:C:2003, apartado 68).

También el TJUE se ha pronunciado en el marco de una sentencia relativa a la protección de datos y la información pública, con referencia a si las personas jurídicas tienen derecho a la protección de datos personales. En el caso "*VolkerundMarkusSchecke y Eifert*", asuntos acumulados C-92/09 y C-93/09, se restringe el Derecho fundamental cuando el titular es una persona jurídica, en tanto las personas jurídicas se dijo que el derecho a la protección de datos de carácter personal no constituye una prerrogativa absoluta, sino que debe ser considerado en relación con su función en la sociedad. Además, dichas limitaciones no deben establecerse sin sobrepasar los límites estrictamente necesarios. A diferencia de las personas físicas, en el caso de las personas jurídicas, el Tribunal estableció que: "(...) solo pueden acogerse a la protección de los arts. 7 y 8 de la Carta ... en la medida en que la razón social de la persona jurídica se identifique a una o varias personas físicas...". Dicha postura fue asumida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en tanto declaró que el término "vida privada" no debe interpretarse restrictivamente, no autorizando a excluir las actividades profesionales de dicho concepto.

La Carta de Derechos del Contribuyente de la ILADT, establece como uno de los derechos de los contribuyentes, la contrapartida al derecho de intercambio de información que poseen las Administraciones tributarias, aquello vinculado con la protección informativa y el acceso de los datos tributarios propios del contribuyente, en el siguiente sentido:

- a.- El contribuyente tendría derecho a que se le notifique sobre el requerimiento de información que le realizan.
- b.- El derecho a conocer cualquier disposición de la información que realicen los Estados, de cualquier mecanismo de intercambio automático de información.
- c.- El derecho a que se acredite que la información que se utilice procedente de terceros países se haya obtenido a través de los cauces previstos para el intercambio automático o intercambio previo requerimiento de información. Como consecuencia de ello debería declararse nula la información obtenida de modo irregular, especialmente cuando suponga vulneración del ordenamiento jurídico, tanto por personal al servicio de la Administración como por particulares.
- d.- El Derecho al recurso del acto de comunicación de la información y al cuestionamiento de la información solicitada.
- e.- El derecho a solicitar información sobre el uso que los Estados contratantes van a hacer de los datos e información requerida.
- f.- El derecho a que el Estado requerido otorgue al sujeto del que se pide la información una protección semejante a la que dispensa el Estado requirente.
- g.- El derecho del sujeto del que se ha solicitado información a recurrir una liquidación dictada sobre la base de hechos comunicados a través del procedimiento de intercambio de información.

Los derechos detallados, se complementan con los derivados del derecho a la intimidad personal y familiar, en el siguiente sentido:

- a.- El derecho a la privacidad de los datos tributarios (derecho a la confidencialidad en la Carta de Derechos del IRS americano) y a que la Administración motive la trascendencia tributaria cuando solicite esos datos.
- b.- El derecho a que no se practiquen requerimientos generalizados de información *fishing expedition* y a que se acredite que el sujeto de quien se pide la información está siendo objeto de un procedimiento singular de comprobación tributaria.
- c.- El derecho a que se le comunique la información transferida a terceros, a formular alegaciones en caso de considerar que la misma es inexacta y a recurrir el acto de comunicación de la información.
- d.- El derecho a que la información solicitada tenga exclusivamente, trascendencia tributaria, quedando fuera, en el caso de los profesionales, los datos de carácter personal que conozcan de sus clientes.

Dichos derechos son tratados desde las diferentes cartas de derechos existentes en el mundo entero. De entre las más importantes, encontramos: España (Ley N° 1/98, incorporada luego a la Ley General Tributaria, art. 34); Italia (*legge 27 de Luglio, nro 212*); y los Estados Unidos de América [\[398\]](#).

La carta de derechos del contribuyente de los EE. UU. establece justamente que los contribuyentes tienen el derecho de conocer lo que ellos tienen que hacer para cumplir con las Leyes relacionadas con los impuestos.

Los contribuyentes tienen el derecho de recibir explicaciones claras sobre las Leyes y los procedimientos en todos los formularios, instrucciones, publicaciones, avisos y correspondencia tributaria. Ellos tienen el derecho de estar informados sobre las decisiones que la Administración tributaria lleva a cabo sobre sus cuentas tributarias y de recibir explicaciones claras sobre los resultados de dichas decisiones.

En esta línea, la doctrina [\[399\]](#), sostiene que dentro del contexto del derecho de la protección de datos personales permite garantizar el tratamiento legal, lícito y transparente de la información personal de los ciudadanos para evitar su uso desviado (ilegal) a través de principios, derechos y obligaciones que intentan regularlo. Son importantes el derecho de acceso, la titularidad del dato o de la información, el periodo de conservación de los datos, incluso las limitaciones al derecho de acceso. Desde el aspecto tributario se precisa una revisión de las garantías jurídicas aplicables dentro de las facultades descriptas, específicamente las de acceso ante la Administración tributaria y la revisión documental, son susceptibles de mejora. Critica que en la actualidad no es posible un seguimiento exacto que garantice la trazabilidad de los datos y la claridad de la información, aunque la legislación lo prevé de manera expresa. El reto principal que se enfrenta la Administración tributaria, está relacionado con el cumplimiento de la Directiva ARCO en Europa, y el RGPD, vinculado a informar sobre los plazos de conservación de los datos tributarios, sobre todo, desde el pronunciamiento del TJUE, Sentencia de 8 de abril de 2014, asuntos

acumulados C-293/12 y C-594/12, *Digital RightsIreland Ltd.*, es decir, durante cuánto tiempo se almacena la información y de qué manera es empleada la misma. El uso de la tecnología y la idea del *Smart Contracts*<sup>[400]</sup>, podría en el futuro generar condiciones de control, trazabilidad y sobre todo, el borrado (*delet*) automático de la información, lo que daría mayor transparencia y claridad al manejo de datos por parte de las Administraciones tributarias.

Todo ello demuestra que el derecho a la información tributaria es una de las principales transformaciones de la era descrita, representa la contracara del intercambio de información y una verdadera revolución desde la óptica del ciudadano contribuyente.

#### *IV. La relación jurídica tributaria en la cuarta revolución industrial*

Hemos advertido que el papel de las tecnologías y las herramientas digitales están creciendo en la actualidad. “La era digital” y los desarrollos en las TIC afectan en todos los ámbitos de la sociedad, incluso la labor de las Administraciones fiscales. Los desarrollos de las TIC causan un enorme impacto en el entorno en que operan las Administraciones fiscales: la forma en que las empresas operan, se comunican y llevan la administración cambia continuamente<sup>[401]</sup>.

Uno de los principales pilares de la 4ta Revolución Industrial está basado en la fórmula del desarrollo sustentable.

Tras la fórmula “*sustainable development*” se recoge la demanda de conciliar, por un lado, el desarrollo económico por medio de los avances tecnológicos, con el aumento del bienestar basado en el incremento productivo nunca antes visto (*cuarta revolución industrial*), con, por el otro, el trato cuidadoso de los recursos naturales, de la persona humana y su entorno, de los consumidores y usuarios, y del trabajador; en definitiva, del ciudadano en todas sus actuaciones en la sociedad.

Incluso frente al uso de IA por parte de las Administraciones tributarias deben respetarse iguales principios con relación a los Derechos y Garantías de los Contribuyentes, teniéndose en cuenta los principios de no regresión o no regresividad y desarrollo progresivo de Derechos.

En este marco, la resolución A/RES /73/17, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, compromete a los Estados Miembros a continuar considerando el impacto de los cambios tecnológicos, en base a los Objetivos de Desarrollo Sostenible y el desarrollo de estrategias nacionales y políticas públicas, la ciencia, la tecnología y las innovadoras hojas de ruta, el desarrollo de capacidades y el compromiso científico, y compartir las buenas prácticas, para afrontar de esa forma la cuarta revolución industrial<sup>[402]</sup>.

Otro principio estará dado por el propio principio de transparencia que define nuestra sociedad actual. El fenómeno no es exclusivo de lo fiscal, sino de interés en muchos campos. Vivimos en la sociedad de la transparencia y en ello ha influido notablemente el auge de la globalización y las nuevas tecnologías. El modelo de sociedad al que hacemos alusión, posee la necesidad de mostrarlo todo y se rechaza de plano lo oculto y el secreto<sup>[403]</sup>. Pero entendemos que tiene aplicación en cuanto a los datos tributarios, incluso a los algoritmos que comenzará a utilizar la Administración Pública.

La necesidad de conocer los datos ha dado lugar a todo un movimiento filosófico que caracteriza ésta era: *Dataísmo*<sup>[404]</sup>. El Dataísmo tiene como objeto controlarlo todo. La realidad se define con datos. Agrega que, en un mundo globalizado, el intercambio de información automático es uno de los principales métodos, para controlar a los ciudadanos y sus actuaciones. Un Dataísmo mal implementado podría conducir a un estado totalitario de información, donde prime un control social por medio de las redes y donde el manejo de la información sea una de las principales armas del Estado. Entiende que, para compensar la desproporción aludida, debe existir un acceso recíproco a los datos entre las Administraciones tributarias y los contribuyentes.

##### *1. La relación jurídica tributaria digital y las herramientas tecnológicas para la fiscalización de los tributos*

Una de las características de la era que se avecina estará representada en hacer más eficiente el control de la Hacienda Pública sobre el cumplimiento tributario, la lucha contra la evasión y el fraude fiscal, aprovechándose de las nuevas tecnologías, lo que sin lugar a dudas transformará la relación jurídica tributaria en sus aspectos estrictamente formales, en una relación jurídica tributaria digital<sup>[405]</sup>.

Las TIC han impactado en el propio devenir de la historia, en el desarrollo humano, en la sociedad. Abarcan todas aquellas herramientas informáticas que procesan, almacenan, recuperan, presentan, transmiten y crean información representada en múltiples formas. Gracias a éste tipo de tecnología, el entorno donde vivimos está cambiando de manera acelerada, de manera dinámica y compleja. Lo cierto es que todo nuestro ámbito cada vez está más integrado con la tecnología, incluso en la materia tributaria. Situación que fue incentivada sin lugar a dudas por la globalización.

La transformación digital en la relación jurídica tributaria formal o administrativa se encuentra en los siguientes procesos que poco a poco irán ganando terreno: la irrupción de los *expedientes digitales*, *domicilios electrónicos* <sup>[406]</sup>, *actos administrativos digitales o electrónicos*, *firma digital*, son prueba de ello <sup>[407]</sup>. En muchos Estados ya son una realidad, los cuales, entendemos, no pueden ser aplicados de manera arbitraria y sin el conocimiento de los contribuyentes. Desde el ámbito del acceso a la justicia deben evitarse la vulnerabilidad digital dentro del cambio o transformación de los procesos aludidos.

Desde el punto de vista tributario se han observado cómo se fue trazando el camino desde la factura electrónica, el libro I.V.A. digital, el libro sueldos digital, los estados contables electrónicos con acceso a su información de cualquier persona interesada (Brasil), el levantamiento del secreto fiscal para muchos casos, entre otras innovaciones que tienden al control inmediato, minuto a minuto, de los contribuyentes <sup>[408]</sup>.

Por medio del uso de inteligencia artificial podrá hacerse más eficiente el control de las Administraciones públicas y mejorar las políticas públicas, orientándolas a los sectores más vulnerables.

Por ello entendemos que asistimos a grandes cambios y transformaciones vinculados con la relación jurídica tributaria, en tanto la irrupción necesaria de las nuevas tecnologías, que la impactarán sustancialmente. Los desafíos de la tributación en la era de la Inteligencia Artificial están dado por el intercambio y procesamiento de la información masiva almacenada y relacionada por medio del *Big Data* <sup>[409]</sup> (macrodatos) en la nube <sup>[410]</sup>, sumada a la inteligencia artificial <sup>[411]</sup>, sin duda alguna, transformará sustancialmente a las Administraciones Tributarias.

## 2. La utilización de inteligencia artificial para la recaudación y el control de tributos

Hemos advertido que dentro de un futuro prometedor la información de los contribuyentes estará en la nube donde la Administración tributaria, sea cual fuere, desde cualquier lugar del planeta, captará dicha información sin siquiera tener que acceder a ella por medio del intercambio de información, la información estará disponible, advirtiéndose que aún en dicho contexto deberá contar con cobertura legal al efecto como límite a dicho acceso. Las fiscalizaciones tributarias serán automáticas, instantáneas, evaluando la información, minuto a minuto, en tiempo real <sup>[412]</sup>, y con el pago automático por parte de los contribuyentes a manera de un Smart Tax (*Smarttax*). Por medio del análisis de los macrodatos, además se podrá generar perfiles de contribuyentes y clasificaciones sobre el potencial cumplimiento de los mismos, se podrán detectar fraudes en el momento en que se procedan, incluso antes que se perfeccionen y aplicar sanciones al mejor estilo "*The Minority Report*" de Philip K. Dick. Así también, la simplificación de procedimientos por vía digital, donde la Inteligencia Artificial sea la encargada de dictar el acto administrativo tributario o inclusive una sentencia judicial <sup>[413]</sup>.

Todo ello, que parecería estar traído desde una obra de ciencia ficción Isaac Asimov, es una realidad inminente y tenemos que estar preparados. Puede significar un gran avance desde la recaudación tributaria, pero no puede ser regresivo de los Derechos de los contribuyentes. El límite, siempre estará en los derechos y garantías constitucionales.

Las Administraciones tributarias, algunas más avanzadas que otras, están comenzando a utilizar herramientas de tipo predictivo por medio de la tecnología de la Inteligencia Artificial. El problema o los riesgos asociados a esta tecnología emergente, podrían estar dados cuando la IA más avanzada se utiliza para analizar enormes cantidades de datos de información obtenida de los contribuyentes y de las redes sociales, información que los organismos tributarios han almacenado por décadas, que los algoritmos generen desde su analítica "nueva información de valor agregado" de contenido tributario, con una finalidad de generar control, vigilancia, encasillamiento, o castigo al contribuyente. Incluso más, cuando se pretenda dar validez como una "presunción" a un informe dado por una Inteligencia Artificial, sin contar con canales alternativos de prueba, sin profundizar en la investigación, trasladando dicha carga a los contribuyentes, e incluso, sin revelar el código del algoritmo que genera la información, contrariando el principio de transparencia que rige nuestros tiempos.

Pensamos que no habría problemas en utilizar de IA para la gestión tributaria, muchas Administraciones tributarias lo están comenzando a implementar. Incluso desde el punto de vista del servicio tributaria y del principio de una buena administración, su instrumentación parece alentadora. El problema podría estar dado cuando utilicemos las herramientas de IA para predecir el comportamiento de los contribuyentes, incluso tratar de predecir el fraude fiscal, sin tratar previamente algunas cuestiones. Cualquiera sea el marco teórico que utilicemos para analizar el fenómeno de la irrupción de la IA a la Administración tributaria, de manera obligada debemos ser conscientes de que se deben respetar los principios de un desarrollo adecuado, sostenible, sustentable y adecuado, como lo hemos manifestado y cumplir con los respetos de los Derecho humanos o Derechos fundamentales del contribuyente.

Cómo lo destaca García Herrera Blanco ¿En qué momento estamos en el uso de la IA por las Administraciones fiscales? De acuerdo con el informe de la OCDE *Tax Administrations 2019: Comparative Information on OECD and other Advanced and Emerging Economies*, más de 40 Administraciones

tributarias están haciendo uso de IA o planean hacerlo. Indica que:

“En el ámbito de la prevención ya están avanzando numerosos países, de diversas formas. En primer lugar, para prestar asistencia a los contribuyentes, informándoles de sus obligaciones tributarias o resolviendo dudas a través de asistentes virtuales o chatbots que, a diferencia de los programas tradicionales de información, pueden asistir de manera dinámica. De acuerdo con la información contenida en *Tax Administrations 2019*, en el año 2017, 10 países cuentan ya con *chatbots*, 7 los están implementando y 23 están planeando hacerlo. (...) En España, la Agencia Tributaria colaboró con IBM Watson para resolver dudas relacionadas con el Suministro Inmediato de Información del IVA, creando un asistente virtual basado en IA cuyo funcionamiento está resultando muy positivo. Según información de la Agencia Tributaria se ha reducido en un 80 % el número de correos electrónicos recibidos, llegando a multiplicarse por diez las consultas al asistente virtual en la primera semana. En segundo lugar, el cumplimiento tributario también se incentiva cuando, detectada una situación irregular se disuade a los contribuyentes de llevarla a cabo. En este contexto, la Agencia Tributaria española ha realizado un envío masivo de cartas a los pequeños empresarios informándoles que, de acuerdo con su información obtenida gracias a IA, los ingresos declarados por los mismos están por debajo de la media del sector”<sup>[414]</sup>.

Los países miembros de la OCDE establecieron sus objetivos en la *Reunión Ministerial sobre Economía Digital* para la innovación, el crecimiento y la prosperidad social. Las promesas de inteligencia artificial van acompañadas de importantes reflexiones éticas y de políticas públicas, que no han quedado fuera de la discusión. En dichos términos, la OCDE reconoce que la inteligencia artificial se está integrando como un aspecto dominante en las agendas gubernamentales y en las Haciendas públicas, al permitir que las máquinas realicen funciones cognitivas pseudohumanas. Apoyados por el aprendizaje cada vez más complejos en conjuntos de datos enormes. Incluso de experiencias realizadas superan a los humanos en algunas funciones cognitivas. Dichos avances tecnológicos prometen incrementos de eficiencia y productividad, dentro de las actividades de control fiscal y proporcionan mayor transparencia para los procesos. Por último, la cadena de bloques permitirá, según la OCDE, una mayor transparencia fiscal frente a la rendición de cuentas, incluso frente al manejo de información tributaria.

En un reciente informe de la OCDE, “Estado de la técnica en el uso de tecnologías emergentes en el sector público”, se destaca que las tecnologías emergentes como la inteligencia artificial y blockchain mantienen a la fecha un enorme potencial para hacer que el sector público sea más “inteligente”: ágil, eficiente, fácil de usar y, como consecuencia de ellos, “confiable”.

Sobre el particular, la doctrina advierte que, en este contexto de modernización, la Argentina no ha sido una excepción en la paulatina adopción de las herramientas tecnológicas y, dentro de ellas, de los medios electrónicos. En el ámbito tributario, y particularmente en el nivel federal, la Administración Federal de Ingresos Públicos ha debido renovar sus herramientas de fiscalización y control para poder llevar a cabo su tarea de recaudación y obtener la mayor cantidad de datos de los contribuyentes y sus actividades, así como también proceder a su procesamiento, para poder darles un uso inteligente. El incesante proceso de acumulación de datos en los últimos años por parte de la Administración Tributaria se ha dado en el plano de los hechos imponderables intra-fronterizos, mediante la excesiva creación de numerosos regímenes de información. Esta tendencia acumulativa de información ha transformado a la Administración tributaria nacional, en una verdadera agencia de inteligencia económica, en muchos casos sin sentido práctico alguno y, además, con riesgos concretos de afectar derechos individuales<sup>[415]</sup>.

Son interesantes las manifestaciones de Dobell, en tanto que reconoce una nueva función fiscal digital, la cual está evolucionando con gran velocidad para convertirse en un componente estratégico de transformación<sup>[416]</sup>. Incluso advierte que la tecnología está cambiando los procesos tributarios. Los cambios tecnológicos que estamos viviendo de manera acelerada, se manifiestan como una *megatendencia* disruptiva que permite una auditoría fiscal en tiempo real, aumenta la perspectiva de control tributario. Dichas transformaciones han comenzado a operar en los tiempos que corren y seguramente se concreten en la cuarta revolución industrial. La Administración tributaria debe preguntarse cómo se puede aprovechar de la tecnología para ayudar a construir una función tributaria más efectiva desde un punto de vista operativo y cumplir con el control tributario en tiempo real.

En los últimos años hemos incrementado exponencialmente nuestra capacidad de capturar, procesar y visualizar información, y el sector público no ha sido ajeno a ello. La reducción de costos en equipos y sistemas ha masificado su uso y ha generado un cuerpo de conocimiento y metodologías que nos permite descubrir relaciones entre datos conocidos hasta ahora desconocidas, generando así nueva información de valor agregado. La nueva información de valor agregado, creada a partir de una IA, está relacionada con el poder de relación de los datos, y la creación de una realidad aparente que nace a partir de los propios datos, a modo de presunción *iuris tantum*, que sirva para tomar determinadas decisiones. Es por ello que un cambio de paradigmas, vinculado con el uso de la analítica, o, de proceso de aplicación de las técnicas matemáticas, estadísticas y *machine learning* para descubrir nueva información de valor agregado que emerge de los propios datos, que permitan tomar las mejores decisiones a seguir de

acuerdo con determinados cursos de acción <sup>[417]</sup>.

El autor concluye diciéndonos que en la actualidad pueden observarse varios casos en que las Administraciones tributarias, tanto a nivel nacional como internacional, con mayor avance o desarrollo, se encuentran en éste momento explorando la posibilidad en términos de una gestión proactiva, orientada a una explotación intensiva de datos que confluyan en una estrategia analítica predictiva: por ejemplo, el 8 de septiembre de 2017 se publicaron en el Boletín Oficial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires los Pliegos de Bases y Condiciones Particulares y de Especificaciones Técnicas, destinados a la provisión de una “Solución De Analítica para Datos Estructurados y Big Data para la AGIP”.

La utilización de la computación analítica descripta, en su amplio espectro, será la base para la lucha contra el fraude fiscal internacional <sup>[418]</sup>. Las nuevas tecnologías como el *blockchain* cadena de bloques y la inteligencia artificial, pueden ofrecer una nueva era de visibilidad en los datos tributarios en tiempo real y a un alcance nunca antes visto <sup>[419]</sup>, dentro de las fiscalizaciones en tiempo real y aminorar el fraude tributario y el error humano. Incluso la rapidez con las que se celebran los procedimientos, lo que puede llegar a implicar, aparte de la eficiencia y eficacia, un aumento en el cumplimiento tributario voluntario y en la recaudación <sup>[420]</sup>.

En el *Annual Meeting of the Global Future Councils* (2018) <sup>[421]</sup> se han referido a que cuando Netflix se equivoca al recomendar una película es probable que pensemos que no es un gran problema. Del mismo modo, cuando las zapatillas favoritas no aparecen en la lista de recomendaciones de Amazon seguramente no sea trascendente. Pero, cuando un algoritmo predictivo asigna un puntaje de amenaza de 1 a 10, algoritmo que se usa para decidir el tiempo recomendable de ir a prisión o incluso el monto de la fianza o caución, es posible que surjan preocupaciones reales sobre este uso de análisis predictivo. Dichas preocupaciones también nacerán en nuestra materia, cuando sea la IA la que recomiende el monto de liquidación o incluso los ajustes estimados de cada contribuyente.

Si bien la inteligencia artificial, en la actualidad gobierna muchos aspectos de nuestras vidas, en el futuro estará permanentemente presente entre nosotros. En éste tipo de supuestos, el margen de error aumenta, es mucho más complejo y significativo para la persona humana, y existen verdaderas dudas sobre si dichos algoritmos son esencialmente justos e incluso si son constitucionales.

Aunque resulte utópico e inverosímil, e incluso, irrazonable, o para el común de la gente sorprendente, cuando el Presidente del Tribunal John G. Roberts Jr. visitó el Instituto Politécnico de Rensselaer, en mayo de 2017, Shirley Ann Jackson -presidenta de la Universidad en el Estado de Nueva York- le formuló la siguiente pregunta: ¿Se puede prever un día cuando las máquinas inteligentes manejadas con inteligencia artificial ayuden a la determinación de hechos en los tribunales o, más controversial aún, sobre la toma de decisiones judiciales? La respuesta del presidente del tribunal fue más sorprendente que la pregunta. Dijo: *ese día ya está aquí*. Incluso, sostuvo que este tipo de sistemas informáticos inteligentes está poniendo una presión significativa en la forma en que el poder judicial resuelve los conflictos <sup>[422]</sup>.

La opinión del Juez Roberts Jr. contrasta con el humanismo sostenido en Europa y Latinoamérica. El Juez de la Cámara Federal de Tucumán, Ernesto C. Wayar (P.h.D.), en una nota presentada a un diario local, se preguntaba:

“... ¿Debe el juez, al sentenciar, ajustar su fallo a los conceptos abstractos que le proporcionan la teoría del derecho y la letra estricta de la Ley? O ¿Debe centrar su atención en la realidad vital que tiene ante sí y resolver el conflicto, con justicia, liberado de apriorismos conceptuales y del frío legalismo? No es este un asunto simple. Su tratamiento excede, con creces, el marco de esta nota. He querido plantearlo simplemente, para permitirme la posibilidad de expresar algunas ideas, a modo de conclusión: a) Como todavía no se ha inventado la máquina de hacer sentencia, ni creo por cierto que sea inventada alguna vez, la justicia es y seguirá siendo una cuestión de hombres. Toda sentencia es, por antonomasia, una obra humana, una creación de la inteligencia y de la voluntad de un hombre encargado de dictarla. De allí la importancia de no errar en la elección de ese hombre. ...” <sup>[423]</sup>.

Sin embargo, en la era de la IA dicha discusión está abierta. Estamos convencidos de que debería tratarse una reforma legislativa si lo que se quiere es darle valor a las resoluciones dictadas por una IA sin intervención humana, en tanto podrían ser vulneradas garantías y derechos de los ciudadanos, incluso, los vinculados con el debido proceso legal, en tanto la competencia material del juez es improrrogable sin el dictado de una Ley previa, así también está en juego la garantía del juez natural, admitida por muchas constituciones en el mundo entero <sup>[424]</sup>.

El uso de algoritmos predictivos de la conducta de los contribuyentes, es una realidad, si tomamos la experiencia desde Derecho penal, incluso el penal tributario o los procesos sancionatorios, en varios



Estados de los Estados Unidos de América, el sistema denominado: "COMPAS": es un acrónimo de "*Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions*". Es una herramienta de administración de causas y de apoyo a la decisión sobre sanciones alternativas de libertad condicional. El *software* es propiedad de la empresa Nortjpointe, ahora denominada Equivant<sup>[425]</sup>. COMPAS es utilizada por los tribunales penales de los EE. UU. para evaluar la probabilidad de que un condenado por un delito vuelva a cometerlo, es decir, sea reincidente. COMPAS es utilizado principalmente por los Estado de Nueva York, Wisconsin, California, Florida, Kansas, y otras jurisdicciones de los EE. UU. El programa COMPAS utiliza un algoritmo para predecir el riesgo potencial de reincidencia. El algoritmo predice el comportamiento futuro de los condenados por delitos con referencia a su posibilidad de reincidencia y sirve, además, de ayuda para los jueces penales a la hora de aplicar las condenas, mensurar el alcance de la misma y la fianza aplicable.

Existen dos antecedentes por demás relevantes en la justicia americana. El primero está relacionado con el Estado de Wisconsin. Es un caso de la Corte Suprema de Wisconsin que fuera apelado a la Corte Suprema de los Estados Unidos, donde se resolvió negando el acceso a la misma (cert. negado). En el caso se cuestionó el uso del Estado de Wisconsin de COMPAS, en tanto es un *software* de evaluación de riesgo de código cerrado. Lo curioso de este caso, fue su convalidación desde el punto de vista constitucional de manera indirecta por la Corte de los EE. UU., en tanto negó el *certiorari* en junio de 2017: "*Loomis vs. Wisconsin*"<sup>[426]</sup>. La Corte de Wisconsin convalidó la constitucionalidad del mencionado algoritmo<sup>[427]</sup>. Loomis cuestionó que el uso por parte del tribunal del circuito de una evaluación de riesgos COMPAS en la sentencia viola el derecho del acusado al debido proceso por tres razones:

- a) viola el derecho del acusado a ser sentenciado en base a una información precisa, en parte porque el propietario al no transparentar el algoritmo impide evaluar su pretensión;
- b) viola el derecho del acusado a una sentencia individualizada, y
- c) utiliza incorrectamente evaluaciones de género.

La Corte de Wisconsin, si bien negó la posibilidad de que el algoritmo sea revelado, sostuvo que los jueces deben proceder con precaución y cautela al usar las evaluaciones de riesgo. El tribunal estableció que no pueden usarse las evaluaciones de riesgo para dictarse prisión preventiva o para determinar la severidad de la sentencia. Fueron diseñados para la etapa de ejecución de la sentencia y para facilitar el acceso a la libertad, justamente en situaciones que no tenían los condenados medios para el pago de la fianza. La Corte de Wisconsin realiza una advertencia especial para los jueces de grado:

- a) La naturaleza patentada de COMPAS impide la divulgación de cómo se calculan los puntajes de riesgo.
- b) Los puntajes emitidos por COMPAS no pueden identificar individuos específicos de alto riesgo porque los puntajes son grupales.
- c) El algoritmo se base en una muestra a nivel nacional y no del Estado de Wisconsin.
- d) Los estudios han planteado preguntas sobre si las puntuaciones eran desproporcionadas.
- e) COMPAS se desarrolló específicamente a los fines de ayudar a los jueces de ejecución de sentencias a tomar decisiones posteriores al dictado de las sentencias: libertad condicional o no (dependiendo del estado de peligrosidad del 1 al 10 de los individuos).

En la segunda sentencia, a la cual hicimos mención, "*State of Kansas v. John Keith Walls (2018)*", infringió que siguiendo el lenguaje de la Ley que el tribunal debía confiar en el análisis de riesgo (LSI-R), para determinar las condiciones de la libertad condicional. Pero a Walls se le negó el acceso al LSI-R, le negó la oportunidad de oponerse a la precisión de la información que el tribunal poseía para determinar las condiciones de su libertad condicional. "...Nosotros encontramos que la decisión del tribunal de distrito, de negar el acceso de Walls al LSI-R, violó su derecho a un debido proceso legal...", recalcó la Corte del Estado de Kansas. La sentencia fue reenviada con instrucciones para permitir que Walls accediera al informe completo de la evaluación de riesgos y del diagnóstico (LSI-R) y los datos de la encuesta que proporcionó antes de ser evaluado por COMPAS, a los fines de cumplir con el debido proceso. Entendiendo que cualquier tipo de informe pericial, según la Ley procesal aplicable, previo al dictado de sentencia se corre traslado a las partes para su evaluación<sup>[428]</sup>.

En el caso "*State of Kansas v. John Keith Walls (2018)*" se admite el acceso de manera completa a la información sobre la evaluación de riesgo, no así al algoritmo, entendiéndose que el mismo está protegido por la propiedad industrial y/o intelectual de la firma Equivant.

Resulta interesante para nuestro análisis la reciente sentencia de un tribunal neerlandés sobre un algoritmo público que predecía el riesgo de cada neerlandés para cometer fraude, por ser contrario al CEDH. La decisión afirma que SyRI (acrónimo de *System Risk Indication*), un sistema de análisis para rastrear posibles fraudes al Estado utilizado por el Gobierno, "no respeta la privacidad del ciudadano y vulnera el art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos", relativo al derecho a la vida privada.

El tribunal ha tenido en cuenta el dictamen presentado por la ONU en donde se señala que el algoritmo podría tener diferentes sesgos, por ejemplo, los ciudadanos de menos renta o a grupos de población de origen inmigrante. El algoritmo toma la siguiente información: datos sobre ingresos, pensiones, seguros, tipo de casa, impuestos, multas, integración, educación, deudas o subsidio de desempleo de los contribuyentes para calcular luego quién tiene más probabilidades de defraudar a la Administración. Es una sentencia inédita a nivel mundial y sienta un precedente por demás de interesante. El caso analiza dos caras: si es lícito depositar nuestra confianza en algoritmos que por su diseño o entrenamiento pueden presentar sesgos ocultos <sup>[429]</sup>.

En un futuro, no muy lejano, las Administraciones tributarias podrían pretender aplicar dichos algoritmos o usar uno similar, adaptarlo a los fines de predecir la conducta de los contribuyentes, e intentar sancionar a los mismos con agravantes derivado de la conducta asumida por la IA, como hemos advertido.

Como se observa, en la cuarta revolución industrial lo central, en cuanto a la relación tributaria, no pasará exclusivamente por el pago del tributo, tampoco por la incorporación de los derechos de información a la relación jurídica tributaria como otro elemento esencial, o, incluso con el intercambio de información automático, sino por el manejo, procesamiento y predicción a partir de los datos y la información disponible por parte de la Administración tributaria, y, su correlato lógico, la protección de los derechos de los contribuyente, de la nueva información creada, de aquellos valores agregados generados dentro de las interconexiones informativas en el área tributaria que nace a partir de un sistema computacional inteligente y que es aplicado al control, a la verificación, fiscalización y a la recaudación tributaria. Los cambios aludidos no son una transformación solamente de las herramientas o de las técnicas informáticas utilizadas, o en el uso de los medios electrónicos como herramienta de fiscalización, representa un verdadero cambio de paradigma desde una visión *transhumanista* <sup>[430]</sup> y *Dataista*, como lo hemos referido.

### 3. La regulación de la inteligencia artificial

Como sostuvimos precedentemente, los derechos y las garantías de los contribuyentes no pueden quedar al margen del desarrollo tecnológico. Se debe garantizar y asegurar la transparencia de un sistema tributario justo y equitativo dentro de una relación jurídica tributaria digitalizada. El desarrollo humano debe ser adecuado, sustentable, sostenible, progresivo, amigable desde el punto de vista ambiental general, y razonable. Debemos conciliar el desarrollo económico producto de los avances tecnológicos, con el aumento del bienestar basado en el incremento productivo nunca antes visto (cuarta revolución industrial), con el trato cuidadoso de los recursos naturales, de la persona humana y su entorno, de los consumidores y usuarios, del trabajador, en definitiva, del ciudadano en todas sus actuaciones en la sociedad.

Es por ello que, cualquier regulación de la IA debe comprenderse dentro de los esquemas centrales de los Derechos humanos (Declaración de Derechos Humanos de 1948) y dentro del contexto del desarrollo sostenible, Resolución de Naciones Unidas N° 70/1. Desde ese punto de partida se proyecta el Instrumento Legal de la OECD N° 0449, recomendaciones del Consejo de Inteligencia Artificial de fecha 21.05.2019. Reconoce a la IA como un sistema basado en un conjunto de objetivos definidos por el hombre, que puede hacer recomendaciones y tomar decisiones que, que influyan en entornos reales y virtuales. Reconoce que la IA tiene implicancias globales, económicas y especialmente en el mundo del trabajo. Pero sostiene que aumenta la productividad y la innovación. La IA ayudará, según el informe detallado, a solucionar los problemas, retos y desafíos globales claves a los que hemos hecho alusión. Para el uso de la IA, destacan que se necesita un gobierno político estable y transparente para que las IA sean confiables. El informe se asienta sobre la filosofía humanista, exaltando la equidad, la claridad y la transparencia, la explicabilidad de la IA. Como complemento destaca que se debe garantizar la trazabilidad del conjunto de datos utilizados por el sistema de I.A. Propone a los fines de lograr los objetivos propuestos que se canalicen el control por medio de la cooperación internacional.

Desde el punto de vista de la utilización de la IA dentro del marco del Poder Judicial y su entorno, donde podríamos incluir la justicia tributaria en su amplitud administrativa y judicial, se ha dictado la primera Carta Ética Europea sobre el uso de IA en los sistemas de justicia y su entorno, del 03 de diciembre de 2018.

La Carta Ética Europea sobre el uso de la IA y su entorno, es el primer instrumento europeo que establece cinco principios sustanciales que deberían ser aplicados a todo proceso automático de decisiones y datos judiciales, basados en IA. Busca guiar a los legisladores y al Poder Judicial en su estrategia vinculada con el uso de la IA dentro de los procesos judiciales. Fue desarrollado por la Comisión Europea para la Eficiencia de la Justicia del Consejo de Europa. Los pilares desarrollados son los siguientes:

- a) Derechos humanos;
- b) No discriminación;
- c) Calidad y Seguridad;

- d) Transparencia;
- e) Bajo control del usuario.

Dentro de la Carta Europea, se destaca el principio de no discriminación expresamente debido a la capacidad de ciertos procesos, operaciones, en particular en asuntos penales, para revelar la discriminación existente al agregar o clasificar datos relacionados con personas o grupos de personas. La metodología de análisis y procesamiento automáticos de datos. Por ejemplo, es necesario crear equipos multidisciplinarios, compuesto por jueces, investigadores en ciencias sociales e informática, tanto en la fase de redacción como de dirección y en la aplicación de las soluciones propuestas.

El principio de transparencia es central y de gran importancia. El énfasis está dado en la comprensión de los algoritmos, que no sean opacos y que no puedan representarse en cajas negras. La accesibilidad y la comprensión de la analítica, la técnica y procesamiento de los datos, cobra relevancia. Además de instrumentar procesos de auditorías realizados por expertos independientes. También se fomenta un sistema de certificación de la IA.

El impacto sobre el uso de la inteligencia artificial en el sector público hizo que la OCDE creara recientemente el observatorio de la OCDE.AI - *Policy Observatory*, advirtiendo que los principios sobre los que gira la propuesta de la OCDE se asientan sobre el respeto de los Derechos humanos y los valores democráticos, adoptados en mayo de 2019 y que fueron detallados precedentemente [\[431\]](#).

Por último, recalca, que cada usuario del sistema, debe ser informado, en lenguaje claro y comprensible, de la naturaleza vinculante o no vinculante de las soluciones propuestas por los instrumentos de IA, las opciones posibles y su derecho de asesoría legal y el recurso ante un tribunal. La conclusión está dirigida a regular aquellas iniciativas vinculadas con las IA que resuelvan causas administrativas o judiciales, como son las propuestas del juez Robot de Lituania o en el caso de China [\[432\]](#).

## *V. A modo de conclusión: el impacto de la inteligencia artificial en la relación jurídica tributaria digital*

Recordemos que dentro de la relación jurídica tributaria digital la información global de los contribuyentes podría estar almacenada en la nube, donde las Agencias tributarias podrán adquirirla sin siquiera contar con intercambio de información (tradicional) dentro del sistema *blockchain* o cadena de bloques, sistema donde se alojarán todos los datos de los contribuyentes globales, y podrían ser clasificados, manipulados, bigdateados, utilizados por medio de algoritmos para predecir fraudes fiscales u otro tipo de delitos, sin siquiera el consentimiento o incluso sin dar la información de dichos procesos al contribuyente. La contracara de dichas prerrogativas, estará dado, siguiendo el referido principio de proporcionalidad e igualdad, por el acceso de los datos algorítmicos por parte del contribuyente, toda parametrización deberá contar con los motivos que deberá fundar la Administración, el derecho de protección de los datos e incluso, la posibilidad de impugnar la decisión obtenida, los cuales serán derechos impostergables del contribuyente.

Dentro de este marco, los analistas entienden que las nuevas perspectivas de la relación tributaria estarán dadas por la calidad de los datos fiscales, incluso será la base de las funciones de las Administraciones tributarias. En la evolución digital, las formas de recopilarlas, el control y el uso de la información ha cambiado, aunque el propósito subyacente sigue siendo el mismo. Las nuevas tecnologías permiten que las Administraciones tributarias sean más rápidas y más eficientes. Las nuevas tecnologías se convierten en una parte integral del análisis de casi todas las Administraciones tributarias. Las administraciones tributarias no tienen más remedio que actualizarse tecnológicamente en el marco de la nueva era digital. De lo contrario, su tarea y funcionamiento efectivo se verán significativamente afectados. Sin una base de datos del contribuyente de calidad lo suficientemente clara y depurada, la actividad administrativa tributaria podría ser cuestionada. La calidad de datos en manos de las Administraciones tributarias, es de primordial importancia en nuestra era y en la que avecina, por medio del uso de nuevas tecnologías [\[433\]](#). Es por ello que la evolución del contexto actual hacia una mayor demanda de información y frente a las nuevas metodologías de intercambio de información, con mayor alcance y acceso por parte de las Administraciones tributarias, existen riesgos sobre el uso inadecuado de la información de los contribuyentes [\[434\]](#).

Al igual que el exceso por parte de las Administraciones tributarias de generar nueva información partiendo de la información almacenada, cuando la información es de mala calidad y no está depurada, pudiendo generar perfiles incorrectos e inadecuados. Por ello, consideramos necesario, revalorizar los derechos y garantías de los contribuyentes frente al uso de la información tributaria y de los datos trascendentes, frente a la creación de nueva información tributaria por medio de la inteligencia artificial y el *Big Data*. Por tal motivo cobra interés, como veremos, el principio de transparencia de las nuevas herramientas tecnológicas empleadas por parte de las Administraciones tributarias, en especial de los algoritmos e inteligencia artificial utilizados para la determinación tributaria y en la detección del fraude

fiscal, y de la información tributaria relacionada dentro del contexto y de su entorno.

En definitiva, los sistemas de Inteligencia Artificial se basan en la predicción, es decir en completar una información que no se conoce, con datos e información traídos desde el pasado. Siguiendo la ciencia de la predicción, se toman datos y se los usa para generar “información” que no se posee, por medio de técnicas predictivas. Dichas técnicas se componen habitualmente por: clasificaciones, sistematizaciones, agrupamientos, regresión, árboles de decisión, estimaciones bayesianas, redes neuronales, análisis topológico de datos, aprendizaje profundo, aprendizaje de refuerzo, aprendizaje de refuerzo profundo, redes capsulares, entre muchas otras. Como advertencia, diremos, que no entraremos en aquellos detalles que subyacen en cada uno de esos métodos y algoritmos. Lo único que queremos dejar por sentado es que cuando apliquemos dichas técnicas a la relación jurídica tributaria, la Administración usará datos tributarios de los contribuyentes en particular ponderándolos con datos generales, para generar información que no conoce y no posee <sup>[435]</sup>.

Frente a dicha acuciante realidad, lo fundamental será la gobernanza de la información (antigua) al igual que la gobernanza de los resultados obtenidos (nueva información), como así también las decisiones que se tomen a partir de ella. Sin duda alguna, todo ello, se proyectará a las relaciones entre el Estado (Administración tributaria) con el ciudadano contribuyente. Volviendo a lo central, si no tenemos información clara, la información de valor agregado generada a partir de una inteligencia artificial, tampoco será de calidad, no cumpliendo con su finalidad. Por ello, debemos ser conscientes de los riesgos globales que forman parte del contexto investigativo, para con posterioridad, indagar sobre las posibles soluciones.

La síntesis dialéctica entre los derechos adquiridos en la tercera revolución industrial dentro del marco del Estado de Derecho Constitucional y los lineamientos establecidos en las normas del *SoftLaw* referidas precedentemente, nos dan vía libre a los efectos de proponer en base del principio de desarrollo sostenible, los siguientes Derechos y Garantías en poder de los contribuyentes, que sin duda alguna marcarán la era que se aproxima.

Nos referimos a los siguientes:

a.- El contribuyente tendría derecho a que se notifique sobre las conclusiones que emita la Inteligencia Artificial, de manera previa al dictado de cualquier acto de liquidación tributario.

b.- El Derecho a conocer cualquier disposición de la información que realicen la Inteligencia Artificial sobre su capacidad económica, operaciones, transacciones, negocios y hechos imposables cumplidos, fuera de los declarados por su persona.

c.- El Derecho al recurso del acto de comunicación de la información algorítmica recibida.

e.- El derecho a solicitar información sobre el uso que los Estados contratantes van a hacer de la información algorítmica generada de valor agregado.

f.- El derecho a que los Estados protejan la información algorítmica de valor agregado recibida del otro Estado con el cual han intercambiado información.

g.- El derecho del contribuyente a recurrir una liquidación dictada sobre la base de información algorítmica de valor agregado.

h.- El derecho a una determinación o liquidación tributaria humana, anterior o posteriormente al acto dictado por una herramienta de IA.

i.- Todo contribuyente tendrá derecho a conocer o tener acceso de manera clara y comprensible al diseño del algoritmo base de las IA.

j.- En el caso que se corrobore que la información o los datos tributarios de acceso a una IA son erróneos, la herramienta deberá contar con un sistema de corrección y la anulación de la información de valor agregada producida. Igual conclusión se establecerá cuando se comprueben que ha existido un sesgo en el diseño de la IA.

k.- A los fines mencionados anteriormente es altamente recomendable que exista dentro de la organización un seguimiento y auditoria desde que se planifica la herramienta de IA hasta sus resultados finales. Incluso el monitorio de las decisiones algorítmicas.

Así también las variantes que pueden surgir del intercambio de información algorítmica de valor agregado. El contribuyente tendrá derecho a conocerla, a su protección por secreto fiscal y a su impugnación o recurso, incluso cuando sea agregada a una liquidación.

# Las injurias en el derecho civil contemporáneo. Tensión entre bienes jurídicos en juego y modo de resolución

Julián Emil Jalil\*

“...Escribid las injurias en la arena, grabad los beneficios en el mármol...” (Claude Boiste)

## I. A modo de introducción: el homenaje al profesor doctor Julio I. Altamira Gigena

No puedo desconocer el profundo honor que representa para mi persona formar parte, por encargo del profesor Padilla, de esta obra colectiva en homenaje al profesor doctor Julio I. Altamira Gigena, quien ha sido, presidente de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba, profesor de la Universidad Nacional de Córdoba, director del Instituto de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, académico correspondiente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, miembro del Consejo de la Magistratura de la Provincia de Córdoba, conferencista y autor de diferentes obras, entre tantos otros laudos.

Toda una vida dedicada a la docencia y actividades afines, su impronta académica resuena en las universidades cordobesas como los campanarios dominicales y sus enseñanzas, día a día, aportan luz al derecho argentino en circunstancias tan necesarias como las actuales.

Agradezco nuevamente el convite del profesor Rodrigo Padilla e intentaré estar a la altura de las circunstancias en relación al destacado académico en cuyo homenaje emprendemos esta empresa académica conjunta, como, asimismo, al lúcido cuerpo docente que la integra.

## II. El concepto de injurias

Adentrándonos en el tema sobre el cual vamos a deslizar estas líneas debemos precisar que se considera *injuria* a toda especie de actos intencionales o no, ejecutados de palabra, por escrito o por hechos que constituyan una ofensa, que ataquen el honor, la reputación o la dignidad de una persona, hiriendo sus justas susceptibilidades. Es decir, son injurias todos los excesos verbales o por escrito, en condiciones que puedan ser oídos o conocidos por extraños, configuran una auténtica difamación innecesaria para la defensa en juicio. [\[436\]](#)

Debe tener el acto cuestionado entidad suficiente como para deshonrar o desacreditar, de esa manera se dejan fuera las pretensiones de reparación de meras susceptibilidades” [\[437\]](#)

Las injurias se vierten generalmente en el marco de la expresión humana, por ello, comúnmente se presenta en estos casos una colisión de derechos constitucionales, por un lado, el derecho a la *libertad de expresión*, y por el otro el derecho a la *intimidad y al honor*.

## III. Los derechos en colisión comprometidos y su respaldo normativo

El derecho a la *libertad de expresión* y la relevancia que conlleva el acceso colectivo a la información están consagrados en los arts. 14, 32 y 42 de la CN, art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, IV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, entre otros cuerpos normativos. Bajo la garantía de la “libertad de expresión” universalmente se comprenden la libertad de emitir opinión y el derecho de dar o recibir informaciones o ideas, sin censura previa o sin injerencia de autoridades.

La *intimidad* es la parte de la vida de una persona que no ha de ser observada desde el exterior, y afecta sólo a la propia persona. Se incluye dentro del “ámbito privado” de un individuo cualquier información que se refiera a sus datos personales, relaciones, salud, correo, comunicaciones electrónicas privadas, etc.

El derecho que poseen las personas de poder excluir a las demás personas del conocimiento de su vida privada, es decir, de sus sentimientos y comportamientos. Una persona tiene el derecho a controlar cuándo y quién accede a diferentes aspectos de su vida particular.

De manera general, la *privacidad* puede ser definida como aquel ámbito de la vida personal de un individuo, que (según su voluntad) se desarrolla en un espacio reservado y debe mantenerse con carácter confidencial. Por otro lado, y según el Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española, la *privacidad* se define como el “ámbito de la vida privada que se tiene derecho a proteger de cualquier intromisión”, e *intimidad* se define como zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo,

especialmente de una familia.

El derecho a la intimidad, como es sabido, puede ser vulnerado mediante la publicación de aspectos de la vida de una persona que ésta, legítimamente, pretenda mantener ocultos del resto de la sociedad. No es ese el caso que nos ocupa, pues ambas notas se desenvuelven en un contexto de voluntaria exposición pública por parte del actor.

En el derecho argentino podemos encontrar el marco constitucional del derecho a la *intimidad* o al respeto a la vida privada en el art. 19 de la CN, que consagra el denominado “principio de reserva”; el art. 18, que garantiza la inviolabilidad del domicilio, la correspondencia y los papeles privados, y el art. 33, que reconoce los llamados “derechos implícitos”, entre otras normas. Por su parte, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Europea de Salvaguarda de los Derechos del Hombre y las Libertades Fundamentales, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención sobre los Derechos del Niño también reconocieron este derecho a la intimidad.

El *honor* o la *reputación* son conceptos con distintas acepciones, pero en general se reconoce que existe una dimensión subjetiva y otra objetiva. La primera es la consideración que cada persona tiene de sí misma, sus virtudes y defectos, y del respeto o trato que merece por parte de sus semejantes. La dimensión objetiva tiene que ver con lo que opina o piensa la sociedad en la que se desenvuelve el sujeto, acerca de sus méritos o virtudes y sus deméritos.

Entonces, son objeto de la protección del derecho al honor la llamada “autovaloración” (sentimiento personal de la propia dignidad y de la de su familia), y el buen nombre o reputación (valoración social de la persona, según los méritos adquiridos de modo objetivo por la virtud o buena conducta); suelen ser reconocidos como “honor subjetivo” y “honor objetivo”, respectivamente.

El primero es una cualidad invariable e inherente a todo individuo por su condición de persona humana. El segundo, sin embargo, por la referencia a terceras personas, tiene ciertos elementos de contingencia y convencionalidad. En todo caso, la violación del honor en cualquiera de sus aspectos es un menoscabo de la persona humana. [\[438\]](#)

En este orden de ideas, ha señalado la jurisprudencia que la protección comprende a la honra o reputación, de modo que se tutela tanto la estima propia como la fama o estimación ajena, lo que significa que se receptan ambas facetas del honor. Su tutela aparece, juntamente con la de la intimidad o vida privada, en la inmensa mayoría de las Constituciones e incluso en los tratados de derechos humanos, generalmente a la par. [\[439\]](#)

El Código Civil y Comercial no define el derecho al *honor*, por lo que serán aplicables los criterios establecidos por la doctrina y la jurisprudencia que han definido el contenido de este derecho.

#### *IV. Las injurias como atentado a la dignidad humana*

Por su parte, el art. 52 del CCCN expresamente dispone que la persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos.

Entonces, podemos señalar que a través de las injurias se lesiona la *dignidad humana* (comprensiva del honor y la intimidad), y en la medida que ese acto sea desmedido en relación a la libertad de expresión habrá responsabilidad por daño a la persona.

#### *V. La viabilidad de las injurias en la medida que sobrepase la línea de tensión con el derecho a la libertad de expresión*

El conflicto entre valores o bienes jurídicos contrapuestos obliga a los jueces a realizar, en cada caso, una armónica ponderación axiológica con miras a determinar con precisión sus respectivos alcances y límites, a fin de asegurar los objetivos para los que fue dictada la Constitución que los ampara. [\[440\]](#)

Como dijimos, las injurias reposan en una colisión de derechos en donde, en la medida que la lesión al honor o la intimidad sobrepasen la línea de tensión del derecho a la libertad de expresión, harán pasible de resarcimiento al daño causado.

#### *VI. Los medios de comunicación y las injurias*

En el caso de que se atribuya a un medio de comunicación (o a las personas que a través de ellos se expresan), hay que decir -siguiendo la delicada pluma del ex magistrado Pfleger- que dada la importancia de la libertad de expresión en una sociedad democrática y la elevada responsabilidad que ello entraña para quienes ejercen profesionalmente labores de comunicación social, el Estado no sólo debe minimizar las restricciones a

la circulación de la información sino también equilibrar, en la mayor medida de lo posible, la participación de las distintas informaciones en el debate público, impulsando el pluralismo informativo, en consecuencia, la equidad debe regir el flujo informativo. [\[441\]](#)

Ahora bien, ante la difusión de hechos relativos exclusivamente a la vida privada de una persona sin su consentimiento, no puede el medio defenderse mediante la *exceptio veritatis*, o sea, mediante la alegación y prueba de que lo dicho es verdad, que efectivamente ha acontecido. Por ello, ninguna importancia tiene que así haya sido, dado que la violación de la intimidad se produce por la sola intromisión (arbitraria) en la vida privada, y por ende, si ha causado una perturbación en sus sentimientos, genera la obligación de reparar el daño (art. 1770 CCCN). [\[442\]](#)

Es decir que cuando el conflicto con la libertad de expresión es con respecto a la intimidad o vida privada, no es necesario ni suficiente acreditar la veracidad de lo sostenido, ya que la intromisión, -si es arbitraria-, genera responsabilidad, y por lo tanto obligación de resarcir los daños que se invoquen y acrediten. [\[443\]](#)

## VII. La tutela preventiva: acción preventiva de daños

Por su parte, ante un ataque a la intimidad, honor o dignidad, la tutela preventiva del art. 1710 y sgtes. del CCCN se configura como una herramienta idónea para que la judicatura disponga de diversos mecanismos (ob. de dar, hacer o no hacer) a los fines de evitar la continuación o agravamiento de un daño, como ordenar el cese o la suspensión de la perturbación, o la llamada acción preventiva de cese del ataque (ej.: prohibición de publicar cualquier material fotográfico en estado de desnudez de una persona).

Ello será así, sin perjuicio de otras medidas que también podrá garantizar un tribunal, como el derecho a réplica (que da al damnificado derecho de responder aquello que de él se ha dicho) y, asimismo, la publicación de una sentencia condenatoria, cuya función podrá ser eminentemente reparatoria.

## VIII. Aplicación práctica de las injurias en el derecho argentino

La jurisprudencia ha hecho aplicación de la figura de la injuria ante distintos casos. Entre los fallos más recientes se dijo que la demandada debe eliminar de una red social las publicaciones injuriantes que realizó respecto de los accionantes, aun cuando no mencione sus nombres, pues generan daño en el honor y vida privada de estos, al resultar fácil su identificación con alusiones directas. [\[444\]](#)

Se resolvió que la demanda de daños derivada de la publicación de un video en una red social que realizó un dirigente político, con expresiones difamatorias y agresivas respecto de otro líder local, es procedente, pues en la filmación se le imputó conductas ilícitas -extorsión, abandono de persona, cohecho- de las cuales no existe denuncia alguna, ni pruebas, lo que demuestra el ánimo de injuriar porque sí. [\[445\]](#)

Se sostuvo que la demanda por injuria no puede prosperar, pues, si bien no está cuestionado que la demandada reclamó la devolución de su computadora cuando se cruzó con el actor, es razonable que lo haya hecho, pues el encargado realizaba tareas de limpieza y aún no había devuelto la computadora, pese a que ya conocía desde el día anterior que aquella pertenecía a la emplazada; a lo que se suma que no hubo registros de lo sucedido en los libros del consorcio. [\[446\]](#)

Se señaló que el demandado es el autor de las publicaciones injuriosas en un muro de *Facebook* de una banda musical, dado que (aun cuando, según sus dichos, terceros tenían acceso a la página) el art. 1761 del CCCN dice que, si el daño proviene de un miembro no identificado de un grupo determinado, -el accionado reconoció su carácter de administrador-, responden solidariamente todos sus integrantes, excepto aquel que demuestre que no ha contribuido a su producción. [\[447\]](#)

El demandado es responsable por los comentarios injuriosos volcados hacia un árbitro de fútbol, dado que los distintos recortes periodísticos acompañados -cuya autenticidad no está en duda- generan una fuerte presunción sobre la veracidad de su contenido y, acreditada la autenticidad de los recortes en cuestión, y la presunción de veracidad que emana de ellos, debió el demandado demostrar su falsedad, lo que no aconteció. [\[448\]](#)

Se consideró que las expresiones vertidas en una red social por una agrupación que nuclea a actrices y técnicas, referidas a actos de violencia de género presuntamente cometidos por el querellante, no configuran los delitos de calumnias e injurias -arts. 109 y 110; Código Penal-; pues, conforme lo establecido por la Ley N° 26.551, la conducta resulta atípica, a pesar de tener potencialidad ofensiva del honor, por referirse a un asunto de interés público. [\[449\]](#)

## IX. Las injurias contra médicos y enfermeros en el marco del COVID-19

Lamentablemente, hemos visto varios casos de médicos o enfermeros que son víctima de actos lesivos a su dignidad y honor en medio de una pandemia que, paradójicamente, los tiene a ellos mismos como protagonistas en su loable quehacer de protección del resto de la sociedad y expuestos al contagio de la enfermedad. Todos estos casos constituyen daños injustamente padecidos por las víctimas, toda vez que esas acciones lesionan la dignidad y resultan claramente injuriosas. [\[450\]](#)

## *X. A modo conclusivo*

Como dijimos, las injurias reposan en una colisión de derechos en donde, en la medida que la lesión al honor o la intimidad sobrepasen la línea de tensión del derecho a la libertad de expresión harán pasible de resarcimiento la lesión al *interés* que claramente encuentra protección en el CCN (arts. 1, 2, 52, 1716, 1717, 1737, 1740, 1741, del CCCN), y en el bloque constitucional (art. 75 inc. 22 de la CN, art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. V de la Declaración Americana de Derechos Humanos, art. 11 de la Convención Derecho del Hombre).

En este marco, representa una tarea específica del judicante delimitar la línea de tensión y determinar que si la lesión que produce el ofensor en el caso concreto constituye el ejercicio regular de un derecho (ej. información o expresión) o si, por el contrario, ha sobrepasado la línea tolerable del derecho al honor o a la intimidad generando para la victima un daño injustamente sufrido. (arts. 1716, 1717, 1737 del CCCN).



# La denominada “jurisdicción voluntaria”

Roberto Loutayf Ranea

## I. La Jurisdicción como función y deber del Estado

En la organización del Estado, rige como postulado esencial la prohibición de que las personas hagan justicia por mano propia: porque prevalecería la voluntad del más fuerte sin que signifique que tuviera razón. Por ello -como advierte Reimundín- establecida en el Estado moderno la prohibición de tomarse cada cual la justicia por su mano, surge la justicia como función pública destinada al mantenimiento de la paz y del orden jurídico<sup>[451]</sup>. Es decir, se ha prohibido la justicia por mano propia, pero se ha delegado en el Estado la función de impartir justicia (“jurisdicción”); y se ha reconocido a los individuos el derecho de solicitarla (“derecho de acción”), siendo el “proceso” el medio para encauzar el reclamo de justicia y para que el Estado pueda ejercitar la Jurisdicción<sup>[452]</sup>.

La proscripción de la justicia por mano propia resulta implícitamente consagrada en nuestra Constitución Nacional del establecimiento del Poder Judicial, tanto de la Nación como de las provincias, no obstante que se la admita en supuestos excepcionales<sup>[453]</sup>.

Al asumir el Estado la función jurisdiccional se ha sustituido la fuerza bruta de los contendientes -o de los grupos a que pertenecieran- como modo de solucionar los conflictos, por una fuerza reglamentada y limitada ejercida por un tercero ajeno a las partes y a la cuestión en litigio, que presenta por ello garantía de ecuanimidad, y resulta legítima por ser la forma en que la voluntad constitucional ha organizado la administración de justicia<sup>[454]</sup>. El Estado, entonces, que es igualmente el encargado de ejercer la *función legislativa* y dictar las *Leyes* generales (*juris-datio*) a través del órgano legislativo, tiene también a su cargo la *función jurisdiccional* por la que dicta las *sentencias* o mandatos individuales (*juris-dictio*) a través del órgano jurisdiccional, que son el resultado de la aplicación de las normas a los casos concretos.

Señala Vigo, que la función judicial, que históricamente emerge al desaparecer el sistema de autodefensa, no obstante su antigüedad como fuente formal del derecho, se constituye en el moderno estado de derecho independiente de las funciones legislativas y ejecutivas, y tiene por misión primordial, no sólo ser la justicia viviente que decía Aristóteles, sino también la seguridad viviente, que aplica el derecho vigente en cada caso, determinando los derechos y obligaciones de cada uno, o sea garantizando la plena capacidad de respuesta del ordenamiento jurídico<sup>[455]</sup>.

En el período de formación del Estado -advierte Ugo Rocco-, por efecto de la incompleta consolidación del organismo estatal, la realización de los intereses tutelados por las normas jurídicas estaba en gran parte encomendada al interesado o al grupo a que pertenecía. Regía el sistema de la “*defensa privada*” o “*autotutela*”. Pero, llegado el derecho a la fase de su madurez y reforzada la autoridad del Estado, la realización de los intereses individuales tutelados por las normas jurídicas pasó a ser un problema de alta importancia social y política, de modo que se fue restringiendo cada vez más el límite de la defensa privada, que hoy, en el Estado moderno, se circunscribe a poquísimos casos<sup>[456]</sup>.

Para que el ejercicio de la función jurisdiccional por parte del Estado puede alcanzar el objetivo propuesto y resulte eficaz, se la ha revestido de dos elementos o potestades esenciales, a ejercerse en momentos sucesivos, cada una de las cuales importa respectivamente el desarrollo de sendos aspectos o elementos del Poder público:

**a)** la de “*juzgar*” (o declaración de certeza sobre la solución jurídica del caso), que importa el ejercicio de aquél aspecto del Poder que se lo suele denominar como “*autoridad*” o “*imperio*”; y

**b)** la de “*ordenar la ejecución*” de lo juzgado (ejecución forzada)<sup>[457]</sup>, que es el ejercicio del otro aspecto del poder que es la “*coacción*”<sup>[458]</sup>.

En consecuencia, y siguiendo el sentido semántico de la palabra “*jurisdicción*” (que deriva de la voz latina “*jurisdictio, onis*) significa “acción de juzgar”; y “*juzgar*” (que a su vez deriva del verbo latino “*judicare*”) significa “dar su dictamen, decir su parecer; fallar, sentenciar”<sup>[459]</sup>. Es decir, jurisdicción significa la acción de “decir el derecho”; no en el sentido de dictar la norma general (que corresponde al órgano legislativo), sino de aplicar el derecho vigente en cada caso concreto, y declarar cuál es la solución jurídica en un determinado conflicto. En ello radica la esencia de la función jurisdiccional: en que el órgano a quien se le ha dado la atribución de hacerlo, emita pronunciamiento o “*sentencia*” que, para resolver el conflicto planteado, diga el derecho del caso concreto<sup>[460]</sup>, es decir, que resuelva el conflicto de acuerdo a derecho. Y como complemento para el cumplimiento de la resolución emitida, si los

particulares no lo hicieren voluntariamente o ello no fuere posible, la función jurisdiccional también comprende la “*potestad de ejecución*”, es decir, de disponer medidas compulsivas para la realización de sus mandatos. Y ello, lógicamente, sin perjuicio de las demás atribuciones propias para lograr el cumplimiento de estos cometidos esenciales.

## II. La solución de conflictos como finalidad inmediata de la Jurisdicción

Conforme ya se señaló, como consecuencia de la prohibición de la Justicia por mano propia, se ha delegado en el Estado el ejercicio de la función jurisdiccional, y se ha reconocido a las personas el derecho de acción para solicitar la protección jurisdiccional cuando mantuvieran un conflicto con otra persona o personas. Es decir, “la Jurisdicción presupone la existencia de un conflicto” entre personas cuya solución se prohíbe a los interesados que lo hagan por mano propia (salvo, lógicamente, la “autocomposición” en los casos en que es posible). Si no hubiera un conflicto entre partes -dice Lascano- la intervención del Estado como tercero, no tendría razón de ser<sup>[461]</sup>.

La Jurisdicción, entonces, ha sido instituida para solucionar los “conflictos” que no podría lograrse a través de otros medios<sup>[462]</sup>. Por ello, el ámbito de actuación de los órganos jurisdiccionales son los conflictos<sup>[463]</sup>; como destaca López Mesa, sin asomo de duda, el verdadero sentido de la jurisdicción se aprecia o patentiza en la jurisdicción contenciosa, donde hay un conflicto o disputa, dos o más partes, y donde la resolución del juez además de zanjar el diferendo, hace cosa juzgada<sup>[464]</sup>. Y si el caso sometido no requiere solución de un conflicto, el juez debe denegar su intervención si no existe ley expresa que lo autorice<sup>[465]</sup>.

Reiteradamente ha destacado la Corte Suprema de Justicia de la Nación que es de la esencia del Poder Judicial decidir colisiones efectivas de derecho, y no compete a los jueces hacer declaraciones generales o abstractas<sup>[466]</sup>.

El fundamento jurídico en el derecho argentino se encuentra en el art. 116 de la Constitución Nacional reformada en 1994 (anterior art. 100) que se refiere a “*causas*”, y el art. 3° de la Ley N° 27 que dispone que los jueces sólo ejercen jurisdicción en los “*casos contenciosos*”<sup>[467]</sup>. La Corte Suprema de Justicia ha señalado que el Poder Judicial de la Nación conferido a la Corte Suprema de Justicia y a los tribunales nacionales por los arts. 94, 100 y 101 de la Constitución (arts. 108, 116 y 117 luego de la Reforma de 1994) se define como el que se ejercita en las causas de carácter contencioso a las que se refiere el art. 2° de la Ley N° 27<sup>[468]</sup>. Y dichas causas son aquellas en las que se persigue en concreto la determinación del derecho debatido entre *partes adversas*<sup>[469]</sup> que debe estar fundado en un interés específico, concreto y atribuible en forma determinada al litigante<sup>[470]</sup>.

Se configura una controversia entre partes si ellas sostienen derechos contrapuestos, esto es, una controversia “definida y concreta”<sup>[471]</sup>. Los “*casos contenciosos*” previsto en el art. 2° de la Ley N° 27, son “los únicos en los que los tribunales federales, de todas las instancias, pueden ejercer su jurisdicción”; y no puede ser asimilado a ellos el supuesto en que el examen de las diversas argumentaciones que sostienen la pretensión planteada por la actora permite concluir que no se verifica la presencia de un interés jurídico inmediato o directo que dé lugar a una controversia actual y concreta<sup>[472]</sup>.

En el orden provincial, el fundamento está en el art. 5° que establece que:

“cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución nacional”, y acto seguido prescribe “que asegure su administración de justicia”. También el art. 75 inc. 12 que establece que la aplicación de los códigos de fondo corresponde a “los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones”.

Si no existe un conflicto, como ocurre con la denominada “*Jurisdicción voluntaria*”, la intervención que pueda asignarse a los jueces constituye una mera atribución legal, pero en su desarrollo “*no ejercen propiamente Jurisdicción*”<sup>[473]</sup>.

Hay quienes niegan que sea de la esencia de la Jurisdicción la solución de conflicto. Así Clariá Olmedo señala que la Jurisdicción consiste en la actuación del derecho objetivo mediante la aplicación de la norma general al caso concreto y mediante la realización forzosa de la norma general misma. Considera que la Jurisdicción actúa el derecho, se pone en práctica, aunque no exista “conflicto” entre las partes (allanamiento, renuncia, disposición) o sin tener en cuenta que exista (confesión del imputado, pedido de

absolución del Ministerio fiscal) o aunque los intereses de los intervinientes no deban estar necesariamente contrapuestos en lo formal (adopción, divorcio por presentación conjunta, proceso voluntario); esto significa -agrega- que el derecho ha de actuarse sin que exista *litis*; que hay causas sin controversias, sin conflicto <sup>[474]</sup>. Sin embargo, debe observarse lo siguiente:

**a)** no todo lo atribuido al órgano jurisdiccional es función jurisdiccional, ni todo lo que aquél realiza es jurisdiccional por el solo hecho de realizarlo ese órgano.

**b)** Conforme ya se señaló, la asignación de otras funciones a los órganos jurisdiccionales no implica cambiar la esencia de la función jurisdiccional que ha sido establecida para solucionar los conflictos; por ello, la asignación de conocimiento en los asuntos que se denominan de “jurisdicción voluntaria” no quiere decir que la Jurisdicción haya cambiado de objeto y naturaleza, tal como lo señala Lascano <sup>[475]</sup>.

**c)** Además, algunas actitudes de las partes (como la renuncia o el allanamiento en los supuestos en que está permitido) pueden poner fin al conflicto, pero no quita que éste haya existido hasta entonces. Igualmente ocurre en los procesos penales cuando el acusador, por ejemplo, pide la absolución del imputado (por estar convencido de su inocencia) y el ordenamiento jurídico le reconoce eficacia: el pedido pone fin a la controversia y al conflicto, pero éste ha existido hasta entonces; y si el ordenamiento jurídico le niega a ese pedido trascendencia jurídica, el conflicto planteado permanece y el tribunal debe decidir conforme a su convencimiento y al derecho <sup>[476]</sup>.

**d)** Hay supuestos en que las partes están de acuerdo en lograr un efecto jurídico, pero no lo pueden alcanzar por sí solas (porque es materia indisponible) y deben recurrir al órgano jurisdiccional con el planteo respectivo (tal el caso, por ejemplo, de planteos de nulidad de matrimonio): en estos supuestos la actitud de las partes muestra acuerdo sobre la solución del asunto (la nulidad del matrimonio), pero también evidencia que existe el conflicto cuya solución pretenden a través de la decisión jurisdiccional, porque si no permaneciera el conflicto no esperaríamos la decisión jurisdiccional <sup>[477]</sup>. Si el ordenamiento jurídico impide a las partes acordar la solución de los conflictos en que está interesada la comunidad, ello determina y está demostrando la ineficacia de cualquier acuerdo de partes para solucionarlos; y si sólo pueden ser solucionados por la Jurisdicción, ello significa que tales conflictos permanecen hasta la decisión jurisdiccional, que es la que los resuelve, la que debe ajustarse al derecho objetivo, más allá que la solución coincida con la que querían las partes.

Debe tenerse en cuenta que para el orden jurídico y el derecho procesal el *conflicto*, elemento indispensable para la apertura de la jurisdicción contenciosa, subsiste hasta tanto se hayan dirimido los derechos que corresponden a las partes (mediante el dictado de la Sentencia) y las obligaciones establecidas en la misma hayan sido íntegramente cumplidas (espontáneamente por el obligado o mediante la ejecución de la Sentencia) <sup>[478]</sup>. Es decir, el conflicto queda totalmente solucionado cuando la pretensión resulta satisfecha materialmente con el cumplimiento efectivo de la prestación, lo que, en caso de resistencia del condenado, sólo se logra con la pertinente ejecución de sentencia que, de esta forma, se convierte en parte necesaria del proceso jurisdiccional <sup>[479]</sup>.

### III. Jurisdicción voluntaria

El proceso de jurisdicción voluntaria es aquel en que no corresponde decidir entre pretensiones contradictorias, sino que la Ley exige la intervención del magistrado para dar eficacia a ciertos actos que, por razones de certeza, estima necesario integrar, autorizar y homologar <sup>[480]</sup>.

Normalmente se denomina a este tipo de procedimientos como “jurisdicción voluntaria”. Pero se ha cuestionado tal denominación porque no se trata de actividad jurisdiccional, ya que no existe conflicto que resolver, sino simples peticiones hechas a los magistrados; además, el término “voluntaria” puede hacer pensar, por oposición, en una jurisdicción obligada, lo cual no es exacto, dado que, en términos generales, ninguna persona se encuentra obligada a reclamar sus derechos a la jurisdicción. Por ello, Arazi prefiere la expresión “procedimientos no contenciosos o no jurisdiccionales o, más simplemente, peticiones judiciales no jurisdiccionales” <sup>[481]</sup>.

### IV. No existe “conflicto” ni los jueces ejercen propiamente Jurisdicción

Ya se destacó que si no existe un conflicto, como ocurre con la denominada “Jurisdicción voluntaria” <sup>[482]</sup>, la intervención que pueda asignarse a los jueces constituye una mera atribución legal que obedece a razones de política legislativa <sup>[483]</sup>, pero en su desarrollo “no ejercen propiamente Jurisdicción” <sup>[484]</sup>; y más aún, podría atribuirse tal actividad a la autoridad administrativa, quien la podría

llevar a cabo en ejercicio de su función propia <sup>[485]</sup>: la mayoría de las opiniones coinciden en considerar a la llamada “jurisdicción voluntaria” como “actividad administrativa” desempeñada por el juez <sup>[486]</sup> (y en algunos casos, como señala López Mesa, de naturaleza “mixta”, en cuanto escapan de la decisión de un funcionario administrativo tipo <sup>[487]</sup>). Guasp dice que la “jurisdicción voluntaria no es una figura procesal auténtica, sino una figura administrativa que, por razones de diversa índole, se confía a órganos judiciales”; la naturaleza de la jurisdicción voluntaria debe buscársela en “el campo de la administración, pues, siendo administración, cualquier actividad de realización de los fines de interés general, distinta tan sólo de la actividad legislativa y de la actividad procesal, no queda otro cauce, dentro de las figuras del derecho público, al que la jurisdicción voluntaria indudablemente pertenece, dada la presencia en ella de un órgano del Estado, que atribuirle un cometido estrictamente administrativo. La jurisdicción voluntaria es, pues, actividad administrativa...” <sup>[488]</sup>.

Debe tenerse en cuenta que la “Jurisdicción” se delegó en el Estado como consecuencia de la prohibición de la justicia por mano propia; por su objetivo y esencia, entonces, la función jurisdiccional tiene como finalidad la resolución de los conflictos entre los miembros de la población; todo lo que no sea así no es función jurisdiccional, por más que la ley le haya atribuido su intervención a los jueces <sup>[489]</sup>; este criterio se basa, entonces, en el origen y en la finalidad atribuida a esta función en la organización estatal.

Como dice Lascano, el hecho que la legislación vaya dando a los jueces competencia para conocer en procesos en que no hay *litis*, no quiere decir que la Jurisdicción haya cambiado de objeto y naturaleza, sino que la misma ha sido y sigue siendo instituida en defensa de la paz social, para dirimir los conflictos de intereses <sup>[490]</sup>. Pero, nada obsta para que, por medio de una Ley, dichos trámites se efectúen ante organismos administrativos y no ante los jueces <sup>[491]</sup>.

La finalidad de la jurisdicción voluntaria, aclara López Mesa, no es otra que la creación de nuevos estados o relaciones jurídicas, y el desenvolvimiento fluido de las relaciones jurídicas existentes, a diferencia de la jurisdicción contenciosa, que propende a la actuación o restablecimiento de las ya dañadas o en estado de menoscabo. Muchas veces las partes actúan de común acuerdo en el juicio voluntario y sólo requieren la intervención del juez para consolidar una situación jurídica y prevenir un futuro litigio <sup>[492]</sup>.

Destaca Prieto Castro que el concepto de “jurisdicción voluntaria” procede del Derecho romano (*iurisdictio voluntaria*) y su equivalente existe en otros idiomas (*jurisdictiongracieuseouvolontaire*, en Derecho francés; *giurisdizionevolontaria*, en el italiano; *freiwilligeGerichtsbarkeit*, en el alemán), aunque en algunos sistemas procesales se resalta, por la denominación, la actividad no contenciosa en que normalmente consiste (por ejemplo, en el Derecho austríaco, *VerfahrenausserStreitsachen*) <sup>[493]</sup>.

Sentís Melendo confiesa, sin que ello constituya ninguna confesión atrevida ni desfachatada, que no sabe con claridad lo qué es jurisdicción voluntaria; y, coincidiendo con Lascano, señala que varía de país a país y de momento a momento <sup>[494]</sup>.

## V. Jurisdicción voluntaria y proceso voluntario

El proceso voluntario no es otra cosa que el continente procesal que canaliza los trámites de la llamada “jurisdicción voluntaria” de los jueces <sup>[495]</sup>; es decir, el proceso voluntario es el cauce procesal que debe seguirse frente a los pedidos formulados por los interesados en los denominados asuntos de jurisdicción voluntaria.

## VI. Los sujetos en la jurisdicción voluntaria: *petitionarios*

En los procesos de jurisdicción voluntaria no hay “*partes*” en sentido estricto porque no se pide nada en contra o frente a otra persona <sup>[496]</sup>; en los procesos voluntarios se designan “*petitionarios*” a quienes hacen las peticiones respectivas <sup>[497]</sup>; también “*solicitantes*” <sup>[498]</sup>.

## VII. Caracteres de la jurisdicción voluntaria

Palacio destaca como caracteres de los procesos de jurisdicción voluntaria los siguientes:

“1º) No existe en él conflicto alguno a resolver; 2º) Consecuentemente, en los procesos voluntarios no hay partes en sentido estricto; 3º) en razón de la ausencia de bilateralidad, la declaración que emite el juez no produce efectos de cosa juzgada respecto de terceros afectados por ella.”

Esto último porque, siendo que es requisito de la cosa juzgada que la sentencia haya recaído en un proceso contencioso, no son susceptible de adquirir tal calidad las decisiones conclusivas de los denominados “procesos voluntarios”<sup>[499]</sup>: no adquiere tal calidad lo decidido en una *información sumaria*, ya que no constituye un procedimiento contradictorio sino que se limita a verificar una situación de hecho<sup>[500]</sup>; tampoco adquiere calidad de cosa juzgada lo decidido en un pedido de declaración de fallecimiento presunto<sup>[501]</sup>.

En nuestro ordenamiento jurídico no está prevista la genérica posibilidad de que, por vía de actos de jurisdicción voluntaria (“*homologación*”), los jueces creen títulos ejecutorios, asimilables a una sentencia dirimente de una contienda judicial<sup>[502]</sup>. Es decir, si bien los jueces pueden dictar las sentencias homologatorias (art. 162 CPCCN y ordenamientos similares) en los supuestos de los arts. 305, 308 y 309 que ponen fin a los litigios y pueden ser ejecutables (art. 500), no ocurre lo mismo cuando no ha existido litigio: en tal caso los jueces no pueden homologar con fuerza ejecutoria los convenios a que han arribado las partes respecto de obligaciones dudosas, o sea, sin que haya existido controversia judicial a su respecto (sobre el tema, ver también *infra* el título “Es necesaria una expresa disposición legal que autorice al juez a intervenir”).

En ese sentido, con referencia a la transacción, el art. 832 del Código Civil derogado decía que la “transacción es un acto jurídico bilateral, por el cual las partes, haciéndose concesiones recíprocas, extinguen obligaciones litigiosas o dudosas”. Coincidentemente, el art. 1641 del Código Civil y Comercial establece: “La transacción es un contrato por el cual las partes, para evitar un litigio, o ponerle fin, haciéndose concesiones recíprocas, extinguen obligaciones dudosas o litigiosas”. Obligaciones “*litigiosas*” son las que están sujetas a la decisión de un tribunal en un proceso; y “*dudosas*” son aquéllas sobre las que existen opiniones encontradas de las partes interesadas, pero que la cuestión no ha sido planteada en juicio<sup>[503]</sup>. La transacción es “*judicial*” cuando tiene lugar en juicio y se refiere a obligaciones litigiosas; y es “*extrajudicial*” cuando se realiza respecto de obligaciones dudosas, sin estar el asunto sometido a un proceso judicial o intervención de los jueces<sup>[504]</sup>.

## VIII. Principio de contradicción

Si bien normalmente las decisiones en los procesos voluntarios se dictan inaudita parte, no debe descartarse la posibilidad de aplicar el principio de contradicción o bilateralidad cuando las circunstancias lo aconsejaren<sup>[505]</sup>.

El principio en análisis deviene de la cláusula constitucional de inviolabilidad de la defensa en juicio (art. 18 CN). El mismo establece que, como principio, toda petición o pretensión formulada por una de las partes en el proceso, debe ser comunicada a la parte contraria para que pueda prestar a ella su consentimiento o formular su oposición; es decir, los jueces no pueden dictar resolución alguna sin que previamente se haya dado oportunidad de ser oídos a quienes pudieran verse directamente afectados por ella. Pero, basta dar la posibilidad de ejercer el derecho de defensa, ya que la vigencia del principio de bilateralidad o contradicción no exige la efectividad de su ejercicio.

Al principio de contradicción también se lo suele denominar como principio de “*bilateralidad de la audiencia*”, o principio de “*controversia*”<sup>[506]</sup>. Como dice Couture, el principio de bilateralidad de la audiencia consiste en que, salvo situaciones excepcionales establecidas en la ley, toda petición o pretensión formulada por una de las partes en el proceso, debe ser comunicada a la parte contraria para que pueda ésta prestar a ella su consentimiento o formular su oposición<sup>[507]</sup>. Palacio, a su vez, señala que el principio de contradicción es aquél que *prohíbe a los jueces dictar alguna resolución sin que previamente hayan tenido oportunidad de ser oídos quienes pudieran verse directamente afectados por ella*<sup>[508]</sup>. Alsina, coincidentemente, dice que el régimen de bilateralidad establece que todos los actos de procedimiento deben ejecutarse con intervención de las partes; e importa la “contradicción (derecho a oponerse a la ejecución del acto) y el contralor (derecho a verificar su regularidad)”<sup>[509]</sup>.

## IX. Es necesaria una expresa disposición legal que autorice al juez a intervenir

La intervención de los jueces en aquellos supuestos de “jurisdicción voluntaria” en que no existe

específicamente un conflicto (y que por lo tanto no constituye propiamente una actividad jurisdiccional en sentido estricto), presupone indefectiblemente la existencia de una previsión legal específica que asigne esa función, es decir, para que un juez puede intervenir en los casos no contenciosos es necesario que exista una expresa disposición legal que lo autorice (como ocurría con el art. 47 de la Ley N° 21.342) [\[510\]](#).

Conforme se ha señalado, el ejercicio de la llamada jurisdicción voluntaria o no contenciosa, está restringido a los supuestos taxativamente fijados por la ley, pues sólo razones de orden circunstancial determinan la competencia judicial cuando no se da la situación de intereses en conflicto [\[511\]](#) (criterio que en el ordenamiento procesal de la Provincia de Salta se ajusta también a lo que dispone el art. 803, que alude a la actuación de los jueces “exigida por la ley” [\[512\]](#)). En sentido coincidente se ha señalado que no existiendo previsión legal específica que asigne competencia al órgano jurisdiccional para emitir decisión homologatoria no existe la posibilidad de aplicar por analogía las soluciones legalmente previstas para otro tipo de situaciones. Esto es así, porque en el derecho argentino, para que los jueces puedan entender en su carácter de órganos jurisdiccionales, deben hacerlo respecto de causas en las cuales se plantee un conflicto, ámbito natural en que se desenvuelve el ejercicio de la jurisdicción. Y si bien la ley confiere intervención a los jueces en algunos supuestos en los que no se encuentra planteado específicamente un conflicto o controversia, como es el caso de la jurisdicción “voluntaria” (que no constituye propiamente una actividad jurisdiccional *stricto sensu*), la intervención judicial en ese tipo de supuestos *presupone indefectiblemente la existencia de una previsión legal específica* que asigne esa función, sin la cual no existe la posibilidad de la actuación judicial [\[513\]](#).

Dice Clemente Díaz que el legislador atribuye al organismo jurisdiccional el conocimiento de los asuntos de la llamada “jurisdicción voluntaria” por razones de oportunidad y conveniencia, no por razones jurídicas, pues se considera que circunstancialmente es el organismo más capacitado, dentro de un ordenamiento legal determinado, para apreciar la existencia o inexistencia de las condiciones jurídicas exigidas por la ley; además es el organismo más adecuado para organizar la tramitación de la solicitud del interesado. Y luego expresa que, si en su momento se consideró a la organización judicial como la más capacitada para observar y resguardar las garantías individuales, la creciente capacitación técnica de la Administración actual debe hacer que se revise aquel criterio. Se pregunta ¿Qué inconveniente pues podría existir en atribuir a la propia Administración la actividad registral? ¿o en derivar la parte informativa, fiscal y registral del proceso sucesorio a la actividad notarial? [\[514\]](#).

## X. Supuestos de casos de jurisdicción voluntaria

Siguiendo a Palacio, los actos de jurisdicción voluntaria pueden clasificarse en los siguientes grupos:

1º) Actos de constitución, integración, modificación y extinción de derechos (orden de inscripción de una sociedad en el Registro Público de Comercio; discernimiento de tutor o curador, etc.).

2º) Actos de homologación (aprobación de un acuerdo preventivo, o de la cuenta particionaria en un sucesorio, etc.).

3º) Actos de constatación (declaración de pobreza, ausencia con presunción de fallecimiento, todas aquellas resoluciones que declaren la existencia de un hecho determinado, etc.).

4º) Actos de autorización (venia para la enajenación de bienes de menores, ausentes e incapaces, autorización para comparecer en juicio, autorización para examinar los libros de una sociedad, etc.) [\[515\]](#).

En resumen, conforme se ha señalado, todos los actos indicados -y aquéllos que sean análogos- se incluyen en el casillero de la jurisdicción voluntaria, mientras no se susciten conflictos, oposiciones o contiendas, pues en estos supuestos el proceso ya no será voluntario sino contencioso [\[516\]](#).

El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación regula lo vinculado a “Procesos voluntarios”, en los arts. 774 a 784. Incluye entre ellos la “autorización para contraer matrimonio”, el nombramiento de tutor o curador, “copia y renovación de títulos”, “autorización para comparecer en juicio y ejercer actos jurídicos”, “examen de libros por el socio”, “reconocimiento, adquisición y venta de mercaderías.

Las “*informaciones sumarias*” son actuaciones típicas de la jurisdicción voluntaria: en ellas, los jueces no juzgan; se limitan a fiscalizar o controlar, constatar o verificar si se dan las condiciones para aprobar o desaprobado la solicitud. De allí que la rutina judicial ha consagrado para esta misión meramente fiscalizadora o controladora frases como “en cuanto hubiera lugar por derecho”, “sin perjuicio de terceros” etc. que en definitiva, son circunloquios forenses utilizados para caracterizar la ausencia de cosa juzgada en toda resolución judicial que aprueba o desaprueba una información sumaria [\[517\]](#).

El “*proceso sucesorio*” es un proceso de jurisdicción voluntaria<sup>[518]</sup> destinado a dar certeza a determinadas situaciones jurídicas, concretamente sobre la calidad de heredero, sobre la composición del patrimonio y sobre la partición del haber neto partible, donde no se pueden resolver controversias que excedan de las cuestiones conflictivas típicas relacionadas con esos temas<sup>[519]</sup>. Es un proceso no contencioso porque normalmente, no existen conflictos de intereses que deban resolverse<sup>[520]</sup>.

El juicio de “*mensura*” es un procedimiento de jurisdicción voluntaria que tiene por objeto confirmar, por medio de una operación técnica, la superficie que tiene un terreno; se limita al examen de la operación geodésica, pero no atribuye ningún derecho al mensurante, a diferencia del “juicio de deslinde” que es de naturaleza contenciosa<sup>[521]</sup>. La realización de la “*mensura*” procede más allá del decreto de medida cautelar alguna, y ello ningún gravamen ocasiona. No se trata de un juicio donde se discutan derechos controvertidos; la actuación del Juez se limita a designación del agrimensor y luego a aprobar o no sus conclusiones. Por la naturaleza de esta acción puede asimilarse a la jurisdicción voluntaria. El proceso de mensura no es un juicio, es sólo una operación, un acto de jurisdicción no contenciosa que no da ni quita derechos<sup>[522]</sup>.

El proceso de “*adopción*” es un proceso voluntario o extra contencioso<sup>[523]</sup> y, como principio, las resoluciones que en él se dictan no adquieren esa calidad de cosa juzgada<sup>[524]</sup>.

Las actuaciones que tienen por objeto la “*declaración de presunción de fallecimiento*” no constituyen un caso contencioso, ni una causa propiamente dicha, sino un juicio de jurisdicción voluntaria<sup>[525]</sup>.

Guasp distingue el ámbito de la jurisdicción voluntaria: a) en materia civil, y b) en materia mercantil, siempre haciendo referencia al derecho español entonces vigente. Dentro de los actos de jurisdicción voluntaria en “*materia civil*” incluye “*actos de jurisdicción voluntaria en el derecho de personas*” (informaciones para dispensa de ley, habilitaciones para comparecer en juicio y la ausencia -desaparición de una persona, ausencia legal, declaración de fallecimiento-); “*actos de jurisdicción voluntaria en el derecho de cosas*” (posesión judicial, deslinde y amojonamiento, apeos y prorrates de foros); “*actos de jurisdicción voluntaria en el derecho de obligaciones*” (informaciones para perpetua memoria, subastas voluntarias judiciales); “*actos de jurisdicción voluntaria en el derecho de familia*” (v. gr. medidas provisionales en relación con las personas -mujer casada que se proponga intentar demanda de nulidad de matrimonio, querrela por amancebamiento, querrela de adulterio, etc.-, suplemento del consentimiento de los padres para contraer matrimonio, adopción, nombramiento de tutores o curadores y el discernimiento de estos cargos, autorización judicial necesaria para la enajenación de bienes de menores e incapacitados); “*actos de jurisdicción voluntaria en el derecho de sucesiones*” (elevar a escritura pública un testamento o codicilo hecho de palabra, apertura de testamentos cerrados, protocolización de las antiguas memorias testamentarias). Dentro de los actos de jurisdicción voluntaria en “*materia mercantil*”, los divide en dos grandes categorías: “actos de jurisdicción voluntaria en el derecho mercantil terrestre” (depósito y reconocimiento de efectos mercantiles, embargo y depósito provisionales del valor de una letra de cambio, nombramiento de árbitros y de peritos, en el contrato de seguros, intervención judicial perentoria), y “*actos de jurisdicción voluntaria en el derecho mercantil marítimo*” (calificación de averías, liquidación de la gruesa y la contribución a la misma, descarga, abandono e intervención de efectos mercantiles, fianza de cargamento, enajenación y apoderamiento de efectos comerciales en casos urgentes y recomposición de naves, intervención judicial perentoria)<sup>[526]</sup>.

## *XI. Posibilidad de los asuntos de jurisdicción voluntaria de convertirse en contenciosos*

Los asuntos de jurisdicción voluntaria pueden convertirse en contenciosos cuando en ellos se suscita un conflicto entre partes interesadas<sup>[527]</sup>.

Así, por ejemplo, en algunos aspectos el proceso de “*adopción*” puede convertirse en un asunto contencioso<sup>[528]</sup>; en tal sentido, se ha dicho que el proceso de adopción reviste “*lato sensu*” el carácter de “extra contencioso”, en tanto no haya mediado oposición de los padres, en cuyo caso, por la aparición del conflicto, se transforma el proceso “voluntario” en “contencioso”<sup>[529]</sup>.

En un “*sucesorio*” pueden surgir cuestiones de carácter contradictorio planteadas en su secuela, ya sea como incidente o en forma de demandas por separado<sup>[530]</sup>: tales demandas originan procesos contenciosos, pero no modifican el carácter del sucesorio<sup>[531]</sup>. Así, por ejemplo, entre las controversias que pueden surgir en un sucesorio puede citarse al incidente de colación<sup>[532]</sup>, o al de indignidad<sup>[533]</sup>, o

al de inclusión de bienes<sup>[534]</sup>; la demanda de nulidad de testamento<sup>[535]</sup>, o la de petición de herencia<sup>[536]</sup>, o la de exclusión de herencia<sup>[537]</sup>; los incidentes de regulación de honorarios<sup>[538]</sup>, etc.

Esta particularidad de poder suscitarse una contienda en un asunto de jurisdicción voluntaria, ha llevado a Mercader a destacar que, tanto en los procesos de jurisdicción contenciosa como voluntaria, la función de los jueces puede alternarse sin impedimento legal de ninguna especie y participar de una u otra naturaleza, según las circunstancias particulares de cada caso<sup>[539]</sup>.

## *XII. Caducidad de instancia*

No se produce la caducidad de instancia en “los procesos sucesorios y, en general, en los voluntarios, salvo en los incidentes y juicios incidentales que en ellos se suscitaren” (art. 313 inc. 2º CPCCN y ordenamientos similares)<sup>[540]</sup>.

## *XIII. Costas*

Con relación a las costas, se ha resuelto que en los procesos de jurisdicción voluntaria, las costas de ambas instancias deben ser abonadas por la peticionante, no por haber resultado vencedora sino simplemente porque son gastos necesarios provocados en su propio interés; no operan como “condena” ni encuentran su asiento en el art. 68 del CPCC<sup>[541]</sup>.

En otro caso se ha resuelto que en el proceso de jurisdicción voluntaria la regla general respecto de las costas es que cada parte paga las propias y la mitad de las comunes si las hay, a menos que haya un vencido en el pleito<sup>[542]</sup>.

## *XIV. Las decisiones en los asuntos de jurisdicción voluntaria no adquieren calidad de cosa juzgada*

Las decisiones en los procesos de jurisdicción voluntaria no adquieren autoridad de “cosa juzgada”, ya que sólo adquieren tal calidad las sentencias recaídas en procesos contenciosos<sup>[543]</sup>. No adquiere tal calidad lo decidido en una *información sumaria*, ya que no constituye un procedimiento contradictorio sino que se limita a verificar una situación de hecho<sup>[544]</sup>. Tampoco adquiere calidad de cosa juzgada lo decidido en un pedido de “*declaración de fallecimiento presunto*”<sup>[545]</sup>. Como ya se destacó, las resoluciones que se dictan en el proceso de “*adopción*” mientras no exista controversia no adquieren la calidad de cosa juzgada<sup>[546]</sup>. A su vez, en el ámbito “*sucesorio*” se ha resuelto que la *declaratoria de herederos* no puede servir de fundamento a la excepción de cosa juzgada en sentido material, pues, su validez no consiste sino en la presunción de que los declarados herederos lo son mientras no se resuelva lo contrario<sup>[547]</sup>.

## *XV. Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Salta*

El Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Salta, sigue, en general, el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, aunque con algunas modificaciones. Contiene algunas normas particulares con relación a los procesos voluntarios en el Libro Séptimo, Capítulo I, que son las siguientes:

Art. 803. - “Casos no previstos. Cuando se promueva actuaciones cuyo fin sea requerir la intervención o autorización de los jueces exigida por la Ley para acordar autenticidad o relevancia a hechos o situaciones que puedan producir efectos jurídicos, el procedimiento en tanto no estuviere previsto expresamente en este código se ajustará a las siguientes prescripciones:

1º) La petición se formulará de acuerdo con las disposiciones relativas a la demanda del proceso ordinario en cuanto fueren aplicables. En el mismo escrito se indicarán los elementos de información que hayan de hacerse valer;

2º) Se dará intervención al Ministerio Público;

3º) Regirán para la información las disposiciones relativas a la prueba de proceso ordinario



en cuanto fueren aplicables;

4º) Si mediare oposición del Ministerio Público, se sustanciará por el trámite del juicio sumarísimo o verbal o de los incidentes, según lo determine el juez de acuerdo con las circunstancias;

5º) Las resoluciones que aprueben, homologuen o desechen el pedido son susceptibles de apelación en relación;

6º) Si mediare oposición de terceros el juez examinará en forma preliminar su procedencia.

Si advirtiese que no obsta a la declaración solicitada, la sustanciará en la forma prevista en el inciso 4º.

Si la oposición planteada constituye una cuestión de tal importancia que obsta a todo pronunciamiento, sobreseerá los procedimientos disponiendo que los interesados promuevan la demanda que consideren pertinente. Contra la resolución podrá recurrirse en apelación, la que se concederá en relación”.

**Art. 804.-** “Requisitos de Ley es respectivas. Tendrán aplicación, asimismo, los requisitos que particularmente establezcan las Leyes respectivas”.

**Art. 805.-** “Efectos de la declaración. Las declaraciones emitidas en los procedimientos de jurisdicción voluntaria no hacen cosa juzgada”.

**Art. 806.-** “Aplicación subsidiaria. Las disposiciones de este capítulo se aplicarán supletoriamente a los demás procedimientos de jurisdicción voluntaria, regulados especialmente en este título”.

Con relación a estas normas del Código de Salta, López Mesa considera que son de “gran valía”, “atinadas”, y que sería bueno que se incorporara alguna de ellas, o una buena regulación sustitutiva de ellas, en algunas próximas reformas del CPCC de la Nación, de modo de dotar a la jurisdicción voluntaria de una regulación detallada, precisa, prolija, destinada a evitar equívocos y brindar seguridad a los sujetos procesales [\[548\]](#).

## *XVI. Actos de jurisdicción voluntaria en algunos ordenamientos procesales laborales provinciales*

Algunos Códigos Procesales Laborales provinciales contienen disposiciones específicas sobre los actos de jurisdicción voluntaria.

Así, el Código Procesal Laboral de la Provincia de Mendoza (Ley N° 2.144), en el título “Actos de jurisdicción voluntaria”, dispone:

“ART. 101 - “Los actos de jurisdicción voluntaria relacionados con asuntos de trabajo se tramitarán ante las cámaras de conformidad a lo prescripto en el art. siguiente.

“ART. 102 - La petición deberá contener: nombre y apellido, domicilio, edad, estado civil y oficio del presentante, la designación de lo que se gestiona, el ofrecimiento de la prueba, nómina de los testigos y el interrogatorio que será presentado por escrito.

“Recibida la prueba en un término que no excederá de cuatro (4) días, el Ministerio Público deberá expedirse sobre su mérito. Evacuada la vista, la cámara dictará resolución dentro de los diez (10) días” [\[549\]](#).

El Código Procesal del Trabajo de la Provincia de Córdoba (Ley N° 7987), en el Capítulo Cuarto que se refiere a los “Actos de jurisdicción voluntaria. Trámite”, dispone:

**Art. 82.-** “Los actos de jurisdicción voluntaria relacionados con asuntos de trabajo y de seguridad social se regirán por el siguiente trámite: el procedimiento será verbal y actuado, efectuándose toda la información en una sola audiencia. Recibida la prueba, se correrá vista al Asesor Letrado del Trabajo por tres días, para que expida sobre el mérito de la misma. Evacuada la vista, se dictará resolución dentro de los tres días. En caso de que la acción hubiere sido patrocinada por un Asesor Letrado del Trabajo, la vista será evacuada por quien le sigue en turno”.

## *XVII. Conclusión*

Con relación a la "*Jurisdicción*" o "*función jurisdiccional*" del Estado, no debe perderse de vista su origen, ya que ello nos permite conocer su verdadero significado.

Como ya se ha dicho, el origen, tanto de la "*Jurisdicción*" a cargo del Estado, como también del "*derecho de acción*" a favor de las personas, radica en un postulado esencial consistente en la "*prohibición de la justicia por mano propia*" en caso de conflictos entre ellas. Como consecuencia de esta prohibición, se ha delegado en el Estado la administración de justicia, y se ha reconocido a las personas el "*derecho de acción*" para solicitar la protección jurisdiccional del Estado en los supuestos de "*conflicto*" con otra u otras personas.

Por tal motivo, la existencia de "*conflicto*" es esencial en la función jurisdiccional del Estado, a través de la cual debe solucionarlos aplicando el derecho vigente.

Es cierto que hay casos en que la ley ha atribuido a los órganos encargados de la función jurisdiccional la intervención en determinados asuntos en que no existe "*conflicto*", como ocurre en los supuestos de la denominada "*jurisdicción voluntaria*": al no existir "*conflicto*" en estos asuntos, la intervención del juez no tiene naturaleza jurisdiccional, ni las decisiones que se emitan adquieren calidad de cosa juzgada (salvo que se suscite un conflicto). Se trata de una decisión del legislador que ha considerado conveniente la intervención judicial en esos asuntos por el motivo que sea (normalmente porque son cuestiones en que debe aplicarse el derecho, y por tal motivo resulta conveniente que intervengan en ellos los jueces que conocen el derecho). Pero el mismo legislador puede cambiar las cosas y, si lo considera conveniente, atribuir a otros órganos la intervención en estos asuntos, lo que es legítimo y no puede verse en ello algo peligroso dado que es lógico suponer que existen motivos valederos y justificados para hacerlo; además, en caso de disconformidad o de conflicto entre las personas involucradas, siempre existirá la posibilidad de acudir a la Jurisdicción para buscar su solución por las vías adecuadas a tal fin.

## **Exposición realizada en el Instituto de Derecho Internacional “Walter Schering” de la Universidad de Kiel, Alemania, 22 de julio de 2019, sobre la Cuenca Interjurisdiccional del río Salí-Dulce**

Pablo Ramón Lucatelli\*

Habida cuenta de que los resultados de las investigaciones de los consultores y académicos que han estudiado la problemática del agua en la región Noroeste de la Argentina en lo atinente a la Cuenca Salí-Dulce, observamos que son estudios parciales y desactualizados, y podemos indicar que la problemática del agua en el NOA y, específicamente, en la Cuenca Salí Dulce no se ha investigado hasta el día de hoy con la profundidad debida. Por otro lado, teniendo en cuenta que el problema a dirimir es si la cuestión está referida de manera exclusiva al caudal anual de la cuenca o a otros factores que, insistimos, no han sido examinados adecuadamente (como por ejemplo, las actividades realizadas por agricultores, frigoríficos, citrícolas, ingenios, papelera, industrias mineras en la cuenca alta, que insumen grandes cantidades de agua existente en la superficie), estamos en condiciones de afirmar que la dificultad más acuciante es enfrentar una seria deficiencia en la gestión integrada del recurso hídrico de la cuenca (situación que se arrastra desde tiempos remotos), a los fines de establecer nuevas normas, conductas y acciones destinadas a evitar las consecuencias negativas que impactan en la calidad de vida de la población que vive en la región.

Teniendo en cuenta que en nuestro país la problemática de las aguas interjurisdiccionales han sido analizadas desde diferentes lugares, y haciendo mención a que, por la extensión geográfica de la Argentina, cada quien sacó conclusiones aplicables a determinadas regiones (por ejemplo, la visión que tiene un consultor o jurista mendocino sobre el río Atuel no será la misma que la de un académico pampeano), y que en la Cuenca Salí-Dulce hay jurisdicciones provinciales que no han mostrado el menor interés en la cuestión (algo que puede apreciarse de manera contundente en las doctrinas provinciales de Salta y Catamarca, pero que es exactamente inversa en Tucumán, Santiago del Estero y Córdoba), se impone un estudio multidisciplinario que involucre a juristas, expertos geólogos, ingenieros especialistas en agua y hasta sociólogos para evitar que los cursos sufran modificaciones adversas, que, generalmente, ocurren aguas arriba, pero que impactan directamente sobre las poblaciones ubicadas aguas abajo.

Esto es algo que requiere celeridad en su tratamiento, porque la provincia en la que se encuentran ubicadas las vertientes de los ríos aún no lo ha tratado con la seriedad que se requiere y la población perjudicada por aquellos daños que se mencionan no puede ni debe estar expuesta a los mismos, ni tampoco puede estar pendiente de soluciones judiciales que, casi siempre, son tardías.

El sistema jurídico del agua que impera en la República Argentina atiende multiplicidad de temas relativos al agua. Pero la abundancia y dispersión de normas provenientes de 25 jurisdicciones y de algunas fuentes interjurisdiccionales, muchas veces superpuestas, otras fragmentarias y algunas contradictorias -relativas a la preservación y mejoramiento de las cuencas hídricas y la atribución de su aplicación a pluralidad de organismos- crea problemas de identificación y de interpretación de las normas, estimula determinadas actividades y limita otras, lo que no siempre resuelve sino más bien incrementa los conflictos de interés, que la circulación permanente del agua por las cuencas genera, disminuye su disponibilidad y agrava el efecto de su exceso.

A veces permitió que se ejercieran fuertes presiones sobre el Estado para que realizase obras cuya construcción generó nuevas y crecientes expectativas sectoriales, que impusieron a la comunidad nuevas cargas y obligaciones económicas, que determinaron también nuevos conflictos de derecho entre el Estado y los particulares.

A nivel provincial se registra la misma abundancia y dispersión de normas que se advierten en el orden nacional. La sanción de códigos de agua, sistemáticos y orgánicos, que aspiraban a regular todas las alternativas posibles (tarea que se inició en la década de 1940 y se sigue profundizando en todas las provincias), dio a las provincias argentinas modelos jurídicos tendientes a la uniformidad legislativa provincial.

También, prácticamente todas las provincias adoptaron la práctica de establecer una autoridad central del agua. Abundan los decretos y las resoluciones reglamentarias. Los mismos códigos y Leyes generales de aguas, que fueron sancionados para compendiar el régimen jurídico del agua de cada provincia, generan una abundante reglamentación que proviene en gran parte de cada autoridad administradora del agua. Si bien el proceso de dispersión normativa e institucional no ha logrado ser revertido totalmente, está plenamente identificado y las soluciones se evalúan y llegan paulatinamente.

Numerosos tratados interjurisdiccionales establecen normas adecuadas para la distribución constitucional de competencias entre la Nación y las provincias para el manejo integrado de las cuencas. Ello determina una reasignación burocrática de funciones administrativas a expensas de la administración global de cada provincia, que obliga a adaptar los organigramas administrativos clásicos.

También tenemos la certeza de que la problemática de la Cuenca Salí-Dulce, más allá de que haya sido

tratada por Nación, provincias y hasta universidades de la región de manera individual, y cuyas conclusiones nunca se tuvieron en cuenta a la hora de legislar, no puede estar condicionada por las diferencias provinciales, sino más bien debe ser tratada de manera integral, en un proyecto que involucre a la región del Norte argentino en su conjunto, como unidad geográfica, económica y sociológica. Cualquier solución que no se proyecte desde esta unidad -que integre el Norte argentino como una región con características comunes en todos los aspectos de la vida del hombre- estará destinada al fracaso. Volver a la fuente.

Las provincias del NOA lo advirtieron tempranamente. En 1957 crearon la Organización Interprovincial del Agua (Decreto-Ley N° 347 que ratifica el convenio que la constituye). Sin embargo, su experiencia se aprovechó para organizar comités para cada una de las cuencas a partir de 1971 y se extinguió. Y con ello se extinguió la gestión regional, que no era contraria a la gestión por Cuenca sino su complemento necesario.

Es hora de retomar esa práctica. Las provincias están facultadas por la CN para:

a) Crear regiones para el desarrollo económico y social y establecer órganos con facultades para cumplir sus fines (Art. 125 CN). Las cuencas son elementos básicos de las regiones. En Francia, la Ley de Aguas N° 1245 de 1964 dividió a su territorio en seis regiones, que coinciden aproximadamente con sus principales cuencas, y confió a sus prefecturas, comunas y organizaciones no gubernamentales representativas la decisión de la inversión en cada región, con la característica de que esa inversión no provendría ya del presupuesto nacional, sino principalmente de los habitantes de la región.

No queda fuera del sistema ni una sola cuenca. Incluye también las insulares.

b) Celebrar tratados parciales con otras provincias para la administración de justicia, de intereses económicos y trabajos de utilidad común con conocimiento del Congreso (Art. 125 CN) que pueden normar la gestión de las cuencas y regiones pluriprovinciales. Teniendo en cuenta que la regulación de las aguas está fijada por la Constitución Nacional y considerando que la relación entre el Estado nacional y las provincias no es horizontal (recordemos que existen vínculos que pasan por la subordinación, la cooperación, entre otros, que no siempre son beneficiosos para las provincias debido al centralismo que se contradice con el país federal que propugna nuestra Carta Magna) sostenemos que existe un vacío en las políticas del Estado nacional hacia las provincias, en el tema específico de los recursos hídricos.

Por ello, también tenemos la convicción de que, más allá de las acciones que puedan realizar en conjunto las provincias pertenecientes a la Cuenca Salí-Dulce, se impone una presencia política más concreta desde el Gobierno nacional, que no solamente tenga en cuenta la región -motivo de este trabajo- sino todos los recursos hídricos del país.

Debido a que el retraimiento del Gobierno nacional en materia de gestión de las cuencas hídricas se inició en todos los niveles a partir de las Leyes de Reforma del Estado (N° 23.696/1989) y Emergencia Económica (N° 23.697/1989) para intentar afrontar la crisis desinflando la economía y luego proceder inmediatamente a través de la Ley de Reforma del Estado a la drástica reducción del déficit fiscal. Bajo estas circunstancias, esta Ley de Reforma del Estado dispuso la privatización de distintas empresas públicas, comprendiendo entre ellas las encargadas de prestar servicios públicos de agua. Ello desmanteló organismos nacionales que proveían riego en la zona árida y semiárida, la bebida para poblaciones en las aglomeraciones humanas, la generación hidroeléctrica en las altas cuencas y un uso recreativo que siempre generó enojosas tensiones en diversos ámbitos del país para su protección.

Otra conclusión es que pese a la existencia del Tratado Interjurisdiccional de la Cuenca del Río Salí-Dulce ||, firmado por las provincias de Córdoba, Santiago del Estero y Tucumán, en 1967, el incumplimiento y la falta de normativas claras para la aplicación del mencionado acuerdo entorpecen de manera negativa las acciones que puedan o pudiesen llevarse a cabo.

El Tratado definió los cupos de distribución del agua del río Salí-Dulce cuando entró en funcionamiento la presa de Río Hondo, y su emplazamiento fue dispuesto por la Nación. Por todo esto, en nuestra opinión, debe promoverse una revisión del Tratado y dotarlo de las herramientas técnicas que nos permitan aplicarlo de manera adecuada a los tiempos que se viven. La experiencia ganada en más de 52 años de aplicación del Tratado Interjurisdiccional de la Cuenca del Río Salí-Dulce || de 1967 aconseja volcarlo en un cuerpo integral y moderno.

Creemos conveniente dejar sentado de manera expresa que el Proyecto del Canal Federal representa la expresión más acabada del centralismo porteño, descuidando de manera flagrante los principios federales que nos deberían guiar como Nación, por lo que consideramos necesario revisar de manera urgente la experiencia ganada en la ejecución del Proyecto Aprovechamiento Integral de los Recursos Hídricos de la Cuenca Salí-Dulce y realizar una actualización del mismo.

Por otra parte, sostenemos que uno de los objetivos del Comité (simple instancia de cooperación, colaboración y de coordinación entre las provincias integrantes de la Cuenca y de las autoridades

nacionales involucradas en la materia) fue acordar y avalar propuestas de acciones conjuntas o coordinadas, encaradas por las partes firmantes, dirigidas a promover en las respectivas jurisdicciones todas las medidas tendientes a garantizar la plena aplicación y el cumplimiento de la legislación relativa a la protección de las aguas; como asimismo promover la armonización de las respectivas normativas de aguas provinciales mediante sanciones apropiadas, efectivas, proporcionadas y disuasivas.

El organismo ejecutivo necesario para hacerlo aún no fue creado. Es necesario hacerlo. Modelos no faltan. Uno muy sencillo es Acumar, sobre el que mucho se observa y discute, aunque no es el único. Si bien es cierto que la materia ambiental nunca fue dejada de lado por el federalismo y tuvo su manifestación más palmaria en la figura institucional del Consejo Federal de Medio Ambiente (como espacio natural de encuentro federal ambiental), los hechos nos indican que el mismo no tuvo ni tiene gravitación operativa en la Cuenca Salí-Dulce.

Esto se ve plasmado en la multiplicidad de denuncias penales y acciones civiles incoadas por organismos no gubernamentales, por el Defensor del Pueblo y el Fiscal de Estado de la Provincia de Santiago del Estero, invocando resoluciones del COFEMA, por lo que también es menester reformular este Consejo y darle una identidad y un poder que resulten efectivos para dar respuestas adecuadas a la problemática del agua en la región, ya que el COFEMA coordina lo que se refiere al medio ambiente.

Pero hay otro organismo que coordina lo que se refiere al agua, que es parte integrante del medio ambiente.

La necesidad de coordinarlos entre sí es palmaria. El dilema de quien coordina a los coordinadores es inherente a la descentralización administrativa, que coincide con la descentralización funcional. No bastan ni el COFEMA, ni los demás Consejos Federales para encarar esa tarea. Es menester diseñar un sistema de coordinación más integral. Si bien hoy hay un trabajo valioso para contar con un Plan de gestión Integral de la Cuenca Salí Dulce, esperamos en este año poder contar con el mismo.

La Fiscalía de Estado de Tucumán planteó la posibilidad de la utilización del dinero de las regalías de la explotación hidroeléctrica del Embalse de Río Hondo para la creación de un ente biprovincial que se ocupara del saneamiento de una parte del cauce del río Salí y, a la vez, reemplazar en algunas funciones al Comité Interjurisdiccional del Río Salí Dulce (CIRSD), en los hechos no ha tenido ningún impacto, ya que esta gestión fue detenida por decisión de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación, al no continuar el financiamiento de la Unidad del Plan de Gestión, que era la parte operativa de las decisiones tomadas en la Comisión Técnica (CT) del CIRSD.

Por ello sostengo que es conveniente volver a la idea anterior y dar vida a un ente interjurisdiccional con autoridad para controlar -a través de un monitoreo conjunto entre las provincias de Tucumán y Santiago del Estero y Nación- los ríos tributarios del Embalse y al propio Embalse.

Modelos interjurisdiccionales e internacionales abundan. Inclusive, podría funcionar como un simple consorcio hídrico dotado de las facultades policiales adecuadas. Otro de los problemas que hemos podido advertir, es que el Parlamento del Noroeste Argentino (PNOA) -ámbito de debate legislativo regional- no tiene sede ni estructura, por lo que resulta prácticamente imposible que realice tareas a fin de iniciar un trabajo permanente de interacción con gobernadores, diputados y senadores nacionales y demás organismos que influyan en la región, para acordar políticas coherentes hacia los objetivos trazados. Este ámbito, que en teoría es el territorio ideal para la discusión de la cuestión del agua (común a todas las provincias de la cuenca), no ha logrado consolidarse.

Razón por la que consideramos indispensable que se dote al PNOA de un presupuesto que asegure su funcionamiento y que en algunas de sus comisiones se discuta el problema al que nos referimos.

Otro punto a destacar es que a pesar de los diferentes órganos creados, (CIRSD, COHIFE, COFEMA, PNOA) y todos los proyectos que existieron, podemos afirmar que el tema de la Cuenca Salí-Dulce no ha sido abordado por ningún espacio regional operativo (Tucumán acuerda sus Programas con la Nación y Santiago del Estero, sus obras hidráulicas con el Poder Ejecutivo Nacional, constituyendo ese accionar una clara muestra de un federalismo desintegrado, inorgánico, no operativo), lo que impone establecer nuevas normas de funcionamiento y nuevos objetivos para tantos organismos que, al día de la fecha, resultan absolutamente deficitarios.

Afirmamos que ninguna provincia buscó fortalecer el CIRSD, lo que demuestra a las claras que existe un verdadero federalismo hídrico ambiental de desintegración, ya que no hay planificación de la Cuenca Salí Dulce ni unidades de trabajo. Tan solo uno de los Defensores del Pueblo, a nivel provincial (Santiago del Estero), cuenta con presupuesto propio.

Naturalmente, dicho defensor monitorea solamente las aguas de los ríos tributarios (tucumanos) al Embalse Río Hondo y al mismo Embalse, dejando sin solución los reclamos de los cordobeses por su caudal ecológico. Por ello consideramos que es menester volver a las fuentes y nos referimos de manera concreta al poder constituyente derivado en 1994, cuando se reformó la CN y hacer hincapié en el art. 124, que dice: "Las provincias podrán crear regiones para el desarrollo económico y social y establecer órganos con facultades para el cumplimiento de sus fines (...)".

Tenemos la certeza de que no se han realizado las acciones mínimas para una planificación seria en la Cuenca Salí-Dulce (solo expresiones y/o declaraciones de anhelo) de manera tal, que la única forma de

asegurar respuestas adecuadas es reformular y buscar antecedentes, como ocurrió en la década de 1970, cuando se buscó la dimensión territorial en la cuenca y se crearon pluralidad de Comités de Cuenca en una zona radicalmente homogénea, como es el Noroeste Argentino. (San Salvador de Jujuy, 18/12/71, ratificado por decreto nacional 4361/71). Su cometido fue simplemente formular recomendaciones, supervisar la recopilación y elaboración de datos relativos al agua y promover estudios e investigaciones para evaluar el uso de los recursos hídricos de cada cuenca. Eran organismos intrafederales descentralizados, plurijurisdiccionales y singulares, con capacidad de derecho público por tener origen en un acuerdo interprovincial y en un acto del Gobierno nacional, por lo que los litigios en el ámbito de estos organismos debían plantearse ante la jurisdicción federal.

Habida cuenta de que la buena fe en las convenciones resulta esencial cuando tiene por objetivo cooperar para fortalecer acciones conjuntas, resulta imprescindible señalar la falta de credibilidad entre los estamentos gubernamentales de los diferentes gobiernos provinciales (sobre todo, la ausencia de confianza de parte del gobierno de Santiago del Estero hacia sus similares de Córdoba y Tucumán), lo que conlleva superposición de controles, batimetrías e inspecciones ambientales que a la postre resultan contradictorias. Ante esta situación, se hace necesario sincerar las diferentes administraciones provinciales a los efectos de concretar de manera efectiva las reformas que se proponen, que depende, sobre todo, de la decisión política de los gobiernos locales y los representantes regionales al Congreso de la Nación.

Depende de las provincias la posibilidad de actuar en bloque y de manera corporativa para exigir a la Nación que cumpla con sus obligaciones para con la cuenca. La evolución jurisprudencial en la Argentina en materia de recursos hídricos y ambiente ha demostrado la falta de aplicación de normas nacionales en las provincias. De manera llamativa, se advierte que en la región NOA ese incumplimiento es mayor, ya que cada provincia dicta su norma (por ejemplo, Calidad de Aguas).

No se han realizado reseñas o trabajos para buscar la aplicabilidad a través de normas complementarias, lo que nos lleva, necesariamente, a la conclusión de que en este tema específico se hace indispensable revisar las normas y aplicarlas de manera adecuada, hecho que hasta la fecha no se ha logrado.

A través de los diferentes fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre los conflictos existentes en aguas interjurisdiccionales, hemos podido observar las diferencias irreconciliables existentes entre las provincias, donde el derecho convencional (convenciones, tratados, acuerdos realizados entre las mismas) no se cumple.

Basta ver los fundamentos de las demandas y contestaciones de estas, donde los principios de cooperación, buena fe, equidad, solidaridad han sido dejados de lado para fundar sus posiciones en defensa de su provincia. Por ello resulta obligatorio establecer ámbitos interprovinciales de discusión a los efectos de poder ejecutar el istmo en su verdadera dimensión.

El Convenio de Albufeira que norma la materia, no entre provincias de un país sino entre dos países de la península Ibérica, cuyas relaciones son menos estrechas, nos brinda un mínimo para afrontar la cuestión. Imitándolo, ese aprovechamiento sostenible se realizaría de acuerdo con la unidad de las cuencas, adoptando medidas y acciones tendientes a la racionalidad y economía en el aprovechamiento, coordinando el intercambio de información sobre sus respectivas experiencias y perspectivas, sobre las previsiones de nuevas utilidades de las aguas de las cuencas compartidas que sean susceptibles de modificar significativamente su régimen hidrológico, sobre la base de estudios y evaluaciones técnicas, elaboradas en el marco de los respectivos procesos de planificación, teniendo en cuenta la coordinación de las actuaciones de aprovechamiento sostenible de esas aguas y conforme a los principios de prevención, solidaridad y operación interjurisdiccional e intersectorial y del uso equitativo y racional del agua.

Si bien es cierto que el derecho judicial sobre las aguas de la Cuenca Salí-Dulce ha sido el más efectivo remedio, previo al dictado de una norma legal nacional para la región en materia hídrica. Es así que dispuso que las partes en conflicto, Tucumán y Santiago del Estero, acuerden bajo una garantía de cumplimiento garantizado por el Estado nacional a través de la Secretaría de Medio Ambiente Nacional y destinado a que se realicen los monitoreos permanentes en los ríos tributarios del Embalse.

Y a pesar de que en este caso, Tucumán permitió por primera vez que funcionarios y empleados de la provincia de Santiago del Estero realizaran estudios y muestras en su territorio, elevando informes a la CSJN para controlar el cumplimiento del acuerdo, el mismo sigue siendo de aplicación parcial y resulta inadecuado para la evolución que ha tenido la problemática del agua, por lo que en algún momento dicho acuerdo deberá ser revisado, modificado y se deberá dotarlo de sentido, a los fines de que cumpla con los objetivos que impulsaron su aplicación.

La desaparición de la Unidad del Plan de Gestión del CIRS, el incumplimiento de los acuerdos realizados entre las empresas tucumanas contaminadoras de los ríos tributarios y del Embalse mismo con la Secretaría de Ambiente de la Nación y la mortandad masiva de peces (más de decenas de toneladas), la inacción de las autoridades nacionales y provinciales han creado en la Cuenca Salí-Dulce la necesidad del dictado de un cuerpo normativo que establezca claramente requisitos y pautas para una planificación integral de la cuenca, manejo de los caudales, acciones preventivas, responsabilidades, punitivas, entre

otras, a los fines de establecer reglas claras para los administrados, funcionarios, empresarios y magistrados.

Esto es así porque las provincias ordenaron su legislación de aguas en códigos que proveen un marco ordenado a la gestión del agua. La Nación carece de un cuerpo regulador del agua. El vacío jurídico siempre es peligroso ya que genera una inseguridad que compromete el trabajo productivo. En materia de recursos naturales el vacío jurídico no implica libertad de acción sino la vigencia de la ley del más fuerte.

La falta de un cuerpo orgánico regulador de la acción del Gobierno nacional en materia de agua frente a las provincias, las municipalidades y los individuos explica muchas de las intromisiones indebidas de funcionarios del Gobierno nacional en provincias y municipalidades y tierras privadas. Un cuerpo regulador de la acción del Gobierno nacional en materia de agua coadyuvaría a despejar esas aparentes contradicciones.

Su sanción evitaría la tentación recurrente de normar, sin la conformidad de las provincias, aquellas materias que la Constitución Nacional no delegó en el Congreso y las que expresamente se hubieran reservado al tiempo de su incorporación (arts. 31 y 121) y de alterar las jurisdicciones locales, imaginando que la federal es mejor. La improvisación con la que se sancionó la conflictiva Ley N° 25.688 es una muestra más del desorden que impera en la construcción del marco jurídico nacional aplicable al agua.

Otro tema, que resulta indispensable remarcar es que todos aquellos proyectos que a lo largo del tiempo han sido elevados a ambas cámaras legislativas de la Nación por parte de senadores y diputados nacionales de nuestra región (proyectos que incluyen la creación de organismos para la regulación de la Cuenca Salí-Dulce), nunca han recibido la respuesta adecuada. En la inmensa mayoría de los casos, los mismos han sido archivados sin ser siquiera tratados por las comisiones pertinentes (e incluso carecieron del impulso de sus propios autores). Esto, no solamente marca una seria deficiencia en la legislación argentina, sino que también exige reparaciones adecuadas como serían volver a revisar los proyectos, actualizarlos en aquellos casos en que fueran necesarios y tratarlos con la premura debida para lograr un desarrollo más sustentable para la región.

La planificación de las medidas estructurales y no estructurales, diseñadas por asesores, especialistas y consultores desde Buenos Aires, ha demostrado con el paso del tiempo su inaplicabilidad. Esto conlleva la necesidad de que profesionales y técnicos formados de manera adecuada desde el punto de vista académico y que residan en el territorio de la Cuenca Salí-Dulce sean los que participen junto con la población (a través de audiencias públicas) en las discusiones y debates para la ejecución de obras. Lo que significa, de manera rotunda, la obligatoriedad de la participación activa de los residentes del lugar cuando se trata de evaluar el informe de impacto ambiental de la obra a realizar, por lo que se impone buscar los medios necesarios para cumplir con este objetivo.

La inmadurez de las provincias que integran la Cuenca Salí-Dulce solo ha producido la intervención constante del Gobierno nacional para fortalecer sus organismos provinciales competentes en el manejo de los recursos naturales (suelo, bosques y recursos hídricos) a través de programas nacionales. Si nos atenemos a que el manejo de las diferentes situaciones debe ser tomado en virtud de la CN, (hecho agravado por la falta de partidas presupuestarias para poder cumplir con los compromisos legales e institucionales), vemos que existe un vacío legal y político que acarrea la impotencia de los funcionarios a cargo y, a la vez, un descrédito en la población.

A ello debemos agregarle la falta de capacitación de los agentes administrativos e incluso profesionales de las reparticiones, todo lo cual termina por ser caldo de cultivo para la presencia de consultores foráneos, que desconocen la realidad y el origen o causas de los problemas hídrico-ambientales del lugar. Por ello se hace necesario una revisión de las políticas ambientales (en su más amplio sentido y excediendo cuestiones locales y partidarias) de todas las provincias involucradas a fin de consensuar normas legales y jurídicas que ayuden a promover un desarrollo adecuado de las acciones futuras. De acuerdo con lo visto en las conclusiones anteriores, resulta valioso señalar que es indispensable contar con una ley con efecto o impacto en la región de la Cuenca Salí-Dulce. Dicha ley debería originarse a partir de proyectos presentados en la Cámara de Senadores, ya que dichos parlamentarios son representantes de las provincias, y teniendo como base un acuerdo regional por parte de los legisladores que se reúnen frecuentemente en el Parlamento del Noroeste Argentino, invitando a la provincia de Córdoba para su tratamiento.

La agenda de esta reunión o serie de reuniones que proponemos debería contener los siguientes temas básicos a ser regulados por la norma del Congreso: calidad de las aguas, regulación del caudal, acuerdos sobre monitoreo, aplicación supletoria de las leyes de presupuestos mínimos, otorgamiento de personalidad de Derecho Público y privado al CIRSD Imperium. Obligatoriedad de sus decisiones para las provincias autarquía financiera, personal propio, creación de sub sedes, planificación de las acciones del Organismo Regional y obligaciones de las provincias; concientización social y ambiental de la población de la Cuenca Salí-Dulce, educación Ambiental, participación social, audiencia pública, referéndum y consulta popular, planificación de las obras hidráulicas; estudio de Impacto ambiental, modo y forma de aprobación de las iniciativas y decisiones por parte del CIRSD.

Finalmente, es muy importante hacer mención a la puesta en vigor del nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina, a partir del 1 de agosto de 2015, el que aumenta las facultades a los jueces

para resolver cuestiones particulares donde está en juego el ambiente.

Todo debería asomar como una probable solución, pero resulta que la situación con este nuevo cuerpo legal no solamente no resuelve la situación a mediano o largo plazo, sino que resulta absolutamente inefectivo porque agrava más aún la situación ambiental en la región, ya que ninguna de ellas son analizadas por el juzgador federal de Tucumán y Santiago del Estero, por lo que es imposible que sean efectivas para mejorar la calidad de vida de la población de la cuenca, para dar operatividad administrativa y judicial concreta y poner fin al desgobierno de la zona en materia ambiental trasfronteriza. Dicho de otra manera, las condiciones medioambientales han mejorado por un trabajo conjunto entre las provincias y Nación, siendo importante para las economías regionales, por lo que las provincias que integran la cuenca, logrando plasmar un verdadero federalismo de cooperación en materia ambiental y exigir que el Estado nacional apoye esta iniciativa para comenzar a trazar un crecimiento sostenido en el tiempo, considerando como único objetivo mejorar la calidad de vida de los habitantes nortños, y, como eje, el preservar la integridad del medioambiente de la Cuenca Salí-Dulce.



# Los privilegios en el Código Civil y Comercial de la Nación

Miguel Eduardo Marcotullio\*

## I. Aproximación conceptual

El código civil derogado regulaba el tema de los privilegios y del derecho de retención, en la Sección II del Libro IV, bajo el título “Concurrencia de los derechos reales y personales contra los bienes del deudor común”. Este criterio metodológico de Vélez Sarsfield concordaba con las ideas de Freitas, sobre la conveniencia de que el código tuviera un último libro destinado a disposiciones comunes en materia de derechos reales y personales.

Al adoptar este criterio, el código civil derogado se apartaba notoriamente de las ideas jurídicas imperantes en la época. El Código francés regulaba los privilegios conjuntamente con las hipotecas, el chileno los legislaba inmediatamente después de la hipoteca, y el de Luisiana, a continuación de la prenda.

En los Fundamentos del proyecto del CCyC., la Comisión integrada por Ricardo Luis Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci, señala que el desorden reina en materia de privilegios y que es un problema metodológico por todos conocido. Indican que dos leyes fundamentales de nuestro sistema jurídico regulan la materia de los privilegios, el código civil derogado y la Ley de Concursos y Quiebras (LCQ), coexistiendo también con otros ordenamientos legales que involucran la materia, como la Ley de Navegación, el Código Aeronáutico, el Código de Minería, el Código Penal, la Ley de Entidades Financieras, la Ley de Contrato de Trabajo, además de otras leyes que contemplan ciertos privilegios en forma aislada, como Leyes fiscales, Leyes sobre prenda con registro, *warrants*, debentures, propiedad horizontal, etc.

Continúan expresando estos Fundamentos que todos estos diversos ordenamientos jurídicos no siempre guardan armonía entre sí, de manera que, a fin de dilucidar conflictos entre acreedores, el operador jurídico suele encontrarse enfrentado a situaciones de complejísima solución. El código civil derogado no es ciertamente diáfano, y la LCQ, si bien asume un criterio de mayor claridad, con pretensiones de sistema cerrado, sólo resulta aplicable en materia de juicios concursales, pero no en supuestos de ejecuciones individuales, para las cuales rige, como regla, el digesto de fondo en derecho privado.

En ese marco jurídico de simplificación y unificación se realizó la reforma del tema, quedando entonces consagrado el nuevo sistema de privilegios en los arts. 2573 al 2586 del CCYC., en dos capítulos, el primero destinado a los “principios generales” y el segundo para regular los “privilegios especiales”.

Para comenzar el análisis del particular instituto de los privilegios, resulta apropiado determinar liminarmente su naturaleza jurídica, es decir, delimitar su esencia conceptual dentro de nuestro sistema legal. Son tres las posiciones jurídicas dominantes en el tema, calificando al privilegio como un derecho real, como un derecho personal, o como una calidad o cualidad del crédito <sup>[550]</sup>.

La doctrina que conceptualiza al privilegio como un “derecho real”, expone que se ejercita con acciones reales, como son las ejecuciones de prenda e hipoteca, tendientes a garantizar el pago preferente, constituyéndose entonces en un derecho que recae sobre una cosa y es inherente a dicha cosa gravada, sea mueble o inmueble.

El sector que sostiene el carácter de “derecho personal” de los privilegios, indica que el privilegio carece de derecho persecutorio sobre la cosa gravada, elemento esencial de los derechos reales, poniéndose el acento en su titular y en las acciones personales que le permiten ejercitar la garantía.

Finalmente, una tercera posición sostiene que el privilegio es una “calidad o cualidad” de ciertos créditos, que habilita a determinadas prelaciones de cobro, con independencia de su acreedor titular y del carácter mueble o inmueble del asiento respectivo.

Este esbozo doctrinario sobre la naturaleza jurídica de los privilegios ya permite apreciar que estamos ante un tema de abundante doctrina y numerosa controversia en el ordenamiento jurídico.

Corresponde también indicar en estas líneas introductorias, los “caracteres o notas distintivas” de los privilegios en nuestro sistema jurídico, que son los siguientes: <sup>[551]</sup>

1. Origen legal. Los privilegios se configuran y originan en virtud de texto legal expreso, y no dependen de la voluntad de las partes, generando un ámbito jurídico en donde la autonomía de la voluntad está vedada en lo referido a la tipicidad de las preferencias.
2. Accesoriedad. Los privilegios son accesorios de los créditos respectivos, implicando un beneficio o preferencia de pago que se adiciona al crédito propiamente dicho, y son transferibles conjuntamente con el mismo.

3. Indivisibilidad. Los privilegios se extienden a la totalidad de la cosa o bien gravado, subsistiendo la garantía hasta el cumplimiento total e íntegro de la obligación preferente, sin posibilidad de liberaciones parciales del gravamen por pagos también parciales del crédito respectivo.

4. Interpretación restrictiva. Los privilegios excepcionan la regla general del patrimonio como prenda común de todos los acreedores, por lo cual, su interpretación debe ser estricta y restrictiva, y en caso de duda, resolverse el conflicto en favor de la regla genérica y de la inexistencia del privilegio.

Para finalizar con estas apreciaciones iniciales del tema, debe considerarse que la técnica de su regulación jurídica utiliza algunas herramientas destinadas a precisar su empleo más eficiente y a evitar conflictos de concurrencia. Son los denominados “elementos conceptuales” del privilegio <sup>[552]</sup>:

1. Asiento. Se denomina asiento del privilegio al bien o cosa sobre la cual recae el gravamen y que responde por el pago íntegro del crédito así tutelado, trasladándose dicho asiento por subrogación real, a la suma obtenida por la venta del bien o a la indemnización sustitutiva en caso de siniestro o pérdida.

2. Jerarquía. Los privilegios presuponen una graduación jerárquica de acreedores, ordenados por rango, en donde algunos créditos son preferentes o priorizados frente a otros. Se diferencian de los comunes o quirografarios por cuanto para ellos la regla genérica es la igualdad jurídica y la paridad de tratamiento económico. Los privilegios posibilitan dividir a los acreedores por clases o categorías, determinantes en el pago de sus créditos en supuestos de concurrencia

3. Rango. El rango o graduación de los privilegios ilustra sobre el lugar que el crédito respectivo ocupa dentro de un orden de preferencias que deben tornarse efectivas sobre los mismos bienes, determinando un orden de pago que invierte la regla de la paridad de acreedores.

4. Extensión. Los privilegios comprenden determinados rubros del crédito, partiendo de una regla general que establece su extensión al capital de la acreencia, en primer término, para luego extenderse, en algunos supuestos excepcionales, a ciertos accesorios como intereses y costas judiciales.

Efectuada esta introducción genérica al tema de los privilegios, analizaremos la normativa del CCYC., en el capítulo regulador de los “principios generales”, es decir, entre los arts. 2573 y 2581, del nuevo ordenamiento, con el propósito de relacionar cada instituto con su antecedente en el Código Civil de Vélez y su vínculo con la Ley de Concursos y Quiebras.

## II. Definición y asiento

El Art. 2573 del CCYC., bajo el título “Definición. Asiento”, regula que:

“Privilegio es la calidad que corresponde a un crédito de ser pagado con preferencia a otro. Puede ejercitarse mientras la cosa afectada al privilegio permanece en el patrimonio del deudor, excepto disposición legal en contrario y el supuesto de subrogación real en los casos que la ley admite. El privilegio no puede ser ejercido sobre cosas inembargables declaradas tales por la Ley”.

El código civil derogado definía a los privilegios en el art. 3875, indicando que constituye “el derecho dado por la ley a un acreedor para ser pagado con preferencia a otro”. Pareciera inclinarse, en una primera interpretación literal de su texto, por atribuir al privilegio el carácter de derecho personal, resaltando el carácter del titular del crédito respectivo.

Por su parte, la Ley de Concursos y Quiebras no contiene definición alguna de los privilegios, que están regulados en los arts. 239 al 250, aunque indica en varias de dichas normas la idea del “pago preferente” para referirse a su eficacia y validez. Pareciera entonces inclinarse el legislador concursal por la idea de que el privilegio constituye una calidad o cualidad del crédito, que le permite a su titular ejercitar determinadas prelación de cobro.

La norma en análisis del art. 2573 del CCYC. define al privilegio como “la calidad que corresponde a un crédito para ser pagado con preferencia a otro”. Al conceptualizarlo como cualidad o calidad del crédito, y no como un derecho otorgado a un acreedor, según el lenguaje de Vélez, podría entenderse finalizada la disputa jurídica sobre la naturaleza de los privilegios y las discrepancias doctrinarias acerca de si estas preferencias legales constituyen un derecho real o un derecho personal.

En esta línea de pensamiento, los privilegios no serían entonces derechos reales ni personales, puesto que no constituyen derechos subjetivos contra el deudor, sino meras cualidades, propiedades, modalidades de ciertos créditos, que a criterio del legislador deben ser pagados con preferencia a otras acreencias. Por lo tanto, el privilegio carece de autonomía y es accesorio de una relación crediticia. La norma atiende más al crédito que al acreedor, considera más la calidad o cualidad del crédito, que el derecho respectivo. Se resalta entonces el carácter objetivo del privilegio.

Según el Diccionario de la Real Academia Española, el vocablo “privilegio”, de raíz latina, se asimila a preferencia, y contiene varias acepciones. Una de ellas refiere a “primacía”, o sea, a una ventaja o prelación de alguien o algo sobre otra persona o cosa, ya sea en su valor o en su merecimiento. En tanto que “prioridad”, implica anterioridad o estar por delante de alguien respecto de otra cosa, en el tiempo o en el orden.

En general, la significación jurídica que en forma coincidente se le asigna a la voz “privilegio”, refiere en forma indistinta a prioridad o preferencia, sin distinciones semánticas. Tener prelación es entonces estar adelante y en forma previa a otro, todo lo cual alude a las ideas de jerarquía, orden y rango que son propias de este tema [\[553\]](#).

Cuando se sostiene que el patrimonio del deudor es la prenda común de los acreedores, todos ellos deben concurrir sobre los bienes en regla de paridad y con la pauta del prorrateo, si los bienes resultaran insuficientes para atender las cargas. Excepcionalmente puede ocurrir algo distinto, cuando el legislador otorga a ciertos acreedores la posibilidad de ser pagado con antelación a otros. Allí nacen los privilegios, que algunos denominan causas legítimas de preferencia en el pago del crédito [\[554\]](#).

Avanzando en este análisis se visualiza que la segunda parte del art. comentado alude al “asiento del privilegio”, es decir, al bien o cosa sobre la cual recae la preferencia. Sobre el particular, alguna doctrina distingue entre asiento principal, que es la cosa o bien gravado en primer término, y asiento subsidiario, que es la suma indemnizatoria o precio que reemplaza a la cosa gravada y genera el concepto de subrogación real [\[555\]](#).

Seguidamente se indica que el ejercicio del privilegio puede efectuarse siempre que la cosa gravada permanezca en el patrimonio del deudor, es decir, bajo sus derechos de administración y disposición, y sin que se haya operado entonces su transferencia o venta, voluntaria o forzosa, o también eventualmente su pérdida o destrucción o desaparición. En cualquiera de estos supuestos, el acreedor ya no podrá ejercitar la preferencia de pago sobre la cosa respectiva, quedando latente en su beneficio el instituto de la subrogación real, o sea, la sustitución de la cosa por el precio o la indemnización, en su caso.

Con esta directiva legal se descarta el carácter persecutorio de la cosa objeto del privilegio, característica esencial para aquella doctrina que atribuye la calidad de derecho real a la naturaleza jurídica del privilegio. Queda entonces consagrado normativamente que el asiento del privilegio es la cosa gravada, con claridad y sin discusiones.

La norma también reconoce y deja a salvo la posibilidad de disposiciones legales en contrario, como ser, ciertos créditos laborales reconocidos en la Ley de Contrato de Trabajo, y algunos privilegios sobre buques contemplados en la Ley de Navegación.

Finalmente, establece que el privilegio no puede ser ejercido sobre cosas inembargables declaradas tales por la ley. Aquí debe recurrirse al concepto procesal de “cosa inembargable”, que alude a determinados bienes del patrimonio del deudor que no constituyen la prenda común de sus acreedores y que, en virtud de lo dispuesto en los códigos procesales locales, quedan exceptuados de medidas de ejecución forzada de bienes en procesos individuales de contenido patrimonial.

El fundamento de la excepción reside en que las cosas que no se pueden embargar, tampoco pueden ejecutarse, individual o colectivamente, por el acreedor respectivo. La inembargabilidad excluye ciertos bienes de una ejecución forzosa judicial atendiendo a calidades especiales de la propia cosa o bien a un criterio valorativo de tutela de ciertos sujetos o de ciertas situaciones excepcionales. La norma comentada indica expresamente que el carácter de inembargable debe ser declarado por ley, para que de tal modo no pueda ejercerse sobre dicha cosa un determinado privilegio.

Subsistente como interrogante futuro, que la jurisprudencia, en numerosas ocasiones amplía o incluye con carácter de inembargables o inejecutables, a determinados bienes del deudor en determinados casos concretos. Estos fallos, en muchos supuestos, luego se generalizan con carácter de jurisprudencia con efecto vinculante. En una primera lectura, la norma limita el concepto de bien inembargable a un exclusivo origen legal, pero bien podría suponerse que la interpretación jurisdiccional futura ampliará estas excepciones en algunos supuestos concretos.

### *III. Origen legal*

El art. 2574 del CCyC., bajo el título “Origen legal”, establece que “Los privilegios resultan exclusivamente de la ley. El deudor no puede crear a favor de un acreedor un derecho para ser pagado

con preferencia a otro, sino del modo como la ley lo establece”.

La norma se relaciona en forma directa con el art. 3876, primera parte, del código civil derogado que establecía: “El privilegio no puede resultar, sino de una disposición de ley. El deudor no puede crear privilegio a favor de ninguno de los acreedores”.

De algún modo, también se vincula con el art. 239 de la Ley de Concursos y Quiebras, en tanto dispone: “Existiendo concurso, solo gozarán de privilegios los créditos enumerados en este capítulo y conforme a sus disposiciones”. Esta disposición claramente indica que el origen de los privilegios concursales también es exclusivamente legal y de interpretación restrictiva, por expresa indicación normativa del propio ordenamiento concursal.

La frase inicial de la norma en análisis indica que los privilegios constituyen una creación legislativa, exclusiva y excluyente, plasmada en normas que contienen la valoración que la sociedad concede en especial a ciertos créditos, atendiendo a su naturaleza. Es en el régimen de los privilegios en donde se aprecia con mayor claridad la jerarquía o escala de valores que el legislador otorga a ciertos créditos por sobre otros, estableciendo una preferencia de pago.

Por cierto, el régimen legal debe indicar con carácter taxativo aquellos créditos que gozan de la preferencia jurídica. En tanto excepcionan al sistema general obligacional de paridad de tratamiento entre todos los acreedores de un mismo deudor o patrimonio, sus beneficiarios, el asiento del privilegio y su extensión, deben estar concreta y específicamente indicados en la norma, sin posibilidad de interpretaciones extensivas.

El concepto se aplica a todo tipo de privilegios, comunes o concursales, y su fundamento claramente reside en el resguardo de la seguridad de los acreedores, por cuanto ésta quedaría desvirtuada si la asignación de preferencias de cobro a determinados acreedores dependiera de la mera voluntad del deudor.

En la segunda parte, la norma comentada indica que el deudor no puede crear en favor de algún acreedor determinado de su pasivo, un derecho de pago preferente, salvo que la ley expresamente establezca su modalidad configurativa. Ello se denomina “convencionalidad” de las garantías reales, puesto que nuestro sistema no admite la existencia de hipoteca, prenda y demás derechos de garantía de orden tácito o judicial. Algún sector de la doctrina <sup>[556]</sup> califica a esta circunstancia como casos de configuración convencional de “causas legítimas de preferencia”, aplicables a ciertos derechos reales cuya fuente inmediata es el contrato, y su fuente mediata, la ley que regula a dicho instituto.

Debe insistirse que el requisito de la convencionalidad exigido para dar origen a una garantía real de prenda o hipoteca, no desvirtúa el carácter legal de tales privilegios, porque el otorgamiento del acto constitutivo de estos derechos reales carece de virtualidad jurídica si no se configura conforme expresas estipulaciones legales. Es la ley, y sólo la ley, la que otorga validez y eficacia a dicho acto constitutivo, configurado por la voluntad de las partes, pero encuadrado en norma especial concreta.

Como consecuencia directa de su origen legal, los privilegios son de interpretación restrictiva o estricta <sup>[557]</sup>. Esta pauta interpretativa deriva de sus caracteres de legalidad, accesoriedad y excepcionalidad. La interpretación restrictiva prohíbe al intérprete jurídico utilizar la analogía o, por medio de cualquier otro método interpretativo, deducir la existencia de privilegio en un acto concreto no dotado por la ley de esa cualidad específica. Ni la interpretación doctrinaria ni la jurisprudencial pueden admitir privilegios para casos no previstos por la ley, cualquiera sea el fundamento de justicia o equidad esgrimido en la argumentación respectiva.

La advertencia consiste entonces en la prohibición de configurar privilegios excediendo el texto legal, así como también prohibir su interpretación laxa, eventualmente recurriendo a reglas de otros cuerpos legales o a la analogía que estaba prevista específicamente en el código civil derogado. De aceptarse una extensión del privilegio mayor a la admitida por la ley, se menoscabarían legítimos derechos de terceros <sup>[558]</sup>.

#### *IV. Renuncia*

El art. 2575 del CCYC., bajo el título “Renuncia y postergación”, regula que “El acreedor puede renunciar a su privilegio. El acreedor y el deudor pueden convenir la postergación de los derechos del acreedor respecto de otras deudas presentes o futuras; en tal caso, los créditos subordinados se rigen por las cláusulas convenidas, siempre que no afecten derechos de terceros. El privilegio del crédito laboral no es renunciable, ni postergable”.

Esta norma se relaciona en forma parcial con el art. 3876, segunda parte, del código civil derogado, texto según la Ley N° 24.441. La relación es parcial puesto que Vélez no regulaba la renuncia del privilegio, sino sólo su postergación, estableciendo en forma expresa que no podría realizarse si afectaba derechos de terceros.

En el régimen concursal existen relaciones parciales con la norma comentada, por cuanto el art. 250 de

la ley de Concursos y Quiebras establece que: "Si los acreedores hubiesen convenido con su deudor la postergación de sus derechos respecto de otras deudas presentes o futuras de éste, sus créditos se regirán por las condiciones de su subordinación". Dicha norma, bajo el título de "Créditos subordinados" plantea una situación jurídica de postergación de derechos preferenciales para acreedores de procesos universales, en el marco negocial propio de este tipo de acreencias. Concordante con este principio, el art. 41, *in fine*, de la ley de Concursos y Quiebras establece que en el periodo de exclusividad puede convenirse la postergación de derechos de acreedores verificados respecto de otras deudas, en cuyo caso integrarán una misma categoría a los fines del cómputo de las mayorías necesarias para obtener la aprobación del acuerdo.

También el régimen concursal contempla explícitamente los supuestos de renunciaciones de privilegios que pueden articular los acreedores en el marco de negociación de la propuesta de acuerdo preventivo o de salvataje, diferenciando sus recaudos según se tratare de cualquier categoría de acreedores privilegiados (especiales o generales), o bien de acreedores laborales.

El art. 43 de la Ley de Concursos y Quiebras faculta a los acreedores privilegiados (no laborales) a renunciar expresamente a su privilegio (especial o general), por un importe nunca inferior al 30 % de su crédito, supuesto en el cual quedarán comprendidos, por la porción renunciada de su acreencia privilegiada, en alguna categoría de acreedores quirografarios. Dicha norma establece que el privilegio del acreedor laboral también es renunciable, por un importe nunca inferior al 20 % de su crédito, bajo control del juez del concurso y con citación de la asociación gremial legitimada, si el operario estuviere alcanzado por un régimen de convenio laboral. Con dichos recaudos, la renuncia del privilegio laboral es admisible en el proceso colectivo concursal preventivo, incorporándose dicho acreedor a una categoría propia y autónoma, denominada "créditos quirografarios laborales", por el monto del crédito, total o parcial, a cuyo privilegio hubiera renunciado.

En un contexto de libre arbitrio y voluntad negocial, el CCYC. permite ahora la renuncia del privilegio, lo cual no implica la renuncia del crédito al cual el privilegio accede, sino sólo a su carácter o cualidad preferente de pago. Esto indica que la renuncia del privilegio no constituye un modo de extinción de las obligaciones, sino sólo de su cualidad preferente. No le está vedado al acreedor renunciar también al crédito, lo cual es obvio, pero en tal caso, dicha renuncia deberá ser expresa y fehaciente, toda vez que este acto unívoco de voluntad de renuncia, por el carácter accesorio de los privilegios, implicará también la renuncia de la preferencia legal.

Esta posibilidad de convenio entre acreedor y deudor, cuyo objeto es la postergación de los derechos del acreedor respecto de otras deudas, no desnaturaliza el origen legal de los privilegios, porque dichas convenciones reglarán los derechos entre acreedor subordinante y acreedor subordinado, sin afectar derechos de terceros, tal cual la norma lo indica en forma taxativa y expresa. El principio de legalidad de los privilegios no sufre menoscabo alguno. El convenio de subordinación debe mantener inalterable la situación del resto de los acreedores, o sea, sin beneficio ni perjuicio para terceros.

En su párrafo final, la norma comentada indica que esta regla general en materia de renuncia de privilegios, es inaplicable al privilegio del crédito laboral, que no es renunciable ni postergable. Su fundamento radica en la especial protección que se dispensa a los trabajadores y a su buena fe negocial, procurando que no puedan ser sorprendidos en situaciones de perjuicio para su crédito alimentario. La norma interpreta que un pacto de renuncia de preferencia laboral perjudicaría a los trabajadores titulares del mismo.

Esta prohibición rige, cabe aclararlo, en el contexto de las relaciones individuales, judiciales o extrajudiciales, de empleadores y dependientes. En el régimen concursal, por el contrario, y conforme ya se expresó precedentemente, dentro del proceso universal de concurso preventivo, la solución es diferente. Se habilita la renuncia del privilegio laboral, con recaudos procesales que permitan asegurar al renunciante el pleno conocimiento de sus derechos.

## V. Indivisibilidad y accesoriedad

El tema de la "indivisibilidad" del privilegio no tiene correlato directo con el código civil derogado, ya que Vélez consideró innecesaria esta disposición por cuanto los privilegios eran asimilables a los derechos reales, especie de derechos que tenían precisamente a la indivisibilidad como su característica propia y natural. Por ello, consagró este principio en forma expresa en la normativa de las garantías reales de hipoteca y prenda, pero no en las disposiciones generales de privilegios.

En cambio, el supuesto de "transmisión" del privilegio si fue contemplado por Vélez en el art. 3877 del código civil derogado cuyo texto expresaba: "Los privilegios se transmiten como accesorios de los créditos a los cesionarios y sucesores de los acreedores, quienes pueden ejercerlos como los mismos cedentes". En definitiva, se reitera el principio jurídico de que la transmisión del crédito incluye también, obviamente, a su cualidad privilegiada.

En el régimen concursal no existe previsión legal concreta sobre estos temas. La cuestión de la cesión onerosa de créditos concursales verificados o admitidos, tanto quirografarios como privilegiados, con las formalidades escriturales requeridas para este tipo específico de transmisión de derechos litigiosos, es

muy controvertida y de amplia polémica en la doctrina y la jurisprudencia. Las posibles maniobras especulativas que podrían afectar la regla de paridad jurídica de acreedores y eventuales derechos de terceros, condicionando regímenes de mayorías o la conformación de categorías de acreedores, determinan que estas transmisiones hayan recibido objeciones, rechazos o condicionamientos judiciales en orden a su tempestividad, eficacia y contenido.

El art. 2576 del CCYC., bajo el título “Indivisibilidad. Transmisibilidad”, nos indica que “Los privilegios son indivisibles en cuanto al asiento y en cuanto al crédito, independientemente de la divisibilidad del asiento o del crédito. La transmisión del crédito incluye la de su privilegio”.

La norma comentada consagra el principio genérico de indivisibilidad en materia de privilegios. Esta indivisibilidad consiste en que todas y cada una de las cosas a las cuales afecta el privilegio, están sujetas por el total de la deuda y por cada una de sus partes, mientras el crédito no haya sido totalmente satisfecho. La indivisibilidad es completa y abarcativa, tanto del asiento, cuanto del crédito, con independencia de la eventual divisibilidad de ambos elementos en forma parcial.

Ello implica que todo el producto de la cosa y también cada parte de ese producto, quedan afectados al pago de la totalidad del crédito y de cada parte del mismo. La división de las cosas o del crédito no afecta la integridad del privilegio, que subsiste hasta tanto haya sido totalmente satisfecho el acreedor respectivo [\[559\]](#).

Si un crédito es pagado en forma parcial, la cosa afectada al privilegio (asiento) no queda liberada en forma parcial o proporcional al pago a cuenta efectuado. Su liberación solo se producirá cuando el acreedor obtenga el pago total del crédito garantizado, por cuyo monto seguirá respondiendo la cosa gravada en su totalidad y hasta la cancelación de la acreencia privilegiada.

Una sistematización de las consecuencias que nacen de aplicar el principio de indivisibilidad a los privilegios indica:

a) Si se divide el crédito, cada uno de los acreedores puede cobrar con preferencia sobre toda la cosa o cosas gravadas.

b) Si la cosa gravada es divisible entre varios, los condóminos no pueden pretender la división del privilegio, toda vez que la preferencia continúa abarcando la totalidad de la cosa afectada.

c) En las sucesiones, cada heredero responde por su parte de la deuda, pero el pago parcial no impide que, en la ejecución del crédito, el acreedor privilegiado persiga el cobro del saldo sobre el producido total de la subasta judicial respectiva.

d) La pérdida o deterioro de una parte de la cosa gravada no impide que el resto quede afectado al total del privilegio, sin que la disminución del valor de venta pueda ser invocado por los demás acreedores para reducir proporcionalmente la preferencia de los que son privilegiados. [\[560\]](#)

En suma, la indivisibilidad de los privilegios establece que todas y cada una de las cosas o cosa sobre las que recae el privilegio, y también cada parte de esas cosas o cosa, estarían sujetas a la preferencia hasta tanto la deuda en su totalidad y en cada una de sus partes haya sido finalmente cancelada en integridad.

El art. 2576 del CCYC. consagra también el principio de “accesoriedad” de los privilegios, estableciendo que la transmisión del crédito incluye también su cualidad de privilegiado. Disposición lógica si se advierte que el privilegio es una calidad inseparable del crédito.

El código civil derogado regulaba la accesoriedad como requisito inherente a la existencia misma del privilegio, inspirado Vélez en la doctrina francesa de la época que asignaba un privilegio teniendo en cuenta la naturaleza y cuantía del crédito, y no a la persona del acreedor. Así lo concibió también el Derecho Romano, donde el privilegio era un refuerzo de un derecho de crédito.

El privilegio por sí solo carece de existencia jurídica, sino en tanto cualidad de accesorio de lo principal, que es el crédito. Este carácter accesorio está consustanciado con la idea misma de privilegio, por lo cual resulta un tanto superfluo que la ley lo disponga en forma expresa, tal cual se efectúa en esta norma del art. 2576 CCYC. Sin perjuicio de ello, el art. analizado remarca esta característica esencial de los privilegios y de su existencia conjunta e inescindible con el crédito al cual garantiza, siguiendo su misma suerte jurídica. Si el crédito se extingue, se extingue también el privilegio; si el crédito se transmite, se transmite también el privilegio. El juez competente para entender lo atinente al privilegio, será el mismo juez competente respecto del crédito garantizado; y así sucesivamente.

## VI. Extensión

El art. 2577 del CCYC., bajo el título “Extensión”, regula que “El privilegio no se extiende a los intereses, ni a las costas, ni a otros accesorios del crédito, excepto disposición legal expresa en contrario”.

Esta norma no tiene antecedente directo con el código civil derogado, que no contemplaba como disposición genérica este principio “restrictivo” de la extensión de los privilegios. Pero en la nota del art.

3879, Vélez reafirmaba el carácter estricto de los privilegios, que no son susceptibles de extensión ni de aplicación analógica a supuestos no contemplados por el texto legal.

En cambio, en el régimen concursal si existe previsión jurídica expresa y concreta sobre el tema. El art. 242 de la Ley de Concursos y Quiebras dispone que:

“Los privilegios se extienden exclusivamente al capital del crédito, salvo en los casos que a continuación se enumeran en que quedan amparados por el privilegio: 1. Los intereses por dos (2) años contados a partir de la mora de los créditos enumerados en el Inc. 2 del art. 241 (créditos con privilegio especial de origen laboral). 2. Las costas, todos los intereses por dos (2) años anteriores a la quiebra y los compensatorios posteriores a ella hasta el efectivo pago con la limitación establecida en el art. 126, cuando se trate de los créditos enumerados en el inc. 4, del art. 241 (créditos con privilegio especial garantizados con hipoteca, prenda, warrant, debentures y obligaciones negociables). En este caso se percibirán las costas, los intereses anteriores a la quiebra, el capital, y los intereses compensatorios posteriores a la quiebra, en ese orden”.

Analizar la extensión de los privilegios implica considerar aquellos rubros de un crédito que gozan de la calidad de privilegiado conforme el criterio legislativo respectivo. Los componentes del crédito son los siguientes:

1. Capital;
2. Intereses, ya sea compensatorios, moratorios o punitivos;
3. Gastos y costas.

En ciertos y determinados rubros, el legislador extiende el privilegio, en un marco regulatorio que siempre mereció fundadas críticas, por cuanto se trata de un tema donde el sistema adolece de notoria y defectuosa técnica legislativa.

La norma consagra el carácter “restrictivo” de los privilegios, sentando el principio general de que esta cualidad de pago comprende solamente al capital del crédito, sin distinción de clases o categorías o jerarquías de acreedores. En virtud de este principio general, el privilegio no se extiende, por regla, a los intereses, ni a las costas, ni a otros accesorios. Claro que, como toda regla general jurídica, admite excepciones en la medida en que dichas excepcionalidades estén expresamente previstas en disposiciones legales.

La creación de excepciones por parte del legislador, implica en los hechos una fuerte desnaturalización del principio e introducir importantes resquicios al criterio de unidad en materia de privilegios, que sería deseable en el tema. Desde siempre, el carácter excepcional de los privilegios, ante la regla de la igualdad de acreedores y el problema de interferencia entre acreedores, permite a calificada doctrina sostener que las normas generales en el tema deben vedar la extensión del privilegio a los intereses y costos particulares de recupero del crédito por parte del acreedor <sup>[561]</sup>.

En materia de intereses, vedar a estos accesorios el carácter de privilegiado, implica preservar como principio rector que esta cualidad de pago se refiere únicamente al capital del crédito respectivo. No caben distinciones entre intereses compensatorios, moratorios o punitivos, así como tampoco a su origen anterior o posterior al reclamo judicial pertinente.

En materia de costas y gastos judiciales, es decir, los denominados “gastos de justicia”, también el carácter restrictivo de su extensión impediría otorgarles tal calidad a dichos rubros accesorios., por regla general, y sin perjuicio de las disposiciones expresas que algunos ordenamientos otorgan a las costas del reclamo judicial demandado por el acreedor preferente para su cobro.

## VII. Retroactividad

El art. 2578 del CCYC., bajo el título “Cómputo”, establece que “Si se concede un privilegio en relación a un determinado lapso, éste se cuenta retroactivamente desde el reclamo judicial, excepto disposición legal en contrario”.

Esta norma carece de antecedentes en el código civil derogado, aunque merece destacarse que el Proyecto de Código Civil del año 1998 contenía un precepto similar en materia de cómputo de los privilegios, indicando como pauta temporal la fecha en que se realiza la subasta del bien gravado. En cambio, el art. 2578 del CCYC. regula ahora el cómputo con carácter retroactivo a la fecha del reclamo judicial. La diferencia temporal puede resultar importante, según se adopte uno u otro criterio, toda vez que la secuela el juicio, es decir, la duración procesal de la ejecución, puede marcar notorias distancias de tiempo entre la interposición de la demanda y la fecha de remate, en la etapa de ejecución de sentencia.

En el caso del régimen concursal, la pauta temporal distingue según se trate del instituto del concurso preventivo, en cuyo caso la retroactividad opera desde la fecha de petición judicial de su concursabilidad

por el deudor cesante, o bien de la quiebra, donde los efectos jurídicos temporales de la falencia se computan a partir de la fecha de la sentencia declarativa de quiebra, aunque el fallo se encuentre recurrido. En otras palabras, para la concursabilidad preventiva la fecha relevante es la petición judicial que exterioriza el estado de cesación de pagos del deudor concursado, y para la quiebra liquidativa el dato temporal clave es la fecha de la sentencia declarativa de falencia, que constituye al deudor en fallido. Cada una de dichas fechas procesales, en cada uno de dichos procesos, es la pauta temporal de sus efectos jurídicos, entre ellos, de los privilegios respectivos.

El cómputo temporal retroactivo en materia de privilegios que consagra la norma del 2578 del CCYC., armoniza con el principio procesal genérico que determina su eficacia desde la demanda judicial respectiva. Ello por cuanto el reclamo judicial constituye la exteriorización fehaciente, oponible a terceros, y con calidad de fecha cierta, de la voluntad jurídica del acreedor de reclamo de pago por incumplimiento previo de su deudor, titular del bien gravado con privilegio.

En general, siempre se considera que el acto introductorio de instancia que constituye toda demanda judicial de proceso contradictorio de índole patrimonial, civil o comercial, tiene efectos interruptivos de prescripción e impide la caducidad del derecho respectivo. La demanda judicial constituye la exteriorización de la voluntad jurídica del acreedor de reclamar a su deudor moroso el cobro judicial de la deuda impaga, poniendo en marcha el mecanismo jurisdiccional de cobro que el ordenamiento procesal reglamenta para la acción pertinente.

Por ello, la norma comentada indica que el cómputo de un privilegio con relación a un determinado lapso, se considera retroactivo a la fecha del reclamo judicial, excepto disposición legal expresa en contrario. La liquidación judicial que se practique en el proceso de cobro, exteriorizará esta modalidad de cómputo en materia de intereses y demás accesorios reconocidos legalmente para el privilegio respectivo.

### *VIII. Procesos universales*

Los procesos concursales, ya no se califican por la índole civil o comercial de la actividad del deudor, ni tampoco por la naturaleza de los créditos concurrentes sometidos a su verificación. Se distinguen según su carácter preventivo (concurso preventivo y acuerdo preventivo extrajudicial) o liquidativo (quiebra) del procedimiento respectivo.

El art. 2579 del CCYC., bajo el título "Procesos universales. Régimen aplicable", prescribe que "En los procesos universales los privilegios se rigen por la ley aplicable a los concursos, exista o no cesación de pagos".

En esta norma la innovación del nuevo CCYC. es total, ya que el código civil derogado carecía de toda referencia a los privilegios concursales. Debe recordarse que, en aquellos tiempos históricos y fundantes de nuestro derecho privado patrio, la problemática concursal, tanto preventiva como liquidativa, era absolutamente ajena al Código Civil. Así las cosas, en el código de comercio derogado se encontraban las disposiciones de los procesos concursales de los comerciantes y sociedades comerciales, en tanto que los códigos procesales provinciales instrumentaban los concursos civiles, preventivos o falenciales, de las personas físicas o jurídicas no comerciantes o que sólo desarrollaban actividades civiles.

Desde 1983, el régimen concursal reglamenta en forma unificada los concursos preventivos y las quiebras de personas físicas o jurídicas, sin distinguir la naturaleza civil o comercial de sus actividades principales o secundarias. Bien indica el art. 1 de la Ley de Concursos y Quiebras que el estado de cesación de pagos, como presupuesto objetivo de la concursabilidad, viabiliza los procesos concursales sin que pueda distinguirse la causa o la naturaleza de las obligaciones civiles o comerciales a las que afecte.

Por otra parte, el art. 239 de la Ley de Concursos y Quiebras indica que, existiendo concurso, solo gozarán de privilegio los créditos enumerados en el capítulo respectivo y conforme a sus disposiciones. La pretensión legal manifiesta en esta norma es regular un sistema cerrado de privilegios para procesos concursales, es decir, aplicable a la liquidación judicial preventiva o falencial de patrimonios en cesación de pagos, con exclusión absoluta de eventuales previsiones de otros ordenamientos.

El principio jurídico que luce claramente exteriorizado en el art. 2579 del CCYC. tiende a la simplificación del tema y a su aplicación práctica y uniforme con el régimen concursal vigente. En los Fundamentos del Proyecto, se indica que "el supremo arquetipo sería la unificación de los privilegios en un solo régimen legal, aplicable tanto a las ejecuciones individuales como a los procesos universales, pues la unificación hace a la seguridad jurídica, ya que el privilegio de un determinado crédito no puede variar en mérito a la situación del deudor o porque concurra o no con otros privilegios. Sin embargo, de conformidad con la labor encomendada a esta Comisión, no le corresponde ocuparse de la Ley de Concursos, ni de Seguros, ni de Navegación, ni de otros temas contenidos en Leyes o regímenes especiales, completos o cerrados. A los fines de encaminarse a la anhelada unificación se ha partido del régimen de privilegios regulado en la Ley de Concursos, aún en la regulación de los créditos laborales, y sobre este régimen se ha moldeado el destinado a las ejecuciones individuales, contemplando las debidas particularidades".

Por lo pronto e inicialmente, el art. 2579 CCYC. utiliza en el título y en su texto, la expresión "procesos universales", de modo genérico y sin distinciones de especies. Al utilizarse lingüísticamente como género,



debe interpretarse abarcativa de las dos especies de juicios universales reconocidos y regulados procesalmente para la liquidación y distribución de patrimonios:

1. Los procesos concursales, con fundamento en el estado de cesación de pagos del deudor,
2. Los procesos sucesorios, originados en el fallecimiento de una persona física.

Ambos procesos universales exteriorizan una pretensión omnicomprendiva del legislador exteriorizada en la idea que un único juicio, bajo la jurisdicción de un juez único, resuelva toda la situación de estos patrimonios liquidables, por causa de insolvencia o por causa de muerte, produciendo en la práctica una redistribución económica entre acreedores y herederos, conforme los respectivos ordenamientos. Se trata de un proceso único para un patrimonio también único y universal, comprensivo de una universalidad de bienes y derechos, de activos y pasivos, de cosas materiales y bienes inmateriales, que debe resolverse en forma armónica y unificada, en principio, sin exclusiones procesales.

El art. 2579 CCYC. indica que, en este tipo de procesos universales (concurales y sucesorios), la ley aplicable es la Ley de Concursos y Quiebras vigente, exista o no un estado de cesación de pagos como fundamento del proceso respectivo. En la interpretación de que también los procesos universales sucesorios se rigen por el régimen concursal, abona la expresión genérica e indistinta de procesos universales, y también la nota aclaratoria que cierra la norma, indicando la aplicación del régimen concursal, aunque no exista estado de cesación de pagos. Atento a que la insolvencia es el presupuesto objetivo de la concursalidad, y no de los juicios sucesorios, la norma remite al régimen concursal como regulación jurídica genérica para los dos tipos de procesos universales indicados, concursos y sucesiones.

En consecuencia, se cuenta ahora con dos sistemas jurídicos en materia de privilegios. En el caso de los procesos universales, también denominados ejecuciones colectivas de patrimonios, tanto concursales como sucesorios, el régimen jurídico aplicable será la Ley de Concursos y Quiebras. En el caso de los procesos de ejecución individual, el sistema será del CCYC.

En otras palabras, si el proceso es universal (concursal o sucesorio), rige el sistema de privilegios concursales y no el CCYC. Se entiende que de tal modo los juicios sucesorios quedan también sujetos al régimen concursal cuando se trata de graduar el orden de cobro de los acreedores del causante. En cambio, si el proceso es una ejecución individual, rige el sistema de privilegios del CCYC.

## *IX. Privilegios generales*

En el código civil derogado, Vélez regulaba un doble sistema de privilegios, especiales y generales, distinguiendo además si las preferencias referían a muebles o inmuebles. Diferenciaba los privilegios sobre cosas muebles e inmuebles, indicando que los privilegios sobre cosas muebles eran generales o particulares, en tanto que los privilegios sobre cosas inmuebles eran todos especiales. Luego de regular aspectos genéricos de esta división conceptual las preferencias sobre ciertos muebles e inmuebles eran consagradas en un plexo normativo que abarcaba los arts. 3878 al 3938, con fundamento en la doctrina francesa en la materia.

Por su parte, el régimen concursal unifica para el concurso preventivo y la quiebra liquidativa, un sistema de privilegios generales y especiales aplicable por igual para ambos tipos de juicios, con indicación casuística de los respectivos titulares y asientos, así como también de sus respectivas extensiones y órdenes de pago, todo ello regulado en los arts. 239 al 250 de la Ley de Concursos y Quiebras.

El art. 2580 del Código Civil y Comercial, bajo el título “Privilegios generales”, indica que “Los privilegios generales sólo pueden ser invocados en los procesos universales”.

En este tema hay notoria innovación legislativa. El Código Civil y Comercial preserva la diferenciación tradicional entre privilegios generales y privilegios especiales, pero regula exclusivamente los privilegios especiales. Para los privilegios generales reserva su invocación en los procesos universales exclusivamente, exista o no insolvencia, es decir, tanto en los juicios sucesorios, cuanto en los procesos concursales propiamente dichos. Los privilegios generales, en consecuencia, solo podrán reclamarse válidamente en los procesos colectivos, no en las acciones individuales de cobro.

En los Fundamentos se expresa que “se recepta la doctrina y jurisprudencia dominante de que los privilegios generales se ejercen solo en los procesos colectivos; por lo tanto, aquí se regulan solo los privilegios especiales. Los generales rigen solo en los procesos universales, haya o no insolvencia. En definitiva, si el proceso es universal, también en el caso del juicio sucesorio, rige la ley concursal y no el Código Civil”.

El precepto es lógico y congruente con los principios generales vigentes en materia de ejecuciones colectivas. Solo un proceso universal, en el cual se discute y resuelve la universalidad de un patrimonio liquidable, puede habilitar el ejercicio de preferencias generales sobre la totalidad de los bienes muebles e inmuebles del titular falente o fallecido. Un privilegio general solo puede ejercitarse sobre una universalidad de bienes, en el marco de un juicio universal único, bajo una tutela jurisdiccional también única. La invocación y ejercicio de los privilegios generales solo puede ser receptada en el marco de una ejecución colectiva, concursal o sucesoria, que habilite reglas de igualdad y prorrato, en su caso.

Su fundamento reside en que, atento a que el asiento del privilegio general es la totalidad de los bienes del deudor, sin determinaciones específicas, su ejercicio y eficacia debe valorarse en un contexto de generalidad o universalidad patrimonial, en concurrencia con otras preferencias de igual rango o bajo reglas de prorrata, e inclusive, con algunas pautas de concurrencia con la categoría residual de los acreedores comunes o quirografarios. Únicamente una visión global del patrimonio permite aplicar los privilegios generales con justeza legal y equidad distributiva.

## *X. Créditos comunes o quirografarios*

El Art. 2581 del Código Civil y Comercial, bajo el título “Créditos quirografarios”, regula que “Los acreedores sin privilegio concurren a prorrata entre sí, excepto disposición expresa en contrario de este Código”.

No existía en el código civil derogado una norma que expresara esta regla de forma tan categórica y general. De algún modo, efectuando analogía, y con referencia a la pauta del prorrateo, podría considerarse que en el art. 3882 de dicho ordenamiento, Vélez disponía algo similar cuando expresaba: “Los créditos privilegiados sobre los bienes muebles se ejercen según el número que indica su clasificación. Los de un mismo número concurren a prorrata, si fuesen de igual condición”.

En la Ley de Concursos y Quiebras, el art. 248 define a los créditos comunes o quirografarios, por vía negativa y de exclusión, como aquellos créditos a los que no se les reconoce privilegios en dicho sistema. Complementando el precepto, el art. 249 instaure también la regla del prorrateo cuando los fondos líquidos correspondientes al pago de privilegios generales o de créditos quirografarios, no alcanzan para satisfacer íntegramente estas acreencias. En tales supuestos, la distribución se efectúa a prorrata entre cada una de ambas categorías crediticias.

Los acreedores comunes o quirografarios resultan por exclusión de aquellos a quienes se les ha reconocido un privilegio especial o general. Sin posibilidades de extensiones analógicas, si el texto legal expreso no califica como privilegiado a un crédito, dicha acreencia es indudablemente quirografaria.

Se trataría, por lo tanto, de una categoría que, según la modalidad lingüística empleada por el legislador, luciría a primera vista como residual. Tanto el Código Civil y Comercial, como el régimen concursal, caracterizan con términos similares a los acreedores quirografarios, señalando que son aquellos créditos sin privilegio o a los cuales no se les reconoce un privilegio general o especial. La conceptualización en forma negativa puede llevar a confusiones en materia de principios generales crediticios.

El rigor de verdad, todos los créditos son inicialmente comunes o quirografarios. Solo una especial valoración jurídica los excluye de tal situación y los especializa dentro de una categoría determinada de créditos privilegiados. Es decir, la regla general es la comunidad de acreedores en una categoría genérica quirografaria. El legislador extrae o excluye ciertas acreencias, en origen comunes o quirografarias, para otorgarles preferencias de pago, generales o especiales, con un criterio valorativo, jurídico o sociológico, que ya se analizó en la introducción general del tema.

Como correlato necesario de su carácter común o genérico, entre los acreedores quirografarios no existen rangos ni distinciones, motivo por el cual, si el conjunto de bienes sobre los cuales puede ejercitarse su cobro no alcanza para el pago total de esta categoría, concurren a prorrata entre sí.

La prorrata como regla distributiva de pago entre acreedores de una misma categoría alude a la cuota o parte que le corresponde a cada uno de estos acreedores, cuando el reparto es insuficiente y proporcional entre varios o entre un universo específico de similares acreencias. Es una regla de repartición proporcional, ante la insuficiencia de fondos liquidables. Implica que cada acreedor de igual categoría tiene derecho al cobro de una cuota que guarda relación porcentual con su participación total en la sumatoria de todos los créditos de la misma categoría.

## I. Introducción

El uso de las convenciones procesales -o acuerdos o negocios jurídicos procesales- es cada vez más frecuente y dista de ser una materia acabada en cuanto a su conceptualización y alcances, lo que coloca a la temática como un eje de gran interés y actualidad. Realizaremos este estudio, entonces, con la finalidad de introducirnos en la construcción de una teoría general de las convenciones procesales propia para el sistema procesal argentino, analizando la legislación actual y las propuestas de reformas existentes

## II. Estado actual de la regulación

El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación vigente en la República Argentina no define a las convenciones procesales y no contiene una regulación que las admita de modo genérico, lo que implica que las partes no cuentan con la habilitación legal para modificar a través de un acuerdo las reglas que rigen el proceso judicial.

Sí contamos con reglas que permiten la celebración de acuerdos procesales sobre puntuales y determinados aspectos del proceso.

Estimamos, siguiendo a Berizonce, que si bien no se encuentran regulados los acuerdos procesales en nuestra legislación, el principio de instrumentalidad de las formas en virtud del cual los actos procesales son válidos en tanto se hayan realizado de cualquier modo apropiado para la obtención de su finalidad, posibilita a partir de una interpretación armónica con los de economía procesal y duración razonable, la admisión de acuerdos procesales, sin que la falta de previsión genérica autoritativa constituya un impedimento insalvable para su admisión [\[562\]](#).

Como consecuencia de la falta de definición legal de las convenciones procesales en el derecho procesal argentino, resulta que la doctrina nacional no es coincidente en su conceptualización, centrándose el debate en su calificación en el uso corriente como negocios jurídicos procesales.

Se sostiene que el Código Civil y Comercial de la República Argentina nos habla de actos jurídicos y no menciona los negocios jurídicos, por lo que se estima que no podríamos hablar de negocios jurídicos independientemente de que en el lenguaje coloquial se hable de ellos. Así, si no hay negocios jurídicos sustanciales, tampoco puede hablarse de negocios jurídicos procesales, y cuando en el proceso las partes acuerdan una solución al mismo, sin necesidad de una resolución judicial de apoyo, como sucede actualmente con la transacción, consideran que nos encontramos ante un contrato y un acto jurídico de conformidad con los arts. 1641 y 259 del Código Civil y Comercial. [\[563\]](#)

Para Peyrano el negocio jurídico procesal es una variante del acto jurídico procesal y dice que como tal es también un acto de parte, humano voluntario y lícito, directamente enderezado a crear, modificar o extinguir relaciones procesales. Considera que se trata de un acto jurídico bilateral o plurilateral porque involucra necesariamente un acuerdo de voluntades sobre el litigio o sobre el proceso, y pone énfasis en que, en caso del negocio jurídico procesal, “el ordenamiento autoriza y privilegia el apartamiento de lo que está programado. En cierta forma, lo que singulariza a un negocio jurídico procesal radica en que la voluntad de las partes viene a vincular al oficio judicial” [\[564\]](#).

Es un dato de la realidad que las convenciones procesales son cada vez más utilizadas, siendo materia corriente su incorporación en los contratos a modo de cláusulas específicas para determinar los tribunales competentes para el caso en que los contratantes luego tengan un litigio derivado de los acuerdos celebrados. Esta práctica, tal como lo aprueba el profesor Berizonce en la cita transcripta párrafos atrás, no encuentra impedimentos a pesar de la falta de habilitación legal ya que no contradice los principios que rigen el proceso civil y comercial.

II.- a.- Convenciones procesales típicas en el ordenamiento actual: Tal como ya dijimos, en el actual Sistema Procesal Argentino no existen previsiones normativas genéricas que autoricen el uso de convenciones procesales atípicas, pero sí hay puntuales casos de convenciones procesales típicas referidas a la competencia, plazos, prueba pericial y costas.

Estos casos son los expresamente previstos por la ley en la actualidad, y son los que el profesor Cabral identifica como aquellos en los que el legislador ha previsto delimitando sus formalidades, presupuestos y requisitos de validez y eficacia [\[565\]](#).

El art. 2 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación admite la celebración de acuerdos de

prórroga de competencia formulados por escrito por las partes, los que se limitan a la competencia territorial.

El art. 155 del mismo ordenamiento habilita la prórroga de plazos por acuerdo de partes con relación a actos procesales determinados, y el art. 157 admite convenciones sobre suspensión y abreviación de plazos.

En cuanto a las costas, si bien deben ser impuestas de oficio, aun sin pedido de partes, los artículos comprendidos en el Título II, Capítulo V, no impiden que éstas puedan celebrar acuerdos al respecto, pues se trata de una materia disponible por ellas y rige el principio de autonomía de la voluntad<sup>[566]</sup>. Puntualmente el art. 73 dispone para el caso en que las partes arribasen a una conciliación o transacción en el proceso, podrán acordar la forma en que se impongan las costas.

### *III. Perspectivas de incorporación de los acuerdos procesales en el ordenamiento procesal argentino.*

Las reformas procesales en Argentina tienen un largo tiempo de espera. El texto del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación está vigente desde el año 1968, habiendo recibido apenas reformas parciales en los últimos 50 años. A su vez, la mayoría de los Códigos de Procedimiento de las Provincias Argentinas, repiten el mismo texto con mínimas variantes.

Recién en los últimos años se generó un proceso de análisis de la reforma en materia procesal civil en el contexto del Programa “Justicia 2020”<sup>[567]</sup> del Ministerio de Justicia de la Nación, cuyo producto final fue el Proyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (en adelante el Proyecto) que fue remitido por el entonces Presidente de la Nación el día 23 de septiembre de 2019 el Presidente de la Nación al Congreso de la Nación<sup>[568]</sup>.

Tanto este Proyecto, como su antecedente “Las Bases para la Reforma Procesal Civil y Comercial”<sup>[569]</sup> (en adelante las Bases), incluyen en su texto la habilitación genérica para que las partes celebren acuerdos procesales, por lo que su estudio es insoslayable a los fines de analizar su inserción en el sistema procesal nacional ante la inminente posibilidad de su incorporación en el ordenamiento procesal argentino.

### *IV. Proyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Nación:*

El Proyecto fue redactado por una comisión de notables procesalistas argentinos, entre los que se encuentran Eduardo David Oteiza, Mario Kaminker, Patricia Bermejo y María Lilia Gómez Alonso<sup>[570]</sup>.

Se destaca de esta propuesta normativa que tiene por objetivos instalar la oralidad efectiva en los procesos de conocimiento, simplificar estructuras procesales, instalar el expediente electrónico y procurar finalizar el proceso en el menor tiempo posible, así como establecer una justicia próxima a los justiciables a través de la intermediación. Entre las novedosas incorporaciones se encuentran los acuerdos procesales.

Esta misma comisión redactora previamente había hecho públicas las Bases. Este documento sometió a consideración de la sociedad las ideas centrales que sirvieron de insumo para la redacción del Proyecto del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Este texto si bien no forma parte del Proyecto presentado resultará de suma utilidad a la hora de interpretar su contenido, en tanto son los mismos miembros quienes las suscribieron explicitando cual debía ser el contenido y sentido de la reforma procesal civil y comercial que Argentina espera hace aproximadamente 50 años.

IV.- a.- Los acuerdos procesales en las “Bases” y el “Proyecto”: En las Bases los redactores incluyeron principios que consideraron debían regir el proceso civil, entre ellos el de instrumentalidad de las formas.

En particular allí se dijo que, el principio de Instrumentalidad y adaptabilidad de las formas procesales, implica que al interpretar una norma procesal o ante un vacío legal, el juez deberá tener en cuenta que el fin del proceso es la efectividad de los derechos sustanciales, debiendo acudir en caso de duda a las normas constitucionales y a los tratados incorporados a la Constitución Nacional, “la instrumentalidad de las formas procesales asume que la meta principal del proceso es la efectividad de las normas sustanciales. En tal sentido, se concibe al proceso civil como un marco necesario e indispensable para la prestación del Servicio de Justicia. Dicha finalidad primordial explica y justifica que, en aras de la preservación y defensa del derecho de fondo comprometido, pueda darse válidamente un sacrificio de la observancia estricta de la normativa procesal, cuando ello no genere indefensión. La adaptabilidad de las formas implica favorecer la flexibilidad en la aplicación de las normas procesales”<sup>[571]</sup>.

La regulación dada a este principio contenía una última previsión en su parte final en la que se incorporaron de modo genérico las habilitaciones para la concreción de convenciones procesales: “Las partes tienen derecho a acordar y someter a consideración del juez propuestas relativas al trámite del proceso”<sup>[572]</sup>.

Esta propuesta realizada en las “Bases”, se encuentra receptada en el Proyecto en su art. 14, en el Libro Primero, Parte General, Título I, Capítulo I, sobre los Derechos, Deberes y Cargas de las partes, al regular sobre las Partes y Abogados.

Este art. dice que “Las partes pueden celebrar, en procesos donde se debatan derechos disponibles y en tanto no concurriera una inobservancia del orden público, acuerdos procesales que puedan determinar una modificación de las normas procesales. Tales acuerdos podrán adecuar el proceso a las particularidades del conflicto y especificar el alcance de las cargas, facultades y deberes procesales de las partes. De oficio o a requerimiento de parte, el juez controlará la validez de los acuerdos debiendo negar su aplicación en los casos en que lo pactado resulte nulo, suponga un abuso del derecho o importare el sometimiento a un contrato de adhesión”<sup>[573]</sup>.

La propuesta incorporada opera como una habilitación abierta, al modo de la regulación del art. 190 del Código Procesal Civil de Brasil<sup>[574]</sup> que dice:

“versando el proceso sobre derechos que admitan autocomposición, es lícito que las partes plenamente capaces estipulen modificaciones al procedimiento para ajustarlas a las particularidades del proceso y acordar sobre sus cargas, derechos, facultades y deberes procesales, antes o durante el proceso. De oficio o a pedido de parte el juez controlará la validez de las convenciones previstas en este art. negándoles su aplicación en casos de nulidad o de incorporación abusiva en un contrato de adhesión o en los casos en que alguna parte se encuentra en manifiesta situación de vulnerabilidad”.

Antonio do Passo Cabral, analizando el sistema procesal de Brasil, define a las convenciones procesales como el negocio jurídico plurilateral, por el cual las partes, antes o durante el proceso y sin necesidad de intermediación de ningún otro sujeto, determinan la creación, modificación o extinción de situaciones jurídicas procesales, o alteran el procedimiento<sup>[575]</sup>.

Ahora bien, el Proyecto, nos brinda elementos que nos permiten conceptualizar las convenciones procesales sobre las directrices que aporta este modelo de reforma propuesto para el sistema argentino.

Podemos decir entonces que los acuerdos procesales, según el Proyecto, son un acuerdo de partes, bilateral o multilateral, para modificar reglas procesales. Cuyo contenido puede consistir en adecuaciones a las particularidades del conflicto, o en delimitar las cargas, facultades y deberes de las partes. Imponiéndose como límites a tal potestad la disponibilidad de los derechos y la no afectación del orden público

## V. Acuerdos Procesales Típicos en el texto del Proyecto:

El Proyecto también prevé casos puntuales de convenciones procesales típicas respecto del juez competente, plazos, peritos y costas.

V.- a.- Acuerdos procesales sobre competencia: El art. 50 del Proyecto admite la celebración de acuerdos de prórroga expresa sobre competencia, y la limita a la competencia territorial en asuntos patrimoniales.

En el art. 51 dispone que el juez de oficio, antes del traslado de la demanda podrá declarar abusivo el acuerdo sobre competencia y determinar su ineficacia, y también que, no serán válidos estos acuerdos contenidos en contratos de adhesión con condiciones generales impuestas por una de las partes o que se hayan celebrado con consumidores o usuarios, excepto cuando se haga con respecto a tribunales con competencia exclusiva para conocer del asunto de que se trate.

El art. 52 *in fine*, dice que en “los asuntos exclusivamente patrimoniales no procederá la declaración de incompetencia de oficio, fundada en razón del territorio, excepto en cuestiones de consumo”.

V.- b.- Acuerdos procesales sobre plazos: En el art. 111 del Proyecto habilita los acuerdos procesales sobre prórroga de plazos, permitiendo también que las partes acuerden cómo se computará el nuevo plazo.

V.- c.- Acuerdos procesales sobre peritos: En el art. 274 se refiere al acuerdo de partes para la designación de peritos. Expresamente dice: “La prueba pericial estará a cargo de un perito único designado de común acuerdo entre las partes o, a falta de éste, de oficio, salvo cuando una ley especial establezca un régimen distinto. Cada parte tiene la facultad de designar un consultor técnico. Los honorarios del consultor técnico integrarán la condena en costas”.

V.- d.- Acuerdos procesales sobre costas: Se admite que las partes celebren acuerdos sobre la forma en que habrán de imponerse las costas (art. 308 del proyecto), permitiendo que se separen del principio general previsto en el art. 306 del Proyecto.

## *VI. A modo de conclusión:*

El derecho de acción incluye el derecho a una técnica procesal adecuada a la tutela de las necesidades del derecho material [\[576\]](#), por lo que la admisión de la facultad de celebrar acuerdos asiste a la instrumentalidad del proceso y a la garantía del acceso a la justicia.

# El derecho de acceso a la información de los consumidores, como tutela de los demás derechos

María Sofía Nacul

## Resumen

*El derecho de acceso a la información pública es un elemento esencial del sistema republicano de gobierno, reconocido en el derecho comparado y en los sistemas regionales de protección de derechos humanos. El presente trabajo analiza el alcance de este derecho no sólo en su faz sustantiva, sino especialmente enfocado en su condición instrumental, en tanto resulta una condición que permite el ejercicio de otros derechos fundamentales, que impactan en la vida cotidiana de los ciudadanos. Luego de desarrollar brevemente el marco normativo general en que se desarrolla y su consagración jurisprudencial, tanto a nivel local como internacional, se aborda su vinculación con el sistema normativo estatutario del derecho del consumidor, en particular con el derecho de acceso al consumo y con la regulación normativa del derecho-deber de información, puntualizando la existencia de un vacío normativo sobre el derecho de acceso a la información de los consumidores y usuarios en la relación de consumo. Se realiza un análisis de una propuesta normativa que se considera adecuada para tutelar el derecho de acceso a la información de los derechos de los consumidores y usuarios, destacando su relevancia en cuanto instrumento que permite hacer elecciones bien fundadas, para la satisfacción de sus deseos y necesidades. y para garantizar la protección de sus derechos fundamentales.*

## I. El derecho de acceso a la información como derecho humano

El acceso a la información pública, establecido en numerosas convenciones y Leyes nacionales e internacionales, representa un derecho fundamental para todos los ciudadanos que deseen buscar y recibir información y datos que se encuentren en poder de entidades públicas o de personas privadas que ejerzan funciones públicas o reciban fondos del estado; su contracara es la consecuente obligación estatal de instrumentar un sistema administrativo que facilite a cualquiera la identificación y el acceso a la información solicitada <sup>[577]</sup>. Una definición precisa la proporciona Buteler quien lo caracteriza como:

“un derecho humano fundamental, reconocido en la mayoría de los sistemas jurídicos comparados y supranacionales, por el cual se permite a toda persona acceder a datos, registros, expedientes y cualquier tipo de información que se encuentre en poder de autoridades públicas o privadas que lleven adelante cometidos públicos” <sup>[578]</sup>.

Su relevancia es manifiesta y ostensible en tanto es una vía que permite a la ciudadanía participar en los asuntos políticos y monitorear las acciones del estado transparentando la gestión pública y ejerciendo una función de control social. Se trata de un derecho particularmente importante para la consolidación, el funcionamiento y la preservación de los sistemas democráticos <sup>[579]</sup>, por lo cual ha recibido un alto grado de atención tanto por la legislación, la jurisprudencia y la doctrina internacional.

La Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en su resolución 59 (I) afirmó que “la libertad de información es un derecho humano fundamental y piedra de toque de todas las libertades a las cuales están consagradas las Naciones Unidas” y que abarca el “derecho de recopilar, transmitir y publicar noticias”.

Se ha considerado además que la libertad de información es parte integrante o corolario del derecho fundamental a la libertad de expresión, la que incluye el derecho de “investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión” <sup>[580]</sup>. Así, ha sido consagrada en numerosos instrumentos internacionales. Ello, en tanto, es claro que la información no es propiedad del Estado sino que pertenece a los ciudadanos; en consecuencia, la información que posee la administración solo se justifica en su carácter de representante de la ciudadanía <sup>[581]</sup>.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos en su art. 13 da un altísimo valor a la libertad de expresión <sup>[582]</sup>. Así lo hace también la Carta Democrática Interamericana -art. 4- <sup>[583]</sup>.

El derecho de buscar y recibir información ha sido consagrado de igual modo expresamente por la

Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (art. IV)<sup>[584]</sup> y por el art. 19.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas<sup>[585]</sup>.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha interpretado consistentemente que la libertad de expresión es un medio para el intercambio de informaciones e ideas entre las personas y para la comunicación masiva entre los seres humanos. Se ha precisado que para el ciudadano común es tan importante el conocimiento de la opinión ajena o la información de que disponen otras personas, como el derecho a difundir las propias creencias o informaciones. Se ha enfatizado que una limitación del derecho a la libertad de expresión afecta al mismo tiempo el derecho de quien quiere difundir una idea o una información y el derecho de los miembros de la sociedad a conocerla<sup>[586]</sup>.

La jurisprudencia internacional ha sido copiosa y fructífera<sup>[587]</sup> y ha permitido delinear las características y alcances del derecho de acceso a la información<sup>[588]</sup>. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha desprendido del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el art. 13 de la Convención, el derecho al acceso a la información. Así, en el caso "Claude Reyes y otros vs. Chile", fallado el 19 de septiembre de 2006, señaló que:

"el art. 13 de la Convención, al estipular expresamente los derechos a 'buscar' y a 'recibir' 'informaciones', protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención. Consecuentemente, dicho art. ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocer esa información o reciba una respuesta fundamentada cuando por algún motivo permitido por la Convención el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto".

Se ha señalado, asimismo, que dicha información debe ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal, salvo en los casos en que se aplique una legítima restricción. Su entrega a una persona puede permitir a su vez que ésta circule en la sociedad de manera que pueda conocerla, acceder a ella y valorarla. De esta forma, el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión contempla la protección del derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, el cual también contiene de manera clara las dos dimensiones, individual y social, del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, las cuales deben ser garantizadas por el Estado de forma simultánea<sup>[589]</sup>.

Coincidimos con Hirschmann en que el derecho de acceso a la información pública tiene tanto un cariz individual -cuando posibilita, por ejemplo, que un interesado acceda a archivos públicos- como una dimensión "institucional o estratégica" en tanto alude a la información como un bien colectivo -es decir, referida a la tutela de intereses colectivos como salud, medio ambiente, la formación de una opinión pública en libertad, la pluralidad de los partidos políticos- y cuando constituye un instrumento indispensable para promover y consolidar a otras libertades y posibilita el perfeccionamiento de la vida democrática de una comunidad<sup>[590]</sup>.

En los últimos años, el derecho a la información ha sido reconocido por un número cada vez mayor de países a través de la sanción de leyes que lo tutelan a la par que establecen los sujetos obligados. Muchos de estos países han avanzado de manera considerable en la implementación de sus normas y en el diseño y puesta en funcionamiento de estructuras institucionales adecuadas para garantizar su protección. La legislación en la materia, en general, refleja la premisa fundamental de que toda la información en poder de los gobiernos y las instituciones gubernamentales es, en principio, pública y solo podrá ser retenida si existen razones legítimas para no divulgarla, como suelen ser la privacidad y la seguridad.

En nuestro país, recién en el año 2016 se sancionó la Ley N° 27.275<sup>[591]</sup> que regula esta cuestión y tiene por objeto garantizar el efectivo ejercicio del derecho de acceso a la información pública, promover la participación ciudadana y la transparencia de la gestión pública. Asimismo, creó la Agencia Nacional de Acceso a la Información Pública (AAIP) como ente autárquico con autonomía funcional que debe velar por el cumplimiento de los principios y procedimientos establecidos en la ley, garantizar el efectivo ejercicio del derecho de acceso a la información pública<sup>[592]</sup>, promover medidas de transparencia activa y actuar como autoridad de aplicación de la ley de Protección de Datos Personales N° 25.326. A su vez, numerosas provincias siguieron idéntico camino y podemos encontrar valiosos aportes en el derecho público local<sup>[593]</sup>. No obstante, aún queda mucho camino por recorrer<sup>[594]</sup> y avanzar en orden a una mejor



protección en este campo. Volveremos sobre el sistema de protección argentino en acápite posteriores.

## II. El derecho de acceso a la información en su faceta instrumental

El derecho de acceso a la información pública es un derecho sustantivo, que tiene contenido en sí mismo pero, a la vez, tiene un cariz instrumental porque permite el ejercicio de otros derechos fundamentales, que impactan en la vida cívica y cotidiana de la ciudadanía<sup>[595]</sup>. Como bien se ha observado al analizar la naturaleza del derecho de acceso a la información, éste “adquiere sustantividad por su condición de adjetivo e instrumental. Sin él, no podrían existir otros derechos y de ahí la importancia imprescindible de construir un camino que se oriente a protegerlo, afianzarlo y maximizarlo”<sup>[596]</sup>.

La Corte Interamericana en su Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985 ha hecho referencia a la estrecha relación existente entre democracia y libertad de expresión<sup>[597]</sup>. Ha señalado que es una *condictio sine qua non* para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente y una condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones esté suficientemente informada<sup>[598]</sup>.

La necesidad de contar con instituciones transparentes y permeables a las solicitudes de información de los ciudadanos impulsó demandas sociales que se englobaron bajo la denominación de “el derecho a saber” o “romper con la cultura del secreto”<sup>[599]</sup>. Este proceso fue lo que impulsó que se modificaran legislaciones, prácticas y estructuras para garantizar el derecho de cada ciudadano a recibir la información solicitada; a su vez, la puesta en funcionamiento de organismos estatales especializados para garantizar el acceso a la información coadyuvó a una evolución de las estrategias de derecho de acceso a la información, que fueron avanzando desde políticas generales y amplias en relación al uso y a la apertura de información hacia políticas específicas, focalizadas y dirigidas a un público en concreto, dándole un valor instrumental a este derecho.

Tradicionalmente se ha hecho hincapié en el acceso a la información como un elemento importante en cuanto a la transparencia de la *res publica* y en la lucha contra la corrupción en el ámbito de la administración estatal. Pero este derecho tiene implicancias importantes que van más allá del aspecto señalado. En este camino, se hace preciso transformar la información pública y convertirla en un elemento verdaderamente útil para los ciudadanos donde, a más de incentivar la participación, fortalecer la legitimidad de las instituciones y de los sujetos públicos y la transparencia en el manejo de los fondos, contribuya a mejorar, por ejemplo, la atención de los servicios públicos en sectores tan disímiles como educación, salud, finanzas, entre otros.

Algunos autores han comenzado a destacar la necesidad de implementar sistemas o mecanismos de acceso a la información en esferas determinadas. Así, describen la importancia de políticas de transparencia focalizada “cuya característica fundamental es la organización, estandarización y disponibilidad de información en un sector o área de intervención específica”, que permiten proporcionar datos precisos que puedan facilitar la toma de decisiones de un grupo social, político o económico en particular y en las que el espectro de la divulgación se define sobre la base de los incentivos y necesidades de los usuarios o destinatarios concretos<sup>[600]</sup>.

En este punto podemos observar la importancia del acceso a la información como herramienta clave para el ejercicio de otros derechos económicos, sociales y culturales, especialmente por parte de quienes se encuentran en posiciones subordinadas o vulnerables “ya que es sólo mediante el conocimiento preciso del contenido de los derechos humanos y de sus formas y medios de ejercicio que se puede acceder efectivamente a su pleno goce y disfrute”<sup>[601]</sup>.

El derecho a la información en tanto llave para realizar elecciones racionales y fundadas, permite a los ciudadanos -y, desde luego, a los consumidores y usuarios- dirigir sus acciones a mejorar las condiciones de vida y a disminuir o mitigar riesgos: la toma de decisiones basada en información cierta, concreta, determinada, objetiva, accesible y relevante puede modificar considerablemente nuestras perspectivas sociales, económicas y, desde luego, políticas. En este sentido se ha señalado que “la información puede cambiar la manera en que vemos el mundo que nos rodea, nuestro lugar en él y la manera en que organizamos nuestras vidas para aprovechar al máximo los beneficios disponibles gracias a nuestros recursos locales”<sup>[602]</sup>.

Se puede observar en distintos países el despliegue de este tipo de enfoques “de segunda generación” que han permitido mejorar el acceso a la información para efectivizarlo como derecho instrumental. Por ejemplo, en las políticas de “alimentos seguros” brindar información sobre la calificación de higiene de los negocios alimentarios no solamente permite que los consumidores y usuarios puedan tomar decisiones informadas sobre el consumo de alimentos, sino también impulsa que los negocios mejoren sus estándares de higiene, contribuyendo así a la salud pública en general <sup>[603]</sup>.

### III. El derecho de acceso a la información en el derecho argentino

#### III.1. Legislación específica

El derecho a la información no tiene consagración constitucional expresa, pero de todos modos cuenta con varias vertientes. El desarrollo de la tutela de la libertad de expresión ha partido inicialmente de tres cláusulas constitucionales. Señala Salgan Ruiz que a partir del período de 1853-1860 la Constitución histórica contempló de un modo implícito el derecho de acceso a la información pública con tres disposiciones concretas: la primera, que surge de la forma representativa y republicana de gobierno prevista en el art. 1º, a través de la regulación de la libertad de imprenta en los arts. 14 y 32 y como un derecho no enumerado (art. 33) <sup>[604]</sup>.

La reforma constitucional de 1994 incorporó los instrumentos de protección de Derechos Humanos que aceptaron expresamente el acceso a la información pública y diseñó en el Capítulo Segundo de “Nuevos Derechos y Garantías” otras normas relacionadas con la temática: el art. 38 habla del acceso a la información pública al regular a los partidos políticos, los que están obligados a “dar publicidad del origen y destino de sus fondos y patrimonio”; el art. 41 establece que las autoridades deben suministrar información concerniente al medio ambiente. A su turno, el art. 42 prevé el derecho de los usuarios y consumidores a tener información adecuada y veraz en la relación de consumo (volveremos sobre esto *infra*). El derecho de toda persona de tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos, y exigir su supresión, rectificación, confidencialidad o actualización en caso de falsedad se encuentra contemplado en el art. 43. El art. 75 inciso 19 protege la libre creación y circulación de las obras de autor.

Se ha entendido que el derecho de acceso a la información pública está implícito en los arts. 39 y 40 que regulan a la iniciativa popular y la consulta popular <sup>[605]</sup>, respectivamente; ello en tanto pocas posibilidades tendrían una propuesta o una respuesta “si quienes las formulan o deben pronunciarse al respecto, carecen de la información pública necesaria para actuar con fundamentos” <sup>[606]</sup>.

Sin dudas que al otorgar jerarquía constitucional a los tratados internacionales relativos a los Derechos Humanos referidos en el inciso 22 del art. 75 se contribuyó a consolidar el esquema de protección del derecho de acceso a la información pública.

El desarrollo jurisprudencial de la Corte Suprema Nacional ha derivado de las cláusulas referidas la libertad de pensamiento, el derecho de expresión en general, el derecho a comunicarse, la libre expresión por radio, televisión y cinematográfica, el derecho a opinar y formular críticas, el derecho de empresa (o de crear medios de difusión), el derecho a buscar información, el derecho de crónica o de transmitir noticias y el derecho social a la información <sup>[607]</sup>.

Antes de la sanción de la ley específica en la materia, podemos observar en el derecho argentino algunos mecanismos de tutela del derecho de acceso a la información.

En esta dirección podemos mencionar la Ley N° 25.326 de protección de datos personales aprobada en el año 2000, que tiene por objeto la protección integral de los datos personales asentados en archivos, registros, bancos de datos, u otros medios técnicos de tratamiento de datos, sean éstos públicos, o privados destinados a dar informes, para garantizar el derecho al honor y a la intimidad de las personas como también el acceso a la información que sobre ellas se registre <sup>[608]</sup>.

Otro antecedente normativo de importancia es el Decreto N° 1172/2003 que, además de regular las audiencias públicas y otras medidas de participación ciudadana, implementó en su anexo VII un mecanismo de acceso a la información pública ante el Poder Ejecutivo Nacional cuyo objeto era “garantizar el efectivo ejercicio del derecho de acceso a la información pública, promover la participación ciudadana y la transparencia de la gestión pública, estableciendo un marco general para su desenvolvimiento” <sup>[609]</sup>.

Es de relevancia citar la Ley N° 25.831 (2004) que tutela el derecho de acceso a la información ambiental <sup>[610]</sup> que se encontrare en poder del estado, tanto nacional como provincial, municipal y de la Ciudad de Buenos Aires, como también de entes autárquicos y empresas prestadoras de servicios públicos, privadas o mixtas. Destacamos que la ley expresamente estableció el carácter libre y gratuito

del acceso y una legitimación amplia para requerirlo. A su turno, la Ley N° 25.675 general del ambiente (2002) dispone la obligación de las autoridades de proveer a la información y educación ambientales y dispone que se organice e integre la información ambiental y asegure el libre acceso de la población.

Cabe mencionar la Ley N° 26.215, sancionada en el año 2007 (y su predecesora, la Ley N° 25.600 del año 2002) que estableció el carácter público de la información referida al financiamiento de los partidos políticos.

En el ámbito del Poder Judicial, la Ley N° 26.856 (2013) dispuso la obligatoriedad de la publicación de todas las acordadas y resoluciones que dicten la Corte Suprema de Justicia de la Nación y los tribunales de segunda instancia nacionales; la información abarcará asimismo la totalidad de las causas que se encuentren en trámite. Se establece en su texto que las publicaciones en cuestión se realizarán a través de un diario judicial en formato digital accesible al público, en forma gratuita, por medio de la página de internet de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, resguardando el derecho a la intimidad, a la dignidad y al honor de las personas, y en especial los derechos de los trabajadores y los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

La falta de legislación específica no fue obstáculo para que se reconozca jurisprudencialmente este derecho. Así, la Corte Suprema de Justicia nacional tuvo varios pronunciamientos al respecto. Podemos citar en primer lugar el precedente “Urteaga”<sup>[611]</sup>, en el que se hizo lugar a la demanda en contra del Estado nacional y sus organismos de seguridad con el objeto de obtener información respecto del hermano del accionante desaparecido en julio de 1976 en un enfrentamiento con las fuerzas de seguridad. Si bien se refiere expresamente a un supuesto de acceso a datos personales, es pertinente traerlo a colación toda vez que se hizo mención a la implicancia del derecho a la información sobre los asuntos públicos<sup>[612]</sup>.

En el nombrado caso “PAMI” la Suprema Corte hizo lugar a un pedido de información por la vía del amparo formulado por una asociación contra un ente autárquico del estado nacional entendiendo que se ajustaba a lo previsto en los arts. 14, 16, 33, 41, 42 y 43 de la Constitución Nacional y a la jurisprudencia internacional, ordenando al organismo estatal a hacer entrega de la información solicitada<sup>[613]</sup>.

De igual modo en los autos “CIPPEC” el Alto Tribunal concluyó que la negativa del Estado de brindar información sobre la nómina de beneficiarios de planes sociales era ilegal e irrazonable e hizo lugar a la acción de amparo y ordenó al Estado Nacional a hacer entrega del listado de los beneficiarios del Plan “Jefes y Jefas de Hogar”<sup>[614]</sup>.

Finalmente, después de una larga espera y con el reclamo de gran parte de la doctrina, en el año 2016 el Congreso Nacional dictó la Ley N° 27.275 que reguló no solo el objeto sino también el alcance y las excepciones del derecho de acceso a la información pública; con su Decreto reglamentario N° 206/2017 quedó en operatividad un nuevo régimen de acceso a la información pública que superó las dificultades que presentaba el Decreto N° 1172/2003 “especialmente aquellas vinculadas a la jerarquía normativa, legitimación pasiva, operatividad del principio de máxima divulgación, autoridad pública competente y responsabilidad del funcionario público”<sup>[615]</sup>.

### III.2. Sistema protectorio de los consumidores y usuarios

El tema analizado, a pesar de su importancia, no ha recibido adecuada atención y tratamiento hasta el momento desde la óptica del derecho privado y, en particular, desde el campo de los derechos de los consumidores.

Así como desde hace un tiempo en la doctrina se planteó el propio derecho de acceso al consumo como una cuestión previa<sup>[616]</sup>, sin el cual las demás garantías serían ilusorias o inútiles con la consiguiente necesidad de diseñar políticas públicas que garanticen libre competencia y abastecimiento y que permitan que aquellos sectores que resultan marginados por el mercado puedan llegar a los bienes, resulta imprescindible que se tutele el acceso a la información de los consumidores y usuarios.

Con la unificación de los Códigos Civil y de Comercio, el sistema de protección jurídica del consumidor progresó por el fortalecimiento del principio protectorio, mediante los arts. 7, 11, 14, 1094 y concordantes. En particular, se establece que las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el principio de acceso al consumo sustentable (art. 1094)<sup>[617]</sup>.

Los códigos decimonónicos partían de la consideración del sujeto ya instalado en los bienes y en los contratos y, por lo tanto, el acceso a los bienes no se planteaba como un problema a resolver. El cambio de paradigma acaecido, que en los hechos implicó el abandono de la posición de neutralidad que el derecho privado tradicional asumía frente a las relaciones de los particulares entre sí (principio del *laissez faire* propio de la Revolución francesa), implicó que se comenzara a intervenir poco a poco en ellas fijando reglas protectorias.

La Constitución Nacional enuncia a la información como uno de los derechos fundamentales del consumidor: establece que los consumidores tienen derecho a una "información adecuada y veraz". Recuerda Sagüés que durante las deliberaciones de la convención constituyente de 1994 se llamó a los usuarios y consumidores "los nuevos débiles" y que se aclaró, con motivo de la discusión del art. 42, que la información adecuada y veraz debía ser, además, "objetiva, detallada, suficiente y exacta (...) para impedir los abusos de la publicidad o propaganda"<sup>[618]</sup>.

A su vez, la reglamentación legal del derecho de información fue brevemente desarrollada en el texto prístino de la Ley N° 24.240, en su art. 4°, complementada con la regulación de la publicidad y su efecto vinculante previsto en los arts. 7° y 8°; y una breve referencia sobre el tema en el Decreto reglamentario<sup>[619]</sup>. Han sido la jurisprudencia y la doctrina y las sucesivas reformas normativas<sup>[620]</sup> las que dieron un contenido más completo al derecho-deber de información consignando sus alcances y proyecciones.

La regulación del nuevo Código Civil y Comercial recogió los lineamientos ya contenidos en la ley especial e introdujo tres importantes aportes: la prohibición de la publicidad abusiva, la cesación de la publicidad ilícita y los anuncios rectificatorios<sup>[621]</sup>, que son aspectos centrales del moderno derecho del consumidor que venían siendo impulsados por la comunidad jurídica desde hace tiempo pero que habían sido omitidos por la última reforma integral de la Ley N° 24.240 que tuvo lugar en el año 2008 con la sanción de la Ley N° 26.361.

El deber de información incumbe a todo experto ubicado frente a un profano: es un deber colateral que tiene por objetivo poner al otro contratante en condiciones de obrar racionalmente y está orientado a la mejora del discernimiento<sup>[622]</sup>.

La información es un bien valioso: quien posea más y mejor información tendrá más poder<sup>[623]</sup>. Como bien del mercado, incluso es objeto de transacciones: en el sistema de economía actual, las empresas, los partidos políticos, los gobiernos, las consultoras, entre otros, pagan fortunas por conocer los gustos, aversiones y preferencias de sus potenciales clientes o usuarios, los electores o ciudadanos en general.

El deber de informar, ínsito en todos los contratos, reviste especial preponderancia en los contratos de consumo donde su fundamento se asienta en la asimetría existente entre las partes vinculadas. Se lo ha definido acertadamente como:

"el deber jurídico obligacional, de causa diversa, que incumbe al poseedor de la información vinculada con la relación jurídica o con la cosa involucrada en la prestación, o atinentes a actividades susceptibles de causar daños a terceros o a uno de los contratantes, derivados de dicha información, y cuyo contenido es el de poner en conocimiento de la otra parte una cantidad de datos suficientes como para evitar los daños o inferioridad negocial que pueda generarse en la otra parte en caso de no ser suministrados"<sup>[624]</sup>.

En algunos casos, esta obligación prestacional<sup>[625]</sup> se extiende al consejo ya que no basta con informar sino que es necesario aconsejar entre diferentes opciones, como sucede por ejemplo en los contratos bancarios. Pero este deber "accesorio" de conducta -como se lo ha considerado tradicionalmente al deber de información-, ha mutado cualitativa y cuantitativamente hacia una protección más amplia y eficaz al abarcar la instancia previa, la del acceso a la información. Es que los derechos primordiales de los consumidores -es decir, los derechos al consumo o a la libertad de elección, a la no discriminación y arbitrariedad, a un trato equitativo y digno, a la educación para el consumo, los derechos a la seguridad, a la vida, a la salud, a la protección del medio ambiente, a la protección de los intereses económicos, a la calidad de los productos, a la justicia contractual, a la reparación de daños y los derechos instrumentales a la organización y participación, a la solución de conflictos, al asesoramiento, asistencia y el acceso a la justicia- se encuentran íntimamente relacionados con la información teniendo en cuenta que ésta actúa, en palabras de Ricardo Lorenzetti, como una "rampa" de acceso al consumo.

Como ya señalamos *supra*, el acceso a la información pública es clave para una sociedad democrática. La Asamblea General de la OEA, en la Declaración de Santiago del año 2004 (Resol. 1932) declamó que "La democracia se fortalece con el pleno respeto a la libertad de expresión y el acceso a la información pública". Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre<sup>[626]</sup>. *Mutatis mutandi*, tratándose de sujetos estructuralmente vulnerables como los usuarios y consumidores, el acceso resulta indispensable para garantizar la protección de sus derechos fundamentales y para que puedan tomar sus decisiones de consumo en libertad.

En ninguno de los cuerpos normativos específicos referidos se advierte que para poder tutelar el derecho a la información es necesario, previamente, que se dispongan los mecanismos suficientes para garantizar a los consumidores y usuarios el acceso a la información de manera amplia. Por ello, consideramos que es preciso una reforma al régimen legal vigente en este sentido.

Actualmente se encuentra en estudio un proyecto de modificación integral de la Ley N° 24.240, que cuenta con estado parlamentario <sup>[627]</sup>. Uno de los aspectos más acertados -a nuestro juicio- del proyecto se observa en la reglamentación del acceso a la información (art. 8° y siguientes); ello, no sólo por tratarse de una regulación novedosa que no está contenida en el sistema protectorio vigente sino por su impronta y proyección.

En el tema abordado en estas líneas, la postura del proyecto supone una vuelta de tuerca en el propósito de lograr una mayor protección a los consumidores y usuarios porque advierte esa necesidad y la regula auspiciosamente <sup>[628]</sup>.

Consideramos que, con la propuesta bajo estudio, se contribuye a la eficacia del sistema tuitivo de los consumidores y usuarios en tanto no se limita a regular el derecho-deber de información en la relación de consumo en concreto entre el proveedor y el consumidor -tema que regula ampliamente y con un fuerte cariz protectorio al establecer, por ejemplo, que las reglas sobre información serán aplicables a los consumidores expuestos, especialmente garantizadas a los colectivos sociales con vulnerabilidad agravada y que se proveerá la implementación de políticas activas y programas de información destinados a consumidores que se encuentren en situación desventajosa <sup>[629]</sup> - sino que avanza unos pasos más en la tutela al abarcar la instancia anterior, la del acceso a la información.

Sabemos que el funcionamiento del mercado presenta fallas distributivas. Por ello, el microsistema regulatorio de las relaciones de consumo coloca su atención en otorgar derechos y beneficios a los consumidores con el objeto de disminuir las desigualdades estructurales en las cuales los coloca el mercado frente a los proveedores de bienes y servicios <sup>[630]</sup>.

Así como se produce riqueza y bienes pero una gran parte de la población no puede gozar de ellos -lo que se denomina como "brecha económica" <sup>[631]</sup> - también existen asimetrías entre los sujetos en cuanto a la información sobre los productos y bienes o servicios: el consumidor tiene una información inferior a la del proveedor y un alto costo para obtenerla, lo que afecta su capacidad de discernimiento en condiciones igualitarias. Tales asimetrías en la información contribuyen a ahondar aún más la posición de subordinación en la que se encuentra el consumidor o usuario <sup>[632]</sup>. Este desequilibrio justifica que se imponga no solo un deber de informar a quien ya posee la información o la puede obtener a un menor costo (como la prevista en el art. 12 del proyecto, en cabeza del proveedor <sup>[633]</sup>) sino también y especialmente que se considere el acceso a la información como una cuestión previa y prioritaria, con el consiguiente deber del estado nacional, provincial y municipal de garantizarlo.

Señala Basterra que las desventajas que caracterizan a la relación de consumo generan que el derecho de acceso a la información sea indispensable para "combatir las debilidades económicas" presentes en la relación de consumo y que por eso "el Estado tiene la obligación de poner a disposición determinados datos a fin de revertir esta desigualdad y preservar la libertad de decisión" <sup>[634]</sup>. El proyecto se hace eco de este problema y lo regula amplia y correctamente en sus art. 8° y subsiguientes.

La normativa propuesta apunta a garantizar el acceso a la información acertadamente, siguiendo el principio de máxima publicidad o máxima divulgación, esto es, el principio que implica que toda la información en poder, custodia o bajo control del sujeto obligado debe ser accesible para todas las personas y que establece que el acceso a la información pública sólo puede ser limitado cuando concurra alguna de las excepciones legales <sup>[635]</sup>, de acuerdo con las necesidades de la sociedad democrática y republicana, proporcionales al interés que las justifican y de manera taxativa. En esta dirección se proyecta que el acceso sólo puede ser denegado en causales excepcionales, que se enumeran, de interpretación restrictiva (art. 9°). Va de suyo que corresponderá al organismo estatal obligado la carga de la prueba de que la información solicitada está sujeta a una de las excepciones establecidas por la ley <sup>[636]</sup>.

El texto proyectado recoge las pautas de celeridad, informalismo, apertura, gratuidad, transparencia y actualidad, lo que se considera un gran acierto atento a la relevancia del derecho en juego (art. 8°). Se observa asimismo que la propuesta se complementa con la Ley específica que rige en la materia, la Ley de Derecho de Acceso a la Información Pública N° 27.275, antes referenciada.

Cabe destacar positivamente que el proyecto no se limita a meras declamaciones, sino que persigue garantizar adecuadamente el derecho de acceso a la información pública. En este sentido, tanto el estado nacional como las provincias y municipios deben aportar y prever mecanismos eficaces y rápidos "de conformidad con los estándares internacionales" en la materia. Deben asimismo asegurar condiciones especiales para favorecer el acceso a la información de grupos con vulnerabilidad agravada <sup>[637]</sup>. Se resguarda también el acceso a la información que se encuentre en poder de otras personas jurídicas públicas o privadas, con el debido respeto al derecho de propiedad y de los derechos individuales, conforme a las previsiones de los arts. 8°, 10 y 11.

Como puntos relevantes podemos destacar que la obligación de comunicar se extiende en el tiempo, disponiendo que deberá informarse de manera eficaz cualquier circunstancia que con posterioridad a la introducción de un bien o servicio en el mercado pueda ocasionar alguna amenaza o perjuicio a los consumidores y también la de hacer conocer los productos o servicios que hayan sido prohibidos, retirados del mercado o sometidos a restricciones: ello permite una vinculación tangencial con la problemática -preocupante pero que no cuenta con una consagración expresa en nuestro ordenamiento positivo- de los denominados “riesgos del desarrollo”<sup>[638]</sup>.

Con la clara intención de que el acceso a la información no sea una garantía ilusoria que se vea frenada por la inacción u omisión de los sujetos pasivos (estado y proveedores de bienes y servicios) se agrega en el art. 11 que éstos deben adoptar una actitud más que activa en orden a “realizar de manera progresiva todo lo necesario para generar, recopilar, investigar y producir información, inclusive la ambiental pertinente, que sea de interés para la seguridad de los consumidores” y difundirla y ponerla a disposición del público “de manera sistemática, proactiva, oportuna, regular, accesible, comprensible y a actualizarla de manera periódica”<sup>[639]</sup>.

Estas previsiones no hacen más que confirmar el espíritu del proyecto de integrar el microsistema de protección con el marco supranacional dado por los tratados internacionales de derechos humanos.

#### *IV. Conclusión*

Entendemos que regular el derecho de acceso a la información es crucial para la tutela de los consumidores y está en sintonía con los lineamientos contenidos en las Directrices de Naciones Unidas que proponen alcanzar como una de las “necesidades legítimas” de los consumidores “el acceso a una información adecuada que les permita hacer elecciones bien fundadas conforme a sus deseos y necesidades”<sup>[640]</sup>.

Celebramos los intentos a nivel legislativo y doctrinario en ese sentido. El proyecto de ley analizado en este artículo marca un buen camino en tanto propende a alcanzar mayores niveles de tutela de los derechos de los consumidores y usuarios.

A modo de conclusión es posible afirmar que la temática abordada, por la importancia de los derechos en juego exige el diseño de políticas por parte de todos los involucrados -estado nacional, provincial y municipal, proveedores- para lograr el acceso a la información en condiciones de igualdad y sin discriminaciones de ningún tipo, poniendo los esfuerzos en orden a garantizar condiciones especiales de inclusión que permitan el ejercicio efectivo de este derecho para todos los consumidores y usuarios.

# El Instituto de Mediación en la provincia de Salta. diseño e implementación como una política pública de acceso a Justicia

Marisa Nogaledo

El Instituto de Mediación en Salta comenzó a gestarse en la década de los '90 y sobre la base de la construcción de consensos sociales fue legislada gradualmente teniendo en cuenta los diferentes ámbitos de aplicación y respetando la diversidad geográfica, social y cultural que presenta la provincia.

La Ley N° 7324/04 se aplica en materia civil y familia prevé una instancia previa y obligatoria al juicio entendiendo esta obligatoriedad la de concurrir las partes a la primera audiencia fijada y expresar en ella su voluntad o no de participar en el procedimiento.

Asimismo, contempla tres ámbitos de aplicación teniendo en cuenta los espacios donde se desarrolla, distinguiendo entre Mediación Comunitaria, Extrajudicial y Judicial; en sus primeros 10 artículos regula los principios y cuestiones básicas comunes a las tres.

La Mediación Comunitaria <sup>[641]</sup> entro en vigencia en agosto de 2008 como estuvo prevista originariamente, tiene asiento en cada Municipio de la Provincia, pueden acceder a ella los vecinos del lugar, especialmente las personas y/o grupos que se encuentren en estado de vulnerabilidad y es un servicio que brinda el Estado Provincial sin costo.

El mediador en estos casos es un referente de la comunidad con acreditada solvencia moral, que haya recibido la formación en mediación y no es requisito excluyente que sea profesional con título de grado.

Este espacio de Mediación fue pensado para tratar las diversas problemáticas que se presenten en la Comunidad, que requiera la intervención de un mediador y/o facilitador y que contribuya a mejorar las relaciones entre los vecinos, como así también cumplir la instancia previa de mediación antes del inicio de un juicio como requisito de admisibilidad previsto en el art. 7 de la Ley N° 7324.

La Mediación Extrajudicial <sup>[642]</sup> entró en vigor en agosto del 2009 y se desarrolla en el ámbito privado. Los mediadores deben poseer título universitario de grado en cualquier disciplina <sup>[643]</sup> debiendo inscribirse y matricularse en el registro pertinente <sup>[644]</sup>.

La intervención de ellos es requerida por los particulares que soliciten sus servicios, quienes solventan sus honorarios, pudiendo abordar en este espacio todos aquellos temas que sean mediables en los que exista la voluntad de ambas partes y cumpliendo también ésta la instancia previa de mediación que indica la ley.

Tanto la Mediación Comunitaria y la Extrajudicial se desarrollan bajo el Control y regulación del Poder Ejecutivo de la Provincia <sup>[645]</sup>. Los acuerdos que se realicen en estos ámbitos deben ser homologados judicialmente <sup>[646]</sup>.

La Mediación Judicial <sup>[647]</sup> funciona dentro del ámbito del Poder Judicial de Salta, fue reglamentada a partir del año 2000 <sup>[648]</sup> habiendo comenzado a funcionar el primer Centro ubicado en la capital de la provincia en el año 2001. Estos centros reciben los casos por derivación expresa de los Jueces, ya sea de oficio o a pedido de las partes.

Los mediadores Judiciales deben ser abogados pudiendo participar como co-mediadores <sup>[649]</sup> profesionales de otras disciplinas y su actividad está regulada en forma directa por la Corte de Justicia de la Provincia de Salta <sup>[650]</sup>.

Los acuerdos que se realizan en este ámbito que se encuentren suscriptos por las partes, sus letrados y el mediador tendrán carácter ejecutorio <sup>[651]</sup>, es decir, que en caso de incumplimiento la parte puede exigir su consecución inmediatamente, sin necesidad que sean revisados previamente por un Juez.

La Mediación Penal se encuentra vigente también en Salta. Está prevista en el Código Procesal Penal de la Provincia <sup>[652]</sup>, aborda los conflictos que ingresan a la Justicia a través de denuncias y siempre que se trate de un hecho susceptible de persecución penal. Tiene por objeto procurar soluciones basadas en la composición de intereses y que satisfaga el restablecimiento de la armonía entre sus protagonistas y la paz social <sup>[653]</sup>.

Se desarrolla dentro del ámbito del Ministerio Publico y aborda los conflictos que se suscitan entre los

particulares dentro de un contexto penal y que ingresan al sistema formal de Justicia por esa vía.

Los Mediadores Penales son profesionales con título universitarios, su actividad está regulada por el Procurador, rige la interdisciplina y tiene lugar su intervención al momento de recibir las derivaciones que realizan los Fiscales de las causas <sup>[654]</sup>.

Los acuerdos que se celebran en Mediación Penal no requieren la homologación de los Juzgados de Garantías y en el supuesto de su íntegro cumplimiento por las partes la denuncia oportunamente presentada se archiva y cesa la investigación Fiscal <sup>[655]</sup>.

Antes de continuar querría realizar algunas consideraciones vinculadas a la interdisciplina en la figura del mediador, partiendo de dos premisas fundamentales, la primera que debe entenderse como un aporte que enriquece la práctica del Instituto; y la segunda, todos los participantes de una mediación deben respetar y cumplir íntegramente el rol que les cabe.

En este sentido, es necesario recalcar que el mediador no puede bajo ningún concepto asesorar a las partes y que tampoco su profesión universitaria de base está ligada al tema objeto de la mediación. De suma importancia resulta así la participación de los abogados de parte y el ejercicio colaborativo de la profesión, asistiendo a sus clientes, antes, durante y después de las audiencias.

Sí resultan fundamentales y relevantes a la hora de desarrollar su labor, además de las habilidades personales, la formación básica y continua, la práctica, las técnicas y habilidades incorporadas en el ejercicio y sin dudas la especialización en diferentes materias (mediación familiar, penal, patrimonial, comunitaria entre otras). Además resulta imprescindible y un requisito necesario la formación en interculturalidad y violencia, como así también el desempeño de su labor con perspectiva de género.

En este sentido la doctora Highton es contundente al sostener:

“...la Mediación es una profesión distinta, que no es una subespecie, una calificación o una rama de la Abogacía. Es algo nuevo, distinto. Por otro lado, en realidad la Mediación no proviene originalmente de los abogados, que están preparados para litigar y litigar desde siempre y que recién ahora están con la mediación. Más bien proviene de disciplinas sociales como la psicología, la sociología o sea de todos los criterios conciliatorios, porque desde que el mundo es mundo hay posibilidades conciliatorias. Proviene incluso de las teorías de la comunicación. Esto de que el modo de resolver los conflictos sea distinto al litigio no proviene de los abogados. Proviene de otro lado. Tampoco de los ingenieros (...) insisto en que soy absolutamente partidaria de la interdisciplina. Es decir que acepto la mediación de alguien que no sea abogado.”

(Transcripción de la conferencia de la doctora Elena Highton, Evolución de la mediación en la Argentina, disponible en <http://www.justiciachaco.gov.ar/> último acceso julio de 2014) <sup>[656]</sup>

Ahora bien, hasta aquí se describió lo regulado normativamente lo que sin dudas no fue un gesto caprichoso del legislador proyectar el sistema de esta manera. Este diseño tuvo como fin ofrecer un servicio a los ciudadanos, eficiente, de bajo costo que acerque soluciones de manera rápida a través del instituto de la Mediación y adecuado a la diversa geografía y realidades sociales que presenta la Provincia de Salta.

Solo a modo de graficar Salta <sup>[657]</sup> cuenta con aproximadamente 1.600.000 habitantes, limita con tres países Chile, Bolivia y Paraguay, posee zonas de desiertos y puna, de valles fértiles, de altas montañas y yungas; conviven en el territorio numerosas y diversas etnias distribuidas en más de 433 comunidades de pueblos originarios <sup>[658]</sup>.

Esta diversidad geográfica y socio-cultural genera que la conflictividad varíe en sus causas y composición según las distintas regiones, que se concentren -según las áreas- personas con diferentes grados y tipos de vulnerabilidad, con mayores o menores recursos para ejercer y hacer efectivos sus derechos, y por ello el servicio estratégicamente diseñado debe responder a estas circunstancias.

## *I. Antecedentes del movimiento de Mediación en Salta*

A fin de entender el desarrollo y el diseño con el que fue concebida la implementación del sistema en la Provincia es necesario hacer una breve referencia a los antecedentes que dieron lugar a este verdadero cambio de paradigmas en cuanto a la gestión y resolución de los conflictos.

Este movimiento comenzó a gestarse en el año 1995 con el dictado de la primera formación básica en Mediación por Fundación Libra, organizada por el Colegio de Abogados y Procuradores de la Provincia y la creación por su parte en diciembre de 1997 del Centro de Mediación, marcando el puntapié inicial para que otros colegios profesionales realicen acciones similares.



La Mediación en sí misma como sistema de resolución de conflictos basada en la autocomposición de intereses se asienta sobre dos principios insoslayables que son la voluntariedad de las partes en participar de un procedimiento de esta naturaleza y la confidencialidad como un deber inexcusable del mediador. La regulación normativa que se haga del Instituto estará fundamentada básicamente a si el mismo tiene o no implicancias procesales.

Tres años más tarde el Poder Judicial, mediante Acordadas N° 8568 y 8603 crea en el año 2000 su propio Centro de Mediación el que comienza a funcionar al año siguiente, con mediadores abogados que trabajaban *ad honorem* y con casos derivados por los jueces que ya tenían un juicio en trámite.

En el año 2002 el Poder Judicial de Salta creó la Comisión de Estudios para la Optimización de la Labor Judicial conformada por los principales operadores involucrados en el servicio de Justicia, con el objeto de generar propuestas que ofrezcan al ciudadano una tutela efectiva de sus derechos en menor tiempo y en bajo costo, entre otras cosas.

Dentro de esta comisión se conformó una específica destinada al Instituto de la Mediación compuesta por representantes del Poder Judicial, Ministerio Público, Colegio de Magistrados, Colegio de Abogados y la Universidad Católica de Salta.

Las conclusiones elaboradas por esa Comisión fueron recepcionadas por la Corte de Justicia de Salta, quien elaboró el Anteproyecto de la Ley N° 7324 dentro de las facultades legislativas que le son propias, y lo remitió a la Legislatura Provincial para su oportuno tratamiento en el año 2003 <sup>[659]</sup>. Ya en ese ámbito tuvo un intenso trabajo de comisión hasta su aprobación el 30 de septiembre del 2004, manteniendo prácticamente el texto originario propuesto por el Poder Judicial.

Sin dudas la Ley N° 7324 que se encuentra actualmente vigente fue producto de numerosos consensos construidos no solo en el ámbito legislativo sino previamente y entre los diferentes actores.

En el seno de la Legislatura los dos puntos que requirieron mayor discusión y tratamiento fueron básicamente, la interdisciplina en la figura del mediador y si debía implementarse este procedimiento como una instancia previa y obligatoria al juicio.

Debate este a su vez que debe contextualizarse situándolo espacial y temporalmente, teniendo en cuenta que el mismo se desarrolló en la Provincia de Salta hace dos décadas (años 2003/2004), cuando aún la Mediación no había alcanzado la difusión y cobrado la importancia y notoriedad que tiene en la actualidad en nuestro país y en el mundo entero como una modalidad de Acceso a Justicia.

Particularmente el tema referido a la interdisciplina en la figura del mediador fue el que provocó fuertes y encendidas argumentaciones entre los actores involucrados, generando una dilación en el tratamiento de la ley, además del desgaste entre los protagonistas, el que fue resuelto de manera superadora por la Cámara de Senadores haciendo uso como bien lo indica en sus considerandos la Resolución N° 121/04 “de un mecanismo democrático”, convocando y organizando una Jornada sobre Mediación, la que se concretó el 25 de marzo de 2004. <sup>[660]</sup>

A esta Jornada abierta a la comunidad, fueron particularmente invitados a participar todos los sectores, contando con la representación de los diversos Colegios Profesionales, Ministerio Público, Colegio de Magistrados con la premisa de “propiciar un foro en el que los expertos sobre el tema expongan los puntos de vista sobre la temática”... y así “ampliar las perspectivas que implica el tema, como a la formación de criterios y toma de decisiones para legislar al respecto”. <sup>[661]</sup>

Las palabras y experiencias expuestas por cada uno de los representantes ilustraron a todos los presentes, público interesado en general, referentes de las distintas asociaciones intermedias, profesionales y legisladores sobre los beneficios de la interdisciplina.

Así, el doctor Rubén Calcaterra expreso:

“Desde la estricta perspectiva de la construcción de modelos, puedo afirmar que todos los modelos de mediación son multidisciplinarios y mientras no constituya la mediación un campo disciplinario propio seguirá siendo una práctica de imposible apropiación por ninguna disciplina, sin perjuicio obviamente de la participación obligada de los operadores legales cuando los convenios a los que se arriban en el contexto de esa práctica de resolución de conflictos, deban ser presentados ante el servicio de justicia, porque ellos, los abogados, son los responsables de la revisión de los acuerdos, para dotarlos de las condiciones de legalidad que los hagan viable para su exigibilidad y para su cumplimiento”. <sup>[662]</sup>

Las delegadas del Colegio Profesional de Psicólogos expresaron:

“También creemos que la mediación puede contribuir de manera efectiva a mejorar el nivel de comunicación entre las personas, quienes tendrán la oportunidad de aprender a

interrelacionarse a través de una actitud más conciliadora, sobre todo en estos momentos en que crece cada vez más el individualismo, la falta de cooperación, de solidaridad, de trabajo compartido. La interdisciplina, entonces, responde a una tendencia actual, por suerte cada vez más generalizada, de entender que hay que trabajar desde la cooperación, partiendo de diferentes aéreas del conocimiento y no desde posturas individuales, muchas veces antagónicas, egoístas, retraídas, casi autistas.”[\[663\]](#)

A su turno el representante del Colegio de Abogados y Procuradores de Salta en dicha oportunidad sostuvo:

“Por supuesto que el Colegio de Abogados tiene posición tomada en esto. Solo diremos que entendemos en lo que se refiere a la mediación judicial es un ámbito donde naturalmente el abogado por formación debe actuar. Si bien el mediador no va a desempeñar su rol como abogado, los conocimientos y la formación académica que tiene le permite visualizar cuestiones que quizás a otras profesiones no les resulte tan sencillo y estoy hablando de normas de orden público, estoy hablando de derechos personalísimos, estoy hablando de irrenunciabilidad, estoy hablando de acuerdos que en definitiva resulten nulos por violar normas de orden jurídico y que esa nulidad no solo se traslade a un conflicto más a las partes que han intervenido en ese proceso, sino también que pase a ser una recarga adicional al sistema de justicia con numerosos planteos de nulidades y demás que, en definitiva, son los jueces que van a terminar resolviendo. Creemos positivamente en la interdisciplinariedad, debe existir en el ámbito judicial y en el ámbito extrajudicial también, pero no compartimos en eso, modestamente, con el anteproyecto presentado en el sentido de que todas las profesiones podrían mediar, tanto en la mediación judicial como extrajudicial. Es la única referencia que queremos hacer a esa cuestión”. [\[664\]](#)

Otorgada la palabra al doctor Abel Fleming, en su carácter de representante del Colegio de Magistrados y Funcionarios del Ministerio Público, entre otras opiniones, manifestó:

“Para ir terminando con esto, es necesario desde la ciudadanía plantear nuevos modos de convivencia social, en donde el acceso al pleito sea el acceso a una intervención subsidiaria, secundaria y excepcional por parte del Estado. El acceso a modos auxiliares de composición de conflicto sea no lo extraordinario, sino lo habitual, la racionalidad debe instalarse antes que Tribunales. Tribunales tiene que ser lo subsidiario para los fracasos de modos racionales”. [\[665\]](#)

Fueron estas diferentes opiniones y sus coincidencias que habían provocado un conflicto y estancamiento en el tratamiento de la ley, las que generaron como en toda tensión, mediante esta Jornada participativa y democrática un verdadero cambio enriqueciendo la discusión y transformando el conflicto en una oportunidad de crecimiento y evolución tanto en los profesionales involucrados como también, en la sociedad que se benefició finalmente con la promulgación norma.

Así se vio reflejado en la sesión de la Cámara de Senadores del día 30 de septiembre de 2004 en las palabras del Senador Esper:

“Sabrán ustedes que fue un largo debate sobre quien debiera ser mediador y quién no. Como era lógico, las diferentes instituciones que representan a profesionales, cada una en defensa de los intereses que la componen, habían formulado un amplísimo debate. Esto nos imponía a nosotros lograr obtener un instrumento que tenga el consenso, si no de la totalidad, de la gran mayoría. Quiero detenerme en lo que significa el mediador porque durante esa Jornada, la gente de las diferentes disciplinas que vino y subió a ese estrado a contar su experiencia, nos había demostrado los atributos personales tan especiales que debe tener un mediador. Entonces, se habló de personas que tenía que tener equilibrio, de ser observadores, confiables, responsables, afables, flexibles, creativos, colaboradores, saber escuchar, ética, expresiones verbales, tono de voz, posturas, miradas, silencios, información, señales una cantidad enorme de atributos y que tenían que ver con una condición especial que deberá tener el mediador. Esos atributos personales hacían superar en más de una ocasión, cuando se analizaba quien debía ser mediador, que disciplina conocimientos de origen tenía, si fuera abogado, contador, ingeniero, odontólogo, cualquiera fuera su disciplina, y de ahí en adelante empezamos a trabajar, y esto muy escuetamente debo mencionar que entró como parte del dictamen.”[\[666\]](#)

De esta manera el uso de mecanismos democráticos, el dialogo y la participación de profesionales de todos los ámbitos que pudieron ser escuchados permitió promulgar una ley en el año 2004 que constituye el marco legal para que el procedimiento de Mediación se encuentre vigente en todo el territorio provincial y tenga las implicancias procesales que dicha norma consagra, y facilitando a su vez en el año 2011 la incorporación de la Mediación Penal sin mayores discusiones en el Código de Procedimientos respectivo.

## II. La Mediación en Salta como una política pública de Acceso a Justicia

La Mediación como procedimiento en sí mismo, con sus ventajas y desventajas, puede ser considerada en sentido estricto como un mecanismo de resolución de conflictos o bien dentro de un contexto determinado y conforme el diseño de su implementación como una política pública de Acceso a Justicia.

El derecho de Acceso a la Justicia se configura como una garantía fundamental con reconocimiento internacional y nacional reconocido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en los arts. 8 y 25, en el art. XVIII de la declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, habiéndose pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos mediante sentencias y Opiniones Consultivas en relación a las obligaciones del Estado en relación su efectividad.

Ahora bien, tanto tratados y convenciones internacionales como normas nacionales establecen que toda persona sin distinción de sexo, raza, identidad sexual, ideología política o creencias religiosas tiene derecho a obtener una respuesta satisfactoria a sus necesidades jurídicas.

Este concepto ha transitado sucesivas etapas que han ido desde establecer garantías procesales básicas (tutela judicial) para pasar posteriormente a una visión vinculada a un derecho más amplio referido a toda clase de mecanismos eficaces que permitan solucionar conflictos de relevancia jurídica.

Cappelletti y Garth <sup>[667]</sup> expresan que la sola posesión de los derechos carece de sentido sino existen mecanismos para su aplicación efectiva y en este contexto analizan y exponen una amplia gama.

En consonancia con ello Gladys Álvarez <sup>[668]</sup> aclara que es necesario referirnos al **Acceso a Justicia** y no *Acceso a la Justicia*, entendiendo que en la primera se amplía el enfoque de este derecho, de manera tal que no connote solamente la entrada al sistema judicial sino que abarque el camino a formas desjudicializadas de resolución de conflictos.

Y esto porque la "*jurisdicción*" se encuentra vinculada con la existencia de un sistema de reglas que estereotipan los conflictos y solo a través de un proceso judicial las partes debe expresar sus intereses y obtener una respuesta.

El profesor Morello <sup>[669]</sup> explica que el movimiento de Acceso a Justicia produjo necesariamente desde las distintas concepciones y acciones políticas una reformulación del proceso justo. En este sentido plantea abordar la problemática con un enfoque tridimensional, considerando al componente normativo como un elemento más, enfatizando que el componente principal es la persona como sujeto destinatario de la prestación de justicia, sumado a otro componente integrado por las características culturales, económicas y psicológicas de cada individuo.

En este contexto la Corte Suprema de la Nación creo en el año 2007 la Comisión Nacional de Acceso a Justicia <sup>[670]</sup> que tiene a su cargo promover e incentivar el acceso a justicia a través de métodos alternativos de resolución de controversias, disminuir la litigiosidad judicial y optimizar el servicio de justicia que se brinda a los ciudadanos en todo el territorio argentino.

Argentina, como puede observarse en el mapa confeccionado por la Comisión antes citada presenta actualmente un desarrollo amplio de estos métodos regulados por cada provincia, ya sea que dependan de los Poderes Ejecutivos o sistemas anexos a los Poderes Judiciales.

No obstante lo antes descripto, el indiscutido reconocimiento jurídico formal de recurrir el ciudadano a los tribunales para la defensa de sus derechos y obtener una respuesta legal en función de su pretensión, existen diversas realidades económicas y sociales que lo obligan a sortear numerosos obstáculos en general a fin de acceder a la justicia estatal.

Son numerosos los obstáculos, también llamadas *barreras*, que atentan contra el acceso a justicia y que responden a diversos factores entre los que se puede enumerar el tiempo que demoran los procesos judiciales, el carácter adversarial del sistema, la dificultad de obtener información legal, la falta de comprensión del vocabulario jurídico, exigencias de pruebas y trámites previos a obtener una respuesta, el alto índice de litigiosidad, las decisiones judiciales que producen generalmente soluciones distributivas generando insatisfacción en el justiciable, la falta de confianza en las instituciones, la pobreza.

Las barreras existentes se encuentran presentes en mayor o en menor medida en toda sociedad influyéndose y condicionándose entre sí, realizando a continuación, una enumeración descriptiva de aquellas que podemos identificar de manera general y en forma particular, en algunos casos, en nuestra

provincia.

**Barreras epistémicas.** Se encuentra profundamente arraigada a nivel profesional y en la sociedad en su conjunto, la creencia de que el Poder Judicial es el lugar donde debe comenzar la solución de las controversias, cuando en realidad debería ser el lugar donde estas finalicen después de haber analizado e intentado otros métodos alternativos y previos al proceso judicial.

Esta barrera que confluye a su vez con otras de carácter culturales y subjetivas, se puede describir desde esta categoría ya que responde básicamente a la formación tradicional de los profesionales del derecho orientada específicamente al conocimiento de la ley y al litigio, omitiendo aspectos relevantes de la teoría del conflicto, de la comunicación humana y de un ejercicio preventivo de la actividad.

Se ha dejado de lado también en la formación académica aspectos básicos que resultan imprescindibles incorporar en las currículas de las carreras de derecho, tendientes a conocer y desarrollar técnicas de negociación, conceptos de neurociencias aplicadas a las conductas humanas y el manejo de las emociones en los conflictos, a fin de comprender que el titular del derecho que consulta a un abogado o que espera una sentencia, es una persona con identidad propia, experiencias, valores e intereses personales, que puede tener a su alcance una oferta diversa de servicios jurisdiccionales o no, que le permitan encontrar cual es la respuesta más adecuada a su conflicto, más aun si se trata de asuntos de familiares.

Por ello, se debe ampliar el conocimiento en relación formas de resolución de controversias no adversariales y no violentas, aceptando que estas responden a la necesidad de encontrar respuestas en base a las necesidades y posibilidades de las partes, donde no exista una solución lineal, binaria, con un ganador y un perdedor. Este enfoque parte de conocer las causas que generar los conflictos (incluida la violencia) y no es sus consecuencias.

Solo a modo de referencia dos grandes referentes del movimiento pacífico de resolución de conflictos como Gandhi y Martin Luther King, no consideraban a la No Violencia como una pasividad ante las injusticias ni como aceptación de estructuras sociales que abusan del poder, ambos promovían confrontaciones asertivas frente a violencias institucionalizadas. Estos enfoques pacifistas generan espacios de manera tal que se promueven respuestas no violentas.

**Barreras subjetivas.** Sin ninguna duda se presenta como una de las barreras más difíciles de superar ya que como individuos estamos acostumbrados por diversos factores a delegar la resolución del conflicto en un tercero, el Juez, quien, si bien impone una solución, ésta no siempre satisface las expectativas y menos aún se cumple.

**Barreras formales.** Relacionadas con aquellos procedimientos, requisitos y/o actuaciones que pueden significar una afectación o traba para personas en estado de vulnerabilidad.

Entre las más comunes se encuentran la burocratización del sistema formal de justicia, la cantidad de procedimientos y requisitos exigidos a lo largo de un proceso judicial, el vocabulario técnico utilizado en los actos, la imposibilidad de administrar cada unidad judicial de manera eficiente y en relación temas vinculados con estrategias de gestión, nuevas tecnologías, atención al usuario. La falta intérpretes de para personas pertenecientes a comunidades de pueblos originarios. Así también la falta de asistencia letrada es una barrera formal y también económica.

**Barreras políticas.** Dentro de estas se puede mencionar la falta de políticas públicas destinadas a mejorar el servicio de justicia formal, tanto en lo que hace a su funcionamiento y legislación, como la imposibilidad de brindar una oferta amplia de métodos alternos de resolución, descentralizados y no necesariamente jurisdiccionales. También la falta de educación legal que facilita el desconocimiento de los derechos.

**Barreras jurídicas.** Vinculadas a la primera descrita, y que hace a la formación del abogado, se puede agregar la falta de conocimiento del conflicto, sus causas y básicamente sus diversos abordajes, el excesivo formalismo, la falta de oralidad en los procedimientos, las estrategias utilizadas por los abogados que representan una dilación del juicio.

Es necesario comprender que el plano jurídico es solo un recorte del conflicto y que un abordaje adecuado impone una mirada mucho más amplia e integral del mismo. En este sentido Entelman enseña la distinción entre conductas prohibidas y conductas permitidas, es decir aquellas conductas amenazadas con sanciones y reguladas por el Derecho y las que no lo son (las permitidas) <sup>[671]</sup> y expresa:

“estamos acostumbrados, por nuestra educación de miembros de una sociedad jurídicamente organizada a no sentirnos en conflicto con alguien que pretende algo que no estamos obligados a conceder, facilitar o no dificultar. Más aun, así nos ocurre cuando tampoco nos sentimos obligados por normas morales, éticas o religiosas, autónomamente aceptadas. Tendemos a no admitir ni siquiera como interlocutor a ese pretensor no apoyado por normas. Pero su conflicto con nosotros es una realidad de la relación social. Dentro del área permitida del ordenamiento, existen múltiples conductas no prohibidas que nuestro oponente puede realizar para motivar un cambio en nuestra actitud, e influir sobre nuestras decisiones. Y cuando esos conflictos se desatan y escalan y las partes son incapaces de resolverlos por sus propios modos de influirse recíprocamente, la mediación aparece como

el método eficiente -que no alternativo- de resolver la controversia permitida”. [\[672\]](#)

Asimismo, la inexistencia de una cultura de la prevención del conflicto sumada a la falta de solución de manera adecuada y oportuna, trae aparejada inevitablemente su escalada y posterior judicialización, ya sea que ingrese por el fuero civil, penal y/o se transforme además en un conflicto social.

Es necesario dejar atrás el perfil del abogado litigante que persigue en el proceso judicial o participar en audiencias de mediación de manera confrontativa que le den la razón a sus planteos sin pensar que tal vez eso no satisface los intereses de su cliente. Cobra vigencia hoy el perfil de un abogado proactivo que asesora integralmente y colaborativamente al cliente, buscando sus intereses y soluciones posibles, vinculadas a cuestiones económicas, de tiempo, pérdidas de oportunidades, y cuando esta gestión del conflicto de manera colaborativa no de resultados, si entonces, recurrir al sistema formal de Justicia.

**Barreras geográficas.** En lo que respecta a la Provincia de Salta, la amplia y vasta geografía en muchos casos se presenta como un verdadero obstáculo de acceso toda vez que confluyen con estos otros de índole cultural, formal y económica. Muchos vecinos de parajes o localidades alejadas de las circunscripciones judiciales se ven impedidos de recurrir al sistema de justicia formal básicamente por las distancias que deben recorrer además de los gastos que estas circunstancias insumen.

**Barreras económicas.** Los costos económicos que demanda el inicio de un juicio, en cuanto a sellados, tasas, honorarios de peritos, abogados, sumados a los costos financieros que implican las pérdidas de oportunidades mientras transcurren los procesos judiciales constituyen una verdadera barrera de acceso a justicia y que impacta de sobre manera en grupos vulnerables, principalmente los afectados por la pobreza o cuestiones de género.

**Barreras de género.** Estas barreras, estrechamente vinculadas a las económicas y culturales, afectan en forma directa a la mujer en cuanto a su condición de tal y que le impiden el acceso a la justicia formal toda vez que no se recompensa adecuadamente su trabajo, tienen mínima participación en la toma de decisiones dentro del núcleo familiar y de su comunidad, tienen escaso acceso a tierras y a préstamos, un número importante son cabeza de familias de hogares monoparentales y sufren la violencia a diario en sus diferentes modalidades.

**Barreras culturales.** Sumadas a las antes descriptas y que interactúan con estas, se pueden enumerar entre otras la cultura del litigio, el desconocimiento y falta de educación en relación a los derechos, de los mecanismos alternos de resolución de conflictos, la falta de reconocimiento a culturas ancestrales de pueblos originarios, las constantes migraciones propias de un mundo globalizado, la falta de reconocimiento de la pluriculturalidad presente en toda América latina.

En consecuencia, analizando como esta legislada y particularmente en cómo fue diseñada e implementada la Mediación en Salta se la puede considerar como una verdadera política pública de Acceso a Justicia, entendiendo a esta dentro de un concepto amplio de *administración de justicia* como la oferta descentralizada y desjudicializada de resolución adecuada conflictos.

Como una aproximación y a los efectos de medir el impacto del Instituto en nuestra sociedad y desde que comenzó a gestarse en el año 1995, resulta apropiada una reciente encuesta encomendada por la Escuela de la Magistratura de Salta denominada “Evaluación del Sistema Judicial” practicada entre los años 2012/2013 [\[673\]](#) y publicada en el 2014, siendo encuestados funcionarios judiciales, abogados, empleados y ciudadanos.

El diseño de la Provincia de Salta, específicamente en relación a la mediación Comunitaria y la Judicial que no tienen costos para las partes, contribuye a disminuir en primer lugar diversas barreras -económicas, culturales, geográficas, políticas, formales, jurídicas- caracterizadas como múltiples desigualdades que influyen en la pobreza y que impiden un acceso fluido de grupos vulnerables a soluciones justas.

Como primer punto cabe mencionar que de la investigación referenciada recurren al sistema judicial el 38,2 % de ciudadanos que perciben ingresos inferiores a lo establecido como salario, mínimo, vital y móvil, y dos tercios de la muestra (38,2 + 14 + 11,7) poseen ingresos mensuales inferiores a \$ 3500 (datos al 30/11/2011). [\[674\]](#)

Cobra así especial importancia y reconocimiento el diseño e implementación de la Mediación Comunitaria, destinada a atender las necesidades de los grupos vulnerables y a personas de escasos recursos, absolutamente descentralizada ya que se encuentra instalada en cada localidad de la Provincia de Salta, atendiendo las diferentes geografías e idiosincrasias del vasto territorio.

Como complemento de esta oferta de resolución de conflictos no necesariamente jurisdiccional y en consonancia con Tratados y Convenios Internacionales [\[675\]](#) tanto el Ministerio Público, el Ministerio de Gobierno, Justicia y derechos Humanos provincial y el Colegio de Abogados y Procuradores de Salta se ocupan de poner al alcance del ciudadano distintos programas de asesoramiento letrado de manera gratuita.

Además de ello la ley consagra la exención de sellados y tasa de justicia para los acuerdos alcanzados

en Mediación previa al juicio <sup>[676]</sup>, no solo como medio de promoción del Instituto, sino también eliminando así una de las tantas barreras que fomentan la desigualdad.

Por otra parte, el tiempo que lleva implícito una decisión judicial y que tanto perjudica a los grupos vulnerables encuentra remedio en la Mediación ante la celeridad e inminencia de las audiencias que son celebradas entre las partes que requieren el servicio.

En este sentido la encuesta referenciada señala que los usuarios del servicio tradicional de justicia sugieren que para mejorar el funcionamiento del sistema judicial en un 29,59 % se debe agilizar la atención y tramites y el 16,44 % cumplir con los horarios de las audiencias fijadas. <sup>[677]</sup>

Asimismo, de la investigación realizada surge que las instituciones más confiables son la Iglesia en un 22,1 % y el Poder Judicial con el 21,71 % y como dato relevante que existe un 22,4 % de los encuestados que no confía en ninguna de las instituciones incluidas en la encuesta (poder legislativo, ejecutivo, hospitales, partidos políticos, policía, fuerzas armadas, sindicatos entre otros). <sup>[678]</sup>

Los resultados muestran que hay mucho por realizar en la promoción y uso de métodos alternativos de resolución de conflictos. Tanto es así que, consultados los abogados sobre las causas que dan origen a una Justicia lenta y colapsada, expresan entre otras que, en un 40,3 % se debe al aumento de la litigiosidad y en un 23,7 %, al desconocimiento sobre otros medios de solución de conflictos. <sup>[679]</sup>

Consultados los Jueces sobre las conductas de los abogados que afectan negativamente en tiempo y forma el desarrollo del proceso, indican como causa -entre otras- y en 67,3 % la cultura de la litigiosidad y en un 49,1 % la falta de especialización. <sup>[680]</sup> (fig. 34 - pág. 57 -II). Es conteste la opinión de los secretarios de los Juzgados ante la misma pregunta atribuyendo los siguientes porcentajes, un 68,8 % a la cultura de la litigiosidad y un 55,7 % a la falta de especialización. <sup>[681]</sup> (Figura 40 - pág. 123 - II).

Con lo cual las barreras culturales, jurídicas y formales serán superadas por completo cuando cambie el paradigma definitivamente de la resolución de conflictos que se lograra sin dudas de la articulación de varios factores, entre ellos los antes descriptos y principalmente en lo que respecta al cómo gestionarlos de manera adecuada y oportuna mediante mecanismos que no sean jurisdiccionales necesariamente.

La obligatoriedad de la mediación como instancia previa al inicio de una acción judicial como lo plantean algunas legislaciones y particularmente la Ley N° 7324/04 -arts. 44 y 53- constituye una manera eficaz. Esta obligatoriedad consiste solo en asistir a la primera audiencia de mediación y manifestar o no la intención de las partes de permanecer en el procedimiento.

Particularmente el hecho de asistir a la primera audiencia es muy importante ya que, con solo estar las partes presentes, se predisponen de manera diferente y se propicia un espacio de dialogo, más aun en cuestiones de familia, generando un clima absolutamente opuesto al trato formal y frío tan común de un pasillo de Tribunales.

La experiencia indica que cuando las partes involucradas en un conflicto en general y de familia particularmente asisten a una mediación, aun cuando no arriben a un acuerdo, su mirada o perspectiva acerca de la relación o vinculo cambia, transformando la dinámica del conflicto lo que les permite posicionarse de manera diferente, tal vez celebrando convenios posteriores en el tiempo.

Y en este sentido, según la encuesta realizada a los abogados en relación a su opinión sobre el Sistema de Mediación permiten comprobar que más de la mitad de encuestados es decir el 56,8 % que recurrió a la mediación la considera satisfactoria. <sup>[682]</sup>

La Mediación sin dudas no es una panacea ni una solución mágica a la conflictividad pero sí resulta importante destacar que constituye un cambio de paradigma donde la participación, el consenso, el dialogo y la autocomposición de intereses de manera adecuada, oportuna y eficiente, repercute de manera inmediata en la relación entre los participantes, y de manera mediata, posibilita la reconstrucción del tejido social y aumentar los índices de producción de los pueblos.

Particularmente la Mediación considerada y aceptada como una efectiva política pública, acerca a cada habitante del territorio provincial una solución a sus conflictos los que una vez superados permiten a ese vecino y su grupo familiar avocarse a otros temas importantes que hacen a su desarrollo y bienestar como son la calidad de vida, la producción, el comercio, el trabajo y la posibilidad de vivir dignamente sin asistencialismo, ya que mediante la participación directa y su protagonismo se posibilita el crecimiento personal y en consecuencia cumplir sus roles, familiares y sociales con responsabilidad.

El desafío está planteado, mayor presupuesto, recursos materiales, el debido control por parte de la autoridad competente, de los mediadores y usuarios permitirá afianzar y fortalecer el procedimiento, que deberá ir acompañado en forma simultánea con capacitación continua, destinada a todos los operadores del sistema -especialmente a los mediadores- y la difusión y promoción del sistema.

Para concluir, en el entendimiento que brindar al ciudadano la posibilidad de elegir dentro de una amplia oferta de mecanismos para resolver los conflictos no necesariamente jurisdiccionales contribuyen a la construcción permanente de una sociedad democrática y participativa me gustaría citar a Amartya

Sen:

“La justicia guarda relación, en última instancia, con la forma en la que las personas viven sus vidas y no simplemente con la naturaleza de las instituciones que las rodean. En contraste, muchas de las principales teorías de la justicia se concentran de manera abrumadora en cómo establecer *instituciones justas*, y conceden una función subsidiaria y dependiente a las cuestiones relacionadas con el comportamiento...” La democracia debe juzgarse no solo por las instituciones formalmente existentes sino también por el punto hasta el cual pueden ser realmente escuchadas voces diferentes de sectores distintos del pueblo”<sup>[683]</sup>.

# La responsabilidad de ejercitar el derecho a la participación ciudadana en el control estatal de los servicios públicos concesionados

Gastón Andrés Navarro\*

## I. Introito

No puedo empezar este sencillo trabajo sin antes expresar el beneplácito que me causa tener la posibilidad de formar parte integrante (merced a la gentil invitación de uno de sus artífices, como lo es Rodrigo Padilla) junto a prestigiosos colegas, de esta significativa obra colectiva en homenaje a un reconocido jurista como lo es el doctor Julio Isidro Altamira Gigena; quien durante muchos años fue motor intelectual y académico de las ideas que alumbraron al derecho administrativo moderno, rama del derecho a la cual tanto tiempo y esfuerzo dedicó apasionadamente para situarse como un referente del área que logró trascender holgadamente sus fronteras provinciales.

Es así que, desde mi humilde lugar, busco hacer un pequeño aporte que apunte una maravillosa logística jurídica que se puso en marcha para reconocer la notable trayectoria de la persona que hoy se busca homenajear.

## II. Los orígenes que alumbran la participación ciudadana y su injerencia moderna en la toma de decisiones políticas sobre servicios públicos

Cuando referimos al tipo participativo que nos señala el título de este trabajo, inevitablemente debemos remontarnos al pasado histórico que le dio puntapié inicial para así poder identificar las influencias que permitieron ir progresiva como paulatinamente el desarrollo de un mecanismo institucionalizado en el cual cada uno de los integrantes de una sociedad organizada tiene injerencia en el vida de la “cosa pública”.

Claramente, y obligadamente debo señalar que al tratar de Participación Ciudadana bajo el contexto señalado, tenemos que trazar la equivalencia con el concepto de Democracia Participativa.

Bajo el concepto de Democracia Participativa, posiblemente nos encontraremos con uno de los elementos descriptivos de cualquier régimen democrático, es la existencia de espacio para la participación; concepto que proviene desde el tiempo de Grecia <sup>[684]</sup>. Esta idea, de acuerdo con la explicación de Pericles <sup>[685]</sup> sobre la vida en Grecia, describe una comunidad en la cual todos pueden y deben participar en la creación y sustentación de una vida común. Asimismo Held, indica que la democracia ateniense se caracterizaba por un compromiso generalizado con el principio de virtud cívico. <sup>[686]</sup>

Esto desembocaría en que la participación directa de los ciudadanos, se convirtiera en un principio de todo Gobierno; concretamente, “las decisiones y las Leyes descasaban, así se creía, en la convicción - fuerza del mejor argumento- y no en la mera costumbre, en el hábito o en la fuerza bruta. La Ley del Estado era la Ley del ciudadano”. Desde esta perspectiva y no otra es que consideramos a la democracia como el sistema político, que más permite y requiere la expresión de ideas, incluso la misma expresión de ideas ya es atributo de las democracias. <sup>[687]</sup>

Dentro de la democracia el concepto de participación es clave; y acá tenemos dos enfoques básicos. El primero que plantea la participación como instrumento de legitimación en la elección de los representados (democracia representativa, similar a la república romana) y el segundo que indica la participación como único instrumento de legitimación por medio de la presencia de todos los ciudadanos en la decisión (democracia participativa, similar a Grecia Antigua).

Esta última precisamente es la que busco centralizar como tópico de abordaje y particularmente se presenta con relevancia en los últimos años a través de los procesos de privatización en donde el Estado empezó a delegar -mediante los contratos de concesión- parte de sus funciones esenciales.

Es así que siguiendo el hilo histórico, sobre la premisa del bien común y su correspondencia del Estado en materia de servicios públicos, nuestro homenajeados nos grafica aseverando:

“Se ha dicho con razón que lo público tiende directa e indirectamente al bien común, ya que, el “bien común” es el bien de todos los todos del todo social. Pero es necesario advertir que no solo el Estado debe pretender satisfacer el “bien común” sino que es una tarea de todos los habitantes y, por ello, considero que todos debemos procurar lograrlo. Decidir si una actividad va a ser prestada directamente por el Estado o por los particulares es una



decisión política, que puede variar de una época a otra e incluso en un país federal como el nuestro, de una provincia a otra. Por tratarse de una “cuestión política” la decisión no puede ser controlada por el poder judicial, salvo que estemos en presencia de una manifiesta arbitrariedad. En nuestro país hasta comienzos de la segunda guerra mundial la prestación de servicios públicos estaba en manos privadas -como ya lo he dicho- pudiendo citar como ejemplo la electricidad, los teléfonos, los ferrocarriles, los tranvías, etc. y excepcionalmente estaba a cargo el Estado como el de correo, el telégrafo, la provisión de agua y de cloacas que lo prestaba Obras Sanitarias de la Nación. Al finalizar esta guerra la mayoría de estos servicios públicos pasaron a ser prestados por el Estado y, reitero, se crearon empresas del Estado, como Entel, Encotel, y sociedades del Estado como Aerolíneas Argentinas, Gas del Estado, entre otras. Recalco que al concluir la década del 80 del siglo pasado y debido a la ineficiencia de la gestión estatal y a la carencia de recursos, y a mi criterio, no por razones ideológicas, el Estado comienza a desprenderse de empresas que realizaban actividades industriales y comerciales, transfiriéndolas a los particulares. Lo mismo sucedió en la década del 90, con la mayoría de los servicios públicos. Por ello estimo que la decisión de privatizar las empresas estatales o las actividades se toma por circunstancias económicas-financieras, debido a las cifras deficitarias. En cambio otros sostienen que se debe a la influencia de la concepción liberal del Estado. (...) En esta época, se crean los “Entes Reguladores” llamados también “Órganos de Control” siguiendo los modelos norteamericanos e ingleses. Se dictan las normas que regularán las actividades privatizadas y se las denomina “Marcos Regulatorios”. Es en este período en el que el Estado deja de prestar los servicios públicos y ejecutar las obras públicas y pasa a cumplir otro rol: el de controlar a las empresas prestadoras de los servicios públicos y de la ejecución de las obras Públicas. El Estado continúa siendo el titular del servicio, lo que cambia es la gestión que pasa a cargo de personas privadas, que se organizan como sociedades comerciales o como cooperativas.”<sup>[688]</sup>

### *III. El juego de relaciones entre los distintos actores, en el marco de las audiencias públicas como instrumento de la democracia participativa*

Con el auge de las diversas formas en que el Estado comenzó a desligarse de algunas de sus funciones, se dio cabida al replanteamiento de las relaciones Estado-Sociedad con la consecuente creciente participación privada en la gestión pública que la nueva perspectiva supone, teniendo como centro a la persona en su rol como parte de la sociedad civil, y en sus relaciones con el Estado. Para comprender la impronta de esta dinámica, no debemos perder de vista que:

“En primer lugar, es importante destacar, que entre los administrados y el Estado hay una relación de verticalidad, en cambio entre los sujetos regidos por normas del derecho privado la relación es de coordinación. Fraga define al derecho público “como el conjunto de normas que rigen la organización del Estado y la actividad de éste directamente encaminada al cumplimiento de las atribuciones que al mismo corresponden. El derecho privado está constituido por el conjunto de normas que rigen las relaciones entre los particulares y es aplicable a aquellas en que el Estado interviene, cuando la actividad de éste no afecta inmediatamente a la satisfacción que le está encomendada de las necesidades generales.” La doctrina sostiene que la Administración goza de privilegios frente a los administrados en razón de los cometidos de interés general que debe cumplir. Se afirma que cuando entra en conflicto el interés individual con el interés general, aquél debe ceder en beneficio de éste y es la causa de la desigualdad existente. Entre los privilegios que tiene la Administración podemos mencionar la posibilidad que tiene de hacer cumplir sus decisiones, sin necesidad de acudir al juez. A lo que se suma que la impugnación de esa decisión no suspende su ejecución, porque goza de dos principios esenciales: la presunción de legitimidad y de ejecución.”<sup>[689]</sup>

Es así que empalmado con lo apuntado en torno a las tendencias apuntadas en el rol mutable de ciertas políticas públicas,<sup>[690]</sup> tenemos a Rodríguez-Arana Muñoz quien sostuvo que la reforma del Estado actual hace necesario colocar en el centro de la actividad pública la preocupación por las personas, por sus derechos, sus aspiraciones, sus expectativas, sus problemas, sus dificultades, o sus ilusiones en un contexto de servicio objetivo al interés general, dejando atrás el modelo de Estado intervencionista que acabó por ser un fin en sí mismo, como el gasto público y la burocracia. Así concluye que: “Hoy más que nunca hay que recordar que el Estado es de la gente, la burocracia es de la gente y que los intereses generales deben definirse con la activa participación de la gente”.

Sobre esos pilares veremos que surgen ideas que demandan una conducta y disposición más protagonista del ciudadano para la toma de decisiones importantes, convocándolos activamente a participar en el diseño de las políticas públicas, insertándolos muchas veces en el seno de las

organizaciones estatales, tanto con funciones consultivas como decisorias, todo lo cual redundaba en la necesidad de brindar legitimación a decisiones estatales.

Gran aporte a estos lineamientos tuvo su “trampolín” con la reforma de la Constitución Nacional con su reforma de 1994 al introducir el Art. 42.- cuyo texto reza:

“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.”.

Esta avanzada fue receptada y ampliada por constituciones provinciales en donde se reforzaba la idea de la participación ciudadana, prueba de ello es la Constitución de Corrientes que en su art. 48 consagra el derecho de los usuarios y consumidores a la participación, expresando que la legislación deberá prever el mecanismo de audiencias públicas, imponiendo asimismo la necesaria inclusión de los usuarios y de los municipios en los organismos de control y en la confección y modificación de los marcos regulatorios; asimismo tenemos a la Constitución de Córdoba, cuyo art. 75 sostiene que los servicios públicos corresponden originariamente, según su naturaleza y características a la Provincia o a los Municipios; pueden prestarse directamente, o por medio de cooperativas o sociedades de economía mixta, y por particulares. En el control de su prestación participan los usuarios según lo establecen las Leyes u ordenanzas respectivas.

Este movimiento empoderó a los ciudadanos quienes gradualmente fueron tomando conciencia del rol que les incumbía, no solo para interactuar como protagonistas sino también como una vía para legitimar las decisiones de los entes estatales. De esta manera cobraron mayor relevancia las Audiencias Públicas como un mecanismo institucionalizado -normalmente monitoreado por los Entes Reguladores como organismos de policía/control- en donde se les permitía a los ciudadanos la intervención directa en el proceso administrativo de relaciones de poder entre el Estado y aquellos que revestían -o aspiraban a serlo- la condición de Concesionarios de los servicios públicos que se le encomendaban.

Este fenómeno lo grafica claramente el siguiente autor:

“En efecto, el mecanismo de participación ciudadana puede traducirse en la necesidad de que, o bien el Estado convoque a algún mecanismo de participación procedimental, previa a la emisión del acto administrativo o reglamento, o a la sanción de una norma legal, como la audiencia pública o el documento de consulta, o bien puede incorporar a representantes de ciudadanos -usuarios y consumidores-, organizaciones no gubernamentales, empresariales o gremiales, y Municipios, entre otras, al seno de un órgano incrustado en la organización administrativa provincial, sea con competencias decisorias vinculantes o bien con carácter de asesoramiento (consultivas) no vinculantes. Por su parte, Salomoni incluía una tercera modalidad que denominaba “participación cooperativa”, en la que: ...el particular, sin dejar de actuar como tal y sin cumplir funciones materialmente públicas, secunda con su actuación privada, el interés general en el sentido que la administración propugna. Esta categoría denominada cooperativa está vinculada a la participación de diversas ONG en determinadas actividades de la Administración que ésta promueve. Y esta participación se da a través del otorgamiento de becas, subsidios para investigación, etc. para que estas ONG, aunque sigan cumpliendo un fin privado no actuando ninguna potestad pública, coadyuven finalmente con el interés público.”<sup>[691]</sup>

Como se advertirá no es finalidad de este trabajo, por cuanto excedería ampliamente su marco teórico, efectuar todo un tratamiento en torno al instituto de la Audiencia Pública<sup>[692]</sup> pero sí corresponde poner de resalto su figura como parte inescindible del entramado administrativo que prevé un procedimiento específico para la toma de decisiones políticas; puesto que, como bien se sostiene, como por ejemplo en aquellos casos en donde el procedimiento administrativo apunta al incremento de tarifas de los servicios públicos concesionados, lo que resulta sujeto al contralor de la justicia no es el aumento de la tarifa en sí, sino como se determinó y estipuló dicho aumento<sup>[693]</sup>.

Amén de ello me parece importante hacer recordar el juego de relaciones que existen entre los distintos actores que interactúan en este sistema para poder desentrañar con mayor facilidad en que materia nos situamos.

Así se nos enseña que:

“En lo que respecta a los servicios públicos es necesario analizar las siguientes relaciones jurídicas para llegar a la conclusión cual es el derecho aplicable y en virtud de ello cual es el tribunal competente para analizar el conflicto. Entre el prestador del servicio y el Estado la relación es de derecho administrativo y el tribunal competente es el contencioso administrativo. Entre el prestador y sus empleados es de derecho laboral, sujeto a convenios colectivos de trabajo y el tribunal es el laboral. Entre el prestador y sus proveedores es una relación de derecho común o sea de derecho comercial y son competentes los tribunales ordinarios. Entre el prestador y el usuario es una relación de derecho privado, más precisamente se rige por el derecho del consumidor y el tribunal, es el tribunal ordinario. En este punto es necesario hacer una distinción, si se trata de un servicio público obligatorio, como puede ser el de agua o el de cloacas se rigen por los principios y normas del derecho administrativo y el tribunal competente es el contencioso administrativo. En cambio, si se trata de un servicio público facultativo, como puede ser el de teléfono o el de transporte urbano de pasajeros, es una relación regida por el derecho del consumidor y el tribunal competente es el tribunal ordinario.”<sup>[694]</sup>

Ahora bien, fijo que tengamos el contexto de las Audiencias Públicas fácil nos será advertir que nos encontramos primordialmente situados en el marco del derecho administrativo, y con ello debemos poner de resalto la necesidad de ajustarnos a las “reglas de juego” que nos marca dicha disciplina.

Por ello, resulta imprescindible el estricto apego a los procedimientos administrativos de parte de las Autoridades para llevar adelante todo el esquema en donde se le otorgue al ciudadano la posibilidad de plasmar su interés como participación, de oír y ser oído; caso contrario se incurre en el serio riesgo de que finalmente ante la toma de decisión conclusiva, no se hayan cumplimentado con los requisitos esenciales de todo Acto Administrativo (por ejemplo los de causa y procedimiento) y en consecuencia puedan verse viciados de nulidad.<sup>[695]</sup>

Y quiero destacar que en esta materia debe guardarse cierto celo en el respeto a las formalidades ya que no solo rigen las cuestiones procedimentales administrativas, sino que también concomitantemente entran en juego normas tutelares como las de defensa del consumidor,<sup>[696]</sup> ya que el usuario -o lo que equivale lo mismo decir la ciudadanía- es entendido como la parte débil de la relación<sup>[697]</sup> cobrando preeminencia la actuación del órgano de control.

Adunando a lo expresado, bien podemos decir que la violación de cumplimentar con el procedimiento aludido conlleva ínsita la vulneración de tres principios básicos del derecho a saber:

1- El “principio de igualdad ante la Ley en relación con el ejercicio de las facultades regladas y discrecionales conlleva a exigir a la administración un trato igualitario para los administrados. La igualdad ante la Ley es un estándar, es un principio con rango constitucional, que es aplicable en función de las circunstancias que deben ponderarse en relación con los hechos y el derecho que se estén analizando.

2- El “principio de razonabilidad” concuerda las decisiones administrativas con la legalidad que deben contener. La razonabilidad debe implicar la adecuación proporcional de medio a fin. Este principio excluye la posibilidad de una determinación arbitraria.

3- El “principio de buena fe” no sólo debe provenir del Estado sino también de quienes se relacionan con aquél en sus diversas formas, donde la rectitud y la seriedad de las partes, son requisitos inherentes a toda la actividad estatal, reglada o discrecional. La buena fe funciona como límite del ejercicio arbitrario o abusivo de la actividad estatal. Actuar de mala fe, formulando engaños y utilizando diversas artimañas para confundir al administrado, implica el ejercicio de la función administrativa contrario a derecho.

#### *IV. conclusiones*

Para ir culminando esta ponencia, como alguna vez sostuve en otro trabajo<sup>[698]</sup>, quiero decir que la audiencia pública hace que la democracia no sea solo un discurso o, peor aún, una mera alusión a un sistema de representatividad. La audiencia pública es una reafirmación de la democracia por cuanto su procedimiento permite encauzar “...la participación ciudadana en las decisiones cuyas consecuencias afecten directamente a toda la ciudadanía y ejercen control sobre las políticas gubernamentales que materializa esas decisiones”.<sup>[699]</sup>

Justamente la posibilidad de escuchar y ser escuchado corresponde a la base misma de la democracia, la igualdad de las partes ante la decisión. Por ello, no solo es importante respetar y hacer respetar este tipo de mecanismos implementados adredemente por el legislador como una conquista de soberanía

popular, sino también tener el suficiente grado de convicción y madurez cívica para ser parte protagonista de estos procesos, en definitiva, despojarse de la apatía y por fin asumirlo como un derecho humano de clara connotación social.

Así se dice que: "(...), la idea de que la protección de los derechos fundamentales supone tutelar especialmente los intereses individuales es una idea que olvida que la protección de los derechos del hombre, en la medida en que son derechos que el Estado reconoce porque son innatos a la condición humana y con el hombre vienen y con el hombre se van, tiene una evidente dimensión pública que al Ordenamiento jurídico toca cuidar. Reducir los derechos fundamentales a intereses individuales se antoja una posición individualista que puede pasar por alto otros derechos fundamentales tanto o más importante que la libertad y la propiedad como el derecho a la vida, primero y principal de los derechos fundamentales de la persona."<sup>[700]</sup>

Ello conlleva buscar una verdadera reinterpretación de los derechos contenidos en el esquema normativo que nos rige actualmente para bregar por una amplitud bien expansiva de los mismos al punto tal que estos no queden en meras formalidades, sino que pasen a ser verdaderas prácticas republicanas propias de la más avanzada legislación internacional en materia de una adecuada, criteriosa y transparente Administración Pública.

Sobre ello se nos ilustra que: "A día de hoy, la consideración del buen gobierno y de la buena administración de los asuntos públicos es, desde luego, otro elemento principal del Derecho Administrativo Global. En la declaración del Milenio de Naciones Unidas y en los más destacados documentos de reforma del Estado de casi todos los países, a veces incluso en el marco de Leyes y normas administrativas, hoy el derecho a la buena administración y al buen gobierno es, desde luego, un derecho de los ciudadanos. En efecto, la consideración central del ciudadano en las modernas construcciones del Derecho Administrativo y la Administración pública proporciona, en efecto, el argumento medular para comprender en su cabal sentido este nuevo derecho fundamental a la buena administración señalado en el proyecto de la Constitución Europea (art. II-101), de acuerdo con el art. 41 de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales. La persona, el ciudadano, el administrado o particular según la terminología jurídica administrativa al uso, ha dejado de ser un sujeto inerte, inerte e indefenso frente a un poder que intentaba controlarlo, indicándole lo que era bueno o malo para él, al que estaba sometido y que infundía, gracias a sus fenomenales privilegios y prerrogativas, una suerte de amedrentamiento y temor que terminó por ponerlo de rodillas ante la todopoderosa maquinaria de poder en que se constituyó tantas veces el Estado. Hoy, sin embargo, no hay más que observar lo que pasa en tantas partes del mundo para percatarnos a del intento de la tecnoestructura global por considerar al ciudadano, no formalmente por supuesto, como un nuevo súbdito, tantas veces como una cosa susceptible de usar y tirar. El art. 41 de la Carta constituye un precipitado de diferentes derechos ciudadanos que a lo largo del tiempo y a lo largo de los diferentes Ordenamientos han caracterizado la posición central que hoy tiene la ciudadanía en todo lo que se refiere al Derecho Administrativo. Hoy, en el siglo XXI, el ciudadano, como ya hemos señalado, ya no es un sujeto inerte que mueve a su antojo el poder. Hoy el ciudadano participa en la determinación del interés general que ya no define unilateralmente la Administración pública. El ciudadano es más conciente de que el aparato público no es de la propiedad de los partidos, de los políticos o de los propios servidores públicos (...) Es más, puede decirse, de alguna manera, que el repertorio de principios del Derecho Administrativo Global parte de esta capital consideración. Por una razón fundamental: porque las exigencias de transparencia, racionalidad, motivación, objetividad, responsabilidad, participación, pluralismo... que debe caracterizar a la acción de la Administración global se deducen de este derecho del ciudadano, por ser el dueño de las instituciones públicas, a una buena administración y a un buen gobierno de los asuntos públicos."<sup>[701]</sup>

Es por ello que nos debemos como ciudadanos la exigencia de no inventar excusas para no asumir el rol que nos compete, no sirviendo de nada escudarse detrás de los reclamos aislados o convenientes que puedan realizar un grupo de legisladores, o una ONG, o el interlocutor de turno que fuere cuando se adviertan las vulneraciones ya tratadas, si, al fin y al cabo, llegado el momento, brillará la apatía y desinterés por la obtención del resultado final. Es así que culmino este bosquejo de ideas, reafirmando lo ya dicho<sup>[702]</sup> respecto al compromiso y deber cívico de quienes diariamente convivimos y lidiamos con el ordenamiento jurídico, la de tomar parte activa en bregar por la difusión de este tipo de derechos y concientizar al pueblo que su rol preponderante dentro de un esquema democrático no solo debe restringirse al llamado de las urnas en épocas electorales.

# Responsabilidad de los profesionales del derecho (escribanos y abogados) y de la empresa o sociedad de abogados

Rodrigo Padilla\*

## I. Responsabilidad del escribano.

### 1. La función del notario y su consecuente responsabilidad civil

Para empezar con esta tarea en la cual se analizarán algunos aspectos vinculados con la responsabilidad de los escribanos y abogados, vamos a repasar los sistemas legislativos que existen del notariado. Siguiendo a Villalba Welsh<sup>[703]</sup> es dable clasificar a los sistemas legislativos del notariado en tres principales grupos que a su turno admiten sub-clasificaciones. Así:

a) **Notariado profesional**, también denominado sistema de tipo “inglés”. En dicho sistema, señala Bueres, “El nombramiento del escribano se lleva a cabo mediante la sola acreditación de haber cumplido con los requisitos establecidos por la ley. El número de profesionales es ilimitado y no hay demarcación territorial -en orden a la circunscripción-”<sup>[704]</sup>. Es claro que *los instrumentos que otorguen estos escribanos tendrán solo el valor de principio de prueba por escrito*, convirtiendo a la función notarial más en certificante que legitimadora. Este sistema rige en Gran Bretaña, Estados Unidos y Suecia.

b) **Notariado funcionario estatal**, en el cual *el escribano es un funcionario público designado y pagado por el Estado. La fuerza probatoria de los instrumentos públicos es absoluta pues su autenticidad emana del propio Estado*. Este sistema admite dos sub-especies, a saber: notariado *judicial*, en el cual el escribano está equiparado al juez (imperá en Dinamarca, Andorra, algunos cantones suizos, etc.); y notariado *administrativo*, en donde los escribanos son empleados del gobierno (tal como ocurre en Rusia desde 1926).

c) En fin, también contamos con un sistema intermedio, el *del notario profesional investido de una función pública*. Esta modalidad rige en numerosos países, tales como Italia, Francia, España, Portugal, Alemania, países de Europa del Este, parte de Asia (China y Japón), de África, América Central, Quebec y Montreal, y en la gran mayoría de los países latinos. Aquí el escribano “es un profesional que desempeña una función pública por delegación del Estado -esto último según la comprensión de la corriente dominante-. La tarea del profesional es, en esencia, legitimadora, y las escrituras tienen fuerza probatoria por sí”<sup>[705]</sup>.

Esta última categoría admite, a su turno, dos sub-clasificaciones. Una, la del notariado “libre”, en donde el número de plazas para ejercer la escribanía es ilimitado y el notario no tiene demarcación geográfica para el desempeño de su función, tal como ocurre en Uruguay. La otra subespecie, la que impera en los demás países (Francia, España, países sudamericanos en general, etc.), es la del notariado “restringido” -sistema latino puro-, en donde el número de Registros a designar es limitado.

Ahora bien, se puede afirmar que en nuestro país rige esta modalidad, la del notariado profesional investido de una función pública. Siendo más específico, contamos con un notariado restringido; es decir que impera el sistema intermedio en su modalidad de “latino puro”.

Esta misma tesis que proclama que el escribano es un profesional del Derecho en ejercicio de una función pública ha sido consagrada en numerosos Congresos, Jornadas, Cursos, etcétera, tanto a nivel internacional cuanto referidos al ámbito doméstico. Por ejemplo, en el Primer Congreso Internacional del Notariado Latino del año 1948 ya se proclamó la conclusión que *el notario es un profesional del Derecho que ejerce una función pública*<sup>[706]</sup>; también se arribó a semejante conclusión el IV Congreso Internacional de Río de Janeiro, Brasil, 1956; el VI Congreso Internacional de Montreal, Canadá, 1964; el X Congreso Internacional de Montevideo, Uruguay, 1969; los Encuentros de Notariado Americano y Rioplatense; las distintas Jornadas Notariales Argentinas realizadas desde 1949 en Rosario, Santa Fe. Además, la Unión Internacional del Notariado Latino ha expuesto -en una publicación del año 2005- entre las Bases o Principios del Sistema del Notariado Latino, título I *del Notariado y la función notarial*, inciso I, que “*El notario es un profesional del Derecho, titular de una función pública, nombrado por el Estado para conferir autenticidad a los actos y negocios jurídicos contenidos en los documentos que redacta, así como para aconsejar y asesorar a los requirentes de sus servicios*”<sup>[707]</sup>.

Es decir que esta tesis intermedia cuenta con el aval de destacadísima doctrina, amén de haber sido

receptada favorablemente en numerosos encuentros científicos. Por cierto que también la jurisprudencia la abraza. De hecho esta postura fue seguida por la Corte Suprema Nacional en el año 1956<sup>[708]</sup>, y reiterada en 1984<sup>[709]</sup>. Además la sigue la Corte bonaerense<sup>[710]</sup>. Hoy también encontramos numerosos precedentes que comulgan con dicho parecer.

Por nuestra parte es claro que también nos enrolamos en esta solución intermedia. Ahora bien, que se sostenga que el escribano público sea un “profesional” (que cumple una “función pública”, claro está), no quiere significar para nada que no conlleve una importantísima misión en nuestra sociedad<sup>[711]</sup>. Al contrario, solo resalta que el mismo debe estar lo suficientemente instruido, preparado, capacitado, etc., cuestión que no sucede con todos funcionarios públicos.

Por lo demás, quepa resaltar que esta función pública comprometida -en cuanto a la autenticidad y conservación de los actos- “no está establecida en el solo interés de los particulares, sino que es de carácter general en el sentido de garantizar la seriedad y seguridad de las relaciones jurídicas y más aún, asegurar el mantenimiento y regularidad del orden jurídico establecido en materia de derechos reales sobre inmuebles”<sup>[712]</sup>.

Es decir que podemos válidamente concluir que consagrar al escribano público como un profesional del Derecho que ejerce una función pública no quiere significar restarle valor a su importantísima labor. Dicha naturaleza jurídica “bifronte” opera, al parecer, como duplicador de responsabilidades: por un lado, en tanto que profesional; por el otro, por la relevante función fedataria comprometida en la mayoría de los casos<sup>[713]</sup>. Amén de ello, esta naturaleza “dualista” trae otras importantes consecuencias prácticas.

Por lo pronto, es claro que, al considerar al escribano como profesional del Derecho, estamos eximiendo en general al Estado por los posibles daños que puede ocasionar dicho notario. De hecho no existen casos en la jurisprudencia en donde se responsabilice al Estado por hechos ilícitos de los escribanos públicos<sup>[714]</sup>. Pero además debemos detenernos en algunos asuntos que resultan de interés, tales como la supuesta obligación de resultado comprometida en su labor para finalmente resaltar algunos aspectos de la responsabilidad profesional a la luz de lo prescrito en el nuevo Código Civil y Comercial.

*2. Sobre el contrato que celebran los requirentes con el notario. La clasificación de las obligaciones en de medios y resultado y su función en materia de responsabilidad del escribano. ¿Esta distinción binaria es la rectora del onus probandi y del factor imputativo?*

Vamos a indagar, someramente, sobre el contrato que celebran los clientes, rogantes, o requirentes con el escribano. También se analizará la cuestión central de determinar si pesa sobre el notario una obligación de medios o resultado. Incluso veremos si tiene verdadera aplicabilidad esta doctrina binaria, más allá de su tibia recepción en el nuevo Código unificado de Argentina. De hecho en el próximo acápite se analizará dicho ordenamiento jurídico para finalizar con unas breves conclusiones aplicables tanto a la responsabilidad civil notarial, cuanto la que corresponde al abogado.

Pues bien, para gran parte de nuestra doctrina, la relación que une al escribano con sus clientes se trata de un contrato de “locación”<sup>[715]</sup> de “obra”<sup>[716]</sup>. Por cierto que no se descarta que al margen de dicho contrato, el notario puede actuar, “de un modo accesorio, como mandatario de algunas de las partes en tareas contingentes alejadas de la función notarial específica”<sup>[717]</sup>. También se debe reconocer que existen contados autores que proclaman que, además del contrato de obra mentado y del mandato, también nos podemos encontrar frente a una “locación” de “servicios”<sup>[718]</sup>.

Pero, quede claro, en general se entiende que entre los requirentes y el escribano se celebra un contrato de obra, que algunos le agregan “intelectual”<sup>[719]</sup>.

Ahora bien, siendo ello así, *también se sostiene en general que dicho contrato engendra para el escribano una obligación de resultado*. Aquí sí nos detendremos para analizar esta crucial cuestión. Aunque sólo trataremos sobre el origen de la clasificación, la definición de las obligaciones de medios y resultado y su supuesta función rectora del *onus probandi* y del factor atributivo. Por supuesto que siempre tendremos presente si la misma es o no aplicable al campo de la responsabilidad civil del notario.

Pues bien, respecto del origen de esta clasificación, hay que reconocerlo, aún no está muy definido. En efecto, hay autores que sostienen que ya los romanos conocían tal distinción<sup>[720]</sup>. También se dijo que su génesis puede haber estado en la doctrina antigua alemana, o en autores franceses clásicos.

Con más precisión, estudiosos en la materia han puesto de resalto que tal categorización fue vislumbrada por Bernhöft en el año 1889 mientras comentaba el proyecto del Código Civil alemán. Luego fue Fischer<sup>[721]</sup> quien las bautizó como obligaciones subjetivas y objetivas. Después tal categorización es acogida por otros autores alemanes como Bekker y Hartmann.

Todavía cuadra mencionar a los autores italianos Osti y Leone<sup>[722]</sup> como precursores de esta doctrina, e incluso se han encontrado rastros de este distinguo en las obras de Domat, Glasson, Gabba y Planio<sup>[723]</sup>. Lo que no puede negarse, y nadie lo hizo, es que fue René Demogue<sup>[724]</sup> quien las sistematizó, haciéndolas, así, conocidas al mundo jurídico.

En términos generales, se entiende por obligación de medios<sup>[725]</sup> aquella en la cual el deudor se compromete frente a su acreedor a realizar alguna prestación, *sin garantizar el resultado de la misma*. En este tipo de obligación el deudor sólo compromete una *actividad diligente*, que tiende al logro de cierto resultado esperado, pero sin asegurar que éste se produzca.

Por obligación de resultado<sup>[726]</sup> ha de entenderse a aquella en la cual el deudor debe cumplir ante su acreedor la prestación misma que prometió. En este tipo, el deudor “se compromete al cumplimiento de un determinado *objetivo, consecuencia o resultado (opus)*”<sup>[727]</sup>, asegurando su conquista. Es decir que en esta última categoría *el deudor es garante del resultado de la prestación*.

Como puede apreciarse a primera vista, la diferencia de estos dos tipos de obligaciones radicaría en que para cumplir con la obligación de medios, el deudor debe haber realizado un comportamiento diligente o prudente, siendo que se tiene por cumplida la misma por más que no haya conseguido el fin último esperado por el acreedor. Mientras que en las obligaciones de resultado esta finalidad última del acreedor -o interés definitivo, interés final, resultado propiamente dicho, o efecto- se “causaliza” formando parte del objeto de la obligación; por consiguiente, el deudor no se exime si demuestra un actuar diligente, pues lo que garantizó es el cumplimiento concreto de la prestación, teniéndose a éste por responsable a no ser que demuestre una causa ajena no imputable a él.

Así presentada, la cuestión ofrece numerosos interrogantes: ¿es qué, acaso, en las obligaciones de resultado, no es importante la diligencia empleada por el deudor? En cuanto a las obligaciones de medios, ¿es verdad que se desentienden completamente del resultado? ¿Acaso el “medio” mismo no es un resultado?

En realidad, en toda obligación de resultado, no se descuida la diligencia empleada por el deudor, puesto que ésta es inexorablemente necesaria para cumplir la finalidad contractual perseguida. Decir lo contrario implica algo empíricamente imposible. Lo mismo quepa decir en cuanto a las obligaciones de medios, ya que el resultado buscado servirá de guía, fin o camino a seguir de la diligencia consumida o consumada a tal efecto. Vale decir que no es irrelevante, ni puede jamás serlo, tanto el resultado en las obligaciones de medios, cuanto el medio en las obligaciones de resultado.

En otro aspecto, es también importante destacar que el medio mismo puede ser enfocado como un resultado, si se quiere, anterior o base del “resultado final”. Es por ello que somos partícipes de aquella doctrina que afirma que en toda obligación hay medios y fines. Es decir que todas llevan consigo un medio que apunta a un resultado, siendo este resultado la prestación misma -sea un *dare*, un *facere* o un *non facere*-; y resultando este medio la diligencia empleada por el deudor a tal efecto.

En tal sentido nuestro padre y maestro nos enseñó que “no existen obligaciones que no sean a la vez de medios y de resultado. En todas, el deudor compromete diligencia, y en todas se promete un fin mediante el racional empleo de los medios que conducen al resultado que se busca”<sup>[728]</sup>. En idéntica postura Wayar sostuvo que “En aquellas -obligaciones- que la tradición llama de medios es siempre posible hallar un resultado; esto se comienza a comprender cuando se acepta que en toda obligación hay ‘medios’ y se persigue ‘resultados’ ”<sup>[729]</sup>.

Pero, numerosos doctrinarios que comparten esta clasificación no se distancian demasiado de las afirmaciones precedentes y sostienen que la razón fundamental de este resistido distinguo estriba que en las obligaciones de medios el deudor no se hace responsable por no conseguir el fin esperado por el acreedor, si es que no se le prueba culpa o negligencia en su proceder. Mientras que en las obligaciones de resultado es indiferente el actuar correcto del deudor si es que no alcanzó la finalidad esperada por el acreedor. Es decir que al primero se lo tiene por incumplidor si es que se constata culpa en su comportamiento -lo que equivale a incumplimiento-, mientras que en las obligaciones de resultado, el sólo hecho de no conseguir el mismo equivale a tener por configurado el incumplimiento, a no ser que demuestre el deudor alguna causa ajena por la que no deba responder.

Como apreciarán la cuestión es muy compleja. Por ello, ante la diversidad que se observaba en esta clasificación, que en su origen era binaria, Esmein en el año 1952 distinguió cuatro supuestos en materia de responsabilidad contractual:

“aquellos en que la culpa ha de ser probada; aquellos en que se presume, pero el deudor vence la presunción con la prueba de su diligencia; aquellos otros en que dicha presunción se vence sólo con la prueba del caso fortuito, la fuerza mayor o la causa ajena no imputable de que habla el art. 1147 del Código Civil, y finalmente, aquellos otros (de garantía) en que

el deudor responde incluso ante el caso fortuito”<sup>[730]</sup>.

Derrida también se hizo eco de esta crítica afirmando que la distinción, aún admitida por la jurisprudencia, “no está netamente establecida, a falta de un criterio preciso y de soluciones suficientemente matizadas”<sup>[731]</sup>. En épocas más recientes, Viney *et* Jourdain<sup>[732]</sup>, en Francia, Serra Rodríguez, en España<sup>[733]</sup> y Alterini<sup>[734]</sup>, en Argentina, entre otros tantos, también criticaron tal distingo binario afirmando que en realidad son muchas las situaciones posibles.

Ahora analizaremos su supuesta función rectora del *onus probandi*. Por supuesto que esta categorización binaria no es meramente teórica o didáctica. Los juristas que estudiaron el tema -que fueron muchos y de gran autoridad científica- no estaban haciendo dogmatismo puro. *La utilización de esta clasificación es sumamente práctica, pues uno de los objetivos está apuntando al proceso mismo*. En realidad el padre adoptivo de esta clasificación, DEMOGUE, pensó esta categoría de obligaciones operando sólo en el ámbito de la responsabilidad contractual. Decía el distinguido jurista francés que esta dualidad podría ser justamente la “diferencia esencial” entre los diversos regímenes responsabilizantes. Además, su finalidad práctica era evidente: *solucionaría un problema probatorio*<sup>[735]</sup>.

En efecto, la doctrina que acogió esta categorización estableció que a través de ella el juez se sentiría seguro a la hora de evaluar el posible incumplimiento o mal cumplimiento de una obligación, en cuanto a la prueba se refiere. Ya tuvimos oportunidad de expresar que esta clasificación constituía un puerto seguro para los jueces, quienes, además de tener servido el *onus probandi*, no tenían que indagar profundamente sobre la subjetividad del sindicado como responsable<sup>[736]</sup>, por lo menos no en aquellas obligaciones calificadas como de resultado (como se pretende encasillar al comportamiento general del notario).

Insistimos, la primera y gran utilidad que se generó a partir del mentado distingo fue la siguiente: se decía que en la obligación de medios el deudor sólo la incumplía cuando su conducta fuere culposa, y esta culpa debía ser probada por el acreedor<sup>[737]</sup>. Mientras que en las obligaciones de resultado, al no obtener el mismo, el deudor se hacía inmediatamente responsable, a no ser que él pruebe alguna causa ajena que desvió la concatenación causal responsabilizante. Cierta doctrina entendía, empero, que el deudor se liberaba en las obligaciones de resultado con tan sólo demostrar su conducta diligente, esto es con acreditar su “no culpa” o ausencia de culpa.

Pero, ora se demuestre la no culpa, ora el *casus*, la cuestión del *onus probandi* estaba resuelta. Era el acreedor, víctima del incumplimiento contractual, quien debería probar la culpa del deudor si su obligación fuese de mera actividad, ya que en ello radicaba justamente el “incumplimiento”; mientras que en las de resultado, o esta culpa se le presumía, o el factor era objetivo, siendo que siempre debía demostrar el deudor que el incumplimiento se debió a una causa ajena a éste -*casus*-, o que el incumplimiento o defectuoso cumplimiento acaeció no obstante haber tomado todos los recaudos y precauciones -diligencia exigible- que la emergencia le requería -prueba de la no culpa-.

Este fue el genuino propósito de los partidarios de esta bifurcación obligacional: resolver una cuestión probatoria, la prueba de la culpa en el cumplimiento prestacional *dentro del ámbito contractual*. Veamos qué hay de cierto en que esta dual clasificación resuelve el problema probatorio.

Como primera medida resaltaremos que la mentada categorización ha desbordado las expectativas del propio Demogue. Ello pues hoy, nueve décadas después de la sistematización de tal jurista francés, se estima en forma prácticamente unánime por sus seguidores que la clasificación de las obligaciones en de medios y resultado es aplicable, o cobra operatividad, en ambos regímenes de responsabilidad. Dato importante a tener en cuenta en aquellos países que aún mantienen vigente la perniciosa dualidad responsabilizante, contractual/extracontractual.

Además si bien en su origen esta clasificación se refería a las obligaciones de “hacer” (como lo es la del “profesional”), para los autores que la admiten ya se trata de una *summa divisio* aplicable a todo tipo de obligaciones, incluidas las de “no hacer” y las de “dar”<sup>[738]</sup>. Ello demuestra acabadamente esa “extensión omnicompreensiva” que ha tenido esta doctrina.

Ahora bien, evidentemente bajo estos cánones se estimó que la prestación del profesional de la medicina o de la abogacía constituía una típica obligación de medios (a diferencia del notario que, como dijimos, en general se entiende que pesa sobre el mismo una obligación de resultado). Ello sin desconocer, empero, que tales profesionales también se podían obligar a resultados concretos, pero éstos eran excepcionales -vg. emitir dictámenes o certificados, realizar análisis clínicos y algunas obligaciones derivadas de la cirugía estética “embellecedora” en el campo galeno; y en cuanto a los abogados, constituirían obligaciones de fines las de evacuar dictámenes y consultas, cumplir ciertas cargas procesales, la redacción de un contrato, etc.-.

Pero queda claro que la obligación principal de los profesionales citados -esto es el deber de asistencia y cuidado del enfermo en el caso del médico y la obligación principal del abogado en sede judicial de



defender a su asistido- constituía una típica obligación de medios, según esta doctrina.

Siendo que la obligación del médico es, según se apuntó, por regla, de medios, era el paciente demandante quien debe demostrar que el daño sufrido se debió a la culpa galena. Tal prueba era sumamente dificultosa, cuando no de cumplimiento imposible. Es decir que el *onus probandi* atentaba contra su legítimo derecho de acudir a la Justicia. Sobre sus espaldas se cargaba con el peso de la demostración del hecho antijurídico, del daño, el nexo causal y la culpa profesional. Con tal panorama desalentador no faltaron voces que aclamaban que esta clasificación era injusta, pues funcionaba como un escudo protector para los galenos, al no poder en la práctica probarse el actuar culposo del facultativo <sup>[739]</sup>.

Estas consideraciones fueron mutando con el paso de los años, principalmente por obra pretoriana. En efecto, en los distintos países en donde la prueba de la culpa médica era de cumplimiento *quasi* imposible para la víctima actora en un proceso de daños, se forjaron teorías que tendían a equilibrar la situación probatoria, beneficiando, de esta forma, al paciente que iniciara un juicio por mala praxis.

Entre estas teorías cabe mencionar al principio *res ipsa loquitur*, la prueba *prima facie* o *Anscheinsbeweis*, la denominada *faute virtuelle*, y algunas presunciones. Todos estos conceptos tienen una finalidad común: equilibrar el *onus probandi* en beneficio manifiesto de las víctimas -ante todo de malas prácticas médicas- que pretenden una indemnización pecuniaria por el daño padecido. Se puede decir que éstos derivan de la regla madre que está imperando en la responsabilidad civil en las últimas décadas, nos referimos al principio *pro damnato*.

Queda descubierto, entonces, que esta típica obligación de medios está siendo objeto de numerosos ataques modernos que tienden a facilitar a la víctima la prueba de la culpa galena y de la relación de causalidad entre la conducta culpable y el daño acaecido. Incluso a veces se llega a presumir la culpa médica.

Insistiremos un poco más en este tema. Si bien son muchas las funciones de la renegada clasificación, remarcamos que en este trabajo sólo veremos la referida a la cuestión probatoria. Pues en cuanto a su utilidad en tanto que juez del *onus probandi*, ya se comprobó que tal clasificación es muy limitada al respecto. En efecto, pusimos de resalto que hay muchas obligaciones de medios ya no se rigen por los postulados clásicos de la escuela que admite el distingo. Demasiadas teorías modernas relativizaban sobremanera la distinción binaria estableciendo, ora presunciones de culpa y hasta de causalidad, ora transformando en objetivo al factor de atribución de una obligación de medios.

En otro orden de cosas, parece claro que la cuestión probatoria -esencial para quienes ejercen la profesión- es un tema que será resuelto en cada ordenamiento positivo particular. Generalmente serán los Códigos rituales los encargados de establecerla, siempre dentro de las reglas fundamentales que muchas veces emanan de las Leyes de fondo (como lo puede ser el propio Código Civil y Comercial), cuando no de la mismísima Constitución Nacional. No creemos que un distingo doctrinario pueda, para nada, tener verdadera operatividad sobre una cuestión tan delicada. La realidad ha demostrado que en la actualidad las Leyes y los tribunales poco tienen en cuenta a la hora de determinar el *onus probandi* si la obligación incumplida es de medios o de fines. Como señalamos, se ha llegado al extremo de establecer factores objetivos en una obligación de medios. Ello sólo pone de manifiesto que esta pretendida finalidad que Demogue tanto defendió, no pasa de ser, hoy, una mera utopía.

Es que si fuese cierto que en una obligación de medios la prueba recae sobre el actor víctima, los jueces jamás hubieran podido elaborar esas teorías que trataban de equilibrar la situación probatoria. Y esta es una tendencia observable en los principales países de occidente. En cada uno de éstos se ha desvirtuado completamente el distingo fantástico referenciado.

Y debido a que estamos en este punto nos parece oportuno referirnos a la doctrina de la distribución dinámica de las pruebas <sup>[740]</sup>. Por tal ha de entenderse a una excepción al principio general que rige habitualmente el *onus probandi* y que se resume en adagios como éstos: *incumbit probatio ei qui dicit non qui negat; onus probandi incumbit actore*, etcétera. Tal excepción puede aplicarse cuando la cuestión probatoria se torna altamente dificultosa para una de las partes, entonces el juez puede apartarse de estas reglas fijas y adjudicar la carga probatoria a aquella parte que se encuentre en mejores condiciones para aportarla. Esta mejor condición, que le compele a arrimar la pertinente prueba al proceso, puede ser de orden fáctica, económica, jurídica, técnica o profesional.

Hace unos años hemos tenido oportunidad de expresar que compartíamos las ideas de Lorenzetti quien señalaba que hay que diferenciar las cargas dinámicas de la adjudicación a quien está en mejores condiciones. Esta última es una regla externa al proceso que ha sido desarrollada por la escuela del análisis económico del Derecho y que consiste en adjudicar la carga demostrativa a quien le resulte más barato producirla. Mientras que la distribución dinámica es un principio interno del proceso, que se desarrolló por oposición a las cargas "estáticas", y su interés es flexibilizar en supuestos de excepción, aquellas reglas fijas. Entonces la distribución dinámica se opone a la "fija", no habiendo razón para afirmar que la regla adjudicativa a quien está en mejores condiciones probatorias no vaya a ser fija. En realidad, esta última no tiene una relación directa con el par binario estático/dinámico <sup>[741]</sup>.

Es digno de resaltar que esta teoría goza de importantes auspicios doctrinarios<sup>[742]</sup> y está siendo aplicada por altos tribunales argentinos. Además ha sido contemplada en los tres últimos intentos de codificación ‘unificada’<sup>[743]</sup> -Civil y Comercial- en nuestro país (incluido el que finalmente llegó a convertirse en Ley), amén de su recibimiento favorable en numerosos Congresos científicos<sup>[744]</sup>.

En efecto, el nuevo Código Civil y Comercial argentino establece que:

“El juez puede distribuir la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla. Si el juez lo considera pertinente, durante el proceso comunicará a las partes que aplicará este criterio, de modo de permitir a los litigantes ofrecer y producir los elementos de convicción que hagan a su defensa” (conf. art. 1735 CCC).

Tal parecer es acertado aunque hemos de remarcar, junto a Viney, que debe tenerse sumo cuidado con las facultades judiciales, y aquí esa prerrogativa del juez es patente, porque la discrecionalidad “puede conducir a una fijación de indemnizaciones en función del sentimiento personal del juez, lo que lleva inevitablemente a una formidable desigualdad entre los justiciables”<sup>[745]</sup>.

De todas formas, el propio Peyrano ha dicho que esta teoría es de aplicación excepcional e incluso teme que se haya desbordado un poco su propósito inicial.

Con todo lo dicho queremos poner de resalto que hoy son otros los criterios que se tienen en cuenta para solucionar los problemas probatorios. Queda en claro, entonces, que no es cierto que de una clasificación de obligaciones derivarían unas reglas concernientes al proceso, específicamente las que adjudican la carga probatoria.

Tampoco esta doctrina va a determinar *a priori* el factor imputativo, siendo que a una obligación de resultado corresponde un criterio objetivo y a la de medios, uno subjetivo. Predicar eso, como lo hace el nuevo Código Civil y Comercial en Argentina, no soluciona nada, es una mera petición de principios, pues siempre quedará la duda de si se prometió un resultado o no, o sobre qué versa justamente ese resultado, o si es posible dicha promesa, etc...

Por otro lado, no debemos perder de vista que la doctrina en general ha entendido que pesa sobre el escribano una típica obligación de resultado, derivada del contrato de “locación” de obra. Así, Bustamante Alsina afirmó que “En cuanto a la naturaleza de la obligación es, sin duda, una obligación de resultado, pues el escribano se compromete al otorgamiento de un instrumento válido en cuanto a las formalidades legales que él debe observar como autorizante”<sup>[746]</sup>.

Otros autores repiten este parecer. Por ejemplo Trigo Represas señala que se ha entendido en general que el escribano asume una obligación de resultado en razón de que se compromete a otorgar un instrumento válido, en cuanto a la observancia de las formalidades legales exigidas, como así también, en su caso, “a su inscripción en el respectivo registro, para que el negocio de que se trate pueda adquirir oponibilidad *erga omnes*”<sup>[747]</sup>.

Por supuesto que debemos citar a Bueres en este grupo. Dice el jurista aludido que la función notarial inherente al documento es unitaria y comprende las siguientes tareas: el asesoramiento a las partes; la confección del documento; la labor fedante o autenticadora; la conservación del protocolo y el deber de expedir copias de las escrituras. También aclara que el escribano “debe cumplir la legislación registral, realizando los *actos previos* necesarios para confeccionar un documento eficaz y un negocio sustancialmente válido, y los actos ulteriores vinculados con la tarea inscriptoria”<sup>[748]</sup>. Pues bien, dice en forma categórica que todos esos deberes son de fines o resultado<sup>[749]</sup>. Además señala que también son de resultado estos otros deberes fundamentales del quehacer notarial: el de dar fe de conocimiento (identificación)<sup>[750]</sup> y el estudio de títulos<sup>[751]</sup>.

Pero debe aclararse que parte de la doctrina entiende, por el contrario, que el estudio de títulos importa una obligación de medios y no de resultado. Por ejemplo Bustamante Alsina dijo que aunque se encomiende al notario un estudio de títulos, “esta tarea profesional no puede comprometer sino una obligación de medios, pues el escribano no respondería si habiendo aplicado toda su diligencia y conocimientos, existiese una transmisión a ‘*non domino*’ resultante de un acto fraguado”<sup>[752]</sup>.

Es verdad que también la doctrina en general ha entendido que cuando se trata de un perjuicio sufrido por un tercero, al quedar subsumida dicha responsabilidad en el ámbito extracontractual (que todavía mantiene sus diferencias con el contractual -vg. art. 1728 del nuevo Código-), “el deber negocial de fines se transforma en deber de medios o de prudencia y diligencia”<sup>[753]</sup>.

Así las cosas, es evidente que el panorama no es muy claro que digamos. Se puede concluir, siguiendo

con estas corrientes, que en general se entiende que la labor notarial está sujeta a obligaciones de fines (otorgamiento de un instrumento válido; asesoramiento; labor fedante o autenticadora; conservación del protocolo; expedición de copias; inscripción del instrumento en el registro pertinente; fe de identificación -o “conocimiento” como equívocamente se le llama-; etc.), ello sin descartar un probable daño causado a un tercero, en cuyo caso hablamos de obligación de medios, no debiéndonos olvidar que para una autorizada doctrina el estudio de títulos importa una obligación de medios.

Como si ese cuadro no fuere ya confuso, dentro de los que comulgan con el parecer binario obligacional tratado, también aquí, en este campo especial de la responsabilidad del escribano público, se repite la disputa en cuanto a que no se pusieron de acuerdo si la obligación de resultado mentada conlleva un factor atributivo de color objetivo, o si solo se trata de una presunción de culpa. Es claro que quienes pregonan que el escribano está objetivamente obligado, tendrá que demostrar dicho profesional la ruptura del nexo causal (*casus*) para lograr eximirse de responsabilidad (doctrina que recoge el nuevo Código Civil y Comercial). Mientras que para los que sostienen que sobre el notario pesa una presunción de culpa (*iuris tantum*), pues el notario podrá desvirtuar dicha presunción demostrando su actuar diligente (prueba de la no culpa).

Amén de estas confusiones que naturalmente genera y siempre generó esta dupla obligacional, es claro que no compartimos esta doctrina más allá de “cierto” aval que recibió en el nuevo Código argentino, el cual también recepta la doctrina de las cargas dinámicas de las pruebas, con la cual puede entrar en contradicción, quepa aclarar.

Así las cosas para nosotros lo que debe hacer el juzgador a la hora de sentenciar una probable mala práctica notarial, será comparar la conducta del profesional obrada en la emergencia, con la debida legal y contractualmente. Para lograr esa comparación deberá formar un *modelo profesional* (el buen profesional general, el buen especialista, etc.) que le servirá de parangón (arquetipo comparativo) de la conducta puesta en tela de juicio. Un criterio clave es el denominado “*lex artis*”, es decir los principios propios que inspiran una determinada ciencia. Pues el “buen escribano” debe conducirse conforme lo haría un buen profesional de su clase o categoría, cumpliendo con la labor encomendada y respetando los principios propios que informan su saber singular -*lex artis*- aplicados al caso concreto -*lex artis ad hoc*-.

Entonces queda en claro que siempre se debe recurrir al criterio comparativo del *buen profesional* (en lugar de hablar de obligación de resultado o de fines) “que es el modelo de conducta representado por las reglas o técnicas específicas de un oficio o arte determinados. La vinculación de la pericia a la noción de artífice, experto o profesional en un arte (*‘quippe ut artifex conduxit’*) tiene su raíz en el D. 19, II, 9,5, reproducido parcialmente en el L. 50, XVII, 132”<sup>[754]</sup>. Dejamos constancias que tanto el Derecho romano, como el antiguo Derecho francés, conocían la denominada *culpa profesional*<sup>[755]</sup>. El propio Domat la asimilaba a la culpa ordinaria<sup>[756]</sup>.

Para que se entienda lo que estamos afirmando, aclaramos que la función que cumple la *diligencia* respecto del modelo padre de familia, es similar a la que corresponde a la *pericia* relacionado con el modelo profesional. Es decir que “la pericia indica un modo de conducta, un esquema de actuación que debe ser llenado por un modelo profesional (...) la expresión pericia, su simple uso ya indica que el modelo de conducta al que se reclama es un profesional. Pericia es el esquema de conducta que sólo puede ser integrado por un modelo que presupone una determinada habilidad técnica. Es la diligencia del experto”<sup>[757]</sup>.

Este modelo del artífice implica que el profesional ha de desplegar su conducta con ajuste a las reglas propias de su profesión. Ello pues para averiguar si le corresponde responder civilmente se apreciará su conducta en la emergencia (*conducta obrada*, teniendo presente las circunstancias concretas), la cual será comparada con el modelo de conducta del “buen profesional” que corresponda a la clase o categoría en que quepa encuadrar al deudor en cada caso (*conducta debida*). Si del cotejo realizado resulta que el profesional no se ajustó a los cánones de comportamiento -conducta debida- que tienen su fundamento en la *lex artis*, podemos hablar de culpa *del* profesional; la cual, sumada a los restantes elementos atributivos de responsabilidad, hará nacer el deber de responder en cabeza de ese deudor “calificado” por su conocimiento.<sup>[758]</sup>

Es claro que poco importa si pregonamos que el contrato celebrado es de obra (intelectual), de servicios, o un mandato (y, claro está, tampoco importa si se tratan de obligaciones de medios o resultado las que éstos crean). Pues lo relevante es determinar si el notario ha cumplido con su deber acorde lo haría un buen profesional situado en sus mismas circunstancias. Vale decir respetando los principios que rigen su “ciencia” particular, no desviándose de la misma en la emergencia.

Reiteraremos, una vez más, nuestra simpatía por aquella doctrina que constata la presencia en todo tipo de obligación, de medios y fines.

3. *El novel Código Civil y Comercial y sus nuevas reglas. Obligaciones de medios y resultado y prueba de los requisitos responsabilizantes*

El nuevo Código unificado para la Argentina consagró unas cuantas reglas que deben ser analizadas a la luz de lo recién manifestado. En este sentido nos parece que lo más relevante a tener en consideración en nuestro campo es el acogimiento de la teoría que divide a las obligaciones en de medios y resultado. Además tiene relevancia la posibilidad de aplicar la doctrina de las cargas dinámicas de las pruebas, tal como lo resaltamos *ut supra*.

Esta teoría que divide a las obligaciones en medios y resultado es hartamente discutida incluso en los países en los cuales tuvo su mayor desarrollo (vg. Francia, Italia y Alemania). Ahora solo haremos mención a su recepción en el nuevo Código en diversas normas, tales como los arts. 774, 1723 y 1768<sup>[759]</sup>.

La primera disposición hace alusión a las obligaciones de hacer, en especial cuando se trata de la *prestación de un servicio*. Pues dice el mentado art. 774 que la prestación de un servicio puede consistir en realizar cierta actividad con la diligencia apropiada, independientemente de su éxito; o en procurar al acreedor cierto resultado concreto, con independencia de su eficacia; o, finalmente, en procurar al acreedor el resultado eficaz prometido<sup>[760]</sup> (siguiendo al Proyecto del año 1998, art. 726).

También esa misma norma señala que las cláusulas que comprometen los “buenos oficios”, o a aplicar los mejores esfuerzos quedan comprendidas en el inc. a (obligaciones de medios “ordinarias”); mientras que la cláusula “llave en mano o producto en mano”, figura como ejemplo de las obligaciones del inc. c (obligaciones de resultados “ordinarias”); No brinda ejemplos del inc. b, que pueden entenderse como obligaciones de resultados “atenuadas” o de medios “reforzadas”-según cierta doctrina-.

Además, hay que tener en consideración que el nuevo Código establece en el art. 1723 que cuando de las circunstancias de la obligación, o de lo convenido por las partes, surge que el deudor debe obtener un resultado determinado, “*su responsabilidad es objetiva*”.

A su turno, la norma más importante para aplicar a los casos de responsabilidad derivada de malas prácticas es el art. 1768 que se refiere concretamente a los profesionales liberales, determinando que “La actividad del profesional liberal está sujeta a las reglas de las obligaciones de hacer. La responsabilidad es subjetiva, excepto que se haya comprometido un resultado concreto”. Además agrega que cuando la obligación de hacer se preste con cosas, la responsabilidad no está comprendida en la Sección 7ª, de este Capítulo (responsabilidad derivada de la intervención de cosas y de ciertas actividades), excepto que causen un daño derivado de su vicio. Termina esa norma diciendo que la actividad del profesional liberal no está comprendida en la responsabilidad por actividades riesgosas previstas en el art. 1757.

En cuanto a la *prueba* de los requisitos de la responsabilidad, como regla debe entenderse que el actor -ex requirente de servicios notariales; o ex cliente del letrado- debe demostrar los denominados presupuestos de la responsabilidad civil. En ese aspecto los arts. 1734, 1736 y 1744 establecen que en principio el actor debe acreditar el factor de atribución de responsabilidad (culpa profesional, por regla), la relación de causalidad y el daño alegado. Ello salvo disposición legal en contrario -referido a los factores de atribución- o que se impute o presuma la relación de causalidad o el daño (o que tales perjuicios surjan notorios, *in re ipsa loquitur*). Obviamente quien invoque una circunstancia eximente, causa ajena o imposibilidad de cumplimiento, también corre con su prueba, según lo indican claramente esas mismas normas.

Ahora bien, también es factible que el Tribunal, en uso de sus facultades judiciales, aplique la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, según el ya transcrito art. 1735 del CCyC.

Pues bien, en materia de juicios derivados de malas prácticas profesionales (sobre todo la galena) es muy factible que los magistrados hagan uso y “abuso” de las mentadas facultades, generando en la práctica una suerte de inversión de la carga probatoria (ya sea de la culpa, cuanto de la relación de causalidad -que para cierta corriente doctrinaria también sería aplicable-), puesto que el profesional deberá acreditar haber actuado diligentemente, o que el daño, en definitiva, es producto de una causa ajena, debiendo acreditar la ruptura del nexo causal.

Respecto de los notarios, como se dijo, la mayoría de la doctrina proclama que están sujetos a obligaciones de fines. Por lo tanto ni siquiera hará falta a los jueces aplicar la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, pues según las reglas del nuevo Código, los escribanos estarían obligados “objetivamente”.

Aunque también existen excepciones en el campo del quehacer de los escribanos, pues si bien por regla estarían obligados a resultados (otorgamiento de un instrumento válido; asesoramiento a las partes; labor fedante o autenticadora; expedición de copias y conservación del protocolo; fe de conocimiento -identificación-; inscripción del instrumento en el Registro pertinente, etc.) a veces lo están a cumplir sólo una actividad diligente (vg. estudio de títulos). Incluso si el daño lo reclama un tercero y no sus requirentes o rogantes, allí, se sostiene, el deber de resultado se transforma en una obligación de medios.

Como puede observarse otra vez invade esa artificiosa clasificación en este campo profesional. Ya dijimos varias veces que no compartimos esta postura facilista y que nada resuelve. En puridad esa dupla obligacional es una fantasía, una falacia que pretende resolver problemas probatorios cuando en realidad crea otros.

## II. Responsabilidad del abogado.

### 1. Cuestiones generales: la responsabilidad profesional en general y la del abogado en particular

Centrando ahora nuestra atención en la responsabilidad en la que puede incurrir el abogado, cuestión ya analizada por nosotros en anteriores trabajos, vamos a hacer una selección de los temas a abordar en el presente, no descuidando su enfoque general, para finalmente arribar a algunas conclusiones válidas para ambos profesionales del Derecho objeto de nuestro art.

Va de suyo que nadie discute hoy que “la responsabilidad civil de los profesionales no constituye más que un capítulo dentro del amplio espectro de la responsabilidad civil en general”.

De hecho, la doctrina prácticamente en forma pacífica nos señala que *los cuatro elementos o requisitos “clásicos” del deber de resarcir se reproducen en la mala praxis “forense”*. Así, para hacer civilmente responsable a un abogado será menester constatar:

1) un hecho que infringe un deber jurídico de conducta impuesto por el ordenamiento jurídico - antijuridicidad o ilicitud-;

2) un perjuicio sufrido por otra persona;

3) un factor de atribución que justifique la imputación mentada y;

4) un nexo “adecuado” de causalidad entre el hecho antijurídico y el daño causado <sup>[761]</sup>.

También en la jurisprudencia puede observarse este parecer que consiste en constatar o exigir la presencia de los requisitos responsabilizantes para lograr el nacimiento del crédito indemnizatorio en cabeza del cliente (aunque también puede tratarse de un tercero; vg. la contraparte), víctima de una mala práctica “forense”. En esta línea pueden verse, *ad exemplum*, las STS del 26 de septiembre de 1989 <sup>[762]</sup>; del 23 de mayo de 2001 <sup>[763]</sup>; y del 3 de julio de 2001 <sup>[764]</sup>.

Por nuestra parte, entendemos que la responsabilidad civil no puede ser mirada como algo *estática*, donde sus elementos, componentes o requisitos luzcan claros, individuales o autónomos; ergo sin vinculación alguna. Por tal motivo pregonamos imprescindible para enfocar el fenómeno responsabilizante hacerlo desde un enfoque *dinámico* <sup>[765]</sup>. Ahora bien, volviendo a la mala práctica de los letrados, normalmente, como se dijo, la doctrina entiende que esos mismos requisitos son ineludibles para llegar a un responsable, en nuestro caso el abogado imperito <sup>[766]</sup>.

Este tipo especial de responsabilidad, como señala Trigo Represas, se puede gestar cuando los practicantes de una profesión faltan “a los deberes específicos que ella les impone; o sea que tal responsabilidad deriva de una infracción típica de ciertos deberes propios de esa actividad, ya que es obvio que todo individuo que practique debe poseer conocimientos teóricos y prácticos propios de la misma y obrar con la diligencia y previsión necesarias con ajustes a las reglas y métodos que correspondan” <sup>[767]</sup>; además dichos conocimientos deben estar debida y constantemente actualizados <sup>[768]</sup>. Con respecto a la verdadera obligación de “estar al día” referidos a los profesionales objeto de nuestro estudio, recordemos que el primer mandamiento de Couture <sup>[769]</sup> nos decía que el abogado debe “estudiar” puesto que el Derecho se transforma constantemente y el abogado que no sigue sus pasos será cada día menos abogado.

En este sentido hace un tiempo Planiol primero, y después Ripert decían, precisamente de la responsabilidad profesional que “Todo individuo que ejerce una profesión está obligado a poseer los conocimientos teóricos y prácticos propios de ella, debiendo poner en su conducta la previsión y la diligencia necesarias” <sup>[770]</sup>.

Claro está que la responsabilidad civil de los abogados es una de las tantas responsabilidades profesionales cuyos principios básicos no difieren sustancialmente de los criterios generales. Acertadamente y en forma algo elemental se señaló que “se trata de una responsabilidad que reconoce su origen en una conducta dolosa, culpable o negligente derivada del ejercicio de la profesión de abogado” <sup>[771]</sup>.

Incluso bajo el imperio del nuevo ordenamiento argentino se ha afirmado, con acierto, que “el nuevo Código no ha introducido variantes significativas en materia de responsabilidad profesional, al menos en relación con los aspectos que doctrina y jurisprudencia habían elaborado en derredor del Código anterior; de allí que, en principio, resultan aplicables al nuevo dispositivo. De ese modo... la responsabilidad del abogado frente al cliente... Si bien se trata de un supuesto especial de responsabilidad (al estar incorporado en la Sección 9ª del Título V), requiere para su configuración de los mismos elementos o

*presupuestos comunes* a cualquier responsabilidad civil (art. 1716, CCyC)”<sup>[772]</sup>.

Con lo dicho -que no admite prueba en contra- queremos desenmascarar la primera falsa dicotomía que sobrevuela sobre estos temas, puesto que *no existe una responsabilidad civil profesional que se distancie en lo esencial de los principios rectores de la responsabilidad civil general, ello sin desconocer, empero, que tenga matices propios.*

2. *La culpa profesional, ¿es diversa de la culpa común? ¿Es válido hablar de una culpa grave diferente de la leve?*

Si la culpa profesional es diversa a la culpa común, parece estar casi resuelto. En efecto, si afirmamos recién que no existe una responsabilidad profesional con criterios o fundamentos distintos de los principios genéricos, es justamente porque no es válido predicar que la llamada *culpa profesional* sea una especie particular de culpa, harto distante de la común aplicable al “profano”. Entonces: *la culpa profesional no se distanca en absoluto de la general*<sup>[773]</sup>. Pero esta cuestión, así presentada, no fue siempre tan clara, ni es doctrina unánime en todos lados.

Si hacemos una somera revista veremos que esta dicotomía descubierta ha pasado por *diversas etapas*. En efecto, “La antigua doctrina francesa entendió que por la naturaleza de los intereses en juego y la necesidad de fundamentar o estimular ciertas acciones, la noción de culpa debía encogerse en ciertos supuestos a la noción de dolo o culpa grave, colocándose como un caso paradigmático el de los médicos”<sup>[774]</sup>.

En este sentido Planiol y Ripert señalaban que “Se ha entendido a veces, respecto a ciertas profesiones, que la entrega de un diploma o la aprobación de los poderes públicos, necesarios para ejercerlas, implican la presunción de capacidad, de tal suerte que la responsabilidad es puramente moral, o, al menos, que la responsabilidad civil solamente existe en caso de culpa grave; a lo que se ha agregado que el mismo público tendría interés en la ausencia de una responsabilidad que puede llegar a obstaculizar las iniciativas”<sup>[775]</sup>.

Debe resaltarse que se ha tenido que “evolucionar” bastante para poder enjuiciar a los otrora privilegiados profesionales. Pues en esta evolución un paso importante consistió en demandar a los médicos o abogados los mismos criterios de previsión y evitación exigibles al ciudadano común. De suma importancia resultó ser un memorable fallo de la Casación francesa del año 1862, por medio de la Cámara de Admisión, donde se sentó la regla que los profesionales -en puridad, los médicos- están sujetos a los principios generales de responsabilidad<sup>[776]</sup>. No obstante, hay que reconocer que durante prácticamente un siglo más tuvieron ciertos privilegios los profesionales liberales en general, y los médicos en especial. Pero ello cambió y a veces se pasa al otro extremo.

Por supuesto que existen muchas *causas* que determinaron el nacimiento y luego la consolidación de la responsabilidad civil de los profesionales, con particular énfasis en el sector médico, insistimos. Desde la década de los años 70 del siglo pasado, en adelante, este fenómeno es observable y su pronóstico es todavía un mayor incremento de tales demandas. Entre dichas causas se mencionan, por ejemplo, el abandono de la tesis que consagraba la irresponsabilidad del profesional fundada en la incertidumbre existente en las ciencias blandas; además se ha modificado la óptica del abordaje del estudio de la responsabilidad civil, pues hoy tiene el rol preponderante el daño injustamente causado a la víctima y no tanto la conducta del victimario; ello sumado a la revalorización del contrato de servicios profesionales, sobre todo cuando está relacionado con derechos personalísimos; también se ha dicho que este incremento de demandas obedece a la masificación y burocratización del servicio, en tanto ello resiente el diálogo y la confianza que debe prevalecer en el vínculo profesional-cliente (paciente, requirente, etc.); además, se ha jerarquizado el “deber de información”, el cual, en tanto carga secundaria de conducta, puede generar responsabilidad profesional -ante la ausencia del consentimiento informado-, más allá de la discusión sobre el *quantum respondeatur* que cabe asignarle a cada caso; todo ello sumado a la extensión del acceso a la justicia (juicios sumarios, amparos, etc.) lo que determina, en definitiva, un aumento constante de la litigiosidad y un considerable incremento de juicios por malas prácticas profesionales<sup>[777]</sup>.

Pero a nosotros nos interesa sobremanera la primera de las causas mencionadas, por ello analizaremos un poco más *la cuestión referida a la exigencia de culpa grave en el letrado, o la pretendida irresponsabilidad del mismo basada en el ejercicio de una ciencia blanda*. En lo que sigue veremos de qué trata.

En primer lugar, debemos remarcar que los partidarios de la doctrina de la “culpa profesional” diversa de la común, pregonaban que el profesional era soberano en su quehacer y su conducta basada en sus principios propios no debía ser enjuiciada por los tribunales ordinarios de Justicia. A lo sumo se consentía que sus colegas a través de los tribunales administrativos o de ética profesional tengan potestad para controlar su actividad. Pero esta interpretación fue cediendo y, así, de una total irresponsabilidad civil de los profesionales se pasó, primero a una *responsabilidad eufemística* -terminología empleada por nuestro

amigo y estimado jurista Jorge Mosset Iturraspe-, para luego consagrar la plena responsabilidad profesional<sup>[778]</sup>.

Pues en este segundo tramo -el de la responsabilidad profesional eufemística- argumentaban sus defensores que los profesionales debían de responder ante los tribunales civiles sólo ante los casos de culpa grave o dolo. En puridad se hacía la distinción de culpa común o material y culpa profesional. Pues de la culpa común los profesionales debían rendir cuentas como cualquier persona -por ejemplo, el médico que se olvida algún material en el cuerpo del paciente, o el abogado que pierde un documento, etcétera-. Pero en el campo de la culpa profesional, como se dijo, sólo se los enjuiciaría si la misma aparecía con los matices de gravedad, situación asimilable al actuar doloso.

Esta discriminación no era, empero, del todo arbitraria, debido a que se fundamentaba en la razón de ser -en la esencia misma- de estas profesiones. Adviértase que casi todas estas teorías tuvieron su génesis en el ámbito galeno, es decir en la ciencia de la medicina. Pues se sabe que ésta es una “ciencia imperfecta” o “arte blando”<sup>[779]</sup>. De hecho lo mismo quepa decir de la abogacía y no faltan voces que aún hoy se escuchan que lisa y llanamente afirman que toda cuestión jurídica es opinable y que si la mitad de la biblioteca otorga razón a una parte, la otra mitad hace lo propio con su contraria.

Entonces, al exacerbar o amplificar estas cualidades de las profesiones ‘liberales’ se llegaba a la conclusión que el profesional sólo respondía si hubiese salido del campo de lo opinable para entrar en lo “indiscutible”. En este sentido, remarcaremos que los profesionales son soberanos en su ámbito propio y dicha discrecionalidad científica es una nota tan típica que se debe mantener incluso en aquellos casos en los cuales el profesional ejecuta su prestación bajo algún régimen de dependencia. En aras justamente de esta discrecionalidad es que se forjó la idea que los profesionales no debían dar respuestas de sus actos, ya que su proceder se supone realizado con una preparación tal, que si ha seguido un camino, desechando otros posibles, debe haber sido guiado por su *lex artis*. Sólo si su ‘error’ (como dirían los Mazeaud) -en puridad *defecto* de conducta- fuese grosero, torpe o grave, tendría que responder patrimonialmente. Por supuesto que igualmente debía responder si ha causado el daño en forma deliberada.

Insistimos, según este parecer, si la culpa versaba sobre una cuestión científica, la conducta del profesional debiera ser por lo menos “grave” para poder imputársela jurídicamente. Esta culpa grave implica un desconocimiento grosero de las reglas elementales que hacen a su profesión. Connota un actuar contrariando lo aconsejado en forma unánime por los científicos de su área.

Asimismo, y justificando este verdadero privilegio de los médicos, se determinó que los jueces no tenían potestad para valorar o interpretar un dictamen pericial, “dado que éstos no podían terciar en una porfía científico-médica cuando los profesionales del arte del curar discutían sobre las posibilidades de seguir varios caminos”<sup>[780]</sup>. En pocas palabras, la cuestión “técnica o científica galena” era sagrada y extraña a los ojos de la impotente Justicia.

Además, en nuestra materia particular, también se fundamentó esta “irresponsabilidad del abogado”, alegando que al ser dicho profesional un ‘auxiliar’ indispensable del magistrado (y de la Justicia), debe beneficiarse con la misma impunidad que él, siendo su responsabilidad más moral que jurídica<sup>[781]</sup>.

Por nuestra parte no compartimos dicha posición y pensamos -con la doctrina mayoritaria en este punto- que *no existe una culpa profesional distinta de la común*, debido a que “Se trata simplemente de la aplicación de un concepto general a un ámbito particular, similar a lo que ocurre con la culpa, en la conducción de vehículos, la deportiva, etcétera”<sup>[782]</sup>. Empero, con ello no queremos significar que no exista, sobre todo en las profesiones liberales con las que ejemplificamos, un campo opinable, dudoso o pantanoso, en el cual la conducta del deudor puede haber sido “equivocada” sin que ello, *per se*, configure culpa *del* profesional.

Fundamental en la materia que tratamos consiste en admitir que existen sectores del quehacer profesional que deben ser tenidos como “conquistados”. Entonces, *cuando la prestación de servicios profesionales no es llevada a cabo acorde con las exigencias que determina la lex artis, estaremos en presencia de una conducta culposa*. Es que no podemos afirmar que todo el “saber” es opinable científicamente o, en el ámbito jurídico, que la decisión final depende de un tercero -el juez-, o que las leyes no son claras, que son demasiadas y hasta contradictorias, o que el cliente faltó a la verdad, etcétera. Evidentemente, sin negar que existen cuestiones dudosas o discutibles<sup>[783]</sup>, zonas oscuras aún no conquistadas -lagunas jurídicas- o novedosas, no hay que desconocer que también existen consensos doctrinarios, soluciones legales impecables y jurisprudencia firme<sup>[784]</sup>. Negar esto último da tanto como pregonar una inseguridad jurídica total, salida inadmisibles en un Estado de Derecho.

En este aspecto consideramos acertada la distinción francesa acerca de la jurisprudencia controvertida y la jurisprudencia establecida. Con ello se pretende exigir al abogado que siga un camino seguro, si existiera, caso contrario deberá responder por los daños irrogados<sup>[785]</sup>. En tal sentido, se dijo que “El abogado no puede, por lo tanto, transformarse en una víctima de la creciente inestabilidad del derecho. El grado de falta de certeza del proceso debe ser soportado por el cliente, en la medida en que sea

debidamente informado sobre la suerte de la demanda”<sup>[786]</sup>.

Es decir que el letrado no incurre en responsabilidad si “informa” debidamente a su cliente de los riesgos reales que existen en el “iter” prestacional. Dicho riesgo debe ser asumido por el cliente, pero debe quedar en claro que el profesional debe disminuir en la medida de lo posible tal alea, siguiendo, como sostenemos, el camino más seguro posible, la solución menos arriesgada para el cliente.

Tampoco será responsable el abogado que pretenda cambiar o modificar alguna posición que no favorezca a los intereses de su cliente -vg. al recurrir-, siempre que su conducta haya supuesto una “buena” praxis, claro está; o que se maneje con material inédito o novedoso; que transite caminos sin huella alguna o con fronteras no delimitadas; cuando exista un riesgo anormal en su prestación -siempre y cuando, insistimos en ello, *informe* debidamente a su cliente de la aleatoriedad que envuelve su particular labor-; o, en fin, no será responsable si ha adoptado una vía de actuación jurídico-profesional “racional”<sup>[787]</sup>, más allá del resultado arribado.

Ahora bien, volviendo a esa distinción francesa, la cuestión de cuándo habrá jurisprudencia firme, consolidada o establecida, es un tema que dependerá de cada caso singular en donde la profesión sea ejercida. Es decir que está sujeto a lo establecido en el país -o provincia, región, etc.- en el cual el abogado esté matriculado y realice su prestación. Supeditado, por lo tanto, a lo determinado en cada ordenamiento jurídico en particular.

En Argentina, por ejemplo, es de suma importancia estar al tanto de lo decidido en el ámbito local por las Cortes Provinciales o Tribunales Superiores de Justicia cuando fijan las “doctrinas legales” aplicables a las cuestiones jurídicas dudosas -*quaestio iuris*- sometidas a su decisión por medio de los recursos de casación; siendo también relevantes los fallos plenarios -dictados por las Cámaras de Apelaciones “en pleno”- y los de la Cámara Nacional de Casación en materia criminal; y, por supuesto, lo decidido por el más alto Tribunal de Justicia en el orden nacional, la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

También debe estarse al tanto, en algunos supuestos que cada día son más frecuentes (aquellos en los que están en juego derechos y garantías fundamentales, como el proceso justo), al “control extrafronteras”, a su empalme transnacional con la Corte Interamericana de Justicia (Pacto de San José de Costa Rica). Además, se ha señalado que el letrado deberá estar informado de las líneas jurisprudenciales de los Tribunales transnacionales de Estrasburgo (Francia) y Luxemburgo en asuntos de Derechos Humanos. Es decir que el “Derecho de Gentes y aun el Derecho consuetudinario ingresaron a la red jurídica que opera desde *nuestro país*”<sup>[788]</sup>.

En Brasil, en lo referido al ámbito local, el profesional del Derecho “debe tener en cuenta si la materia fue o no expuesta a plenario. A pesar de que se sepa que el plenario no vincula obligatoriamente a los jueces, el hecho es que él posee un fuerte componente unificador. En el momento en que el tribunal dicta un plenario, *consolidando*, por lo tanto, sus decisiones, cesa para el abogado la posibilidad de eximirse de la responsabilidad”<sup>[789]</sup>. Por supuesto que también debe tenerse presente aquel “control extrafronteras” que recién mencionáramos, el empalme transnacional de su Derecho vernáculo.

En España debe estarse al corriente de lo decidido por el Tribunal Supremo de Justicia y por el Tribunal Constitucional, amén de los Tribunales Superiores con competencia regional y de las Audiencias Provinciales<sup>[790]</sup>. En Francia<sup>[791]</sup> e Italia no puede un abogado desconocer lo fallado por la Corte de Casación respectiva, incluso si no está habilitado para litigar en esa instancia extraordinaria. También es importante estar al tanto de lo resuelto por el Tribunal Constitucional y en todos los países europeos no se puede desconocer, por supuesto, la posición de los Tribunales Europeos e Internacionales de Justicia.

En definitiva, *nuestra postura consiste en afirmar que no es necesario probar una culpa grave o una conducta dolosa del profesional del Derecho para hacerle responder de sus actos. Basta, pues, que la culpa sea leve*. En tal sentido se ha resuelto que no existe un concepto de culpa profesional diferente del que se describe en el art. 512 del Código Civil argentino<sup>[792]</sup> (hoy art. 1724 del nuevo CCyC) y que para que funcione la responsabilidad profesional no resulta necesario que exista culpa grave, “bastando que se demuestre que la culpa existe, y que media relación de causalidad entre tal conducta y el daño producido”<sup>[793]</sup>.

Específicamente en el Derecho argentino se ha señalado que al no haber seguido Vélez Sársfield la doctrina de la graduación de las culpas, salvo supuestos excepcionales, *el profesional debe responder como cualquier otra persona, esto es por culpa leve*<sup>[794]</sup>. En efecto, el art. 512 del Código Civil argentino, recientemente derogado, señalaba que “La culpa del deudor en el cumplimiento de la obligación consiste en la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación, y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”. Este criterio fue seguido en forma casi literal y en versión mejorada por el Código español en su art. 1104, primera parte, amén de su recepción en otras codificaciones como ser el Código de Cuba de 1889 (art. 1104), el filipino (art. 1173), puertorriqueño (art. 1057), y el de Perú de 1984 (art. 1320)<sup>[795]</sup>. Por cierto que el nuevo Código Civil y Comercial de la



Nación Argentina también sigue este criterio al expresar en el art. 1724, en su primera parte, que “La culpa consiste en la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar”<sup>[796]</sup>.

3. *La responsabilidad civil del abogado frente a su ex cliente, ¿ha de juzgarse con las reglas que gobiernan la responsabilidad contractual o extracontractual? El art. 1728 del nuevo Código unificado argentino*

Antes de tratar la temática objeto de este acápite debemos advertir que si bien es cierto que el nuevo Código Civil y Comercial de la Argentina en principio tiende a unificar los regímenes responsabilizantes, bregando por un sistema único de responsabilidad que borre las diferencias entre las órbitas contractual con la extracontractual, la pregunta que ahora nos hacemos, respecto de si se aplica uno u otro régimen a la responsabilidad del abogado, tiene relevancia por dos motivos principales: primero porque es posible que se aplique el Código de Vélez a tenor de lo dispuesto por el art. 7 del nuevo ordenamiento; y la otra razón es que aún siguen subsistiendo diferencias esenciales entre ambos regímenes, más allá de dicha pretensión unificadora, tales como, por ejemplo, la regla de la previsibilidad contractual (art. 1728 del nuevo Código). Por ello emprenderemos su estudio teniendo en consideración al principio el Código de Vélez para después finalizar con el nuevo Código Civil y Comercial ya vigente en Argentina, amén de las menciones de los otros ordenamientos jurídicos.

Entonces, y considerando la situación bajo el imperio del Código de Vélez, lo concerniente a si la responsabilidad civil del profesional del Derecho frente al cliente derivada de una mala práctica “legal” ha de juzgarse al son de los principios contractuales o extracontractuales, responderemos diciendo que la responsabilidad civil profesional del abogado por un defecto -mal cumplimiento o incumplimiento- en su prestación es “siempre”, de cara a su ex cliente, de naturaleza contractual, pues en este caso se estaría transgrediendo deberes de índoles específicos -los derivados de la *lex artis* jurídica-, y los sujetos son bien diferenciados. Pues, ante casos de violaciones de obligaciones específicas con sujetos determinados corresponde la aplicación del régimen de responsabilidad contractual, cuestión harto distante a aquella en que se transgrede deberes generales (*neminem laedere; alterum non laedere*) y los sujetos recién toman contacto a través del daño, se conocen con motivo del hecho ilícito acaecido.

Mantenemos tal posición “contractualista” con independencia del contrato singular que se puede haber gestado en la relación, debiéndose aplicar las reglas contractuales aún si no se hubiere concretado ningún acto jurídico bilateral patrimonial. Incluso somos partidarios de esa idea, sea que la prestación del abogado haya sido realizada -o incumplida o mal cumplida- en *sede judicial o extrajudicial, ya en forma de patrocinio letrado, ya revestido como apoderado* -cuestión, esta última, que no depara dudas-.

También entendemos que debemos aplicar los principios contractuales así se hubiere incumplido la *obligación principal del letrado*, como ante las violaciones de las *obligaciones accesorias y de los deberes complementarios de conducta*. Incluso, se aplicarían los principios contractuales si se violasen los llamados “*deberes de protección o seguridad*”, para quienes creen aplicable esta sub-categoría a la prestación del letrado. Todo ello integra el “contrato de prestación de servicios profesionales” y no tiene relevancia si se transgrede una u otra ‘obligación’.

De hecho, “mantenemos esta naturaleza contractual ante probables responsabilidades nacidas antes de la conclusión del contrato (responsabilidad precontractual) o después de finiquitado tal vínculo (responsabilidad postcontractual)”.

Debemos remarcar, por fin, que no estamos solos en esta tesitura. En efecto, en Italia la prestigiosa pluma de Visintini ha escrito que “La responsabilidad del abogado defensor, como aquella en que puede incurrir el notario, surge también habitualmente con respecto al cliente y, por lo tanto, es de naturaleza contractual por incumplimiento de sus deberes profesionales”<sup>[797]</sup>.

En la misma postura, y por el camino marcado en Francia por la Corte de Casación en el año 1936, dicen los hermanos Mazeaud -juntos a TUNC- que los abogados “están sometidos al derecho común de la responsabilidad: responsabilidad delictual y cuasi delictual en relación con los terceros: contractual para con sus clientes, sin que haya que distinguir según que la culpa cometida sea profesional o no”<sup>[798]</sup>.

En Argentina ha escrito con autoridad Bustamante Alsina que “La responsabilidad del abogado frente a su cliente es siempre contractual, ya sea que se trate de un asesoramiento legal, intervención directa en alguna gestión o arreglo extrajudicial o el patrocinio letrado o defensa del mismo”<sup>[799]</sup>.

En este sentido ha expresado Elena Highton que “la responsabilidad es siempre contractual, pues aunque no mediara el acuerdo de voluntades, como ocurre si el médico atiende de urgencia a una persona descompuesta o accidentada en la calle, se trata del ejercicio de una obligación preexistente, nacida de un acto lícito”<sup>[800]</sup>.

También Casiello ha dicho, con razón, que “A esta altura de los ‘tiempos jurídicos’, ya nadie discute que la responsabilidad de los profesionales debe encuadrarse dentro del ámbito contractual”<sup>[801]</sup>. Además

señala el estimado profesor casos en los que la doctrina “normalmente” entiende que son regulados por principios aquilianos -médico que asiste a una persona en la vía pública, abogado nombrado como defensor de oficio<sup>[802]</sup> de un declarado rebelde-, pero afirma que:

“aun en estos casos la labor del profesional se realiza en cumplimiento de *una obligación de hacer* concreta y específica que consiste en brindar al acreedor la asistencia y los servicios que la ciencia y el arte de la respectiva profesión aconsejen, obligación que es la misma que la que hubiera asumido el profesional para con su cliente en razón de un contrato formalmente celebrado”<sup>[803]</sup>.

En España también se ha señalado que:

“la doctrina es unánime (aunque no en todos los casos, dejando a salvo algunos autores situaciones extracontractuales) al considerar que, en la relación Abogado-cliente, si el primero de ellos incumple las obligaciones contratadas, o las que son consecuencia necesaria de su actividad profesional, estamos en presencia de una responsabilidad contractual”<sup>[804]</sup>.

En esta senda el Tribunal Supremo en numerosas sentencias resalta el vínculo contractual (y la consiguiente responsabilidad, lógicamente, también contractual) que une al profesional del Derecho con su cliente, haciendo énfasis en el contrato de arrendamiento de servicios profesionales en el caso de los abogados y respecto de los procuradores recurriendo, en general, al contrato de mandato. Así las cosas, e independientemente del contrato singular, siempre se alude a una responsabilidad de tipo contractual.

Por cierto que ahora la doctrina en forma ampliamente mayoritaria entiende que la responsabilidad civil -del abogado, notario, médico, etc.- es “por lo general” de índole contractual de cara a su contratante -ex cliente, requirente o paciente-. En nuestra tesitura, insistimos, la responsabilidad del abogado o procurador frente a su ex cliente es siempre contractual, aún en aquellos casos de responsabilidad de abogados de compañías de seguros, pertenecientes a los consultorios jurídicos gratuitos o designados de oficio, ocasiones éstas que habitualmente se citan -tanto en Argentina cuanto en España- como ejemplos de relación extracontractual.

Respecto de los escribanos, ya dijimos en otro estudio que “la responsabilidad del escribano frente a sus clientes o requirentes es *siempre* contractual, aún en aquellos casos en que los servicios profesionales del notario hayan sido requeridos por una sola de las partes que a *posteriori* devienen en clientes (requirentes), se trate de escribano de título o de registro (y sin importar la obligación incumplida)”<sup>[805]</sup>.

Claro que encasillar a la responsabilidad civil del abogado -o del escribano- frente a su cliente en una u otra órbita tiene importantes consecuencias prácticas. De hecho, Alterini nombró una veintena de diferencias entre estos regímenes bajo el imperio del Código de Vélez. Por nuestra parte, entendemos que las principales diferencias, teniendo en consideración el derogado Código Civil, radicaban en cuanto a la prescripción aplicable, la prueba de los “presupuestos” de responsabilidad -en particular la culpa- y a la extensión del resarcimiento debido al ex cliente.

También, por supuesto, en su momento confirmamos nuestros votos para que de una vez por todas se supere este deplorable tecnicismo jurídico y se unifiquen ambos regímenes de responsabilidad, -evitando, así, todas estas discusiones-, camino seguido por los últimos Proyectos de Código Civil y Comercial, incluido el que es actualmente ley vigente (Ley N° 26.994).

De hecho, este nuevo Código tiene un plazo “común” único de prescripción para solicitar el reclamo de la indemnización de daños derivados de la responsabilidad civil, tal el de tres años (conf. al art. 2561, 2do párrafo, CCyC).

No obstante, y como lo venimos anunciando, más allá de esa pretendida unificación de órbitas o sub-sistemas responsabilizantes, no debe perderse de vista que todavía en la nueva legislación existen diferencias patentes, entre ellas la referida a la extensión del resarcimiento debido. En efecto, si se está en presencia de un caso que otrora se subsumía bajo los principios del régimen extracontractual (ya sea delictual, sea cuasidelictual) se debe aplicar la regla que emana del art. 1726 del nuevo Código, el cual, amén de receptar a la teoría de la causalidad adecuada (ello aplicable al *an respondeatur*, a la causalidad como fundamento de la responsabilidad), determina que salvo disposición en contrario se deben indemnizar las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles (a su turno el art. 1727 define a estos tipos de consecuencias al igual que lo hizo Vélez en el art. 901 del Código Civil).

Ahora bien, si se trata de un daño que deriva del incumplimiento o mal cumplimiento de un contrato -como sucede en estos casos de responsabilidad del letrado, a no ser que el daño lo solicite un tercero y no su ex cliente-, ya allí se aplicará la regla de la “previsibilidad contractual” que establece el art. 1728 (con cierto parentesco con el art. 1107 del Código Civil español de 1889). Dicha norma determina que:

“En los contratos se responde por las consecuencias que las partes previeron o pudieron haber previsto al momento de su celebración. Cuando existe dolo del deudor, la responsabilidad se fija tomando en cuenta estas consecuencias también al momento del incumplimiento”.

Por otro lado, es lógico que siempre será más fácil producir las pruebas de los presupuestos responsabilizantes cuando se cuente con la plataforma de un contrato -incumplido o mal cumplido-.

De allí que si bien la idea del nuevo Código pase por la unificación de los regímenes responsabilizantes (vg. el art. 1716 determina que “La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme con las disposiciones de este Código”), algunas diferencias esenciales aún seguirán necesariamente subsistiendo.

### *3.1. Casos comunes de responsabilidad en los que pueden incurrir los profesionales del Derecho (abogados y escribanos)*

Antes de presentar las conclusiones aplicables a ambos profesionales, y con el desánimo que genera no poder seguir indagando sobre esta rica temática, dada la extensión del presente trabajo, no queremos dejar de mencionar los casos más comunes de responsabilidad que encontrarán en cualquier repertorio de jurisprudencia.

Así, remarcaremos que el letrado, del cual proclama la doctrina mayoritaria estar sujetos a obligaciones de medios, es normalmente demandado y condenado por algunas de estas faltas suyas: por *no presentar la demanda* o hacerlo estando ya prescripta la acción; por *errar la acción* impetrada debido al desconocimiento grosero de las reglas del Derecho; por *negligencia probatoria*-ya sea por falta de presentación de las mismas o deficiente producción de éstas-; por la *caducidad de instancia* decretada en el proceso; por *no recurrir una sentencia* adversa al interés de su cliente, siendo que contaba con serias chances como para lograr cambiar el decisorio, el cual quedó firme por su impericia; por *incumplir con las cargas procesales* -por supuesto, si ello generó un daño a su ex cliente-; por *asesoramiento erróneo y falta de debida información*; entre otros tantos supuestos.

Mientras que, en el campo de los escribanos, recordaremos que según la corriente mayoritaria por regla están obligados a resultados (otorgamiento de un instrumento válido; asesoramiento a las partes; labor fedante o autenticadora; expedición de copias y conservación del protocolo; fe de conocimiento -identificación-; inscripción del instrumento en el Registro pertinente, etc.) a veces lo están a cumplir sólo una actividad diligente (vg. estudio de títulos). Incluso si el daño lo reclama un tercero y no sus requirentes o rogantes, allí, se sostiene, el deber de resultado se transforma en una obligación de medios. Ahora bien, al notario se lo demanda por faltas relacionadas con: su labor principal referida a la *función fedante*; por su *función documentadora y registral*; por cuestiones relacionadas con el *estudio de títulos*; por faltar a su *deber de asesoramiento* erróneo por no verificar la “legitimación” del transmitente y otros casos de responsabilidad por no asesorar correctamente; por *permitir la venta de un inmueble estando inhibido el vendedor*; también es importante resaltar la *responsabilidad “estatal” por prestación deficiente del servicio registral*; además de la *obligación del notario de constatar el estado de familia*; o la consecuente responsabilidad del escribano por *demoras o falta de inscripción registral*; incluso hay casos de responsabilidad del escribano por omitir librar el *certificado de deuda* (art. 5 Ley N° 22.427), por la *desvalorización* en tanto que gestor a cargo de deudas fiscales, y por *impuestos adeudados* y dejados de retener; otro tópico interesante es el de la responsabilidad notarial por *otorgar actos simulados*; al igual que la *responsabilidad del notario titular respecto de los hechos de su adscripto*; y finalmente existen casos jurisprudenciales en donde se condenan a los notarios por *no brindar una adecuada la fe de conocimiento -identificación, en puridad-*.

## *IV. Breves reflexiones sobre la responsabilidad de la empresa o sociedad de abogados*

En este último acápite se verá la responsabilidad de la empresa o sociedad profesional. Pero primero debemos dejar en claro que bajo el género “profesionales del Derecho” sólo nos ocuparemos de los abogados, no así de los escribanos y procuradores, éstos últimos, por ejemplo, dado que su ejercicio muchas veces es para “colaborar” con el abogado, incluso puede el abogado mismo cumplir las funciones del procurador, cuando actúa en el “doble carácter”, cuestión que es sumamente recomendable. Amén de ello, su regulación y función es muy distinta en los diversos países (vg. comparar el procurador español con el argentino). De allí su exclusión.

También es necesario excluir a los escribanos del objeto de este capítulo, puesto que los notarios si bien son profesionales del Derecho, no pueden formar ningún tipo de sociedad o empresa para el desempeño de su función. Es que son *profesionales del Derecho, pero a cargo de una importantísima función pública*, tal como lo resaltan la doctrina y jurisprudencia en forma casi unánime y como fuera ya proclamado en el primer Congreso Internacional del Notariado Latino del año 1948, entre otros tantos de lo que ya pasamos revista. Es que nuestro sistema legislativo del Notariado pertenece -al igual que otros 88 países-

al *intermedio* (entre los sistemas del Notariado profesional o de tipo inglés en un extremo, y el funcionario público en el otro) o *latino puro*, en el cual el escribano cumple una función pública delegada por el Estado, custodiando (en su calidad de “fedante” que no es igual a la de “fedatario”) la seguridad jurídica necesaria para la convivencia pacífica entre los individuos, debiendo prestar su asesoramiento en forma imparcial a los requirentes que acuden a sus Registros Notariales, interpretando la voluntad de las partes para darles la forma legal correspondiente, confiriéndole el carácter de autenticidad. De hecho, la fe pública notarial es una calidad que sólo ellos pueden brindar, cuando actúen en los actos en forma directa, a tal punto que en estas ocasiones tales actos sólo pueden ser desvirtuados mediante la redargución o querrela de falsedad, pues gozan de plena fe. De todo ello se deduce que no pueden los escribanos formar ningún tipo de empresa entre ellos, o que dos Notarías jamás podrían asociarse.

Así las cosas, con la pertinente delimitación realizada, el presente acápite se focalizará en la actuación de los letrados o abogados. Para empezar, jamás debe perderse de vista que la relación jurídica que se entabla entre el abogado y su cliente está basada en la confianza que deposita éste sobre aquél. Por ello este contrato es de los denominados clásicamente como *intuitu personae*. Nota característica, cumple aclarar, que en estos tiempos se está desdibujando. En efecto, la confianza del profano hoy está depositada en el prestigio de la “empresa profesional” -o despacho colectivo- y no tanto en el profesional concreto o específico con el que contrata. Se puede afirmar que el *intuitu personae* está siendo desplazado por el *intuitu “empresarial”*, por decirlo de alguna manera.

Es cierto que tradicionalmente el ejercicio de las profesiones liberales se lo hacía en forma individual. Ello traía aparejado una responsabilidad civil personal, la que era directa -por hechos propios- y por supuesto que contractual (aunque en su génesis fue aquiliana). Hoy, sin embargo, tanto el abogado generalista o “clínico”, cuanto aquél que ejerce la profesión en forma individual, son especies en extinción. En efecto, el abogado en su desenvolvimiento profesional suele valerse de auxiliares, dependientes y sustitutos. También el mismo letrado puede ser dependiente de otra persona -vg. una empresa o el Estado-. Además, existe una realidad innegable: los despachos colectivos, las sociedades de profesionales y los estudios multidisciplinarios.

Por otro lado, es claro que en general los ordenamientos de los distintos países -con la excepción del Código del Consumidor brasileiro- excluyen la aplicación de las normas tuitivas de defensa del consumidor cuando de profesionales liberales se trate. Ello en razón que tales profesionales pueden ser denunciados, amén de la vía judicial, ante los Colegios Profesionales que nuclean a los mismos. En tal plano, los Tribunales de Ética aplicarán al profesional la sanción pertinente, si correspondiere. Todo ello con la salvedad que la “publicidad” que hagan tales profesionales, así como la incorporación de “cláusulas abusivas” en sus relaciones, habilitará para el cliente perjudicado la aplicación de las normas del Derecho del Consumidor.

Ahora bien, sentado ello cuadra realizar una serie de preguntas a las cuales sólo pretendemos dejarlas planteadas, no profundizando sus respuestas. Es decir que presentaremos más dudas que certezas, dado el exceso incurrido en este trabajo.

Para empezar, es claro que no es lo mismo formar una “sociedad” que una “empresa”. Cuando se habla de esta última intuitivamente se piensa en una cuestión más bien comercial o mercantil sobre la misma; no así, necesariamente, con la primera. No obstante ello, bajo los paradigmas del nuevo Código Civil y Comercial no puede existir empresa sin algún revestimiento societario. Vale decir que en este sentido y para nuestros fines, podemos, con las licencias debidas, hablar indiferentemente de empresa o sociedad de abogados [\[806\]](#).

Así las cosas, los interrogantes acorde a las posibles situaciones que se planteen pueden ser enfocados desde múltiples planos. Primero debemos recordar que en general los profesionales liberales, tales como los abogados, están obligados, según el nuevo CCC, a cumplir una *obligación de hacer y su responsabilidad es subjetiva a no ser que se hubiere prometido un resultado concreto* (art. 1768 CCC). Aquí viene a colación el primer problema, pues como señalamos, *toda obligación es de medios y fines a la vez*: medios en tanto comprometen la diligencia del deudor profesional; y de resultado pues toda diligencia debe dirigirse en procurar el *contenido* de la obligación, la prestación, sea ésta de dar, hacer o no hacer. Así se cumplirá con la satisfacción del interés del acreedor que constituye el *objeto* de la obligación. Obviamente no toda la doctrina está conforme con esta división de objeto y contenido de la obligación; pero mucho menos lo están con admitir pacíficamente la binaria clasificación obligacional en de medios y fines más allá de lo que dispongan normas específicas, como el art. 774, como para citar un sólo ejemplo, en donde ya nos habla de tres clases de obligaciones (de “medios normales” en su primer inciso -en el cual el deudor promete realizar cierta actividad con la *diligencia apropiada, independientemente de su éxito*-; de “medios reforzadas” o “resultados normales” en el segundo -donde se debe procurar al acreedor *cierto resultado concreto, con independencia de su eficacia*-; y de “resultado agravadas” en su tercero -en el cual el deudor debe procurar al acreedor *el resultado “eficaz” prometido*-).

Para dar una respuesta simple a este problema diremos, insistimos en ello, que siempre debe compararse la conducta del profesional obrada en la emergencia con respecto a la que debería haber realizado un buen profesional diligente o perito de su clase o categoría. Para ello se deberá formar un modelo profesional que reemplazará al genérico *bonus pater familias*, modelo que estará integrado por los

principios que informan su ciencia particular (*lex artis*) y será adecuado a las singularidades del caso (*ad hoc*). En pocas palabras, para averiguar si existe culpa “del” profesional se deberá comparar la conducta *obrada* con la *debida* legal y contractualmente.

Dicho ello veamos someramente algunas inquietudes en el plano de la responsabilidad civil. Primero debemos indagar en cada situación en particular para determinar algo importantísimo *a priori*: ¿con quién contrata el cliente? Si lo hace con un abogado en especial o con algún representante de la empresa o sociedad de abogados (dicho en términos generales, entre otras tantas situaciones posibles). Dicho abogado singular incluso puede pertenecer a un Estudio colectivo, empresa o sociedad de abogados y no obstante no siempre será responsable este último por la mala praxis en la que pueda incurrir. De ello se deduce que en otras ocasiones será posible la atribución del daño al Estudio o despacho colectivo y nos debemos preguntar si tal responsabilidad, cuando concurran los presupuestos necesarios, es subsidiaria a la responsabilidad del abogado imperito, o si es concurrente, o solidaria incluso, con este último. Todas las respuestas son posibles y a cada caso y ordenamiento singular habrá que brindarle una respuesta también de esta naturaleza.

Si al ámbito penal pasamos, no debemos olvidar que hoy ya se admite, no sin reservas, la responsabilidad penal de la persona jurídica y con ello es factible no tan sólo que el abogado que haya incurrido en un delito del derecho criminal a que cumpla su pena correspondiente, sino que también será factible condenar al colectivo, al despacho, a la sociedad o empresa profesional siempre que su “comportamiento” (en puridad: la conducta de quienes la representen) se adecúe perfectamente a un tipo penal preestablecido.

También podemos someramente afirmar de la responsabilidad disciplinaria -que siempre el profesional debe tener en consideración-, que amén de la posible aplicación de sanciones (vg. llamado de atención, apercibimiento, multa, suspensión, privación del ejercicio profesional) a los letrados que incurran en faltas de esta naturaleza, habrá que analizar cada Código deontológico respectivo para observar si es factible extender tales sanciones a los propios despachos colectivos, lo que nos resulta un tanto difícil proclamar con carácter general aunque no dejaremos de advertir que estamos navegando aguas turbulentas. Además merece remarcarse que pueden existir determinados deberes deontológicos que se extienden a todos los integrantes de la “agrupación”, tales como el secreto profesional, las incompatibilidades que afecte a cualquier integrante y la prohibición de actuar en defensa de intereses contrapuestos.

A estudiar esta temática Señores y eso que ni siquiera hicimos la disquisición técnica entre el *intuitus*, la fiducia y la infungibilidad. Es claro que la fiducia es un elemento característico de la relación, en tanto que el *intuitus* lo es de la prestación y puede darse en relaciones fiduciarias o no, cuando las partes así lo hayan estipulado, aunque también se puede encontrar en ciertas relaciones como un elemento natural. La confianza o fiducia consiste en un especial modo de ser de la *fides* que caracteriza ciertos contratos y se conecta con las cualidades especiales de una de las partes. A su turno, el efecto del *intuitus* se produce sobre la conducta solutoria, que ha de ser llevada por el propio deudor: la infungibilidad. Es que la prestación, en cuanto conducta que debe ser medida desde la integridad e identidad, sería defectuosa si es realizada por otro; pero a partir de cierto grado de pericia objetiva siempre exigible, se puede afirmar

que la prestación profesional del abogado no siempre es rigurosamente *intuitu personae*<sup>18071</sup>. Así las cosas, entendemos que todos los contratos de servicios profesionales jurídicos debieran de estar impregnados de esa “confianza especial”, la cual debería ser mutua entre ambos contratantes; pero ello no determina *per se* que el contrato referido sea siempre *intuitu personae* y mucho menos que la prestación resulte ser siempre “infungible”. En todo caso deberíamos *aggiornar* el concepto, sentido y alcance del *intuitus*.

Ahora bien, la posibilidad del cumplimiento habrá que analizarlo al son del ordenamiento de que se trate. Para Argentina es muy importante tener en consideración el art. 776 del nuevo CCC que señala que la prestación puede ser ejecutada por persona distinta al deudor, a no ser que de la convención, de la *naturaleza* de la obligación o de las circunstancias, resulte que éste fue *elegido* por sus cualidades para realizarla personalmente, esto último presumido en los contratos que suponen una “confianza especial”. Con ello es claro que podrá existir en muchos casos “incumplimientos” cuando el letrado haya sido elegido para que él, y no otro miembro del colectivo, realice personalmente la prestación. Incumplimiento del cual no derivará inmediatamente su responsabilidad, o la de la empresa profesional, sino que deberemos constatar que se cumplan los demás requisitos o presupuestos pertinentes; en especial habrá que acreditar el daño y la relación de causalidad.

Por cierto que la actuación del abogado debe ser siempre “personal”; vale decir que su responsabilidad directa jamás podrá ser cobijada en algún ente ideal. Su preparación específica le obliga a obrar con el máximo de celo, diligencia y pericia exigibles y ello es dable requerir incluso a aquellos abogados que integren una gigantesca empresa o Estudio multidisciplinario e internacional. Es que este nuevo sujeto de derecho (de tener personalidad jurídica propia, pues puede tratarse de una simple “sociedad” de medios o instrumental -modalidad muy usada en varios países-) no puede servir para proteger a abogados negligentes. Al contrario, es factible extender la responsabilidad a tal ente si se presentan los requisitos pertinentes. Amén de ello, cualquiera fuese la actuación del letrado, su libertad, discrecionalidad técnica y científica y su eventual objeción de conciencia no deben sufrir menoscabo alguno.

Además, debe recordarse que el art. 732 determina que el incumplimiento de las personas de las que el deudor “se sirve” para la ejecución de la obligación, se *equipara* al derivado del propio hecho del obligado. Y ni hablar de la responsabilidad del *principal por el hecho del dependiente*, consagrada en el art. 1753 del nuevo CCC, de naturaleza objetiva y concurrente. Lógicamente que para otros países existen distintas reglas. Ahora bien, lo ideal sería redactar un contrato de servicios profesionales jurídicos con los clientes, realizar un análisis general de la cuestión litigiosa y determinar los abogados “concretos” encomendados al asunto; no prometer el resultado exitoso del pleito, pero sí que se pondrá toda la diligencia para procurar el mismo; y, finalmente, contratar un seguro de responsabilidad civil profesional. Aquí debemos dar finiquito a nuestro trabajo y perdón por tantas dudas que dejamos planteadas.

## V. Conclusiones.

a) Debe quedar en claro que la responsabilidad profesional tiene los mismos principios que rigen en la responsabilidad civil en general, aunque con algunas peculiaridades propias. Además, no es válido predicar que la llamada “culpa profesional” (o culpa *del* profesional) sea una especie particular de culpa, hartó distante de la común aplicable al profano. Por lo tanto, el profesional ha de responder civilmente cuando incurra en un defecto en el cumplimiento de la prestación exigible, teniendo siempre presente las condiciones de las personas, el tiempo y el lugar, además de la naturaleza misma de la obligación, claro está. Y responde por culpa leve, amén de la grave y del dolo, al igual que cualquier indocto.

b) En razón de ello es que el profesional ha de responder siempre que cause un daño a su contratante (paciente, cliente, rogante, etc.), perjuicio que debe encontrarse vinculado causalmente con su comportamiento, y se constate un defecto en la conducta obrada respecto de lo que debería haber realizado un profesional diligente (perito) en esas mismas circunstancias (conducta debida). Para ello se deberá formar un modelo profesional con la finalidad de acreditar, con su comparación, una probable mala praxis. No contribuye a este aspecto la discutida clasificación obligacional que las divide en medios y resultado.

c) Nada de lo recién manifestado se verá resentido habiendo entrado en vigor del nuevo Código Civil y Comercial. Puesto que poca luz nos brinda el mismo con sólo proclamar que la obligación de resultado es de naturaleza objetiva (conf. art. 1723); o que los profesionales liberales están sujetos a obligaciones de hacer, siendo en principio su responsabilidad subjetiva, salvo que se hubiese prometido un “resultado concreto” -lo que probablemente se predicará de la actividad del notario en general- (conf. art. 1768 del mentado Código). O la propia disquisición que hace en el art. 774 referido a la prestación de un servicio. Sinceramente nada agrega a estas discusiones que seguirán forjándose entre las obligaciones de medios y resultado (cuáles son unas, cuáles otras) y su recepción o rechazo.

d) Sí ayuda el mentado nuevo Código en otros aspectos, sobre todo teniendo presente que ahora la finalidad de la responsabilidad civil no se circunscribe sólo a reparar daños, sino también a prevenirlos. Además, es de suma utilidad la unificación de los ámbitos de responsabilidad contractual con el extracontractual (con algunas diferencias esenciales que siguen subsistiendo -vg. art. 1728-) y los nuevos parámetros que deben tenerse en consideración respecto de los requisitos responsabilizantes.

e) Reiteraremos que todas las obligaciones son de medios y resultado a la vez. *Medios*, puesto que comprometen el actuar diligente del sujeto en cuestión -se trate de un deudor profesional o de un deudor profano-; y de *resultado*, en tanto tienden a la consecución de la prestación, que forma el contenido de la obligación, sea ésta de dar, sea de hacer o no hacer. De esta forma se brinda satisfacción al interés del acreedor, que constituye el objeto de la obligación. Lo que sucede es que existen contratos que generan distintas obligaciones según el tipo contractual de que se trate.

f) Además, si no se consigue dar satisfacción al interés del acreedor habrá que analizar si lo fue por culpa del deudor, o si pesa sobre el mismo algún factor atributivo de color objetivo. Ello según si su responsabilidad tiene ‘naturaleza’ subjetiva u objetiva, sirviendo para eximir de responsabilidad al agente demostrar, en el primer caso, la prueba de su actuar diligente (no culpa), y en los dos acreditar el *casus* -que rompe la cadena causal-.

g) En definitiva, siempre se deberá analizar el comportamiento de la persona (conducta obrada) con respecto a lo que debería haber realizado (conducta debida), sirviendo en el campo profesional como arquetipo comparativo el modelo del buen profesional o artífice (con base en la *lex artis*) en lugar del *bonus pater familias*. Pero insistimos, jamás resolverá esa dupla obligacional todos los supuestos que la vida, la realidad, trae consigo.

h) Es cierto que tradicionalmente el ejercicio de las profesiones liberales se lo hacía en forma individual. Ello traía aparejado una responsabilidad civil personal, la que era directa -por hechos propios- y por supuesto que contractual (aunque en su génesis fue aquiliana). Hoy, sin embargo, tanto el abogado generalista o “clínico”, cuanto aquél que ejerce la profesión en forma individual, son especies en extinción. En efecto, el abogado en su desenvolvimiento profesional suele valerse de auxiliares, dependientes y sustitutos. También el mismo letrado puede ser dependiente de otra persona -vg. una empresa o el Estado-. Además, existe una realidad innegable: los despachos colectivos, las sociedades de profesionales y los estudios multidisciplinarios.

# Manifestación e investigación de bienes del deudor ejecutado: deber de transparencia patrimonial

Álvaro Pérez Ragone\*

## Resumen

Aun cuando la justicia civil persiga tutelar y realizar los derechos, la utilización de recursos de la función judicial no parece ser sólo cuestión de las partes, o al menos no sólo exclusivamente de ellas. Es posible así sostener la existencia de deberes de información, unos fundados en el derecho material que en algunos casos no resultan autosuficientes para su despliegue práctico procesal y que por consiguiente están sujetos a la necesidad de ser complementados a través de deberes netamente procesales, aun cuando no tengan un sustento en los imperativos e información sustantivos. En los últimos 10 años muchos sistemas procesales civiles incorporaron incentivos para maximizar el aporte de información sobre los bienes del ejecutado para contar con una sentencia eficaz y realizable.

## I. Introducción

1. La mayor o menor duración de un proceso en concreto, la mayor o menor legitimidad de la sentencia, no es por sí una cuestión que debiera interesar solo a las partes. La importancia político-económica de una ejecución eficaz y eficiente ponen a prueba el funcionamiento de un sistema de justicia civil<sup>[808]</sup>. Aun cuando la justicia civil persiga tutelar y realizar los derechos, la utilización de recursos de la función judicial no parece ser sólo cuestión de las partes, o al menos no sólo exclusivamente de ellas. Es posible así sostener la existencia de deberes de información, unos fundados en el derecho material que en algunos casos no resultan autosuficientes para su despliegue práctico procesal y que por consiguiente están sujetos a la necesidad de ser complementados a través de deberes netamente procesales, aun cuando no tengan un sustento en los imperativos e información sustantivos<sup>[809]</sup>. En los últimos 10 años muchos sistemas procesales civiles incorporaron incentivos para maximizar el aporte de información sobre los bienes del ejecutado para contar con una sentencia eficaz y realizable<sup>[810]</sup>. Ese aporte de partes y de terceros con un rol activo del juez permite igualmente minimizar los tiempos del proceso ejecutivo<sup>[811]</sup>.

2. La importancia del tema mereció la constitución de un grupo de trabajo Eli/Unidroit 2017-2019<sup>[812]</sup>, en el cual el informante Rolf Stürner explicitó en relación a la manifestación de activos del ejecutado en tanto. El tema merece la atención actual dentro del marco del proyecto referido que permanece como trabajo en proceso hacia la formulación de estándares mínimos al respecto.

El conocimiento de los activos del deudor facilita la elección de la medida de ejecución más eficiente y al mismo tiempo proporcionada y apropiada, además permite la coordinación de varias medidas paralelas. Sin embargo, la divulgación completa es una intrusión grave en el ámbito privado o comercial del deudor. Cada sistema legal tiene que equilibrar el derecho de los acreedores a una ejecución eficiente con el derecho de los deudores a una protección de datos adecuada. Un medio de divulgación muy común es la declaración del deudor, y solo unos pocos sistemas legales no prevén este instrumento de divulgación. Sin embargo, hay muchas variaciones en los detalles:

(i) deber de declarar al comienzo de los procedimientos de ejecución o después de un intento de embargo fallido o ya en casos donde la probabilidad de éxito es baja;

(ii) divulgación completa o identificación de activos suficientes para la ejecución del acreedor de su reclamo únicamente;

(iii) divulgación de una vez por todas o divulgación parcial según el estado de éxito de la ejecución;

(iv) declaración escrita solo bajo declaración jurada o examen oral y contrainterrogatorio en una audiencia judicial en casos apropiados;

(v) registro de negativa a declarar en un registro público o en un registro con acceso limitado solamente;

(vi) comparecencia forzada en el tribunal para declaración y encarcelamiento como sanción de último recurso o falta de sanciones.

Algunas jurisdicciones autorizan a las autoridades de ejecución a solicitar asistencia de las autoridades públicas o agencias privadas que tienen registros que contienen información sobre los activos del deudor

(solicitudes de información de los registros de seguridad social o fiscales; información sobre el empleo del deudor en los registros de la seguridad social, etc.)<sup>[813]</sup>. En la mayoría de las jurisdicciones, las autoridades encargadas de hacer cumplir la Ley están facultadas para solicitar la divulgación de datos de registros públicos con acceso total o limitado (registros inmobiliarios, registros de vehículos de motor, registros comerciales, registros de población, etc.)<sup>[814]</sup>.

El desarrollo de principios comunes para las declaraciones de activos enfrenta el desafío de alcanzar un enfoque equilibrado y satisfactorio teniendo en cuenta los intereses divergentes de los acreedores y deudores. El desarrollo actual en muchos sistemas legales avanza hacia un aumento en la divulgación de información, mientras que la protección de los datos del deudor disminuye<sup>[815]</sup>.

3. En la ejecución civil la información patrimonial del deudor tiene una vital relevancia, ya que determina sobre lo que se ejercerán medidas ejecutivas, desde el embargo de bienes hasta la liquidación de ellos de ser necesaria. En los modelos procesales latinoamericanos, y argentino en especial, prima la información que buenamente y luego de un despliegue por su parte haya realizado el acreedor ejecutante y librado a su voluntad los bienes que pueda indicar el ejecutado. Caso contrario deberá proceder el oficial de justicia embargando lo que pueda y sea disponible para satisfacer el crédito. El deber de transparencia patrimonial es uno que está incluido dentro del deber de veracidad y del de colaboración procesal (ya reconocidos en el art. 6 del Proyecto de CPCYCN para Argentina 2019)<sup>[816]</sup> y en especial en los arts. 530 y 544. Como mecanismos másacordes a los tiempos se suma la investigación telemática de los bienes del deudor que bien acepta la reforma italiana de 2015.<sup>[817]</sup>

Este artículo se compone de las siguientes partes:

(I) un detalle descriptivo y analítico del derecho comparado

(II); sigue con una revisión del estado de la cuestión

(III); luego continúa con los problemas de conflictos de derechos entre el acreedor y deudor

(IV); se analiza una posible interpretación del aporte en la reforma propuesta por el

PCPCYCN (V); cierra con las conclusiones (VI).

## II. Algunos modelos comparados

Solo como ejemplos de modelos comparados:

(i) En el modelo español se establece en el art. 589 de la LEJ<sup>[818]</sup>:

“Salvo que el ejecutante señale bienes cuyo embargo estime suficiente para el fin de la ejecución, el Letrado de la Administración de Justicia requerirá, mediante diligencia de ordenación, de oficio al ejecutado para que manifieste relacionadamente bienes y derechos suficientes para cubrir la cuantía de la ejecución, con expresión, en su caso, de cargas y gravámenes, así como, en el caso de inmuebles, si están ocupados, por qué personas y con qué título”, establece un sistema de multas al respecto.

Este artículo es complementado con el 590 que regula la investigación judicial del patrimonio del ejecutado para dirigirse a las entidades financieras, organismos y registros públicos y personas físicas y jurídicas que el ejecutante indique, para que faciliten la relación de bienes o derechos del ejecutado de los que tengan constancia.

Finalmente se estatuye el deber de colaboración en la ejecución de terceros en el art. 591 en tanto:

“Todas las personas y entidades públicas y privadas están obligadas a prestar su colaboración en las actuaciones de ejecución y a entregar al Letrado de la Administración de Justicia encargado de la ejecución o al procurador del ejecutante, cuando así lo solicite su representado y a su costa, cuantos documentos y datos tengan en su poder, y cuya entrega haya sido acordada por el Letrado de la Administración de Justicia”<sup>[819]</sup>.

Ello sin más limitaciones que los que imponen el respeto a los derechos fundamentales o a los límites que, para casos determinados, expresamente impongan las leyes<sup>[820]</sup>.

(ii) El código portugués autoriza al oficial de ejecución a la averiguación de bienes de parte del deudor y terceros a partir de los arts. 748 y ss. y el código brasileño en los arts. 772 y 773 autorizan a requerir del ejecutado la información sobre su patrimonio para la ejecución y satisfacción del acreedor<sup>[821]</sup>. La regla 71.1 De las CPR del Reino Unido prevén una orden contra el deudor para que manifieste sus bienes



igualmente [\[822\]](#).

El Código General del Proceso del Uruguay con reforma del año 2013 incluye en el art. 379.6 Declaración de bienes y derechos.

“Al promover la ejecución el ejecutante podrá solicitar, siempre que los bienes conocidos del ejecutado no fueran suficientes para cubrir la suma debida y sus ilíquidos, la intimación al ejecutado, con plazo de cinco días, para que presente una declaración de bienes y derechos de los que sea titular y resulten suficientes para hacer frente a la ejecución” [\[823\]](#).

Regula igualmente la averiguación de bienes por parte de órdenes del tribunal dirigidas al ejecutado y a terceros en el art. 379.7. pudiendo levantar el secreto tributario o financiero para tal fin [\[824\]](#).

En Alemania la información sobre activos es un nombre introducido por la Ley de Reforma de la Aplicación de la Ley con efecto a partir del 1 de enero de 2013 para las nuevas órdenes de aplicación recibidas a partir de esa fecha [\[825\]](#). Cumple parcialmente con la obligación de presentar una lista de activos regulados en § 807 ZPO (versión anterior del Código de Procedimiento Civil alemán) y una declaración jurada de que la información contenida en él es correcta y completa. Sin embargo, las condiciones y el contenido están regulados de manera diferente. En la información del activo, el deudor debe indicar todos los activos que le pertenecen, así como proporcionar información adicional como se especifica en § 802c (2) ZPO. A partir de la información proporcionada por el deudor, el agente judicial prepara la lista de activos de acuerdo con 802f (5), primera oración, ZPO. Luego, el deudor tiene que registrar el juramento para asegurarse de que ha realizado la información correcta y completamente a su leal saber y entender (§ 802f para 5 oración 2, § 802c para 3 ZPO). El agente judicial luego deposita la lista de activos en el tribunal central de cumplimiento y le envía una copia al acreedor (Sección 802f (6) ZPO). Si el deudor no tiene excusa contra la citación para proporcionar la información del activo o se niega a proporcionar la información sin causa, el tribunal de distrito puede emitir a pedido del acreedor una orden de arresto (§ 802g). La detención solo sirve para forzar la entrega de la información del activo. Después de la entrega, el deudor queda en libertad. La detención no puede exceder la duración de seis meses (§ 802j Abs. 1 ZPO). Después de transcurridos dos años desde que se proporcionó la información, el tribunal central de aplicación elimina la lista de activos de los registros (sección 802k (1) oración 3 ZPO). [\[826\]](#)

(iii) A nivel comunitario europeo la regulación en casos transfronterizos para preservar cuentas bancarias del deudor contiene por sí ya un sistema de obtención de información por parte de los actores intervinientes [\[827\]](#). También como ejemplo la regulación comunitaria de la ejecución de alimentos y derechos de manutención transfronterizos [\[828\]](#).

### *III. Estado e importancia del tema*

1. El tema ha merecido poca atención en la doctrina nacional [\[829\]](#) lo que contrasta con la comparada [\[830\]](#). Desde el punto de vista del derecho comparado es de gran interés el tópico de los deberes de información y cooperación del deudor en la ejecución [\[831\]](#). Carnelutti ya señalaba, que no es suficiente para el éxito del proceso ejecutivo, que el patrimonio del deudor exista y sea conservado. A ello debe agregarse, además, que se trate de un patrimonio ostensible (entiéndase en relación con la acreencia). Si los bienes existen y pertenecen al deudor, pero resulta imposible acceder a estos para el acreedor, es como si no hubiera nada [\[832\]](#).

Así las cosas, es posible afirmar que el éxito de la ejecución depende, en gran medida, de la técnica legislativa procesal que viabilice la investigación patrimonial y genere incentivos negativos y positivos para lograr una adecuada transparencia patrimonial del ejecutado. En tal sentido, relacionando la jurisprudencia del TEDH en materia de derecho a la ejecución con la eficacia de la investigación y transparencia patrimonial, es posible reafirmar el importante y delicado rol del legislador en esta materia [\[833\]](#). En muchos otros países el deudor puede ser obligado ya desde el inicio de la ejecución a declarar sus relaciones patrimoniales y en todos los casos mencionar quien es su empleador.

La cooperación exigida al ejecutado de aportar información sobre su patrimonio no es un imperativo para acopio “probatorio”, sino para poder individualizar y determinar los bienes sobre los que recaerá las medidas de agresión ejecutivas y no para poder arribar a una decisión sobre afirmaciones fácticas controvertidas de las partes [\[834\]](#). La información relevante para la ejecución, tal como los detalles de los bienes del deudor, no es utilizada para clarificar los hechos controvertidos entre las partes, como lo sería

en los procesos declarativos y poder arribar a una decisión motivada cercana a la verdad <sup>[835]</sup>. Más bien son presupuestos ineludibles para poder llevar adelante medidas ejecutivas indispensables como por ejemplo el embargo, de allí que la ubicación, localización e identificación de los bienes del patrimonio del ejecutado que quedarán sujetos a la ejecución revista una importancia crucial para una ejecución exitosa <sup>[836]</sup>.

2. Requerir una declaración al deudor levanta un número de dilemas morales como también legales, incluyendo el conflicto entre el deber del deudor de cooperar y la necesidad de respetar su derecho de silencio <sup>[837]</sup>. La declaración del deudor puede ser lograda consensualmente, no siendo necesariamente una herramienta para facilitar la ejecución, o una manera coercitiva de asegurar que la deuda se pague. El acreedor se beneficia de obtener una manifiesta declaración de los bienes del deudor en las etapas tempranas de la ejecución, evitando así la necesidad de subsecuentes solicitudes futuras <sup>[838]</sup>.

Finalmente, diversos sistemas reaccionan de forma diferente ante un deudor que se rehúsa a proporcionar la declaración u oculta sus bienes <sup>[839]</sup>. El deudor podrá enfrentar sanciones criminales disuasivas (por ejemplo, cuando incurre en desacato por incumplir la orden impartida por el tribunal), pero otro mecanismo funcional para fomentar el cumplimiento incluye la imposición de multas o pagos sancionatorios periódicos en favor del acreedor (por ejemplo, las *astreintes* de Francia). Algunos sistemas ven el desacato entre las sanciones aplicables por parte del tribunal no como "prisión por deudas", sino que como una pena directa por la falta de cooperación con el órgano de ejecución <sup>[840]</sup>.

El complejo y utópico escenario es siempre posible, permaneciendo lejano a la realidad. No solo hay algunos que se oponen al concepto, sino que también hay también dificultades técnicas <sup>[841]</sup>. Sin duda el avance en el UE sobre congelamiento de activos bancarios ha sido un importante paso para el resguardo y aseguramiento cautelar y ejecutiva de transfrontera, se mantiene la pregunta sobre su suficiencia <sup>[842]</sup>. En igual sentido se pronunció el Supremo Tribunal Federal Alemán (BGH) en sentencia del 20.09.2018 <sup>[843]</sup> ponderando la importancia de la manifestación de bienes para una adecuada satisfacción del crédito <sup>[843]</sup>.

La obtención y el cruce de esta información determinan el éxito o fracaso de la ejecución. Desde actuaciones procesales como las notificaciones, hasta la concreción de las medidas de ejecutivas de agresión y aseguramiento patrimonial, dependen de dicha información. Al respecto, debe siempre contemplarse la alta probabilidad de que el deudor no cooperará voluntariamente para brindar la información requerida, que en muchos casos podrá ocultarla y hasta tergiversarla <sup>[844]</sup>. Esto se relaciona

(i) por un lado con un deber de transparencia patrimonial que asume el deudor incumplidor frente al acreedor, pero también por otro

(ii) principalmente frente al Estado en el ejercicio de función jurisdiccional ejecutiva: cooperar en la ejecución positiva (brindando la información veraz necesaria para cubrir el crédito de la parte ejecutante) y negativamente (no omitiendo u obstaculizando el acceso a dicha información <sup>[845]</sup>).

En efecto, puede debatirse acerca de la eventual ampliación de la prohibición de autoincriminación, propia de materias penales <sup>[846]</sup>, a la esfera del derecho civil.

3. Así, el hecho de tratarse de registros públicos o dependientes para su acceso del requerimiento de un órgano jurisdiccional, la cantidad y calidad (fiabilidad y actualización) de la información, y la aplicación de nuevas tecnologías dependen de un marco regulatorio adecuado, que impida cometer excesos y proteja información y datos personales <sup>[847]</sup>.

Tomando un caso europeo, Alemania tiene bases de datos de administración regional o por estados federales, focalizadas en los bienes muebles o inmuebles con descripción del propietario. Contrariamente, Inglaterra maneja información de registros centralizados, con énfasis en las calidades de los bienes, independientes del o los propietarios <sup>[848]</sup>.

Un rol fundamental lo desempeñan los registros de morosidad, sobreendeudamiento e insolvencia, existentes en países como España, Francia, Italia, Alemania, Austria Reino Unido, Dinamarca, Suecia. Y no menos importantes son los registros que permiten el cruce de información sobre el deudor, sobre la base de sus condiciones tributarias y de seguridad social <sup>[849]</sup>. Como puede verse el manejo de información de datos patrimoniales sensibles ofrece un desafío adicional.

4. En segundo lugar, el acreedor suele enfrentarse con la compleja situación derivada de la ausencia de instrumentos procesales que permitan detectar el patrimonio de su deudor; situación que, mayormente, se traduce en la frustración de la satisfacción del crédito. Cumplir implica, en cierto grado, una conducta

cooperativa por parte del deudor, para poner a disposición su patrimonio para la ejecución <sup>[850]</sup>. Ahora ello no debiera significar un “peso” adicional al deudor, ya que era una consecuencia previsible en caso de incumplimiento. Sin embargo, la regulación procesal para satisfacer por ejecución el crédito del ejecutante pone la carga en el ejecutado al momento de determinar sobre qué bienes se va a llevar adelante la ejecución. La cooperación impuesta en faz de ejecución parece no tener relevancia. El derecho a una ejecución justa, oportuna y satisfactiva integra, también, el derecho fundamental de acción <sup>[851]</sup>.

5. El interrogante plantea el deber, los alcances y retos de manejo de información es la sanción adecuada para su efectivo cumplimiento. Si se vinculan el aforismo *nemo contra se edere tenetur* (como una visión exacerbada de la prohibición de autoincriminación incluso en un ámbito no penal) <sup>[852]</sup>, con la imposibilidad de exigir en algunos casos el cumplimiento de una prestación de hacer por afectarse la libertad personal, pues menos puede imaginarse una conducta cooperativa impuesta y exigible del deudor para informar sobre su patrimonio (conducta simplemente anexa a la principal exigida) <sup>[853]</sup>. Ahora, si se reunifica la visión sustantiva-procesal de la tutela ejecutiva del crédito como parte del derecho de acción y se reconoce el rol relevante de la función jurisdiccional ejecutiva para la satisfacción específica y los medios para lograrlo, cambian radicalmente los roles de las partes y, especialmente, del ejecutado, quien debe asumir un rol activo. La coerción forma parte de los medios para lograr el cumplimiento paralelamente a la ejecución, y especialmente de deberes procesales. No resulta satisfactorio atribuir a estas medidas un carácter subsidiario. Junto a la necesidad de una adecuada ejecución se vislumbra la necesidad de premunirla de eficacia. Así, las medidas coercitivas toman un rol anexo y necesario para el ejercicio de la función jurisdiccional, especialmente ejecutiva <sup>[854]</sup>.

Así en consonancia con ello la reforma al proceso civil Brasileño de 2015 en lo que se refiere a las obligaciones de pagar una suma de dinero, el sistema brasileño históricamente favoreció de manera desproporcionada al deudor en detrimento del acreedor. Y, aunque hayan habido avances en cuanto a tales mecanismos, la imposibilidad de coerción va en sentido contrario a la efectividad procesal. Ocurre que, con la aprobación del Nuevo Código de Proceso Civil de 2015, ese escenario tiende a ser alterado. Y eso porque el art.139, inc. “IV, establece que corresponde al juez “determinar todas las medidas inductivas, coercitivas o subrogatorias necesarias para asegurar el cumplimiento de orden judicial, incluso en las acciones que tengan por objeto prestación pecuniaria”. Aunque se debe monitorear el alcance a ser dado al precepto, es cierto que él crea una apertura capaz de contribuir decisivamente a la efectividad <sup>[855]</sup>.

Importante doctrina ha llegado a afirmar que existe un principio de adecuación de la ejecución a sus objetivos, que exige, entre otras cosas:

- a) que se pongan a disposición del ejecutante los instrumentos necesarios para la identificación de bienes embargables; y
- b) que permitan el logro del fin al que están destinados <sup>[856]</sup>. Así se evidencia la relevancia de estos mecanismos en la ejecución, a fin que las resoluciones judiciales de condena no queden reducidas a “meras declaraciones de intenciones sin alcance práctico ni efectividad alguna”, con lo que “el derecho no pasaría de ser una entidad ilusoria” <sup>[857]</sup>.

#### IV. Conflictos entre los derechos del acreedor y del deudor

En cuanto a la cuestión de quién puede y debe proporcionar la información patrimonial, queda claro que si la dispone el acreedor será el primer interesado en acercarla y orientar hacia esos bienes las medidas ejecutivas necesarias por el principio dispositivo. El problema es cuando el acreedor no dispone de la información patrimonial o los bienes conocidos son insuficientes para satisfacer el crédito ejecutado. Y acá surge una pregunta: ¿El deudor solo tiene una “carga” facultativa o está realmente obligado a cooperar con el órgano de ejecución para proporcionar toda la información relevante para facilitar los procedimientos de ejecución?

La información relevante para la ejecución, como los detalles de los activos del deudor, no se utiliza para aclarar hechos controvertidos entre las partes, como lo sería en los procedimientos declarativos, sino para proceder a efectivizar el proceso de ejecución con las medidas ejecutivas de conservación o de liquidación que procedieran. Por ello consideramos que constituye un deber en cabeza del ejecutado, sin excluir que existiendo causales que lo justifiquen pueda objetar la intimación judicial a declarar bienes <sup>[858]</sup>.

La mayoría de los sistemas requieren que el deudor haga una declaración sobre sus activos, ya que este es el método menos costoso para determinarlos e individualizarlos. Sin embargo, la necesidad de un órgano de ejecución que realice su propia investigación sobre los activos del deudor surge cuando existe una acusación de que la declaración del deudor es falsa o que no se ha llevado a cabo. Solo en estas

circunstancias sería aceptable obligar al deudor a proporcionar acceso a ciertas fuentes de información. La cuestión de exigir que el deudor haga una declaración sobre sus activos plantea una serie de dilemas morales y legales, incluido el conflicto entre el deber del deudor de cooperar y la necesidad de respetar su derecho al silencio [\[859\]](#) .

La declaración del deudor se puede alcanzar de manera consensuada, y no necesariamente tiene que ser una herramienta para facilitar la ejecución, o un medio coercitivo para garantizar que se pague la deuda. El acreedor se beneficia al obtener una declaración manifiesta de los activos del deudor en las primeras etapas de la ejecución, lo que ahorra la necesidad de solicitudes posteriores.

Buscar una declaración inicial de los activos del deudor es especialmente aconsejable en el contexto transfronterizo (nacional, regional e internacional), ya que esto permitirá al acreedor buscar la ejecución en el Estado donde se concentra la mayoría de los activos del deudor, y donde habrá una mayor posibilidad de éxito. Finalmente, diferentes sistemas reaccionan de manera diferente a un deudor que se niega a proporcionar la declaración u ocultar sus activos [\[860\]](#) .

Los sistemas computarizados disponibles para un acreedor que persigue los activos de un deudor en el extranjero varían de un sistema a otro: en los estados con legislación más moderna, la autoridad judicial o administrativa toma la iniciativa de obligar al deudor a hacer una declaración de activos, y también puede realizar búsquedas en registros públicos, o incluso a veces privados. Esta sección considera el funcionamiento actual de estos dispositivos en los diversos sistemas. También aborda la configuración óptima para su uso, dado que la información debe protegerse para evitar su uso indebido durante la ejecución, y especialmente para proteger los datos personales del deudor [\[861\]](#) .

El acceso al registro y otras bases de datos de carácter público puede ser solicitado por el acreedor, especialmente si la deuda es significativa, o por el órgano de cumplimiento, ya sea porque el sistema en cuestión no requiere que el deudor haga una declaración o porque sea relevante las fuentes de información no están abiertas al público, por ejemplo, bases de datos administradas por las autoridades fiscales, o aquellas que cuentan con importantes salvaguardas y regulaciones establecidas debido a la cooperación de las instituciones financieras. Hay complicaciones adicionales que surgen en relación con el acceso a registros extranjeros. El escenario complejo y utópico en el que esto siempre es posible permanece lejos de la realidad. No solo algunos se oponen al concepto, también existen barreras técnicas difíciles [\[862\]](#) .

La contribución de las nuevas tecnologías para aumentar la eficiencia de la aplicación y la búsqueda de los activos del deudor es notable. De acuerdo con el principio de no discriminación por motivos de nacionalidad, el acceso a los registros no debería ser problemático ni para los acreedores nacionales ni internacionales. Este objetivo podría lograrse simplemente garantizando el acceso electrónico a los registros. Sin embargo, el acceso electrónico a los registros sin ningún control sobre el solicitante (como una firma electrónica o las condiciones impuestas por el organismo de aplicación), haría imposible verificar los intereses legítimos de la persona que realiza la investigación. Debiera exigirse una orden judicial, cuando corresponda, que obligue al solicitante a utilizar únicamente la información obtenida a los fines de los procedimientos formales [\[863\]](#) .

## *V. La propuesta del proyecto de CPCyCN*

El Proyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina (2019) se hizo eco del deber de manifestación de bienes incorporando dos audiencias (una en la ejecución de sentencia y otra en la liquidación de bienes) que persiguen acceder al detalle de bienes necesarios del deudor para la cobertura del crédito ejecutado.

(i) Así en el art. 530 sobre la liquidación en la ejecución de sentencias de condena establece que “La liquidación se sustanciará con la contraria por CINCO (5) días, con intimación a presentar una declaración jurada de bienes suficientes para satisfacer el monto de la condena. De oficio o a petición de parte, el juez podrá ordenar la celebración de una audiencia de liquidación y pago, a efectos de resolver sobre el monto a ejecutar y facilitar el cumplimiento de la condena. En caso que la parte ejecutada omitiere la declaración o no aportare la información requerida y se demuestre que contaba con bienes como para satisfacer la condena, se le impondrá una multa del VEINTE por ciento (20 %) de su monto”.

(ii) Similar disposición contiene el art. 554 en la liquidación de bienes (para todo tipo de ejecución) “Intimación. Deber de identificar bienes. “Aprobada la liquidación, a pedido del ejecutante, el juez intimará al ejecutado para que en el plazo de CINCO (5) días manifieste los bienes con que cuenta para afrontar el pago de lo adeudado. En caso de omisión, total o parcial, en el cumplimiento de tal obligación o la falsedad de las afirmaciones se impondrá una multa del TREINTA POR CIENTO (30 %) del crédito. El juez ordenará las medidas útiles para averiguar la existencia de bienes del ejecutado a pedido de parte. A pedido de parte, el juez podrá ordenar el levantamiento del secreto bancario o fiscal por el monto del crédito perseguido.”

Dentro del espíritu del Proyecto el deber de transparencia patrimonial es una manifestación del deber de veracidad que ahora sí se incluye expresamente así en los arts. 6 (deber de cooperar con la verdad), 15, c) (Declarar sobre las cuestiones de hecho en forma completa y adecuada a la verdad), 236, (Las partes tienen el deber de decir la verdad); 418, a) (en la contestación de demanda atendiendo al deber de decir la verdad), 446 (en la petición petición monitoria declarar que lo afirmado es verdadero)

El Anteproyecto de Código General del Proceso del Chubut 2019 prevé en su art. 562 los poderes generales instructorios del juez en la ejecución y en la letra c establece:

“c) Ordenar que el ejecutado, los sujetos indicados por el ejecutante u otros que el juez u Oficina Judicial advierta como idóneos, proporcionen información relacionada al objeto de la ejecución, tales como documentos y datos que tengan en su poder. Cuando la información sea sensible, el tribunal adoptará las medidas necesarias para asegurar la confidencialidad”.

### 1. Intimación para declarar bienes

Con la redacción del Proyecto del CPCyCN cabe preguntarse: ¿Cuándo proceden y a instancia de quién la declaración de bienes? ¿Por qué se duplica la regulación de la misma? ¿Qué requisitos se exigen para intimar al ejecutado a declarar los bienes necesarios para la ejecución? ¿Cuáles son las condiciones para que sea el tribunal quién ordene las medidas para la averiguación de bienes? ¿Qué actitudes y con qué consecuencias puede asumir el ejecutado? Todas estas dudas se tratarán de responder en lo que sigue asumiendo una hermenéutica del texto proyectado.

Por de pronto se debe tener en cuenta que la regulación contempla dos supuestos de audiencias pensadas

(i) una solo para ejecución de sentencias

(ii) la otra al momento de la liquidación de cualquier tipo de ejecución cuando ya hay sentencia ejecutoriada en el proceso ejecutivo, es decir incluye a la ejecución por títulos extrajudiciales en base a los cuales se haya iniciado la ejecución.

En el primer caso la audiencia se celebra de oficio o a instancia de parte para acordar la mejor forma de ejecutar la condena, se sustancia previamente la liquidación con la intimación a presentar una declaración jurada de bienes suficientes para satisfacer el monto de la condena. Es una audiencia de liquidación y pago a efectos de resolver sobre el monto a ejecutar y facilitar el cumplimiento de la condena. Es en ese contexto que el ejecutado debe declarar o manifestar sus bienes para el cumplimiento de la obligación ejecutada. En el segundo caso aprobada la liquidación, a pedido del ejecutante, el juez intimará al ejecutado para que *manifieste* los bienes con que cuenta para afrontar el pago de lo adeudado. Si incumple (ya veremos de qué forma puede no satisfacer la intimación a manifestar bienes) el juez debe ordenar las medidas útiles para averiguar la existencia de bienes del ejecutado a pedido de parte. Ahora bien solo a pedido de parte, el juez podrá ordenar el levantamiento del secreto bancario o fiscal por el monto del crédito perseguido.

#### a) Oportunidad

En cuanto a la oportunidad para solicitar la intimación de la declaración de los bienes y derechos, debe tratarse de un proceso de ejecución. En el momento de la sustanciación de la liquidación se procede a la intimación para declarar bienes y no al momento de traba del embargo ejecutivo ni antes. En el caso de ejecución de sentencias el juez podrá ordenar de oficio o a pedido de parte la celebración de una audiencia de liquidación y pago, a efectos de resolver sobre el monto a ejecutar y facilitar el cumplimiento de la condena y ser el marco donde el ejecutado aporte información sobre sus bienes necesarios para cumplir aquella. Mientras que en el supuesto de liquidación en la ejecución de otros títulos no se hace referencia a audiencia ninguna (creo que nada obsta a que pueda el juez convocarla) directamente se procede a intimar al ejecutado para proceder a la declaración.

Suponiendo que el ejecutante haya iniciado la ejecución porque conoce algún bien del ejecutado que, no obstante, es insuficiente para el total de la deuda y luego, una vez avanzado el trámite de ejecución, solicita la declaración de bienes del deudor. Considero que es lógico admitirlo. Así iniciada una ejecución e incluso con bienes embargados del ejecutado que resultan insuficientes para cubrir la deuda no precluye, sino que más bien justifica puede intimárselo para que declare bienes suficientes para cubrir el remanente.

#### b) El requisito de insuficiencia de los bienes conocidos

Para que pueda intimarse a la declaración de bienes y derechos, los bienes conocidos del ejecutado deben ser insuficientes para cubrir la suma debida y sus ilíquidos. El instituto no tiene finalidad punitiva ni constrictiva para conocimiento de todo el patrimonio ejecutable y disponible del deudor. Solo es aplicable ante la insuficiencia para evitar su uso indebido y extorsivo frente a un deudor cuyos bienes conocidos resultan suficientes.

### c) Impulso de la intimación y control del requerimiento

Se requiere solicitud del ejecutante al tribunal para que intime al deudor la declaración de bienes. Por ende, es improcedente la aplicación de oficio. No debe confundirse en la ejecución de sentencias la intimación para que declare bienes el ejecutado -que procede solo a instancia de parte- con el posterior llamado de audiencia de liquidación y cobro (qué puede ordenarse de oficio o a petición de parte) y dónde se espera ya contar con la manifestación de bienes del deudor.

Corresponde al tribunal evaluar la solicitud de intimación para verificar que se reúnen los requisitos de oportunidad e insuficiencia de bienes del ejecutado. Contra la resolución creo cabrían los recursos de reposición y aclaratoria.

### d) La intimación para declaración de bienes y actitudes del intimado

Siendo que el tribunal considera procedente la intimación, así la ordena, con plazo de cinco días, para que presente una declaración de bienes de los que sea titular y sean suficientes para hacer frente a la ejecución. Incluye los bienes en cotitularidad con terceros, no así bienes de terceros condicionando la declaración a la aprobación de estos. La declaración de bienes es solo de aquellos necesarios para cubrir la ejecución y no de la totalidad del patrimonio del ejecutado.

El intimado puede asumir diversas actitudes frente al requerimiento judicial:

- (i) No contestar a la intimación y guardar silencio;
- (ii) Contestar con evasivas o reticencia sin declarar bienes suficientes;
- (iii) Declarar bienes que resulten insuficientes o declarar bienes ocultando gravámenes o afectaciones;
- (iv) Objetar la intimación alegando que no se verifican los requisitos para su procedencia;
- (v) Declarar bienes suficientes y sin gravámenes.

### e) Consecuencias del incumplimiento del deber de declarar bienes

En la ejecución de sentencia si incumple, total o parcial, tal obligación o se prueba hay falsedad en las afirmaciones se impondrá una multa del TREINTA POR CIENTO (30 %) del crédito. A ello se suma que el juez ordenará las medidas útiles para averiguar la existencia de bienes del ejecutado a pedido de parte. En los otros casos de liquidación si incumple el juez debe ordenar las medidas útiles para averiguar la existencia de bienes del ejecutado a pedido de parte. Ahora bien solo a pedido de parte, el juez podrá ordenar el levantamiento del secreto bancario o fiscal por el monto del crédito perseguido.

Puede verse que la multa está solo regulada para el caso de ejecución de sentencias mientras que la posibilidad, a pedido de parte, de proceder a la averiguación de bienes se puede verificar en los dos casos. Es de considerar como especial medida, aunque regulada solo para el segundo caso también sería aplicable al primero, la solicitud de parte del levantamiento del secreto bancario o fiscal por el monto perseguido. ¿Cabría la posibilidad, aunque no regulada, de imponer aistrentes (como lo regula la LECespañola) frente a la reticencia a declarar bienes? Considero que sí ya que incluso la averiguación de bienes por el tribunal podría verse frustrada de no existir bienes registrables o dinero bancarizado.

#### Oposición a la intimación

No existe previsión en el Proyecto sobre la posibilidad de oposición a la intimación para declarar bienes dentro del plazo de cinco días.

(i) Podría existir ya por ejemplo un embargo sobre una cantidad suficiente de bienes para cubrir la ejecución o bien incerteza sobre la tasación de un bien o ya embargado o bien disponible para ser declarado. Corresponde admitir la posibilidad de la oposición, aunque en definitiva quedará sujeto a la ponderación y decisión del tribunal siendo solo admisibles la reposición aclaración o ampliación.

(ii) Tampoco hay previsión sobre la posibilidad de discutir por parte del ejecutante la suficiencia en la declaración de bienes realizada por el ejecutado o si hubo evasivas y podrían habilitar la averiguación de bienes por el tribunal a pedido de parte. O incluso en paralelo en la ejecución de sentencias la aplicación de multas. Ello se debiera resolver como incidente que no admite apelación, sino apenas recurso de reposición.

## 2. Averiguación de bienes por el tribunal

La disposición establece que si incumple el ejecutado el juez debe ordenar las medidas útiles para averiguar la existencia de bienes del ejecutado a pedido de parte. La misma redacción está prevista para la ejecución de sentencias como para la liquidación de bienes. En la liquidación de bienes se suma lo siguiente: Ahora bien, solo a pedido de parte, *el juez podrá ordenar el levantamiento del secreto bancario o fiscal por el monto del crédito perseguido*. Este agregado en la liquidación de bienes considero también podría aplicarse sin problema si se trata de la ejecución de sentencias donde corresponde como alternativa general también la liquidación de bienes. La redacción es bastante simple y pone en cabeza

del juez la determinación de las medidas necesarias (flexibilidad de las medidas ejecutivas de averiguación) para el logro de la finalidad.

Son requisitos para la averiguación de bienes por el tribunal:

(i) que haya fracasado la intimación al ejecutado para que manifieste bienes;

(ii) procede solo a petición de parte, y no de oficio;

(iii) evaluación de la solicitud de averiguación y satisfacción de sus requisitos. Cabe acá preguntarse sobre los condicionamientos de esas medidas que pueda adoptar el tribunal. Como ejemplo cabe mencionar la LECEspañola y el Código General del Proceso uruguayo donde se detalla contra quiénes puede emitirse la orden de averiguación de bienes. Veamos el texto y las dificultades que plantea y si son trasladables a la propuesta del Proyecto argentino.

Dispone el art. 379.7 del CGP:

“Averiguación de bienes. El tribunal podrá dirigirse a los organismos y registros públicos pertinentes a fin de que faciliten la relación de todos los bienes o derechos patrimoniales del ejecutado de los que se tuviere constancia. Ello, sin necesidad de otra identificación que el nombre completo de la persona física o nombre y clase de persona jurídica, conjuntamente con un número identificatorio oficial. El tribunal de la ejecución podrá solicitar informe de los saldos de cuentas y depósitos que pueda tener el ejecutado en las entidades del sistema de intermediación financiera”.

De esta norma surge que los destinatarios solo pueden ser organismos y registros públicos, ellos quedarían obligados por la orden de averiguación de bienes sin necesidad mayor que solo los datos de identificación básicos del ejecutado. Dicha norma restringe el destinatario de la orden de averiguación.

#### a) Averiguación de bienes

En el caso del Proyecto argentino la interpretación de la norma (abierta) no limita que también pueda requerirse información de privados y otros terceros que no sean organismos ni instituciones públicas. El trámite de impulso de la averiguación de bienes es unilateral, instado por el ejecutante sin previo traslado al ejecutado. Éste ya tuvo oportunidad de manifestarse en la intimación a manifestar bienes que no cumplió o lo hizo en forma defectuosa.

No se ve razón por qué limitarlo solo a los públicos ya que podría haber privados que tienen conocimiento de bienes del ejecutado y bien por esta orden judicial podrían aportarlo. Además, nada obsta a que en el caso en concreto el requerido objeto por alguna causal de resguardo de secreto justificado y se genere un incidente que, en definitiva, será resuelto por el juez. El caso de derechos y bienes indisponibles no embargables que pueda informar el tercero justifica la negativa ya que no servirían justamente para hacer frente a la ejecución. El caso de derechos industriales o de registro de propiedad intelectual cuyo revelación puedan generar un perjuicio irreparable al ejecutado u otros también podría justificar una forma de enervar la orden judicial de averiguación. En todo caso la disputa sobre su procedencia debe ser decidida por el tribunal y solo es admisible el recurso de reposición.

#### b) Averiguación de saldos en cuentas y depósitos del sistema financiero.

Antes de proceder al embargo o bloqueo de una cuenta o depósitos bancarios por falta de información al respecto podría solicitarse información a las entidades financieras para que, una vez recibida la misma, se pueda determinar cuál o cuáles cuentas son suficientes para embargar cubriendo la suma adeudada. De todas maneras si ya dispone el acreedor de información sobre la existencia de cuentas o depósitos bancarios, no es presupuesto para el embargo que el tribunal solicite la información a la entidad financiera [\[864\]](#).

Así lo que debe leerse es que la ley procesal pone a un mismo nivel el dinero con lo depositado en una cuenta bancaria en tanto hay disponibilidad fácil e inmediata [\[865\]](#). No obstante, el embargo de activos bancarios amerita un tratamiento especial ya que

(i) no es técnicamente el dinero real, sino nominal el que entra en juego por un lado y,

(ii) segundo, se trata de un contrato bancario entre la entidad financiera y una persona (el ejecutado en la relación procesal).

(iii) En esa relación contractual el ejecutante es un tercero y la misma entidad financiera no tiene relación alguna con aquel.

(iv) Justamente de los puntos (ii) y (iii) surge una dificultad adicional que representa un límite y es el acceso a esa información (tanto por el acreedor como por el órgano de ejecución), siendo que son datos personales especialmente resguardados por el secreto bancario.

Ahora bien, al acreedor ejecutante interesa, como proyección de su derecho a una efectiva tutela jurisdiccional, la satisfacción plena y tempestiva de su crédito. Puesto que la finalidad de la ejecución dineraria es, precisamente, obtener una determinada suma de dinero para cubrir la cuantía de la ejecución, el embargo trabado sobre dinero constituye por antonomasia la medida ejecutiva que mejor sirve a estos propósitos<sup>[866]</sup>. El tribunal puede ordenar al efecto el levantamiento del secreto bancario de modo que las entidades del sistema de intermediación financiera no pueden denegar información amparándose en aquel. Es evidente que el propósito ha sido fortalecer el proceso de ejecución para lograr la tutela efectiva del crédito<sup>[867]</sup>. Quedarían excluidos por no contar con la información acerca del contenido los *cofres fort* contratados con la institución (ya que técnicamente no es un saldo en cuenta o depósito), y por otra parte esa información no está en poder de la institución.

## VI. Conclusiones

El conocimiento de los activos del deudor facilita la elección de la medida de ejecución más eficiente y al mismo tiempo proporcionada y apropiada, y permite la coordinación de varias medidas paralelas. Sin embargo, la divulgación completa es una intrusión grave en el ámbito privado o comercial del deudor. Cada sistema legal tiene que equilibrar el derecho de los acreedores a una aplicación eficiente con el derecho de los deudores a una protección de datos adecuada. Un medio de divulgación muy común es la declaración del deudor, y solo unos pocos sistemas legales no prevén este instrumento de divulgación. Sin embargo, hay muchas variaciones en los detalles:

- (i) deber de declarar al comienzo de los procedimientos de ejecución o después de un intento de embargo fallido o ya en casos donde la probabilidad de éxito es baja;
- (ii) divulgación completa o identificación de activos suficientes para la ejecución del acreedor de su reclamo únicamente;
- (iii) divulgación de una vez por todas o divulgación parcial según el estado de éxito de la ejecución;
- (iv) declaración escrita solo bajo declaración jurada o examen oral y contrainterrogatorio en una audiencia judicial en casos apropiados;
- (v) registro de negativa a declarar en un registro público o en un registro con acceso limitado solamente; comparecencia forzada en el tribunal para declaración y encarcelamiento como sanción de último recurso o falta de sanciones.

Algunas jurisdicciones autorizan a las autoridades de ejecución a solicitar asistencia de las autoridades públicas o agencias privadas que tienen registros que contienen información sobre los activos del deudor (solicitudes de información de los registros de seguridad social o fiscales; información sobre el empleo del deudor en los registros de la seguridad social, etc.).

Y acá surge una pregunta :¿El deudor solo tiene una “carga” facultativa o está realmente obligado a cooperar con el órgano de ejecución para proporcionar toda la información relevante para facilitar los procedimientos de ejecución? La información relevante para la ejecución, como los detalles de los activos del deudor, no se utiliza para aclarar hechos controvertidos entre las partes, como lo sería en los procedimientos declarativos, sino para proceder a efectivizar el proceso de ejecución con las medidas ejecutivas de conservación o de liquidación que procedieran.

El Proyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina (2019) se hizo eco de ello incorporando dos audiencias (una en la ejecución de sentencia y otra en la liquidación de bienes) que persiguen acceder al detalle de bienes necesarios del deudor para la cobertura del crédito ejecutado.

(i) Así en el art. 530 sobre la liquidación en la ejecución de sentencias de condena establece que “La liquidación se sustanciará con la contraria por CINCO (5) días, con intimación a presentar una declaración jurada de bienes suficientes para satisfacer el monto de la condena. De oficio o a petición de parte, el juez podrá ordenar la celebración de una audiencia de liquidación y pago, a efectos de resolver sobre el monto a ejecutar y facilitar el cumplimiento de la condena. En caso que la parte ejecutada omitiere la declaración o no aportare la información requerida y se demuestre que contaba con bienes como para satisfacer la condena, se le impondrá una multa del VEINTE por ciento (20 %) de su monto”.

(ii) Similar disposición contiene el art. 554 en la liquidación de bienes (para todo tipo de ejecución) “Intimación. Deber de identificar bienes.

“Aprobada la liquidación, a pedido del ejecutante, el juez intimará al ejecutado para que en el plazo de CINCO (5) días manifieste los bienes con que cuenta para afrontar el pago de lo adeudado. En caso de omisión, total o parcial, en el cumplimiento de tal obligación o la



falsedad de las afirmaciones se impondrá una multa del TREINTA POR CIENTO (30 %) del crédito. El juez ordenará las medidas útiles para averiguar la existencia de bienes del ejecutado a pedido de parte. A pedido de parte, el juez podrá ordenar el levantamiento del secreto bancario o fiscal por el monto del crédito perseguido.”

Así ante la falta de activos para la cobertura de la obligación ejecutada solo a requerimiento de parte el juez intimará al deudor a la manifestación de los bienes necesarios para el pago de la deuda. Hay una serie de alternativas que pueden darse frente a dicha intimación. Frente al fracaso de la misma el acreedor puede requerir la averiguación de bienes por el tribunal acudiendo a toda medida útil, necesaria y proporcional al respecto para el logro de la finalidad.

# La gestión del agua en la provincia de Salta, en relación a la producción agropecuaria. Los consorcios de riego

Martín Plaza

## I. Introducción. Los usos del agua, su importancia en los agronegocios

El agua, como recurso natural, ha significado a lo largo de la historia un insuperable factor de desarrollo humano, por lo cual su uso, regulación y cuidado, resulta de vital importancia en la vida humana.

A partir del siglo XX, se ha establecido una jerarquización (consumo, riego, industrial, minero, de generación de energía, etc.) de los distintos usos del agua, que tiene por objeto priorizar su utilización de manera tal de preservarla, y distribuirla racional y equitativamente.

Los usos del agua pueden ser consuntivos y no consuntivos, dependiendo los primeros de la pérdida de cantidades variables de la misma, mencionado entre los mismos al abastecimiento de agua potable a la comunidad, y a la industria manufacturera, así como a la agricultura bajo riego.

Mientras que los no consuntivos, son los que en el uso no producen pérdidas cuantitativas de agua, entre los que podemos mencionar a la navegación, transporte, generación hidroeléctrica y las actividades recreativas.

El objeto del presente estudio es analizar la gestión del agua para riego en la Provincia de Salta, teniendo en cuenta sus aspectos institucionales, legales y económicos.

En nuestro país, se estima que el desarrollo de agricultura bajo riego y el uso del agua por la ganadería consumen el 73 % del uso consuntivo, mientras que el uso industrial se estima en un 18 %, y el uso doméstico de abastecimiento de agua potable el 9 %.

Conforme este uso diferenciado, las provincias áridas, han tenido históricamente un especial cuidado de regular los usos del agua, fijando prioridades, y posibilidades de uso.

El profesor Marienhoff, con su claridad habitual explica que:

“Irrigación es el humedecimiento de la tierra por obra del hombre, con fines agrícolas en general. Va de suyo que cuando se habla de irrigación entiéndase referirse al humedecimiento de la tierra por vía artificia. Abarca no solo el acto concreto de desparramar o distribuir el agua en el terreno, sino también todos los trabajo y obras necesarios para utilizar y dominar el agua, conduciéndola a donde se desea (...) La irrigación es necesaria en las regiones donde existe un desequilibrio entre el calor y la humedad (...) En las zonas aptas para el cultivo, pero escasa de lluvias, mediante la irrigación se suple la falta de humedad necesaria para la producción. Pero la práctica acertada de la irrigación requiere determinados conocimientos. El simple empirismo no es suficiente. El estado debe preocuparse de instruir al regante en el manejo acertado del agua de riego, lo contrario es de efectos nocivos”

Lo expuesto, permite delimitar claramente los temas incluidos en la compleja actividad de irrigación:

-El carácter público de la irrigación en cuanto a política de riego, más allá de la eventual delegación transestructural de cometidos

-El carácter privado o público de las aguas. (Tema que se analizara a continuación)

-El uso y goce de las aguas.

Al respecto, se ha dado en nuestro país una importante polémica referida a las facultades delegadas por las provincias preexistentes al estado nacional (art. 121º de la Constitución Nacional).

La misma, en lo que nos concierne, se circunscribe a la discusión referida al dominio de la aguas, su carácter público o privado y a la jurisdicción sobre ellas.

Más allá del invalorable servicio prestado por muchos años por el Código Civil, y por su sucesor el Código Civil y Comercial, que como en tantas otras materias del derecho público (Doctrina del acto administrativo, nulidad, responsabilidad del Estado, dominio público, etc.), vino a llenar un vacío legislativo de la época, de la adecuada interpretación de las disposiciones constitucionales, surge el dominio de los estados provinciales respecto del curso de los ríos. Es decir, que la materia no ha sido delegada la Nación, y se refiere a cuestiones de Derecho Público Provincial, y por ende solo regulables en sede de los estados locales.

En ese sentido, ratifica esta doctrina, el art. 124º *in fine* de la Constitución Nacional, al sostener que “Corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio”.

A su vez, la Constitución Provincial regula el tema en su art. 83, reafirmando su dominio sobre las aguas, respetando sin embargo lo referido a las aguas de dominio privado, donde el Código Civil y Comercial si posee competencia para legislar, ya que la materia es la protección de los derechos individuales.

Esta última competencia surge del art. 75 Inc. 12 y 30 de la Constitución Nacional, es decir, de la

garantía constitucional de asegurar el uso y goce de los derechos individuales en todo el país. Es decir, que respecto de los dominios privados, que no puede el estado provincial dejar de reconocer, solo existe un poder de policía por parte de estos últimos (art. 3 de la ley salteña N° 7017).

La Constitución Provincial, en el uso de sus facultades, declara que las aguas de su dominio (no delegadas al estado nacional), son de carácter público, es decir que la titularidad es de la comunidad toda, por lo que no es un bien de carácter puramente estatal.

El otro aspecto que completa la complejidad del tema, es la jurisdicción, es decir la facultad de reglar, administrar, y tutelar el bien, la cual es ejercida por la provincia, en virtud del citado art. 124º de la Constitución Nacional.

Esta jurisdicción, implica determinar los modos y formas en que los particulares acceden al uso y goce del bien, el cual como ya fuera dicho es de la comunidad toda. En este caso, los modos jurídicos que se instrumentan, son las figuras de concesión de uso, y permiso de uso.

Es con estas últimas figuras jurídicas cuando surgen los derechos de uso de las aguas públicas del estado, que deben ser respetado por el estado, e incluso en caso de ser inherentes al suelo, constituyen un verdadero derecho real administrativo (art. 34º de la Ley N° 7017). De allí que el estado, como principio, no pueda negar el uso del derecho al agua por parte de los fundos vecinos.

Conforme lo expuesto, lo que se analizara bajo el principio de delegación de cometidos realizadas a los Consorcios de Usuarios de Riego, permitirá entender lo adecuado de la transferencias a estos Consorcios de objetivos públicos, conforme el entramado jurídico que se describe.

Como aspecto final debe tenerse especialmente en cuenta la política de riego, puesto que el estado, más allá de poseer el dominio del bien, para destinarlo al uso y goce de los particulares, y de ejercer el poder de policía (la jurisdicción) respecto del bien de dominio público, debe verificar el destino del bien para el uso público, es decir al uso y goce de la comunidad toda, en un correcto entendimiento de la búsqueda del Bienestar General (Bien Común).

Búsqueda que solo puede ser equitativa y sustentable, con una adecuada política de riego, que conforme a lo expuesto, resulta una obligación gubernamental, más allá de los distintos recomendables niveles de participación que se instrumenten.

Conforme el marco planteado, el presente trabajo está orientado a analizar, como se encuentra regulado el uso del agua en la Provincia de Salta. Con ese objetivo se estudiaran sucesivamente los distintos modelos de gestión de los Recursos Hídricos., sus aspectos organizativos y estructura legal (punto II) ; la gestión de los Recursos Hídricos en Salta(punto III); los Consorcios de Riego como figura jurídica central en el uso del agua destinada a la actividad agropecuaria en Salta (punto IV); el precio del agua (punto V), y finalmente posibles estrategias de desarrollo y financiamiento (punto VI).

## *II. La gestión de los Recursos Hídricos. Aspectos organizativos. Estructura legal*

Según el Censo Agrícola del Indec del año 2002, de los 278 millones de hectáreas de superficie del país, se encuentran cultivadas 38 millones, seguramente ampliadas luego de la explosión de cultivos de los años 2003- 2004. De ese monto solo 1.700.000 hectáreas están aproximadamente bajo riego, de un total de 6.300.000 aptas para cultivos bajo esta modalidad. La Provincia de Salta posee bajo la modalidad de riego aproximadamente 157.000 hectáreas.

El país posee aproximadamente 125 zonas de riego, en las que se practica el riego integral y complementario, tanto público como privado.

En las zonas áridas, que se llevan el 68 % de la superficie bajo riego, se lleva un registro por parte del estado de las concesiones y usos del agua. Entre las Provincias áridas, es Mendoza la que históricamente ha tenido un importante desarrollo institucional del organismo estatal encargado del riego, además de una legislación señera en el tema, desarrollándose una importante tarea conjunta con los Consorcios de Riego allí conformados.

El 32 % restante de zonas bajo riego del país, están en la Pampa Húmeda, aunque esta región, con los mayores rindes agropecuarios mayormente, utiliza en gran medida aguas subterráneas y lluvias.

A nivel Nacional, existen una multiplicidad de organismo institucionales y técnicos, con competencias muchas veces superpuestas, por lo que "el enfoque sectorial de cada una de las actividades vinculadas a los recursos hídricos conspira contra su planificación integral, con los resultados negativos para la sustentabilidad de la gestión del agua"<sup>[872]</sup>.

Entre los organismos con competencia institucional, podemos mencionar a:

- la Subsecretaria de Recursos Hídricos, dependiente de la Secretaria de Infraestructura y Recursos Hídricos, en el Ministerio de Obras Publicas
- Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable
- Subsecretaria de Política Agropecuaria y alimentos de la Secretaria de Agricultura, Ganadería, Pesca y Alimentos
- Ministerio del Interior, con competencia en los temas de Ríos Ínter jurisdiccionales
- Ministerio de Defensa, en ríos de jurisdicción especial
- Ministerio de Relaciones Internacionales, en ríos de jurisdicción internacional

Entre los organismos técnicos, podemos mencionar a:

- Instituto Nacional del Agua (INA)
- Ente Nacional de Obras Hídricas de Saneamiento (ENOHSA) en el ámbito del Ministerio de Obras Públicas
- Organismo Regulador de Presas(ORSEP)
- Consejo Federal del Medio Ambiente( COFEMA)

### *III. La gestión de los Recursos Hídricos en Salta*

La Constitución de la Provincia de Salta, regula específicamente los aspectos concernientes al uso del agua en su art. 83º, el cual dispone:

- Las aguas de dominio público de la Provincia están destinada a satisfacer las necesidades de consumo y producción.
- Los poderes públicos preservan la calidad y reglan el uso y aprovechamiento de las aguas superficiales o subterráneas que integran el dominio de la Provincia.
- El uso de las aguas del dominio público destinadas a las necesidades de consumo de la población es un derecho de esta y no puede ser objeto de concesiones a favor de las personas privadas.
- El uso de las aguas del dominio público destinadas al riego es un derecho inherente a los predios, en beneficio de los cuales se conceden en la medida y condiciones determinadas por la ley y en atención a su función social y económica.
- Los poderes públicos estimulan la expansión de las zonas de riego y la constitución de consorcios de regantes.
- Los usuarios de aguas públicas tiene participación en todo lo concerniente al aprovechamiento de aquella.
- La provincia regula el aprovechamiento de los ríos interprovinciales que nacen o atraviesan su territorio, mediante Leyes o tratados con otras provincias ribereñas.

A partir de estas definiciones del constituyente, se articula la política de aguas de la Provincia de Salta, con una clara declaración respecto de las aguas de dominio de la Provincia como de uso público, destinadas al consumo y a la producción, con derechos de riego respecto de ella con carácter de inherentes, por parte de los prediantes. También se señalan las políticas a llevar a cabo por los poderes públicos: la expansión de áreas de riego y a constitución de consorcios de regantes y participación de usuarios.

La Ley N° 7017 del año 1998<sup>[873]</sup>, regulo este art. constitucional, estableciendo entre otros aspectos:

- Autoridad de aplicación: a partir de la Ley de Ministerios N° 8171 año 2019, dicha competencia está asignada a la Secretaria de Recursos Hídricos, dependiente del Ministerio de la Producción y Desarrollo Sustentable.
- La Ley N° 7017 también prevé el funcionamiento de un Consejo Asesor del Agua, conformado por representantes del sector agropecuario, industrial y minero. Dicho Consejo a la Fecha no fue conformado.
- Usos del Agua Publica, tanto comunes como especiales, y su orden de importancia y prevalencia. En ese sentido entre los usos comunes tenemos a la bebida y a la pesca, y entre los usos privados. tenemos:
  - 1- Abastecimiento de poblaciones.
  - 2- Irrigación.
  - 3-Industrias.
  - 4- Pecuario.
  - 5- Energía Hidráulica.
  - 6- Minería.
  - 7-Acuacultura.
  - 8-Termo- Medicinales.
  - 9-Recreativo.
- Regulación de las Concesiones y permisos de uso de aguas
- Aspectos referidos a la Defensa contra efectos dañosos de las Aguas, tales como contaminación, inundaciones, erosión hídrica, sedimentación y desecación de pantanos.
- Políticas de revenimiento, salinización, desagües y avenamiento.
- Regulación de Consorcios de Riego.
- Registró Público y Censo del Agua.
- Disposiciones concernientes a Obras Hidráulicas.
- Régimen de Utilización de las Aguas Públicas y Distribución de Caudales.
- Aspectos referidos a restricciones al dominio, ocupación temporal, servidumbres administrativas y expropiación.

#### *IV. Los Consorcios de Riego. Aspectos legales, organización, caracteres. Deficiencia en el riego*

Como ya fuera dicho, el corazón de la gestión de los recursos hídricos en la Provincia de Salta, son los Consorcios de Usuarios de Riego (CUR). Dicha decisión constitucional, supone una "opción del constituyente por una forma de democracia participativa referida en el Preámbulo y art. 9º de la Constitución de Salta" (art. 1º de la Ley N° 6845), así como la aplicación del principio de subsidiaridad en la gestión de los recursos hídricos, reservándose el estado el dominio público de las aguas, y la autoridad de aplicación administrativa de la normativa vigente.

En realidad, la figura de los CUR, ya existía en el Código de Aguas de 1947 (Ley N° 775), promocionando su uso la Administración General Aguas de Salta (AGAS). Pero una vez desaparecido este último organismo, y partir de la Ley N° 7017, es que se produce una verdadera delegación de cometidos (ver nota N° 3), con posibilidades reales de gestión con la reciente delegación también de la posibilidad de cobro y utilización del canon de riego.

La figura del consorcio corresponde a la doctrina italiana, y supone una unión de personas, para la gestión o defensa de un fin determinado.

La particularidad de régimen salteño, es su amplia regulación por la Ley N° 7170, y su definición como persona pública no estatal. Esta Ley debe ser entendida conjuntamente con la Ley N° 6845 que establece Principio para la Organización de Consorcios.

Ambas leyes vienen a dar operatividad al ya mencionado art. N° 83 de la Constitución Provincial, que determina con claridad la política económica de la Provincia respecto de este tema.

Cabe señalar que un importante número de Provincias han adoptado este régimen de CUR, sin embargo, solo algunas han dado operatividad a los mismos.

Por otro lado, dentro de los "consorcios plenamente operativos las diferencias centrales radican en la definición del nivel de incumbencias. Determinados consorcios gestionan en forma integral la actividad de conducción y distribución de agua de riego, otros comparten responsabilidades con las autoridades provinciales, otros han sido organizados por los organismos provinciales de riego y mantienen relaciones de dependencia funcional y financiera con estos organismos. Claramente, la rápida pero ordenada expansión de los modelos más descentralizados es uno de los requisitos indispensables para el mejoramiento de la calidad de gestión"<sup>[874]</sup>.

El CUR, regulado por la Ley N° 7071, es un grupo de personas físicas o jurídicas que se constituyen para el uso de agua públicas desde una toma, presa común, sistema de cauces, con el objeto de administrar, planificar, controlar, aforar, conservar, mantener y preservar la infraestructura hídrica para riego u otros usos especiales. Dicha actividad, puede extenderse también a toda actividad que directa o indirectamente afecte a normal distribución de las aguas, la integridad de los cauces y la cantidad o calidad de las aguas que conduzcan (art. 184º). Debe poseer un estatuto aprobado por el Poder Ejecutivo Provincial (art. 190º Inc. j).

Los CUR son personas públicas no estatales, autárquicas. Esta particular figura jurídica, al ser pública (por los fines que persiguen, lo que Barra ha denominado Delegación Transestructural de Cometidos), cuando maneje fondos públicos, debe estar sometida al control de la Auditoría General de la Provincia. Sin embargo, al no ser estatal, sus medios y procedimientos de acción pueden ser los del derecho privado, por lo que no están obligados por la Ley de Contabilidad, ni la Ley de Contrataciones.

Los CUR se constituyen por voluntad propia de los usuarios o propiciados por el Gobierno, debiendo ser aprobada la constitución por acto administrativo de la Autoridad de Aplicación, el cual fijara los fines específicos de los mismos y los límites de su actuación (art. 190º).

Podrán ser miembros de los CUR, los propietarios o poseedores de los predios y de los establecimientos industriales beneficiados por la concesión de uso (art. 188º).

Las funciones de los CUR son amplias (art. 190º), y suponen una verdadera transferencia en el manejo de cuenca, así tenemos que: Administra y distribuye los caudales en función de los usos y categorías de los derechos empadronados, con criterios de equidad y eficiencia.

Lleva un registro de los derechos sobre el agua (titularidad, tipos de uso, categorías de derechos, dotaciones, etc.).

Debe llevar un registro actualizado de datos de la cuenca.

Puede disponer la suspensión de la entrega de dotación de agua y aplicar multas.

Ejerce la policía de protección de la cuenca.

El plexo normativo de la regulación de los CUR, se completa con las Ley N° 6845 -Principios para la Organización de Consorcios, su decreto reglamentario N° 953/98-, y la Ley N° 6842 -Principio para la Formulación del Régimen del Dominio Público Hidráulico de la Provincia-.

Los CUR deben dictar sus estatutos, los que deben ser aprobados por la autoridad de aplicación, y en ella se deben prever las autoridades conformadas por una Comisión Directiva, una Asamblea de Usuarios, y los Órganos de Fiscalización. Las funciones que establecen los estatutos son administrativas para distribuir los caudales con criterios de equidad y eficiencia según los lineamientos del Código de Aguas, así como tareas de representación.

En la Provincia de Salta, la definición constitucional y legal de los CUR, se ha ido haciendo realidad lentamente. Actualmente, funciona 50 CUR, constituidos por 4800 usuarios, que administran, gestionan y distribuyen agua en 157.000 hectáreas de cultivo. Dichos consorcios corresponden a las cuencas más importantes, quedando pendiente la constitución de los mismos en las pequeñas cuencas.

Dichos CUR son activos desde lo operativo y la gestión, pero no han desarrollado aun de manera adecuada su perfil institucional y sus estructuras administrativas y de organización.

Pero el principal problema que atenta con la plena utilización del agua en la Provincia, es la no utilización eficiente del sistema de riego, por falta de infraestructura que permita la no perdida de importantes caudales de agua.

Actualmente los CUR con canales primarios y secundarios revestidos, no llegan al 10 %. Casi el 80 % de los consorcios, deben armar sus sistemas de distribución anualmente en acequias de tierra, algunos limpian el sistema de conducción íntegramente y otros deben construir las tomas con ramas, plásticos, piedras, palos, bolsas con arena; en esos consorcios los canales y acequias deben ser trazados todos los años después del periodo de lluvias.

El funcionamiento del sistema supone una plena utilización del agua para riego, la eficiencia y equidad en su uso, y la potencialización de las producciones agraria.

Los temas pendientes al respecto, y que se verán en el capítulo VI del presente, son entre otros:

- Solución del financiamiento de obra.
- Mayor compromiso y entendimiento por parte de los usuarios del sistema.
- Determinación del precio justo del agua.

Cabe mencionar, que a comienzos del año 2004 se constituyó la Asociación de Consorcios, aprobándose en enero de 2005 su estatuto social, con el consecuente reconocimiento de personería jurídica.

Los objetivos de la misma son:

Fomentar la unión y solidaridad de los Consorcios de Usuarios de la Provincia de Salta.

Representarlos en el Orden Municipal, Provincial, Nacional e Internacional.

Propender al perfeccionamiento de las Leyes de fondo y de forma, relacionados directa o indirectamente con el aprovechamiento del agua en sus diversos usos.

Procurar el acrecentamiento, difusión e intercambio de la cultura de riego y del manejo eficiente del recurso hídrico y su preservación.

Promover la elaboración de proyectos de obras hídrica que favorezcan el desarrollo de las diversas cuencas y evaluación integral.

## V. El precio del agua

La discusión en torno de la gestión del agua para riego, y los distintos modelos posibles, surgen por el interés creciente en el recurso, debiendo considerarse el mismo, entre otras cosas, como un bien insumo de la producción, es decir con un valor, y sujeto a las variaciones de mercado. Si bien, vale aclarar, un mercado con particularidades muy especiales, y con regulaciones que exceden la actividad de riego. Pero que su uso racional, eficiente y planificado, posibilitaría una mejora real de la producción agrícola, con las consecuentes repercusiones en la económica y en la comunidad.

Si consideramos el agua para el riego, desde este punto de vista, necesariamente se debe pensar en mecanismos adecuados para la fijación de un precio. Los cuales deben lograr la "eficiencia y eficacia en el precio", refiriéndose lo primero a los costos y lo segundo a la calidad.

Si lo que se busca con el riego, es logra una mejora en los niveles de producción, necesariamente se debe tener en cuenta los costos y gastos de la prestación de un buen servicio, además del también necesario sostenimiento de las áreas que solo llevan una economía de subsistencia por parte del sistema todo.

El sistema de riego, en las circunstancias actuales, no puede funcionar solamente a partir del precio del agua, sino que debe ser subsidiado por el Estado, como política de promoción y apoyo a la producción, planificando en el tiempo, el equilibrio económico de la ecuación financiera del sistema, que implique a largo plazo, el pleno autofinanciamiento.

El precio del agua puede determinarse a partir de cuatro modelos <sup>[875]</sup>:

-Mercados de competencia perfecta: son aquellos mercados donde se da una pluralidad de compradores y vendedores, hay un adecuado flujo de información y acceso al tecnología. Dicho mercado supone una libre competencia entre oferta y demanda. Dicha posibilidad es sumamente difícil en la actividad que se analiza, ya que se da un monopolio en el suministro, además de grandes carencias tecnológicas y desigualdades y asimetrías en la demanda.

-Fijación de precio de manera institucional: es el prestador monopólico quien lo fija (Gobierno o CUR), sin tener en cuenta un análisis de eficiencia en la prestación del servicio. Esta posibilidad, que generalmente supone un precio bajo, trae muchas veces como consecuencia el deficiente uso del agua, derroche, y falta de instrumentación de tecnología.

-Fijación de precios vinculados a la productividad: en este sistema los precios se establecen en relación a la productividad de los sectores agrícolas, lo cual en una actividad tan variable como la del campo, sujeta a perturbaciones climáticas y modificaciones de precios internacionales, resulta demasiado inestable y poco programable.

-Sistema de costo pleno: este sistema vincula el costo del servicio con el costo del mismo, lo cual implica un autofinanciamiento, que supone la cobertura de los costos administrativos

de las unidades de gestión, los costos operativos del suministro (mano de obra, energía eléctrica, combustible y lubricación de los equipos de mantenimiento del sistema, repuestos de máquinas y equipos), y los costos de capital (obras de infraestructura a realizar o realizables)

Este último modelo es el instrumentado en la Provincia de Mendoza, que por su eficiencia debiera ser tomado como paradigma, más allá de las particularidades específicas que ofrece, y las adaptaciones que amerite.

“Para el cálculo del canon de riego “pro hectárea” se procede en Mendoza a estimar el presupuesto anual de la Institución Rectora y Administradora del Riego (DGI) y se lo divide entre el total de hectáreas empadronadas, ponderadas por el grado de cumplimiento en el pago. De esta forma, se estima un costo por hectárea. Empadronada con derecho a riego. El valor del canon varía en función de importancia y longitud de las redes de riego específicas. La facturación se vincula con la superficie con derecho a riego del establecimiento considerado.

El canon de riego da cobertura los siguientes componentes de costo:

Costos administrativos de la Sede Central del DGI.

Costos administrativos de las sedes regionales o subdelegaciones.

Costos administrativos y operativos de las inspecciones de cauce o asociaciones de regantes.

Costos de obras mayores y menores.

La entrega de agua se hace en función de la superficie empadronada con derecho de riego. El monto que debe abonar un usuario por hectárea y por año resulta de la siguiente fórmula:

$$T= S1+S2+D1+T1+I1+F1+O1+O2$$

Donde: T es tal tarifa total, S1 es la cuota de sostenimiento de la administración central, S2 es la cuota de sostenimiento de la Subdelegación respectiva, D1 es la cuota de administración y operación de diques, T1 es la cuota de cobertura de Trabajo con equipos pesados, I1 es la cuota de inspección de cauce (canal, hijuela, ramo), F1 es la cuota de Fondo Permanente, O1 es la cuota de Obras Menores (Financiadas por la DGI), y O2 es la cuota de Obras mayores (financiadas por la Provincia de Mendoza).

El valor total del canon de agua de riego oscila alrededor de \$ 59 por ha. Y por año. Existen ajustes menores en las cuotas que corresponden pagar a los distintos regantes. Uno de esos ajustes resulta de la posición que el regante ocupa en la zona de riego, lo que se traduce en utilización de canales secundarios o terciarios que es preciso mantener, limpiar, etc.”[\[876\]](#)

En la Provincia de Salta, conforme el art. 56º de la Ley N° 7971, es el Poder Ejecutivo Provincial quien fija el canon, previo informe de la Autoridad de Aplicación.

Para la determinación del mismo, se deben tener en cuenta: la condición hídrica de la fuente, si se efectúa uso con consumo, y si se producen alteraciones físicas. Dando la Ley variables de medición, según los distintos tipos de usos especiales.

Estas posibles variaciones establecen en la actualidad márgenes que incluyen siete categorías, con valores que van desde los 12\$/ha - año, a los 30\$/ha - año.

El sistema no tiene en cuenta los costos del servicio, y generalmente no los cubre, debiéndose tener en cuenta además que el nivel de cobranza promedia el 30 %, lo cual significa un monto de aproximadamente \$ 4.000.000.

Además de una eficiente y eficaz determinación del precio del agua, debe instrumentarse una adecuada política de cobro y concientización de la importancia para el funcionamiento del sistema, del cumplimiento de las obligaciones.

La determinación del precio, a través de una ecuación económica eficaz y eficiente, debe ser necesariamente acordada con los CUR, ya que el sistema funciona partir de la gestión de estos últimos.

Pero además el estado, debe subsidiar racionalmente el sistema, ya que de los 50 CUR, solo 10 pueden ser superavitarios, por lo que entre estos y el Estado, deben financiar el funcionamiento básico de otros que sostiene economías de subsistencia.

La Ley N° 7071, también prevé la posibilidad de la regalía, que es el tributo en función del aprovechamiento económico que se haga del recurso y derecho y se determina en proporción a dicho aprovechamiento productivo (art. 54º de la Ley N° 7017). Asimismo, también se podrá cobrar la Prorrata, que es una cuota parte proporcional que le corresponde a cada usuario por el servicio, y está destinada a cubrir los gastos de construcción, reparación, conservación y administración particular de los acueductos o infraestructuras que lo beneficien (art. 54 *in fine* de la Ley N° 7017).

## VI. Estrategias de desarrollo y financiamiento

La problemática de la gestión de riego expuesta en este trabajo, debe ser entendida y analizada teniendo en cuenta fundamentalmente las distintas dificultades que imposibilitan un desarrollo óptimo de la actividad, observando que una superación de las mismas posibilitaría un importante mejora en el desempeño de las actividades productivas agrícola ganaderas, con las consecuente repercusión en el desarrollo económico, social y ambiental.

En el presente capítulo se expondrán entonces las distintas dificultades [\[877\]](#), lo cual permitirá tener una

base de elementos a tener en cuenta para diseñar una completa planificación de actividades, que permitan el potenciamiento y desarrollo auto sostenido de la actividad.

Las distintas dificultades giran en torno al escaso desarrollo institucional del sistema legal previsto en la Constitución y en la Ley N° 7071, y la aplicación de un presupuesto deficiente, formado por un irreal valor de canon de riego, y una insuficiente partida presupuestaria gubernamental. Dichas carencias, imposibilitan la autosuficiencia del sector, que repercute en falta de infraestructura, insuficiente crecimiento de las áreas bajo riego, y consecuente infra-producción, con la consecuente pérdida de competitividad.

#### *a. Carencias institucionales en la gestión de riego*

Como se ha analizado en el punto IV del presente, desde fines de los 90 se ha comenzado a instrumentar en la Provincia, una importante política de descentralización en el sistema de irrigación.

Más allá de los importantes esfuerzos que realizan los CUR, y con los escasos recursos con los que cuentan, la figura institucional no se ha podido desarrollar convenientemente, y menos aun ha logrado mostrar los beneficios de una organización de este tipo, con una gestión privada- comunitaria, bajo control estatal.

La institucionalización supone el desarrollo de una estructura básica administrativa, técnica, de infraestructura y planificación, de divulgación y concientización y legal.

Dicha estructura debe contar con una capacitación permanente, un reclutamiento de personal también constante, y un sistema informativo actualizado.

El sistema debe estructurarse también teniendo en cuenta una adecuada descentralización, y la participación de los Municipios.

#### *b. Adecuada valorización del agua para riego*

Como ya fuera analizado en el capítulo V, el precio del agua debe ser real, es decir, debe tener en cuenta los costos del sistema, lo que supone también incluir en el mismo, la planificación relacionada al desarrollo de las posibilidades de infraestructura. Esta adecuación del valor, debe complementarse con una adecuada asignación de personal calificado.

Dentro de la valorización adecuada del agua para riego, debe tenerse en cuenta también la posibilidad de transferencia del recurso entre usuarios e inclusive entre usos de un mismo usuario. Esta posibilidad, implica la reglamentación de la transferencia a través de la venta del recurso conforme pautas determinadas por el Gobierno. Con esta posibilidad se solucionarían los problemas de infra-utilización y de sobre-utilización del agua.

#### *c. Problemas de Infraestructura*

Si se tiene en cuenta que la actual infraestructura es mayormente de la década del 30, que la Administración General de Aguas, que poseía un Fondo y un Departamento de Infraestructura, fue disuelto a comienzo de los años 80, y que desde entonces la inversión ha sido mínima, por no decir nula, puede entenderse el estado de emergencia de la infraestructura de irrigación.

Si se tiene en cuenta que las posibilidades de entubamiento, canalización, y aplicación de tecnología permitirían evitar la pérdida de casi el 40 % del agua circulante, la inversión en infraestructura tanto del Gobierno como de los usuarios debería ser prioritaria.

Como fuera dicho, la solución de este tema pasa por una cuestión presupuestaria, que debe ser solventada por el canon pleno, y por asignaciones presupuestarias estatales adecuadas, además de eventuales financiamientos internacionales.

#### *d. Falta de financiamiento*

La misma falta de organización institucional y de sistema autofinanciado, imposibilitan el acceso actual a financiamiento tanto estatal como privado, nacional e internacional.

Las oportunidades de créditos internacionales y nacionales a tasas razonables, con garantías estatales, o la constitución de Fideicomisos Públicos, otorgan hoy en día importantes herramientas de financiamiento, que pueden ser garantizadas por el propio estado, o por atadas al crecimiento real de la producción y la economía.

#### *e. Falta de desarrollo de capacidad técnica de los regantes*

Al haberse disuelto el organismo con competencia técnica en la materia( AGAS), no haberse previsto la formación técnica de profesionales competentes en la materia por la sucesora Agencia de Recursos Hídrico (ARH), y sin posibilidad por parte de los CUR de contratar profesionales idóneos (en la cantidad adecuada) por falta de presupuesto, el sistema ha sufrido un importante déficit en su gestión diaria, que de no revertirse con una política de formación de técnicos capacitados, implicara graves perjuicios a futuro.

#### *f. Ausencia de actividades de Investigación*



Los constantes avances tecnológicos, los cambios meteorológicos, las distintas técnicas de riego, así como los estudios de necesidades basados en el crecimiento equilibrado, equitativo, y autosustentable, con cuidado del medio ambiente, exigen en estas épocas el desarrollo de la investigación aplicada. La misma debe realizarse con las Universidades, los distintos organismos públicos y privados competentes en el tema.

También, debería desarrollarse la mentalidad de desarrollar emprendimientos conjuntos con las distintas empresas del mercado, que pueden desarrollar tecnologías que satisfagan las demandas locales, de manera de lograr recuperos a partir de mejoras de rentabilidad en la producción.

#### *g. Ineficiencia de la actividad de riego*

Más allá de que la provincia no cuenta con un estudio que determine la real ineficiencia de las actividades de riego, de las conversaciones con productores, pude extraerse fácilmente esa conclusión.

La baja eficiencia en el riego está vinculada a las dificultades mencionadas anteriormente, y sus consecuencias son que:

- las áreas bajo riego se ven disminuidas, con la consecuente subutilización del real potencial.
- la inadecuada dotación de agua a los cultivos en los momentos biológicos críticos.
- el deterioro ambiental consecuente por el desperdicio del agua.
- la disminución de la producción.

## *VII. Conclusiones*

Se ha buscado, a través del estudio de los distintos temas planteados, analizar la variable uso del agua para riego, y eficiencia en la misma, como posibilidad de mejora en el negocio agrario.

La mejora en el uso de riego en la Provincia de Salta, es posible con una mejor infraestructura, y con la implementación de un precio real de uso del recurso.

El modelo técnico jurídico en vigencia, con una verdadera delegación estructural de cometidos, brinda un escenario que favorece la fijación de un canon pleno y adecuado, así como el acceso al financiamiento necesario para las inversiones, en razón de lo funcional del sistema.

La funcionalidad y atracción del modelo, se basa en una entidad de derecho público estatal que gestiona el sistema, conformada por productores privados, con sus estándares de eficiencia y calidad, y un control gubernamental del uso de fondos y cumplimientos de cometidos públicos.

# ¿Es el art. 144 CCC una herramienta para responsabilizar a funcionarios públicos?

Efraín Hugo Richard\*

## Resumen

La responsabilidad de los funcionarios públicos, prevista en normas constitucionales, ha encontrado en la norma del art. 144 del Código Civil y Comercial -CCC- una herramienta para que el propio Estado, cuando no los terceros afectados, imputen los daños a la o las personas humanas que los han generado con una actuación antijurídica.

## I. Motivación

El distinguido amigo y Director del Instituto del Noroeste de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Profesor Emérito doctor Juan Carlos Veiga, Miembro Correspondiente de la Academia, jusprivatista con quién hemos compartido múltiples ensayos en una visión integradora del derecho, nos ha invitado a integrarnos al segundo libro colectivo de ese Instituto; el primero lo fue en homenaje al imborrable Luis Moisset de Espanés, y este lo dedicarán al también ex Presidente de la Academia y Profesor Emérito, el doctor Julio Altamira Gigena.

Honrados por esa invitación elegimos un tema que linda en la especialidad del homenajeado, el derecho público y administrativo, y la especialidad que profesamos del derecho privado: la responsabilidad civil de los funcionarios públicos.

## II. La estructura normativa del Código Civil y Comercial

Al original texto del Anteproyecto de Código Civil y Comercial, que asumía la responsabilidad del Estado y de sus funcionarios en forma general con la teoría de la responsabilidad, se generó una reacción imponiendo una Ley y la reforma de aquel Anteproyecto con tres artículos excluyentes de esa responsabilidad.

La cuestión de responsabilidad de funcionarios ha sido eliminada del CCC que nos rige desde el año 2015, tratándose en Ley especial, y así congruente, se sanciona el art. 1764 CCC haciendo inaplicables el cap. I, o sea, del art. 1708 al 1788 a la “responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria”, complementada por el art. 1765. Y el art. 1766 referida a la responsabilidad de sus funcionarios y empleados públicos “en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas se rigen por el derecho administrativo”. (El subrayado corresponde al autor). (El subrayado corresponde al autor).

Pero, si entendemos aplicable el art. 144 CCC a funcionarios públicos con control de la persona jurídica pública que representan orgánicamente, podemos sostener que se trata de un caso específico de imputabilidad que no ha sido desviado al derecho administrativo o local. No se trata de pensar en la aplicación de la norma sobre personas jurídicas a un tema de responsabilidad por riesgo, o de aplicación generalizada a todos los funcionarios (empleados) públicos, sino de un supuesto muy particular de uso abusivo de la personalidad jurídica pública reglado específicamente por una norma disciplinaria, que regula el buen uso del sistema de organización del Estado, nacional, provincial, municipal u organizaciones descentralizadas del mismo.

Responde el texto sancionado, modificando lo proyectado, a lo dispuesto en la Ley N° 26.944 promulgada de hecho el 7 de agosto de 2014, en la que se dispone en su art. 2 que el Código Civil no se aplicará a la responsabilidad del Estado ni en forma directa ni subsidiaria. Pero nada expone en torno a la responsabilidad de funcionarios públicos, ni excluye expresamente la aplicación del mentado art. 144 CCYC.

Es siempre un tema de debate público la irresponsabilidad de funcionarios. Hasta se supone contar con una inmediata Ley de transferencia de dominio de los bienes mal habidos por la gestión del funcionario cuestionado. Es que justamente pocos institutos jurídicos resultan tan inestables, inasibles, inseguros y con una irrefrenable tendencia a fugarse de la Ley y de las condenas judiciales, como el referido a la responsabilidad patrimonial de los funcionarios públicos derivada del ilegítimo ejercicio de su cargo o representación institucional.

Es objetivo, desde una perspectiva de los valores éticos pero también de los constitucionales, que existan normas claras y contundentes y de rápida tramitación, para que los daños materiales que sufran los administrados y el propio estado representado orgánicamente por el abusador, configurado por el ilegítimo obrar de un funcionario público de rango, sean reparados en base a criterios de integralidad, lo que parece limitado por la Ley N° 26.994. Se afirma [\[878\]](#) que:

“Es decisivo que el funcionario público que perjudica a los usuarios, administrados y consumidores (y por ende genera no solamente responsabilidad económica, sino también social) sufra las consecuencias de su hecho dañoso (...) no hay nada peor para una democracia que la impunidad de los agentes públicos. Esto constituye un elemento fundamental para poner freno a la negligencia y arbitrariedad de las autoridades públicas, o que ejercen funciones administrativas públicas”.

[879]

¿Realmente se excluyó toda posibilidad de analizar esa responsabilidad dentro de la estructura del nuevo Código? El art. 144 CCYC. aparece como el logro de una concepción integral sobre responsabilidad de directivos, funcionarios públicos, por daños patrimoniales ocasionados en el ejercicio irregular de su cargo.

[880]

Este enfoque, que ya lo hemos adelantado en el Encuentro Nacional de Academias de Derecho, Córdoba 6/7 de octubre de 2016, donde se nos convocó a debatir sobre responsabilidad del Estado y funcionarios públicos, disertando antes, por nuestra Academia, dos distinguidos juristas, su entonces Presidente Prof. Emérito doctor Julio Altamira -hoy el homenajeado- y el jusprivatista Prof. doctor Daniel Ramón Pizarro, desarrollando su posición ante la nueva legislación, y donde nosotros la afrontamos como “Responsabilidad de funcionarios públicos y el art. 144 del Código Civil y Comercial de la República Argentina”, en una visión complementaria, pero diferente en torno a la responsabilidad de funcionarios públicos o representantes del Estado en ciertas relaciones, sobre lo que ahora volvemos.

### III. Inoponibilidad de la personalidad jurídica

Con particular énfasis desde la vigencia del Código Civil y Comercial el 1° de agosto de 2015, hemos proseguido nuestra diatriba contra la corrupción en los ámbitos públicos durante muchos gobiernos. Lo volvimos a hacer en una comunicación con distinguidos colegas [881] sobre alguna temática en relación a la corrupción de los funcionarios públicos y su vinculación a las personas jurídicas privadas. Nuestra mayor preocupación es la laxitud de las condenas penales a esos funcionarios. Un ex Presidente venía eludiendo la condena penal de un hecho acaecido hace 23 años por un recurso ante la Corte demorado.

En nuestra perspectiva integrativa, art. 2° CCC, vimos una luz en el nuevo art. 144 CCC referido a la “inoponibilidad de la personalidad jurídica” que permite imputarle al controlante directo o indirecto de una persona jurídica pública o privada los daños causados por vía civil, sin esperar necesariamente ninguna condena penal. Se trata del llamado “levantamiento del velo” [882], que se acepta doctrinal y judicialmente en el derecho comparado, pero que sólo estaba legislado en Argentina y Uruguay en sus leyes de sociedades [883], en el primero en su art. 54, ter. LGS.

En el tema nos fundamos en la regulación de las Personas Jurídicas en el CCC, que tiene cuatro artículos generales en la Sección Primera (“Personalidad. Composición” -título poco claro-) del 141 al 144 que abarca tanto las personas jurídicas privadas como las públicas [884], que recién se clasifican en la Sección 2ª. arts. 145 y ss. CCYC. El art. 144 CCC no indica su aplicación exclusiva a las personas jurídicas privadas, como lo hace el art. 142, por lo que aparece abarcando todos los géneros de las personas jurídicas, incluso por expresa referencia del art. 143 CCYC.

Centramos la atención en el alcance del art. 144 CCC que norma:

“Inoponibilidad de la personalidad jurídica. La actuación que esté destinada a la consecución de fines ajenos a la persona jurídica, constituya un recurso para violar la Ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de cualquier persona, se imputa a quienes a título de socios, asociados, miembros o controlantes directos o indirectos la hicieron posible quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados. Lo dispuesto se aplica sin afectar los derechos de los terceros de buena fe y sin perjuicio de las responsabilidades personales de que pueden ser pasibles los participantes en los hechos por los perjuicios causados.”, y la posible aplicación de esa norma a funcionarios públicos con capacidad de decisión o sea de control sobre la persona jurídica pública.

### IV. La realidad y las actividades ilícitas

El art. 54 ter LGS reza:

“Art. 54, párr. 3º Inoponibilidad de la personalidad jurídica. La actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extrasocietarios, o constituya un mero recurso para violar la Ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros, se imputará

directamente a los socios o a los controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados”.<sup>[885]</sup>

Un gran logro normativo, sin precedentes legislativos en el derecho comparado.

Se distingue claramente imputación y responsabilidad, que va añadida y corresponde a todos los que hayan desplegado conductas generadoras de responsabilidad de base subjetiva, por acción u omisión.

Frente al uso antifuncional de una persona jurídica -pública o privada-, se trata de revisar las diferentes modalidades de evitar la frustración de derechos de terceros y del Estado mismo.

En la doctrina de los Estados Unidos de Norteamérica se cuestiona la teoría del *disregard* por su imprecisión y se plantea si no es una modalidad de aplicar responsabilidad, particularmente en las relaciones de organización<sup>[886]</sup>. La desestimación en sentido estricto implica el desconocimiento del principio de división (separación o escisión) patrimonial entre la sociedad y los socios o los terceros controlantes, pero normalmente es usado en sentido lato, eliminando las limitaciones de responsabilidad de los socios fijados por el tipo societario o de imputabilidad por las formas societarias, usando las expresiones “*disregard of the legal entity o percing of the corporate veil*”<sup>[887]</sup>.

Nuestra interpretación, que limitamos concretamente al análisis del precepto del art. 144 CCC, abre una puerta ante actos dañosos, incluso escandalosos, imputables a funcionarios públicos o ex funcionarios que han ocasionado un grave daño al Estado, a particulares y especialmente a la comunidad, alterando las reglas de libre competencia, lealtad comercial, buena fe, obstaculizando el desarrollo del país y generando déficit e inflación al aumentar gastos y costes que se hubieran evitado de ejercer lícitamente sus funciones y los controles consiguientes. Idéntica consideración -entendemos- debe asignarse a la responsabilidad de los funcionarios públicos en todo lo relativo a la preservación del medio ambiente y su diligencia y compromiso en la protección de este supremo interés de toda la humanidad.

La norma del art. 144 CCC sanciona a los controlantes -directos o indirectos-, con la consiguiente responsabilidad solidaria e ilimitada por los perjuicios causados, como consecuencia de la actuación de una persona jurídica -pública o privada- con fines que constituyan un recurso para violar la Ley, el orden público, la buena fe o para frustrar los derechos de terceros.

Si la conducta del agente es contraria a una norma y en consecuencia es una conducta ilícita, y de este obrar u omisión, deriva un daño patrimonial para el Estado o un particular, administrado o usuario, nace una responsabilidad indemnizatoria del daño generado, que se rige por el sistema jurídico que tutela el derecho de propiedad de rango constitucional y convencional internacional y constitucional.

Coincide con nuestra postura Rafael Manóvil<sup>[888]</sup>: “Como la norma se halla en la parte general de la parte general de las personas jurídicas, también es aplicable a las personas jurídicas públicas”. José W. Tobías, Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, duda de esta interpretación pero nos apuntó<sup>[889]</sup> que el tema está bien vigente.

Tanto que afirma Juan Navarro Floriá<sup>[890]</sup>: “Como esta norma se ubica en la parte general de las personas jurídicas, cabe preguntarse no sin cierta perplejidad, si es aplicable también a las personas jurídicas públicas y, en tal caso, con qué alcance. Las consecuencias pueden ser inesperadas ...”. También Ricardo Nissen<sup>[891]</sup> sostiene que en ciertos supuestos podría ser aplicable a las personas jurídicas públicas.

El año pasado se presentó, por una Comisión de distinguidos juristas argentinos el anteproyecto de modificación de la Ley General de Sociedades, y en la Nota de Elevación, fechada en Buenos Aires, 5 junio de 2019 y dirigida al Señor Presidente Provisional del H. Senado de la Nación doctor Federico Pinedo y a la señora Senadora doctora Ada Rosa del Valle Itúrriz de Capellini, los prestigiosos colegas manifiestan sin duda alguna la aplicación del sistema de “Inoponibilidad de la personalidad jurídica” del art. 144 CCC extendiendo su aplicación a todas las personas jurídicas, incluso las públicas, conforme la interpretación<sup>[892]</sup> que desarrollamos.

## V. Herramienta en favor del estado, no en su contra

No se trata de la responsabilidad del Estado sino de funcionarios o todas aquellas personas humanas -o jurídicas- que puedan entenderse como “controlantes directos o indirectos” que “hicieron posible” la “actuación” antijurídica *de una persona jurídica pública* -agregamos-, “quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados”. Estos serán los legitimados pasivos.

Los legitimados activos lo serán quienes acrediten daño e intenten responsabilizarlos. Incluso el propio Estado. Obviamente la actuación u omisión no debe ser meramente culposa, entendemos que el supuesto implica una acción u omisión dolosa. Al mismo tiempo al referirnos a funcionarios públicos, que en

estricto criterio jurídico comprende a empleados públicos, lo hacemos con criterio casi social que implica funcionarios con capacidad de decisión, que con su actuación u omisión pueden modificar la actuación prevista para la persona jurídica pública, como por ejemplo no controlar concesiones ni privatizaciones, permitiendo administración fraudulenta en las personas jurídicas privadas beneficiadas, en perjuicio de la posición del Estado o de los administrados.

Es objetivo, desde una perspectiva de los valores éticos pero también de los constitucionales, que existan normas claras y contundentes y de rápida tramitación, para que los daños materiales que sufran los administrados y el propio Estado representado orgánicamente por el abusador, configurando el ilegítimo obrar de un funcionario público de rango, sean reparados en base a criterios de integralidad. Se afirma [\[893\]](#) que:

“Es decisivo que el funcionario público que perjudica a los usuarios, administrados y consumidores (y por ende genera no solamente responsabilidad económica, sino también social) sufra las consecuencias de su hecho dañoso (...) no hay nada peor para una democracia que la impunidad de los agentes públicos. Esto constituye un elemento fundamental para poner freno a la negligencia y arbitrariedad de las autoridades públicas, o que ejercen funciones administrativas públicas”.

[\[894\]](#)

Piénsese en los casos que la realidad, y no nuestra imaginación, nos muestra, donde esta acción por daños podría, luego de una medida cautelar sobre los bienes de un enriquecimiento ilícito, concluir con la hoy promocionada “extinción de dominio” de esos bienes (a través de responsabilizarlos y cobrarse de ellos), pensada para la conclusión de un juicio penal. ¿Porque no determinarlo en un juicio civil, más rápido para alcanzar los efectos patrimoniales lógicos -la reparación del daño-? Ello sin perjuicio de una condena de índole penal, pero incluso independizándola en los términos del inciso b. del art. 1775 del CCC de cualquier prejudicialidad, por la dilación del procedimiento penal ante “una frustración efectiva del derecho a ser indemnizado”.

Remarcamos el art. 144 no hace a la responsabilidad del Estado sino a la de los que se ampararon en la persona jurídica pública para generar daño en las situaciones que indica la norma.

Se trata particularmente que el propio Estado pueda promover la acción contra el alto funcionario público que desvió sus funciones, en beneficio propio o de terceros. Todo el daño se trasladaría a quién actuó contrariamente a sus funciones, desvirtuando el sistema para responder solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados.

La interpretación restrictiva nacerá particularmente de los poderes del Estado y sus vinculados para evitar una acción rápida y eficiente para reequilibrar el daño. Pero creemos que la norma interpretada ampliamente actuaría disuasoriamente del obrar ilícito, evitando tentaciones de usar el poder que les ha otorgado el pueblo o las instituciones, en su beneficio directo o de terceros, posiblemente con beneficios indirectos imposibles de probar.

## VI. Algunos recuerdos y jurisprudencia

Recordemos e imaginamos supuestos extremos, que siempre hemos podido advertir en los hechos y actos, que incluso pueden reiterarse. Así el P.E. nacional formalizó pagos en negro a altos funcionarios con los que intentaron justificar enriquecimientos ilícitos, y aceptó como normal el *leverage buy out*. Este último se practicó en casi todas las privatizaciones al comienzo de los 90. Se entregaban bienes o concesiones libres de pasivo, manteniendo el Estado el 5 % y el 10 % para los obreros -Programa de Propiedad Participada (PPP)-, pero representados por un funcionario designado por el Estado y que seguía las políticas del gobierno central, que toleró que lo que debían pagar al Estado los titulares del 85 % del paquete como precio del mismo, lo asumiera la sociedad, perjudicándola y también a los socios minoritarios. El art. 144 CCC se podría aplicar a los representantes del Gobierno Nacional y del PPP que votaron favorablemente esos desatinos ilícito.

Pero hubo un caso de privatización con otro socio que marcó esa ilicitud, fue la Provincia de Chubut que era un tercer socio estatal en una de las sociedades “privatizadas”, llevando a nuestra Corte Suprema a expedirse en el caso “Provincia de Chubut c/ Centrales Térmicas Patagónicas S.A.” [\[895\]](#), donde la Corte apuntó que la situación patrimonial de una empresa cuyo objeto concierne al interés general y se vincula con la prestación de un servicio público, se debate un caso de nulidad absoluta, y la acción tendiente a obtenerla no es susceptible de prescribir ni de caducar, ello con arreglo a la doctrina de esta Corte:

“Lo que es inmoral, lo que es contrario al orden social, lo que se reputa inexistente por falta de formas substanciales, no puede subsanarse por el transcurso del tiempo. El acto será siempre inmoral, contrario al orden público o carente de las formas indispensables a su existencia, cualquiera sea el número de años que hayan pasado desde su celebración. El tiempo es impotente para transformar lo inmoral en moral, lo ilícito en lícito, lo informal en formal, y siempre el acto conservará el vicio original”.

Se trató del caso fallado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 12 de julio de 2001 en la causa “CHUBUT, Provincia del c/ Centrales Térmicas Patagónicas S.A. s/ Sumario”, consideró ilegal el apalancamiento financiero resuelto por el grupo mayoritario de la sociedad demandada, haciendo asumir a ésta las deudas que esos accionistas habían tomado a su cargo en el proceso licitatorio. La Corte hizo referencias a que las resoluciones asamblearias realizadas desde el año 1994 donde se habían resuelto por el grupo mayoritario la asunción por Centrales Térmicas Patagónicas S.A. de deudas no contraídas por ella, son nulas de nulidad absoluta, pues los socios de la demandada no estaban habilitados para deliberar y decidir cuestiones que atentasen contra el interés y orden público y las buenas costumbres, que además agravaron ilegítimamente la situación patrimonial de una empresa cuyo objeto concierne al interés general. De esta manera la Corte se pronunció en una cuestión que fue introducida solapadamente con las privatizaciones en la década del 90 el llamado apalancamiento financiero con la sociedad para asumir deudas de los socios, denominado eufemísticamente *leverage buy out*, aceptando por alguna legislación para supuestos diferentes [\[896\]](#), y rechazada por otra en cualquier supuesto. La calificación que hizo el máximo Tribunal elimina toda cuestión en el derecho argentino, y la determinación como actos nulos de nulidad absoluta, inconfirmables e imprescriptibles, trae a cuento algún otro caso como el de Aerolíneas Argentinas.

“El Diputado Nacional Dr. Alberto Natale en “Privatizaciones en Privado”, cuando dice ‘¿Cómo fue posible que en 4 días, desde el 17 de julio hasta el 21 se negociaran todos los acuerdos que el ministro nos había anticipado el jueves 16, un día antes, según dijo, de que se iniciaran las discusiones? La computadora indiscreta de un estudio jurídico de Buenos Aires, que no era justamente de abogados del Estado, nos trajo la respuesta: en la versión del 13/7/92 figuran los borradores de la nota de reclamos que el ministro pasaría luego a Aerolíneas Argentinas S.A. el 17.7.92; con la misma fecha figura la nota de respuesta de ARSA al ministro; el 20.7.92, el acuerdo entre Ruben Domingo Poncio, por el Estado, y Horacio Fargosi por ARSA, y el convenio final entre el Ministro de Economía, ARSA y demás partícipes, del 21.7.92. La computadora indiscreta contó la verdad”. Ello estaría reflejado en la causa 15255/01 iniciada el 18.10.01 caratulada Stornelli s/ denuncia, radicada en el Juzgado N° 3 de Comodoro Py en la Ciudad de Buenos Aires.

El doctor Domingo F. Cavallo y otro Contador -ambos cordobeses- generaron un arbitraje de fin de semana, donde se aceptó lo que la Corte tipifica nulo de nulidad absoluta: que la Sociedad Aerolíneas Argentinas S.A. tomara a su cargo lo que los accionistas que adquirieron del Estado el 85 % de esa Sociedad libre de pasivo debían pagar al Estado. O sea, que es un caso mucho más grave que el que falló la Corte. De allí, en el año 1992 quedó en insolvencia Aerolíneas Argentinas S.A. trayendo los perjuicios al Estado, los trabajadores y a la comunidad argentina que son de público y notorio.

En el caso de Aguas Argentinas S.A. se usó el mismo sistema que se había usado en Aerolíneas Argentinas. Por Decreto 149/97 el gobierno habilita la instancia negociadora, bajo la consideración que es posible que la empresa demande judicialmente al gobierno -lo que luego esta desmentido por una serie de informes de asesores independientes-, y por Decreto Presidencial 1167/97 de noviembre de 1997 se aprueba el Acta-Acuerdo celebrada entre el Estado Nacional y la Empresa Aguas Argentinas.

Porque no en este momento de angustias patrimoniales del Estado investigar a fondo estas cuestiones, que sin duda se practicó en otras privatizaciones o concesiones.

Esa jurisprudencia de la Corte del año 2002 viene a reforzarse con el fallo de la Cámara de Casación Penal, Sala IV, integrada por los doctores Borinsky, Gimignani y Hornos en segundo fallo requerido por la Corte, con fecha 29 de agosto de 2018 en el caso “IBM- DGI” declarando imprescriptibles los delitos de corrupción en la década de los 90 por sobreprecios millonarios en licitación. Esto se combina con la interpretación que hemos dado al art. 144 CCYC. La oposición de esta interpretación nacerá fundamentalmente de los propios posibles destinatarios de la previsión normativa. La experiencia en los juicios penales y la indemnización por los funcionarios de los daños por ellos causados, es frustrante. [\[897\]](#) Los juicios penales sobre situaciones similares alientan las reales posibilidades de la vía civil que abre esta interpretación.

Los juicios penales sobre situaciones similares alientan las reales posibilidades de la vía civil que abre esta interpretación.

Ahora existen dos alicientes: la posibilidad de optar por la aplicación directa, lisa y llana del art. 144 CCC o de escapar a la prejudicialidad por la demora del proceso penal, buscando la indemnización a la Nación o a la institución pública que corresponda. En reciente fallo la Cámara Comercial de la Capital Federal recordó que la regla de prejudicialidad en favor de lo que resuelva la Justicia Penal a la hora de seguir con una causa civil no es absoluta, sino que admite excepciones, principalmente en casos en donde se puede llegar a presumir que el juicio criminal se extienda indefinidamente.

Con ese criterio, la Sala F de la Alzada revocó una resolución de Primera Instancia que decidió la suspensión del trámite de la causa “K.D.S., M.O. y Otros c/ M.M.N. s/ Ordinario” hasta tanto exista sentencia firme en la causa penal seguida contra la demandada por defraudación por administración

fraudulenta y asociación ilícita. <sup>[898]</sup> En ese contexto, los camaristas Rafael F. Barreiro, Juan Manuel Ojea Quintana y Alejandra N. Tevez analizaron la causa dentro de los parámetros del art. 1775 del Código Civil y Comercial de la Nación, que prescribe que:

“si la acción penal precede a la acción civil, o es intentada durante su curso, el dictado de la sentencia definitiva debe suspenderse en el proceso civil hasta la conclusión del proceso penal, con excepción de los siguientes casos:

- a) si median causas de extinción de la acción penal;
- b) si la dilación del procedimiento penal provoca, en los hechos, una frustración efectiva del derecho a ser indemnizado;
- c) si la acción civil por reparación del daño está fundada en un factor objetivo de responsabilidad”.

Además, los magistrados interpretaron que la prejudicialidad “resultará de aplicación siempre que un juicio civil se encuentre íntimamente vinculado al resultado de un proceso penal, atento que en todos los casos existe la misma razón de orden público que fundamenta aquella norma”, aunque reconocieron que “en forma previa, debe establecerse si ambas acciones nacen del mismo hecho (arg. art. 1774 CCCom) porque si no fuera así las sentencias a dictarse no tendrían influencia alguna en la solución de la otra causa”.

Aplicada la norma a la causa en estudio, los camaristas admitieron que:

la prejudicialidad “no reviste carácter absoluto y cabe estar para resolverla a las particularidades de cada caso concreto”, y juzgaron que era inaplicable el instituto “cuando la dilación indefinida del trámite y de la decisión en el juicio penal provoca una restricción en el derecho de defensa por cuanto una sentencia fuera de tiempo es una sentencia en sí misma injusta y viola el art. 18 de la Constitución Nacional, elementos que concurrían en este expediente. Se presenta indefinida la duración de la causa penal, a poco que se repare en la circunstancia de que han transcurrido seis años desde su promoción y su estado actual es el de plena tramitación ante el Tribunal Oral Criminal N° 22, siendo que fue elevada a esa sede el 11/3/2013 llevándose a cabo en la actualidad la instrucción suplementaria pertinente”, explicaron los magistrados. <sup>[899]</sup>

El art. 1775 CCC es una norma que permite al Juez, a su correcto arbitrio evitar la prejudicialidad de una cuestión penal sobre la acción de reparación de daños. Pensemos en daños generados por abuso de autoridad, pudiendo configurar el delito tipificado por el art. 248 del Código Penal.

## VII. Aplicación inmediata y prelación de normas

Un aspecto interesantísimo es la aplicación inmediata de la norma del art. 144 CCC, pues conforme al art. 7 CCC “se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes”, lo que sin duda permitirá que volvamos sobre la cuestión, no sólo para meditar sobre aspectos que se dubiten o contradigan, sino en torno a la aplicabilidad de la norma. A esta fecha, ya anticipamos que avizoramos la posibilidad de su aplicación a actuaciones generadas hace muchos años, como lo sería la reciente condena a un jefe de Estado y a dos de los miembros de su gabinete por distraer fondos reservados para beneficiar a sus colaboradores <sup>[900]</sup>, o la falta de control de servicios públicos, o el “leverage buy out” en las privatizaciones de los 90, la actividad financiera ilícita tolerada <sup>[901]</sup> y todo lo que el abuso de control, o la falta de control por no ejercitar las facultades propias del Estado que haya generado daño a la Nación, la Provincia, Municipio o a terceros. O sea una herramienta contra la corrupción, los ineptos, los desinteresados...

El CCC sancionado como Ley N° 26.994, como así también la anterior Ley llamada de Responsabilidad del Estado, incurren en una confusión (deliberada o no) de agrupar de una manera simplista, bajo la denominación de “responsabilidad del estado o de los funcionarios públicos”, cuestiones que exigen un método de análisis de los distintos supuestos posibles, y de los diversos ordenamientos jurídicos que se ven afectados.

Sin este necesario análisis y tarea adicional de precisión temática, se viola la Constitución Nacional, los Tratados internacionales suscriptos por la República Argentina, con vigencia operativa en todo su territorio (Art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, y las Leyes, entre las que adquiere significativa relevancia el nuevo CCC y sus normas específicas en cuanto confirmen y resguarden derechos impuestos

por la Carta Magna.

Si la conducta del agente contraría una norma y en consecuencia es una conducta ilícita, y de este obrar u omisión, deriva un daño patrimonial para el estado o un particular, administrado o usuario, nace una responsabilidad indemnizatoria que se rige por el sistema jurídico que tutela el derecho de propiedad de rango constitucional y convencional internacional y constitucional. El tema de la responsabilidad no puede sustraerse del CCC, conforme su art. 1716, a Códigos Administrativos o Contencioso administrativos provinciales o municipales, generando recaudos especiales para reparar el daño, pues se violaría el art. 75 inc. 12 de la Constitución Nacional, con lo que concordó en su disertación inaugural de las Jornadas de Academias de Derecho Argentinas el Profesor Emérito doctor Julio Altamira, ex Presidente de la de Córdoba, y lo hace Heredia como hemos ilustrado.

Por eso debe indagarse sobre el límite del Derecho Administrativo Federal y Provincial, de lo que son las atribuciones delegadas por las provincias al Congreso de la Nación en resguardo de derechos de rango superior y que se regulan de manera uniforme para todo el país, pues se trata de garantizar la libertad y la igualdad de todos los argentinos, preservando el catálogo de derechos que menciona la Constitución entre ellos el derecho de propiedad.

El derecho de daños no puede ser limitado por normas provinciales.

En esta interpretación [\[902\]](#) que refiere específicamente a la responsabilidad de los funcionarios públicos, frente a la ilegitimidad de determinados actos u omisiones en el ejercicio del cargo o función, deberán ser sometidas al control judicial de los tribunales, civiles, penales o en lo contencioso administrativo, conforme sea la fuente legal que contemple la conducta reprochable, o sea, el ordenamiento legal que resulte de aplicación de manera expresa o por vía de interpretación e integración jurisprudencial determinará la competencia judicial del caso. La Ley aplicable será la determinante de la jurisdicción. El presupuesto la existencia del daño y su conexidad a un obrar ilícito, arbitrario, de funcionarios públicos con poder de decisión.

La personalidad jurídica, y particularmente la de entes públicos, está destinada a asegurar el funcionamiento regular no solo de una sociedad sino de todo un país, incluso en el contexto internacional.

El uso antifuncional de esa personalidad por quienes tengan poder de control altera el sistema, pues si se aparta o apartan de sus obligaciones y derechos, en actuación u omisión ilegítima, se perjudica al Estado y/o a terceros.

Nos parece que sería injusto atribuir la ubicación definitiva del art. 144 CCC a un error del legislador, tanto de la Comisión Reformadora, del P.E. y de los miembros del Congreso que avalaron la redacción. La Ley se desprende de la intención del legislador, y debe ser interpretada conforme su posición sistemática, y adviértase que, pese a la manifestación inicial limitativa, luego se expresa en la amplitud “utilización desviada del recurso de la personalidad que son susceptibles de producirse en cualquier clase de persona jurídica”, y sin duda en la persona jurídica pública, en sus diversas manifestaciones, como venimos interpretando. (El subrayado y encomillado pertenece al autor).

Por otra parte, la Ley N° 26.944 hace referencia al Código Civil y Comercial vigente y no al Código Civil y Comercial cuyo art. 144 entendemos tiene un alcance sobre el punto generado por la ley posterior.

Es aplicable, en suma, a las personas jurídica públicas, específicamente por la expresión “controlantes directos o indirectos” a quienes hayan abusado de las mismas.

Cuando se habla de imputar, puede asignarse a esta expresión un doble sentido [\[903\]](#) :

1) Imputación (o atribución) material (cuestión que es emplazada en el terreno de la relación causal y se circunscribe a determinar la autoría del hecho ilícito o del incumplimiento obligacional).

2) Imputación en el plano axiológico, que puede ser subjetiva (culpa o dolo) u objetiva (riesgo, garantía, equidad, etc.). La imputación aquí actúa como factor de atribución o sea, el elemento axiológico o valorativo con arreglo al cual el sistema justifica que el sindicado como responsable deba resarcir el daño.

Responsabilizar significa atribuir (imputar) a alguien las consecuencias de un hecho dañoso (ilícito extracontractual o incumplimiento obligacional), lo cual supone algo más que la autoría material del hecho y la existencia de un factor de atribución: requiere esencialmente de daño y, además, en la inmensa mayoría de los casos, de antijuridicidad subjetiva en la conducta del dañador.

Los efectos de la conducta antijurídica o del uso desviado de la persona jurídica, implica una imputación de los perjuicios: la responsabilidad solidaria e ilimitada.

Es una integración de la teoría de la responsabilidad en las relaciones de organización personificadas. Autoriza una suerte de acción directa contra el controlante de hecho o de derecho que generó el daño abusando de la persona jurídica pública. No creemos que esta acción condicionada esta acción a una investigación o sumario previo, es una acción que nace del Código Civil y Comercial argentino dentro de la teoría general de la responsabilidad y del daño, no descartándose la posibilidad de unir la acción con la de prevención normada por los arts. 1710 y ss. CCYC. El legitimado pasivo no podrán intentar ampararse en que no se le ha hecho sumario y que se ha violado el debido proceso exigido por la Constitución Nacional. Nada tiene que ver con la posibilidad de que sea el funcionario demandado suspendido, cesanteado o exonerado, que es un problema administrativo.



De lo dicho se sigue que la imputación de la actuación desviada de la persona jurídica a los controlantes que la hicieron posible importa que dichos controlantes de derecho o de hecho (art. 144 CCC) queden obligados personalmente por las obligaciones de la persona jurídica, no es más que la aplicación de los principios que rigen la inoponibilidad como especie de la ineficacia de los negocios jurídicos [904]. Es fundamental que la inoponibilidad de la personalidad jurídica no significa la desaparición o desconocimiento de la persona jurídica pública, sino la atribución del daño a quién amparándose en el control que ejerce sobre esa persona, perjudicó a sabiendas, a la misma persona o a terceros.

### *VIII. Visión sociológica: la responsabilidad social*

Nos hemos referido al aspecto normativo, apuntado una visión axiológica y cabe ahora una mirada a la realidad social.

Vinculado a ello, y al tema que nos reclama decíamos hace más de una docena de años: “En la Argentina no debe haber sólo responsabilidad social empresaria, es decir que se limite a lo privado, sino que debe extenderse hacia los empresarios del sector público, desde donde emana el plan social y que se constituyen en los conductores de la comunidad”. Desarrollamos también la idea de que “Es fundamental reconstruir el contrato social en el país”, como “escenario para el crecimiento de la economía”, un crecimiento económico sustentable, con seguridad jurídica” y “evitar la sectorización entre ricos y pobres”, expresando “una gran confianza en el empresariado nacional que está asumiendo un rol de importancia para tratar de restablecer la ecuación de que lo productivo es lo principal y lo financiero lo accesorio”, imponiéndose “que la sociedad debe exigirle a la clase dirigente que, por lo menos, intente cumplir ese contrato social, formulándolo en políticas legislativas. El derecho y la economía deberían subsumirse a esa política. El derecho no tiene fines en sí mismo; no es una abstracción es para el hombre, como también lo es la economía”.

Esa exigencia debe dirigirse centralmente a quienes administran y gestionan al Estado, sin perjuicio de hacerlo también con el sector privado. Estas serían expresiones vanas, y quizá hoy así suenan, ante la pérdida de sentido de la responsabilidad social que implica que, tanto los privados pero particularmente funcionarios y empleados públicos, cumplan el rol preciso de la actividad que deben desempeñar. Ello no se alcanza con trabas burocráticas, superposición de trámites y demoras en la resolución de los casos o de los problemas. No advertimos vivir con un contrato social compromisorio, conforme al cual todos actúen con diligencia y lealtad. El Estado todo aparece afectado por la acción de propios y extraños, o sea empleados públicos (todos los que perciben remuneración de la Nación, las Provincias o los municipios, sean o no funcionarios), y enfrente el público en general, particularmente los asalariados privados que son los con más riesgos en la estabilidad de su empleo y de su remuneración. Se ha perdido el rumbo de la eficiencia.

Esta responsabilidad social va más allá de la ley -que a veces tampoco se cumple afectando nuestra idea del rol del derecho-, implica un compromiso en contribuir activa y voluntariamente en el mejoramiento social, económico y ambiental, en la convivencia. Quizá se lo pueda ver como un nuevo concepto en la administración y gestión de bienes públicos y privados, pero en realidad no es sino resaltar la base de las conductas humanas viviendo en comunidad.

Así: responsabilidad social empresaria de todos los que se desempeñen en la toma de decisiones o en la realización de trabajos y servicios para la comunidad. Casi suena como un grito desgarrador -pero al mismo tiempo de esperanza- en los momentos de violencia de todo tipo -delictual o pseudo jurídica- que vivimos.

### *IX. Una mirada nueva y amplia*

Invitamos a una visión amplia de la responsabilidad de altos funcionarios. Debemos hurgar más: pensemos en directores, síndicos, auditores, o sea representantes orgánicos o integrantes de órganos de fiscalización de sociedades del estado, sociedades de economía mixta, sociedades con participación estatal mayoritaria o sociedades donde el estado tenga participación, en interventores judiciales, sindicatos...

La Nación, las Provincias y los Municipios han organizado muchas de sus actividades a través de Agencias descentralizadas, sociedades de economía mixta, u otros centros imputativos. La actuación desviada, ilícita, que pudiera desarrollarse en los mismos no escaparía a esta teoría de la responsabilidad.

Hasta porque no a fideicomisos públicos, centros imputativos no personificados con particular regulación, que no pueden escapar a la teoría general de la responsabilidad.

La situación excepcional que vive el país, ajena a toda voluntad política o social, impone seguir insistiendo en la construcción de un sistema de solidaridad social, de eficiencia, de responsabilidad general, para satisfacer no sólo los daños indebidamente causados -no los que resulten de riesgos operativos-, a los que nos estamos refiriendo, sino a la pandemia y crisis general.

El Estado, nacional, provincial o municipal, será el más beneficiado de esta teoría, no sólo por su alcance

disuasivo preventivo, sino por la posibilidad concreta de accionar directamente contra el responsable para la reparación del daño sufrido.

## X. Invitando a meditar

Quizá se imponga pensar en procesos complejos constructivistas con unidad sistémica. Una interpretación dúctil del derecho, siempre bajo el palio constitucional, que otorgue previsibilidad tanto al obrar como al sentenciar. Eso hace a la seguridad jurídica, a la previsión del funcionario que si desvía ilícitamente su obrar deberá reparar daños, con similar conclusión para el perjudicado: que podrá reclamar directamente al funcionario arbitrario, sin enredarse con la forma de litigar del Estado, que todos conocemos y padecemos.

No podemos aceptar conformarnos con lo que está pasando, como si fuera una costumbre contra *legem*. Pretendemos nuevas miradas que tiendan a disuadir conductas ilícitas. No parece fácil romper con jurisprudencia conformista.

Se trata de una imaginación controlada por la norma, una interpretación posible pues no se infringe ley alguna, la "fantasía" de imaginar situaciones límites y acotarlas en una norma, particularmente para que los actores que dañaron no se enmascaren en la aparente legitimidad de una actuación estatal -nacional, provincial, municipal o de entidades públicas similares-. No se trata de dejar libre la imaginación, sino liberar la fantasía intelectual para imaginarse situaciones y ponerlas en un marco normativo, sistémico y lógico, asegurado, es la intuición socio jurídica, la fantasía controlada o sea la intuición axiológica y la percepción sociológica (política), asegurada normativamente <sup>[905]</sup> y siempre dentro del marco de nuestra Constitución Nacional.

¿Porque poner al margen de este sistema al funcionario público que usa la persona jurídica pública para su beneficio o para terceros, perjudicando a la misma persona jurídica pública o a terceros?

Nuestra opinión, es afirmar categóricamente que el derecho local provincial, no puede afectar los derechos y garantías que protegen el derecho de propiedad que emana de la Constitución Nacional.

No rechazamos la posibilidad del reclamo en sede administrativa, sólo sostenemos la existencia de otra vía genérica, quizá mucho más efectiva y que aceptada por la doctrina actúe disuasoriamente sobre la tentación de funcionarios con poder.

"La dogmática jurídica, cumple un papel sobresaliente, al elaborar conceptos y clasificaciones que facilitan el trabajo del operador jurídico, investido de la función de decidir. Así considerada, la Dogmática aparece como lo opuesto de la justicia. Mientras ésta expresa la unidad del sistema aquella refleja su complejidad... hoy se tornan predominantes los procesos de decisión compleja, fundados en una epistemología constructivista que reivindica criterios de unidad y apertura sistémica, junto con recursividad transformacional y perspectiva teleológica (...) 'La ley no está determinada ni por autoridades exteriores a ella, ni por la autoridad de los textos, ni por el poder de las palabras, ni por la ley natural o la revelación divina, la ley está determinada de manera autorreferente, descansa sobre su propia realidad positiva. La ley debe su validez a esta autorreferencialidad: la aplicación de operaciones legales a los resultados de las operaciones legales. Por tanto, la validez del derecho no puede ser importada desde fuera sino solamente producida desde dentro del derecho' (...) Implica que el derecho se ha emancipado de otro tipo de racionalidad y cuenta con enfoques y respuestas propias frente a sus problemas (...) el tema crucial de nuestro tiempo: la complejidad. Al hacerlo, han permitido advertir, en lo que al derecho concierne, el aumento incesante de la opacidad, que acompaña al incremento también incesante de complejidad, como consecuencia de la mayor diferenciación del subsistema jurídico, de la variabilidad en aumento de sus prestaciones y de la singularización permanente de sus comunicaciones". <sup>[906]</sup>

Y en la ruptura del contrato social, de la ética, de la convivencia...

Lo fundamental: la aceptación de esta vía tendría un efecto disuasorio, por presencia previniendo actos de corrupción. Esta visión generará debate que, sin duda, es el motor del perfeccionamiento del sistema jurídico desentrañando el verdadero alcance y efectos de las normas, conforme sus valores y principios <sup>[907]</sup>.

Para meditar en tiempos turbulentos donde la pandemia sanitaria y el confinamiento social impone la mayor transparencia en el obrar de los funcionarios públicos, ante la situación de un país agobiado por obligaciones externas y con el espíritu de apoyar la crisis empresarial agudizada y atender a una marginalidad poblacional inculcable y que impone su recuperación.

## Abstract

En el art. se analizan los alcances de la incorporación de la figura “abuso de posición dominante” en el art. 11 del CCyC, y se describen los principales caracteres que el instituto presenta en su originaria regulación micro sistemática.

## I. Introducción: distintos mecanismos de tutela de la empresa débil

Existen distintas tecnologías jurídicas tendientes a la protección de la empresa, especialmente aquellas que se encuentran en situación de debilidad estructural o coyuntural. Algunas alternativas, sin ningún ánimo de exhaustividad, son las siguientes.

1.- Una posibilidad es tratar a la empresa como si fuera un sujeto activo de la relación de consumo y aplicarle en consecuencia el régimen tuitivo del Derecho del Consumidor. Esto acontece en diversas hipótesis: cuando se protege al “cliente” en ciertos mercados, como el financiero; cuando se tutela al empresario en aquellos aspectos en los que no detenta calidad de “profesional”, lo que acontece en los modelos europeos que utilizan el criterio de profesionalidad o no a los fines de la delimitación de la relación de consumo; cuando se diseña una tutela de las “PYMES”, como si fueran consumidores; cuando se equiparan a consumidores a aquellas empresas que “retiran el bien del mercado”, como en nuestro sistema según la construcción doctrinal.

2.- En segundo lugar, cuando se persigue proteger a la empresa, en tanto revista carácter de “contratante adherente”. Este es el diagrama de nuestro Código Civil y Comercial (en adelante CCyC) en la regulación de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión, en los arts. 985 a 988.

También es usual, en el derecho comparado, la sanción de Leyes de “condiciones generales de contratación”. Por ejemplo, en España la Ley N° 7/1998, de 13 de abril, que en su art. 2.3 prevé como sujeto activo a cualquier adherente, sea o no profesional.

3.- La tercera vía es a través de Leyes de protección contra la competencia desleal.

4.- Y finalmente mediante el derecho *antitrust*, esencialmente a través de dos institutos: el control de las prácticas restrictivas de la competencia y del abuso de posición dominante, que es el tópico sobre el que nos detendremos en el presente trabajo.

## II. Libertad de empresa: dimensión constitucional

Ahora bien, el examen de las tecnologías de resguardo de la empresa débil, especialmente el Abuso de posición dominante y los restantes institutos de la defensa de la libre competencia, debe formularse en clave constitucional.

Aunque suene contradictorio, el abuso de posición dominante se representa como una aparente limitación del derecho fundamental de la libertad de empresa pero, a la vez, es una herramienta para la garantía de ésta. Es que, la libertad de empresa, aun cuanto derecho fundamental, e incluso cuando se le pueda asignar la discutible cualidad de segmento de un *Ius Commune*, no tiene un sentido absoluto, adolece de limitaciones que vienen dadas por las exigencias de la economía general, en cuya ponderación han de jugar los intereses económicos de los restantes integrantes del mercado.

La libre competencia, a la que el abuso de posición dominante persigue preservar, se exterioriza, entonces, tanto como una demarcación intrínseca, cuanto como un valor normativo esencial de la libertad de empresa <sup>[908]</sup>. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional español expresó que:

“El reconocimiento de la economía de mercado por la Constitución, como marco obligado de la libertad de Empresa, y el compromiso de proteger el ejercicio de ésta... supone la necesidad de una actuación específicamente encaminada a defender tales objetivos constitucionales. Y una de las actuaciones que pueden resultar necesarias es la consistente en evitar aquellas prácticas que puedan afectar o dañar seriamente a un elemento tan decisivo en la economía de mercado como es la competencia entre empresas, apareciendo así la defensa de la competencia como una necesaria defensa, y no como una restricción de la libertad de Empresa...”<sup>[909]</sup>.

Tanto es así que en un precedente llegado hasta la Corte Constitucional de Colombia se tacharon de inconstitucionales las disposiciones que regulan el control de los proyectos de operaciones de fusión entre empresas, por cuanto imponían restricciones supuestamente injustificadas a la libertad de empresa. Se descartó la inconstitucionalidad reclamada, con base en el convencimiento de que las garantías constitucionales propias de la libertad de empresa encuentran su verdadero sentido cuando se les comprende, no como prerrogativas sin límite y exclusivamente destinadas a la maximización del beneficio de los participantes en el mercado, sino cuando son entendidas en el marco de la protección del interés social<sup>[910]</sup>.

Como acertadamente advierte Shina, en este tópico aparecen nuevamente enfrentados los principios de la seguridad jurídica y libertad contractual, por un lado, y las de la equidad que persiguen amparar a las empresas más débiles que quedan a merced de las más poderosas, por el otro<sup>[911]</sup>.

El instituto *sub examen* se encauza afortunadamente hacia la garantía de ésta última.

Incluso, creemos que la expansión del abuso de posición dominante al sistema civil y comercial constituye un inexorable paso más, en pos de la satisfacción del mandato constitucional de los arts. 42 y 43.

### III. Distintos sistemas de protección del mercado

Es conocido que existen dos grandes sistemas de defensa de la libre competencia, en el derecho comparado. Por un lado, el régimen estructural *antitrust* norteamericano y, por el otro, el modelo de sanción al abuso de posición dominante europeo.

El primero se caracteriza por sancionar el poder de mercado o el monopolio en sí mismo, y tiene una parte significativa de impronta penal<sup>[912]</sup>. En este caso, el sistema interviene para disolver las estructuras monopolísticas aun cuando ellas sean benignas<sup>[913]</sup>. Este “principio de prohibición” nació con la sanción de la *Sherman Act* en Estados Unidos en 1890, consecuencia de una circunstancia coyuntural, como fue la creación y consolidación de la *Standard Oil Trust*<sup>[914]</sup>. Aunque este rigor se moderó mediante la aplicación pretoriana de las *rules of reason*<sup>[915]</sup>, la jurisprudencia norteamericana luego pareció retornar al rigorismo del criterio “*per se*”. En el caso “*Alcoa*” se juzgó que bastaba con probar la posición monopólica y no su intencionalidad o propósito, como lo sostenía la jurisprudencia anterior, siendo el acusado del monopolio quien deberá demostrar que no abusó de ese poder. Este giro parece mantenerse en la más reciente jurisprudencia, aunque con bastantes críticas en la doctrina<sup>[916]</sup>.

El segundo diseño, por el contrario, exhibe como rasgo más saliente, el reproche civil al “abuso” quede la posición dominante o de dichas estructuras puedan hacerse. Tuvo su origen en una ordenanza alemana de 1923, y de allí se incorporó al Tratado de la Comunidad Europea (ex art 86 y 82 TCEE, actual art. 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea<sup>[917]</sup>). Bajo esta tesitura la posición de dominio sin abuso, como consecuencia del libre juego de la competencia y por merecimientos propios, es lícita<sup>[918]</sup>.

La actual Ley N° 27.442<sup>[919]</sup>, al igual que sus dos predecesoras, siguió el modelo europeo<sup>[920]</sup>. La decisión de política legislativa de adopción del sistema europeo, a nuestro entender, deviene debatible, y no parece haber sido objeto de una discusión con una profundidad conteste con la significación que tal regulación representa.

### IV. El abuso de posición dominante en el CCyC

Como sabemos, el abuso de posición dominante es un instituto proveniente del Derecho de la Libre Competencia. Pero en nuestro régimen sustantivo se lo ha regulado novedosamente también en el art. 11 del CCyC.

No creemos que la incorporación del abuso de posición dominante en el art. 11 sea sobreabundante, como lo sostiene un sector de la doctrina<sup>[921]</sup>. Si bien no modifica la regulación en la Ley especial, le agrega efectos jurídicos<sup>[922]</sup>, por ejemplo en el marco de la tutela inhibitoria y resarcitoria.

En cuanto a la legitimación, la inclusión de la figura del abuso de posición dominante en el CCyC amplía el ámbito subjetivo de aplicación, porque debe interpretarse ese art. 11 en sincronía con el art. 1096, con lo que cualquier “expuesto” podría reclamar el cese o la indemnización<sup>[923]</sup>.

Por otra parte, las regulaciones del CCyC y de los proyectos de 1993 y 1998 (art. 397) han conectado el abuso de posición dominante con el abuso de derecho. Esto se visibiliza en el digesto civil y comercial

vigente, que legisla el novedoso instituto, junto con el principio de “buena fe” (art. 9) y el “abuso del derecho” (art. 10). Pero no obstante la cercanía metodológica y la aproximación nominal, descartamos que el abuso de posición dominante sea una especie de abuso de derecho. Indudablemente median ciertos puntos de solapamiento, ya que mientras que en el instituto del art. 10 del CCyC hay ejercicio irregular de un derecho, en el caso del art. 11 también se verifica una ejecución excesiva, de un liderazgo jurídico o esencialmente económico. Pero la divergencia estriba en el fundamento, puesto que el abuso de posición dominante constituye, a nuestro entender, una manifestación del “principio protectorio”, de tutela a un vulnerable, lo que no necesariamente acontece en el abuso de derecho.

La lógica que atraviesa al abuso de posición dominante es la defensa del débil (aunque sea empresario) que se encuentra “bajo dominio” económico o jurídico de otro. Se aproxima más al raciocinio que prevalece en el microsistema de defensa del consumidor o de la contratación por adhesión (arts. 985 a 988 del CCyC), cuyos principios bien podrían yuxtaponerse. No por nada, el art. 3 de la Ley de Defensa del Consumidor impone el diálogo con las Leyes de tutela de la libre competencia (ex 25.156, actual 27.442) y de lealtad comercial (ex 22802, actual Decreto 274/2019).

Las Pymes serán sujetos especialmente resguardados, aunque no exclusivos destinatarios del instituto *sub análisis*.

Entre algunos ejemplos de abuso de posición dominante, en su clave foránea al ámbito *antitrust*, propone Lorenzetti los siguientes ejemplos: las empresas que construyen y venden departamentos y, a su vez, elaboran el reglamento de copropiedad y los adherentes quedan encerrados en su libertad de contratación; también las denominadas “propiedades compartidas” en cuanto fijan pagos extra para el dueño cuando quiere utilizar su propiedad en alta temporada <sup>[924]</sup>. En rigor, estos ejemplos, bien podrían también encuadrar como supuestos de “dependencia económica o contratación obligatoria”.

Como es dable anticipar, el abuso de posición dominante, en la ejemplificación dada, se emancipa, gracias al art. 11 del CCyC, de la vinculación con el dominio del mercado que lo especifica cuando actúa en el escenario del derecho *antitrust*. Entendemos este progreso de la figura como altamente positivo. Tal tópico amerita un debate más extenso, que no podemos abordar para no exceder los límites del presente trabajo.

## V. El abuso de posición dominante en la Ley de Defensa de la Competencia

4. *Concepto de posición dominante*. La posición dominante es la situación económica y jurídica que le permite a una empresa conducirse en el mercado sin tener en consideración la conducta de sus competidores. Esa “independencia” de comportamiento, como criterio, fue receptada por nuestra jurisprudencia <sup>[925]</sup> y por la autoridad de aplicación <sup>[926]</sup>.

Sin dudas, el Tribunal de Justicia Europeo fue el que desarrolló originariamente ese concepto <sup>[927]</sup>, y de allí se difundió.

La segunda característica de la posición dominante es la innecesidad de una total exclusión de la competencia. Efectivamente, en las primeras decisiones, el organismo comunitario, hizo hincapié en la “exclusión de la competencia” como requisito para que haya posición de dominio, lo cual puede observarse en las sentencias “*Sirena*” y “*Deutsche Grammophon*” <sup>[928]</sup>. Este pensamiento primigenio se vio atemperado en resoluciones posteriores, hasta que se adoptara el razonamiento actual, a través de los fallos clásicos “*Hoffman La Roche*” y “*United Brands*” <sup>[929]</sup>.

Los derechos nacionales europeos, lógicamente, siguieron los lineamientos jurisprudenciales comunitarios <sup>[930]</sup>, los que revisten una particular gravitación habida cuenta la ausencia de conceptos legales de “posición dominante”, tanto en la regulación de la Unión Europea, como en las legislaciones nacionales. *Vgr.* Ley de Defensa de la Competencia de España (Ley N° 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.), en su art. 2, se limita a definir los casos de “abuso”, mas no de posición dominante <sup>[931]</sup>.

Por el contrario, el art. 66.7 del TCECA <sup>[932]</sup>, antecedente del art. 82 TCE, junto con ciertas legislaciones nacionales, como las leyes alemanas, belgas y holandesas <sup>[933]</sup>, establecían definiciones legales de posición dominante.

Inversamente al régimen europeo actual, el sistema argentino conceptualiza legalmente posición dominante en los arts. 5 y 6 de la regulación vigente <sup>[934]</sup>, y no el abuso. Utiliza la técnica de la vieja Ley española N° 110/1963 del 20 de Julio, de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia <sup>[935]</sup>.

5. *Ámbito subjetivo*. La base de la protección anticoncurrencial en la Unión Europea gira en torno a dos artículos de su Tratado marco: el ex art. 81 (ex 85) que refiere específicamente a los acuerdos, decisiones y prácticas “concertadas” prohibidas y el ex art. 82 (ex 86) que legisla las “posiciones de dominio” en el mercado, tanto unilateral como la conducta colectiva de varias empresas<sup>[936]</sup>. Si las empresas no gozan de una independencia patrimonial, que permita hablar de una existencia económica separada, no sería aplicable el ex art. 81, ya que el supuesto fáctico contenido en la norma exige para su activación, una concreta una “pluralidad de partes”<sup>[937]</sup>.

De lo dicho puede anticiparse una determinante divergencia con el sistema argentino, que permite que los actos anticompetitivos de los arts. 2<sup>[938]</sup> y 3 de la Ley N° 27.442 puedan ser consumados por empresas individuales, confundiendo estas hipótesis con los abusos de posición dominante. En este punto, el legislador argentino se aparta del modelo europeo. Pero no se desprende de la propia legislación o de los antecedentes parlamentarios que se haya tratado de una escisión razonada, más bien parecería una inconsistencia. Pero el supuesto desacierto no sería responsabilidad del legislador de la actual Ley N° 27.442, en tanto su art. 3 solo se limitó a replicar casi literalmente lo que ya disponía el art. 2 de la Ley N° 25.156<sup>[939]</sup>, que a su vez tuvo como antecedente parcial el art. 41 de la Ley N° 22.262<sup>[940]</sup>.

Creemos que la “pluralidad de sujetos” constituye un criterio de deslinde, entre prácticas restrictivas y abuso de posición dominante, mucho más eficiente que el esquema normativo consolidado en nuestra legislación desde hace cuatro décadas.

6. *Interés económico general*. Completando lo dicho en el ítem anterior, cabe recordar que una trascendental particularidad de la legislación argentina surge de la subordinación, del abuso de posición dominante, al cumplimiento de la condición establecida en el art. 1 de la Ley N° 27.442, esto es, que se encuentre en juego el interés económico general.

La incorporación de la noción de “interés económico general” en la Ley N° 22.262 y conservado por las Leyes N° 25.156 y N° 27.442 no comporta, a nuestro entender, un aporte provechoso para el desarrollo de la herramienta del abuso de posición dominante. Por el contrario, la exigencia de aquel condicionante paraliza su eficacia. La incongruencia se corrobora a poco de advertir que, si el legislador comprendió que las hipótesis del art. 2 presumen la violación del interés económico general, cuánto más debería predicarse respecto del abuso de posición dominante.

Por tanto, el art. 1 merece ser interpretado restrictivamente, de modo que, como acontece con el art. 2, en el supuesto de abuso de posición dominante se presuma el riesgo de transgresión al interés económico general. Esto debería ser objeto de revisión legislativa.

7. *Mercado relevante*. La proporcionada delimitación del mercado relevante es la operación más trascendental para el apropiado juzgamiento de la posición de dominio, en el escenario *antitrust*.

Se entiende por mercado relevante la conjunción de un grupo de productos en un área geográfica en la cual se producen o venden, tal que una hipotética empresa maximizadora de beneficios, que sea la única proveedora presente y futuro en el área en cuestión, halle beneficioso imponer un incremento de precios pequeño pero significativo, y no transitorio”<sup>[941]</sup>.

A los fines de un primer examen del mercado, se deberá tener en cuenta una diversidad de factores: el poder financiero de la empresa, las facilidades de éstas para acceder al mercado de capitales y materias primas, su tecnología (patentes y *knowhow*), el número y dimensiones de las empresas competidoras, la relación precio-costes en la empresa, la elasticidad de los precios en la demanda, el poder de fijar precios u otras condiciones económicas con plena libertad y autonomía, las condiciones de entrada al mercado, la diferenciación de los productos, la proporción de costos fijos y costos variables en el corto plazo, la sustitución desde la oferta<sup>[942]</sup>, el nivel de concentración sobre todo horizontal<sup>[943]</sup>, entre otros.

El art. 6 de la Ley N° 27.442 precisa tres lineamientos enunciativos para comprobar la estructura del mercado:

- a) El grado en que el bien o servicio de que se trate, es sustituible por otros, ya sea de origen nacional como extranjero, las condiciones de tal sustitución y el tiempo requerido para la misma<sup>[944]</sup>;
- b) el grado en que las restricciones normativas<sup>[945]</sup> limiten el acceso de productos u oferentes o demandantes al mercado de que se trate;
- c) el grado en que el presunto responsable pueda influir unilateralmente en la formación de precios o restringir el abastecimiento o demanda en el mercado y el grado en que sus competidores puedan contrarrestar dicho poder.

Aunque no es exclusiva, la más acostumbrada manera de comprobar la presencia de posición dominante en un mercado relevante es indagar la "cuota de mercado".

Para ello, en principio, es conveniente tomar en cuenta las "ventas realizadas", y no la "capacidad de producción"<sup>[946]</sup>. Así, en la decisión "*Nestlé/Perrier*", la Comisión Europea consideró como más útil el concepto "valor de venta" que el criterio "volumen de venta", en la medida que expresaría mejor el "poder real" de la empresa respecto del mercado. Pero se ha esgrimido la noción del "volumen" en ciertas ocasiones, cuando las circunstancias del caso lo recomiendan, como en el asunto "*France/Sabena*" donde la Comisión Europea tomó en consideración el número de pasajeros transportados anualmente en cada línea y no la facturación de las compañías aéreas; y con igual criterio en "*Thomsom/Fritidresor* y en *Accor/Wagons-Lits*" donde se tuvo en cuenta el número de habitaciones de hotel contratadas.

La jurisprudencia europea ha sido profusa, mas no uniforme, sobre el estudio de los porcentajes a justipreciarse. Se ha llegado a presumir la existencia de posiciones dominantes, a partir de cuotas de mercado de un 40 %<sup>[947]</sup>, y en otras -con más énfasis- cuando ha superado el 50 %<sup>[948]</sup>. En "*Suiker Unie*" se juzgó que las empresas tienen posición dominante cuando alcanzan el 80 %. Con menos de esos porcentajes, no podría descartarse que haya posición dominante<sup>[949]</sup>, solo que dependerá de otros elementos. En el otro extremo, en "*Metro c. SABA I*" se decidió que una cuota del mercado del 10 % excluye, salvo circunstancias particulares, la presencia de posición dominante<sup>[950]</sup>.

Es esencial, también, en el escrutinio de la posición dominante el mantenimiento de poder de mercado en el tiempo<sup>[951]</sup>. La incidencia del factor temporal, en el elemento cuota de mercado, para determinar una posición dominante se puede observar con nitidez en el caso "*Rhone Poulenc Rorer/Fisons*", donde la Comisión Europea, a pesar de que las demandadas poseían una cuota de entre 55-65 % del mercado, no se consideró que las mismas estaban en posición dominante, ya que dichas empresas habían perdido un 10 % del mercado en los últimos dos años, y sus competidores se habían reforzado en ese período<sup>[952]</sup>.

Igual relevancia reviste el grado de permanencia<sup>[953]</sup> y fortaleza<sup>[954]</sup> de la franja competidora. Así, en la ya citada "*Hoffmann -La Roche* (vitaminas)", con una cuota del 47 % del mercado de las vitaminas A, se juzgó que *Hoffmann La Roche* tenía posición dominante, al ser esta cuota igual a la de la suma de las de sus dos principales competidores<sup>[955]</sup>. En cambio, una cuota del 51 % del mercado de las vitaminas B 3 no se valoró suficiente, al poseer un competidor el treinta por ciento de ese mercado. En "*AKZO III*"<sup>[956]</sup>, a diferencia del anterior pronunciamiento, el Tribunal europeo adoptó un razonamiento más cuantitativo, en el que resolvió que una cuota del mercado del 50 % constituye por sí misma, y salvo circunstancias excepcionales, prueba de la existencia de una posición dominante. En cambio, en "*Alcatel/AEG Kabel*"<sup>[957]</sup> y "*Mannesmann/Hoesch*"<sup>[958]</sup>, la Comisión Europea, en la aplicación de Decreto 4064/89 de fusiones y concentraciones económicas, ponderó que el solo hecho de tener el 50 % del mercado no presupone posición dominante.

Otros factores a tomar en cuenta a la hora de estudiar la cuota de mercado son los siguientes:

- i. la participación de una empresa sobre las que ostentan derechos de control<sup>[959]</sup>;
- ii. cuando el fabricante distribuye sus productos a través de cadenas propias e independientes<sup>[960]</sup>;
- iii. consideración de las cuotas correspondientes a las "marcas blancas"<sup>[961]</sup>;
- iv. productos destinados al autoconsumo de las empresas que se concentran<sup>[962]</sup>,

La inexorable conclusión de lo relevado es que los porcentajes de mercado son relativos, y dependen de otros factores. Pero parecería que una cuota mayor al 50 % puede ser estimada como significativa a los fines de la posición dominante, al menos lo suficiente para establecer una presunción *iuris tantum*. A su vez, un porcentaje superior al 90 %, podría ser ponderado como una presunción *iuris et de iure*. Menos del 20 % no constituiría una posición dominante. Y una cuota de mercado entre 20 y 50 % requiere de importante prueba complementaria.

8. *Barreras de entrada*. Como prescribe el art. 6.b de la Ley N° 27.442, las barreras de entrada el mercado constituye un elemento trascendente en el análisis de la posición de dominio.

Existen diversas barreras de entradas, algunas de índole legislativa o reglamentaria y otras económicas.

i. Dentro de las últimas, es dable mencionar<sup>[963]</sup>:  
Economías de escala.

Diferenciación de productos (fidelización de los clientes a las marcas de las empresas que ya participan en el mercado<sup>[964]</sup>).

Necesidades de capital.

Costos cambiantes (implica el costo que tiene el comprador para cambiar el producto que está consumiendo por el producto que ofrecerá el nuevo competidor).

Acceso a los canales de distribución (por ejemplo el limitado espacio físico en la góndola del supermercado).

Desventajas de costos independientes de las economías de escala: tecnologías de productos patentados, acceso preferencial a materias primas, ubicación favorable, curva de aprendizaje o experiencia.

Política gubernamental (restricciones gubernamentales para el acceso al mercado: por ejemplo las concesiones para establecer líneas de transporte público de pasajeros).

ii. A su turno, pueden constituir barreras de entrada al mercado, por razones reglamentarias:

cuotas de producción<sup>[965]</sup>,

cuotas a la importación<sup>[966]</sup>,

tarifas y regímenes fiscales<sup>[967]</sup>,

intervención administrativa en determinados sectores<sup>[968]</sup>,

gravámenes a la importación y prácticas *antidumping*<sup>[969]</sup>,

decisiones referidas al medio ambiente, exigencia de autorizaciones o concesiones en determinadas actividades<sup>[970]</sup>

ciertas especificaciones técnicas<sup>[971]</sup>.

iii. La integración vertical, en rigor, no tiene influencia directa en la caracterización de una empresa como ostentadora de una posición dominante; en cambio, sí tiene injerencia indirecta, en la medida que constituya una barrera a la entrada de empresas nuevas al mercado. Así lo entendió la jurisprudencia europea en reiteradas oportunidades<sup>[972]</sup>.

En una clara ilustración de lo sostenido, BadenFuller decía: "...el hecho de que el fabricante de trampas de ratones de madera posea un bosque refuerza su poder de mercado si existen dificultades para procurarse madera en el mercado"<sup>[973]</sup>.

9. *Tipos de abuso*. Hay dos clases de abuso: el anticompetitivo y el explotativo. El primero es aquel que pretende la expulsión del mercado de algún competidor o, bien, impedir la entrada de un nuevo operador o, al menos, dificultarla. El segundo constituye una agresión a los intereses de los proveedores, los clientes y los consumidores<sup>[974]</sup>.

Uno de los criterios escogidos para poder determinar el abuso de una posición dominante ha sido el de la "proporcionalidad". Diversas sentencias han empleado este parámetro: "BRT c. SABAM"<sup>[975]</sup>, "SuikerUnie"<sup>[976]</sup> y la señora "UnitedBrands"<sup>[977]</sup>.



Este criterio -de la proporcionalidad- es mucho más efectivo en el caso del abuso-vertical (abuso-explotación), que en el abuso-horizontal (abuso-monopolización). En este último, parece funcionar mejor el criterio de las “prestaciones”, en el que habrá que determinar si la conducta tiene por fin obstaculizar la competencia actual o potencial, sin reposar en prestaciones de calidad superior (criterios de las prestaciones pero valorando si las mismas son para la empresa valoradas *per se* o como medio de obstáculo a la competencia).

## 10. Casuística de formas de abuso

a. Se pueden enumerar, entre otros, los siguientes casos de abusos de posición dominante <sup>[978]</sup>:

i. En las relaciones verticales, se han considerado como abuso de posición dominante las siguientes conductas:

La imposición de precios excesivos a la clientela (*General Motors Continental, United Brands, British Ley land, AshmedSaeed*).

La imposición de condiciones no equitativas a la clientela (*Tetra Pak II*).

La discriminación de los usuarios en función de su nacionalidad o la residencia (*GEMA y GVL*).

La negativa de vender a un cliente existente (*Comercial Solvents, United Brands, ABG, Hugin, BBI/BOOSEY & HAWKES*).

La decisión de no producir más piezas de un determinado modelo de vehículo cuando todavía circulaban numerosos vehículos de ese modelo (*CICRA/Renault, Volvo/Veng*).

El hecho de imponer precios o condiciones diferentes a compradores que se encuentran en una situación equivalente, imponiéndoles así una desventaja en la competencia (*Hoffmann-La Roche, United Brands, Michelin*).

La compartimentación de los mercados (*Industria Europea de Azúcar, United Brands*).

Las presiones sobre los clientes para obligarles a sumarse a la política comercial deseada por la empresa dominante (*Industria Europea de Azúcar, United Brands*).

ii. En las relaciones horizontales se han considerado como abuso de posición dominante las siguientes conductas:

La negativa a admitir el acceso a un competidor a una instalación esencial, es decir, a una instalación o infraestructura sin la cual los competidores no pueden ofrecer sus servicios (*Sstena/Sealink, Puerto de Realby y Sea Containers/Sealink*).

La negativa a entregar un insumo a una empresa que es competidora en el mercado del producto derivado a un precio que no reserva a ésta un margen suficiente de transformación, “efecto tijeras”(*British Sugar*).

El hecho de subordinar el suministro de un producto o servicio a la aceptación de otro producto o servicio que no tiene ningún nexo con el primero, “práctica de vinculación” (*Hilti, London European/SABENA, Tetar Pak II*).

El hecho de vincular a los compradores mediante compromisos de exclusividad, la concesión de descuentos de fidelidad o de lealtad o de bonificación por objetivos (*Industria Europea de Azúcar, Hoffmann la Roche, Michelin, British Sugar, BPB Industries, CEWAL, COWAC, UKWAL*).

La venta a precios inferiores al coste con el fin de eliminar a un competidor (*ECS/AKZO, Tetra Pak II*).

La adquisición de una licencia sobre un procedimiento de fabricación con el fin de impedir o retrasar el acceso al mercado de un competidor (*Tetra Pak II*).

La negativa de una compañía aérea a retomar los horarios de un competidor en un sistema de reservas informatizado (*London European/SABENA*) o a celebrar un acuerdo de combinación de pasajes con un competidor (*British Midlands v. Aer. Lingus*).

El hecho de imponer la celebración de acuerdos de reparto de mercados a nuevos competidores en el mercado con el fin de limitar su penetración en éste (*Racal-Decca*).

La negativa, en determinadas circunstancias excepcionales, de conceder una licencia de derecho de propiedad intelectual (*Magill*).

a. Bellamy y Child realizan otra enunciación de actos abusivos, distinguiendo entre “abusos anticompetitivos” y “explotación desleal” <sup>[979]</sup>.

i. Entre los casos de “abusos anticompetitivos” podemos citar los siguientes:

“Negativa de suministro”: Por ejemplo en el caso *Polaroid/SSI*. Una empresa en posición dominante debe demostrar una justificación objetiva a su negación de suministro. En diversos fallos se hizo referencia a este supuesto <sup>[980]</sup>.

“Precios Ruinosos”: generalmente se caracteriza por conductas de: i) rebajas selectivas de precios, ii) nivel de precios no rentable o escasamente rentable, iii) políticas de precios dirigida a un competidor específico. “*AKZO c. Comisión*” es un ejemplo de esta hipótesis <sup>[981]</sup>.

“Primas de fidelidad y prácticas similares”. Es el caso de rebajas especiales o descuentos a cambio de asegurarse la totalidad de pedidos o excluir a terceros. “*Hoffman La Roche*” y “*Michelin*” son algunos ejemplos de ello; aunque el primer caso donde se hizo aplicación de estos principios fue “*SuikerUnie c. Comisión*” <sup>[982]</sup>.

“Discriminación de precios”. Consiste en tratar casos iguales de manera distinta, siempre que no haya una razón objetiva y económica para la diferencia. En “*United Brands*”-varias veces citado en este trabajo- el Tribunal Europeo de Justicia se expidió al respecto.

“Otras condiciones anticompetitivas”. Entre otras: imponer condiciones anticompetitivas a sus clientes, restricción a las exportaciones, restringir las importaciones, restricciones en la reventa de productos, o subordinaciones ilegales <sup>[983]</sup>.

“*Concentraciones de empresas*”

ii. Ejemplos de abusos por explotación desleal pueden ser:

“Precios y condiciones desleales”. Según las circunstancias, precios demasiado bajos, pueden constituir una práctica anticompetitiva, pero precios demasiado altos puede constituir un caso de explotación. Así lo estableció la Comisión Europea en varias oportunidades: “*General Motors*”, “*United Brands*”, entre otros. La forma de determinar los precios demasiado altos no es difícil y proviene de considerar elementos como costos y precios por productos similares, en iguales o distintos mercados.

“Discriminación”. Un caso típico de ello es “*GEMA*” <sup>[984]</sup> donde se diferencia entre nacionales y extranjeros.

“Abusos de derecho de propiedad industrial e intelectual”.

“Vida fácil”. Este es un llamativo ejemplo, traído por Bellamy y Child, que se refiere a los casos de ineficiencia, pereza, falta de dirección o negligencia voluntaria como forma de abuso <sup>[985]</sup>.

a. Finalmente, si bien en el derecho argentino no contamos con una enunciación de actos abusivos como el modelo europeo, los actos anticompetitivos de los arts. 2 y 3 de la Ley N° 27.442 componen muy buenas pautas de “abusos”.

## VI. Dependencia económica o teoría del contratante obligatorio

Mientras la posición dominante responde al cuadro macroeconómico, a una noción de “hegemonía estructural”; la “dependencia económica” es más propia de la “debilidad contractual”, del “monopolio relacional”, o sea de un aspecto microeconómico.

En la primera hipótesis hay necesariamente ilícito concurrencial; no así en la segunda. Los casos de confusión se darían, sobre todo, en los supuestos de abuso de posición dominante vertical.

Generalmente hay dependencia económica cuando una persona es contratante obligatorio de otra <sup>[986]</sup>.

La Comisión Europea ha recurrido en varias oportunidades al concepto de “dependencia económica” <sup>[987]</sup>; mientras que el Tribunal de Justicia lo hizo pero con mayores reservas.

Para desentrañar la conexión entre abuso de posición dominante y dependencia económica deviene atrayente la evolución de la legislación en España. La Ley N° 16/1989 del 17 de julio de Defensa de la Competencia implantó, en su art. 6, la reglamentación de la posición dominante. Dicha norma fue modificada por la Ley N° 52/1999 de 28 de diciembre. La reforma legislativa de mayor impacto fue, precisamente, la incorporación de la figura de la “explotación abusiva de la situación de dependencia”, tomada de la Ley N° 3/1991 de 10 de enero de Competencia Desleal. Así el apartado 1 del art. 6 quedó redactado de la siguiente manera: “Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas:

- a) De su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional.
- b) De la situación de dependencia económica en la que puedan encontrarse sus empresas clientes o proveedores que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad. Esta situación se presumirá cuando un proveedor además de los descuentos habituales, debe conceder a su cliente de forma regular otras ventajas adicionales que no se conceden a compradores similares”.

El art. 6 (en su apartado 2) después de la reforma de la Ley N° 52/1999 instauraba siete hipótesis de abuso <sup>[988]</sup>. Cinco de ellos ya estaban incluidos en el texto de la Ley N° 16/1989; y de esos cinco supuestos, cuatro (a, b, c y e) duplicaban el texto comunitario del ex art. 82 (86) TCEE, *ut supra* transcripto. La Ley N° 16/1989 había introducido un supuesto más (inc. d). Y la Ley N° 52/1999 había aumentado dos incisos (f y g). Estos dos últimos incisos eran más semejantes a hipótesis de “dependencia económica” que de posición dominante *strictu sensu*.

Este paradigmático dispositivo del derecho nacional español, que incluía la “dependencia económica” como causal de posición dominante, fue derogado por la reforma introducida mediante la Ley N° 15/2007. La cardinal motivación de la abrogación fue la consideración, por parte de la doctrina, de que la “dependencia económica” constituía -en realidad- un supuesto de competencia desleal y no de protección de la libre competencia, por lo que se la excluyó de la segunda, permaneciendo ya no como modalidad de abuso de posición dominante, sino como un antecedente a tener en cuenta por el Derecho de la Competencia Desleal. Actualmente, la norma vigente ha mantenido la originaria redacción del art. 6 (ahora el art. 2), suprimiendo -además del caso de abuso de posición dominante por dependencia económica- los dos últimos incisos de la norma antes transcrita (incisos f y g), que respondían también a la lógica de la “teoría del contratante obligatorio”.

Al igual que en la anotada legislación vigente de España, en Argentina ahora se regula la dependencia económica como supuesto de competencia desleal en el art. 10 inc. d, del Decreto 274/2019 <sup>[989]</sup>. La norma es idéntica al art. 16.2 de la Ley N° 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal española <sup>[990]</sup>.

En Italia, en igual sentido, el abuso de dependencia económica no requiere evaluar la posición del abusador en el mercado <sup>[991]</sup>. Para que se configure aquella bastará que una empresa obtenga, en su relación con la otra, de un “excesivo desequilibrio de derechos y obligaciones” (art. 9° de la Ley N° 192 <sup>[992]</sup>), hipótesis llamativamente reglada en una norma de “subcontratación en actividades productivas”.

En Estados Unidos, una figura semejante a la tratada es la denominada “*unconscionability*”, que se verifica cuando media un contrato cuyos términos son extremadamente injustos o abrumadoramente favor de una de las partes, por el poder superior de negociación de una de las partes. El *leading case* fue “*Williams c. Walker-Thomas Furniture Co.*”, en el que el demandado (un vendedor minorista de muebles) vendió diversos muebles a un cliente desde el año 1957 al 1962. En el contrato de concesión de crédito se

escribió que ningún mueble podía ser considerado como vendido hasta tanto no haya sido pagado. Cuando el actor incumplió y no realizó los pagos de la última partida de muebles, el vendedor intentó recuperar todos los muebles desde 1957 y no solo la última partida. La Corte de Apelación del Distrito de Columbia señaló que el contrato no podía cumplirse si esto importaba una gruesa inequidad del poder de negociación.

En nuestra opinión, la recepción de la figura de la dependencia económica importa un cambio de paradigma protectorio. Esta figura tiene una naturaleza híbrida entre el Derecho de los Contratos y el Derecho de la Competencia. La prohibición se dirige preferentemente a la tutela contractual de la empresa dependiente, con prescindencia que la conducta puede quedar tipificada en el régimen de la concurrencia, sin perjuicio de que pueda serle aplicable la legislación *antitrust*, como expresamente lo autoriza el art. 9 de la Ley N° 192 italiana.

En nuestro país, la utilización de la figura de la dependencia económica se hacía difícil desde el instituto del abuso de posición dominante, debido a que su estructura metodológica se ubicaba de manera exclusiva en el Derecho de la Competencia. Esto ha mutado con la acertada introducción del art. 11 del CCyC.

Podemos concluir que una forma conveniente de proteger al empresario débil sería la aplicación de la teoría de la dependencia económica, mientras que el abuso de posición dominante generalmente funcionará mejor para la tutela del mercado. No obstante que no media identidad absoluta entre “abuso de posición dominante” y “dependencia económica”, la regulación de aquel como *principio* en el art. 11 permitiría una exégesis extensiva deísta, tal que habilitaría el uso de la figura de la dependencia económica, fuera del marco de la Ley de Competencia Desleal.

Molina Sandoval sostiene que “la incorporación del abuso de posición dominante en el sistema privado se independiza de su estructuración originaria para abarcar nuevos horizontes que deben analizarse de una manera integrada en el sistema general”<sup>[993]</sup>. Pensamos que entre esas noveles perspectivas merece incluirse la teoría de la dependencia económica, que también resultará útil para el juzgamiento de cláusulas y prácticas abusivas.

## VII. Conclusiones

La decisión de política legislativa de mantener el sistema europeo de abuso de posición dominante, aunque nos parece acertado, no fue objeto de debate suficiente.

Para la viabilidad del abuso de posición dominante es innecesaria una total exclusión de la competencia.

El criterio diferenciador entre los actos anticompetitivos y el abuso de posición dominante no anclado en el número de agentes presuntamente infractores, sino en la lógica de vulneración al interés económico general, no resulta suficientemente claro. Este parámetro de distinción debería reverse.

El interés económico general es un concepto demasiado difuso y se encuentra inconvenientemente inserto en la Ley de Defensa de la Competencia. Por ejemplo, en el caso de abuso de posición dominante debe presumírsele, como apropiadamente se reguló en el art. 2.

Aun cuando los criterios cuantitativos solo tienen un valor relativo, no puede prescindirse de ellos. Podría entenderse que una cuota de mercado de más de un 50 % implica una presunción *iuris tantum* de posición dominante en el mercado de referencia, siempre que la franja de competencia tenga por lo menos tres competidores, y lleve un período de cinco años. Esa presunción se invierte con una participación en el mercado de menos del 20 %. Sería *iuris et de iure* si el porcentaje es de 90 %.

No solo existen barreras “reglamentarias” de entrada al mercado que deben evaluarse a la hora de determinar la posición de dominio en el mercado. Las barreras económicas, aunque no mencionadas en el art. 6 de la Ley N° 27.442, son igualmente significativas en orden a la ponderación de la posición de dominio.

En nuestro sistema se sanciona tanto el abuso explotativo como el exclusorio.

Los actos anticompetitivos de los arts. 2 y 3 de la Ley de Defensa de Competencia constituyen modelos de “abusos” de posición dominante.

La recepción del abuso de posición dominante en el art. 11 del CCyC ha sido un gran acierto del codificador que, entre otros aspectos ampliatorios, admite la extrapolación al sistema general, de la figura de la dependencia económica, solo regulada a nivel microsistémico.

La regulación en el CCyC del abuso de posición dominante implica un acercamiento al cumplimiento del imperativo de los arts. 42 y 43 de la Constitución Nacional; y más que limitar, colabora con la garantía del derecho fundamental a la libertad de empresa.

## Federalismo judicial

Claudia Beatriz Sbdar\*

La idea del federalismo como forma de organizar el elemento poder del Estado en relación con elemento territorio surgió por primera vez en los Estados Unidos, en la Constitución de Filadelfia de 1787. En palabras de Hamilton:

“La constitución propuesta lejos de significar la abolición de los gobiernos de los Estados, los convierte en parte constituyente de la soberanía nacional, permitiéndoles estar representados directamente en el Senado y los deja en posesión de ciertas partes exclusivas e importantísimas del poder soberano”. [\[994\]](#)

Sobre el sistema federal, Alberi sostenía que:

“la creación de un Gobierno general supone la renuncia o abandono de cierta porción de facultades por parte de los Gobiernos provinciales. Dar una parte del Gobierno local y pretender conservarlo íntegro es como restar de cinco dos y pretender que queden siempre cinco (...). La federación, lo mismo que la unidad, supone el abandono de una cantidad de poder local, que se delega al poder federal o central”. [\[995\]](#)

Con acierto maestro, para Germán Bidart Campos el federalismo es el resultado de la combinación de dos fuerzas: la centrípeta y la centrífuga, en cuanto compensa en la unidad de un solo estado la pluralidad y la autonomía de varios, y su origen jurídico es siempre su constitución.

En nuestro país la esencia del sistema federal adoptado en el art. 1° de la Constitución Nacional, radica en la coexistencia de diversos órdenes gubernamentales en un mismo territorio, asegurando, al decir de Antonio María Hernández “la unión de lo diverso a través del respeto a las autonomías y a las diversidades de las entidades componentes”. En consecuencia, “el federalismo es un sistema jurídico y político complejo, que engloba una pluralidad de organizaciones políticas dotadas de un ordenamiento constitucional propio, cuya estructura y cuyo funcionamiento son los que mejor reflejan las ideas de libertad, equidad y participación”. [\[996\]](#)

En efecto, hace a la esencia del estado federal la coexistencia, en un mismo territorio, de dos ordenamientos jurídico-políticos independientes. En esa línea, se ha señalado que se presenta:

“por un lado, el Estado federal, entidad constituida a mérito de las potestades que expresa e implícitamente las provincias -en su antigua condición de Estados soberanos- acordaron conferirle en su favor en punto a constituirlo y dotarlo de competencias. Y, por el otro, las provincias, quienes revisten imperio - en el exclusivo ámbito de sus respectivas órbitas territoriales- sobre el cúmulo o caudal residual de atribuciones no delegadas (...). Sencillo es concluir que a cada nivel de gobierno le es dado obrar a entero arbitrio y discreción, en la medida en la que observe un ejercicio razonado y razonable de las competencias que en Derecho le son dadas. En este orden de ideas, a toda provincia le corresponde -por intermedio de sus poderes y órganos de gobierno y en pleno ejercicio de las facultades que le son acordadas por conducto de los arts. 5º y 123 de la Const. Nacional-, darse sus propias instituciones políticas y regímenes de gobierno, mediante la sanción y reforma de sus respectivas constituciones”. [\[997\]](#)

De modo tal que el diseño de la Constitución Nacional prevé que cada jurisdicción estadual cuente con su sistema judicial propio y reglas procesales locales. Es ese el origen del federalismo judicial en Argentina. En efecto, el art. 5 CN dispone que “Cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal, y la educación primaria”.

A su turno, art. 122 de la Constitución Nacional establece que las provincias “Se dan sus propias instituciones locales y se rigen por ellas. Eligen sus gobernadores, sus legisladores y demás funcionarios de provincia, sin intervención del Gobierno Federal”. Y según el art. 121 de la Ley Suprema, las provincias conservan “todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno Federal...”, pero deben respetar el principio de supremacía federal del art. 31 de la Constitución Nacional y las bases del art. 5º mencionado. Es así que “cada Estado Provincial y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires integran la

sociedad 'federal' argentina y gozan de autonomía, que abarca los aspectos institucionales, políticos, financieros y administrativos, conforme los arts. 5, 122, 123 y 129 de la Constitución Nacional".<sup>[998]</sup>

La doctrina clásica de la Corte Suprema de Justicia de la Nación señala que las provincias, a similitud de lo que ocurre en el orden nacional, tienen facultades para organizar la jurisdicción y competencia de sus propios tribunales, dictando las Leyes que correspondan, en virtud de su derecho a darse sus propias instituciones y regirse por ellas.<sup>[999]</sup> Consecuentemente, cada Constitución provincial organiza su respectivo Poder Judicial, que se integra por un Superior Tribunal o Corte Suprema, y tribunales inferiores con sus respectivas competencias.<sup>[1000]</sup>

El federalismo judicial implica pues la existencia del orden jurídico federal junto con los ordenamientos jurídicos de las provincias, con su correlativa distribución de competencias jurisdiccionales. La jurisdicción federal tiene competencias delegadas limitadas, y no competencias plenas, que engloban solo una pequeña proporción de todas las controversias jurídicas que se ventilan en los juzgados argentinos. Con lo cual, los provinciales resuelven el resto de causas, esto es, aquellas controversias que quedan fuera de lo reservado a la justicia federal.<sup>[1001]</sup> El ordenamiento jurídico federal está conformado por la Constitución Nacional, los tratados internacionales, con jerarquía constitucional o sin ella y las Leyes del Congreso, a los que debemos agregar las normas jurídicas de carácter general de autoridad federal (distintos tipos de reglamentos). Las provincias estructuran sus sistemas jurídicos a partir de sus propias Constituciones que deben dictarse obligatoriamente según impone el art. 5 C.N., del mismo modo que la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, según lo prevé el art. 129 C.N., también lo integran las Leyes de los poderes legislativos locales (arts. 121, 122, 123 y 129 C.N.).

La obligación de las provincias de asegurar su administración de justicia comprende la creación y establecimiento de tribunales; la asignación a éstos de competencias y el dictado de los códigos procesales respectivos. Y, por aplicación de la doctrina de la CSJN en "Pérez de Smith"<sup>[1002]</sup> las provincias deben también evitar "el eventual bloqueo de la justicia en términos de disponer respuestas jurisdiccionales hábiles para las demandas interpuestas por los habitantes de las entidades locales" y del mismo modo están obligadas "a proveer la tutela judicial efectiva, por imperio de la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos, en especial, el art. 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos".<sup>[1003]</sup>

Es precisamente en los Poderes Judiciales de las provincias y CABA donde tramitan la gran mayoría de los litigios de nuestro país.<sup>[1004]</sup> Así el art. 116 CN establece una competencia federal limitada, excepcional y de interpretación restrictiva,<sup>[1005]</sup> para el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución Nacional, por las Leyes de la Nación - con la reserva hecha en el inciso 12 del Art. 75- por los tratados con las naciones extranjeras, de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros, de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima, de los asuntos en que la Nación sea parte, de las causas que se susciten entre dos o más provincias, entre una provincia y los vecinos de otra, entre los vecinos de diferentes provincias, y entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero. En otras palabras, "la justicia 'federal' es limitada, de excepción y exclusiva, ya que su competencia se encuentra fijada en los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional y en las Leyes reglamentarias respectivas".<sup>[1006]</sup>

La Corte Suprema de Justicia de la Nación interpretó que para que emerja la jurisdicción federal, el derecho planteado en un pleito debe estar directa o indirectamente fundado en una norma de naturaleza federal.<sup>[1007]</sup> y no de un modo accesorio o incidental. Cuando no se configura aquella relación, la cuestión será básicamente de derecho común y corresponderá la intervención de la justicia provincial. En definitiva, para que corresponda asignar la competencia federal, la materia federal debe ser la predominante para la solución del caso.<sup>[1008]</sup>

A partir de allí se incorpora otro factor configurativo del escenario judicial argentino: los procesos judiciales que tramitan en las jurisdicciones provinciales fenecen en esa jurisdicción, lo que implica que las Cortes y Superiores Tribunales de las provincias argentinas y CABA constituyen, como regla, la instancia judicial final, sin perjuicio de que sus resoluciones puedan eventualmente ser impugnadas por la vía del recurso extraordinario federal ante la CSJN en los términos y condiciones de la Ley N° 48.<sup>[1009]</sup> En otras palabras, la competencia federal queda ceñida a los supuestos previstos en la Constitución Nacional. Así, entonces, es que en el sistema constitucional argentino la competencia judicial de las provincias es muy amplia. Es que la distribución de las competencias judiciales entre estado federal y las provincias se sostiene, como se anticipó, en que estas últimas se reservan todo el poder no delegado por la Constitución al estado federal (art. 121 C.N.). y, coherente con ello, el art. 14 de la Ley N° 48 establece que "una vez radicado un juicio ante los Tribunales de Provincia, será sentenciado y fenecido en la jurisdicción provincial", y que "sólo podrá apelarse a la Corte Suprema de las sentencias definitivas pronunciadas por los tribunales superiores de provincia en los casos siguientes:

1° Cuando en el pleito se haya puesto en cuestión la validez de un Tratado, de una Ley del Congreso, o de una autoridad ejercida en nombre de la Nación y la decisión haya sido contra su validez.

2° Cuando la validez de una Ley, decreto o autoridad de Provincia se haya puesto en cuestión bajo la pretensión de ser repugnante a la Constitución Nacional, a los Tratados o Leyes del Congreso, y la decisión haya sido en favor de la validez de la Ley o autoridad de provincia.

3° Cuando la inteligencia de alguna cláusula de la Constitución, o de un Tratado o Ley del Congreso, o una comisión ejercida en nombre de la autoridad nacional haya sido cuestionada y la decisión sea contra la validez del título, derecho; privilegio o exención que se funda en dicha cláusula y sea materia de litigio”.

A lo señalado cabe agregar que la función jurisdiccional federal y provincial ha sido claramente distribuida por la Constitución Nacional.

Así, el art. 108 C.N. inviste con el ejercicio del Poder Judicial de la Nación a la Corte Suprema de Justicia de la Nación y a los demás tribunales inferiores que estableciere el Congreso. Y el art. 5 C.N. impone a las provincias, como requisito para gozar de su autonomía, el deber de asegurar “su administración de justicia”. Respecto de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el art. 129 C.N. dispone que “tendrá un régimen de gobierno autónomo, con facultades propias de legislación y jurisdicción” que por Ley N° 24.588 se acotaron a materias de vecindad, contravencional y de faltas, contencioso-administrativa y tributaria locales mientras sea Capital de la Nación. [\[1010\]](#)

Respecto de la justicia federal, la CN dispone que “El Poder Judicial de la Nación es ejercido por una Corte Suprema de Justicia, y por los demás tribunales inferiores” (art. 108 C.N.). Entre los tribunales inferiores, unos ejercen la jurisdicción en las causas que de acuerdo al art. 116 C.N. son de competencia federal, tribunales federales; y otros entienden en aquellas de competencia ordinaria que tramitan en los territorios nacionales y Capital Federal, tribunales nacionales.

En cuanto a los sistemas judiciales locales, el Derecho Público Provincial muestra una gran diversidad porque la autonomía institucional de las provincias, basada en los arts. 5, 121 y 122 C.N. permite que cada una de ellas estructure su judicatura en base a criterios propios haciendo ciertas las palabras del Justice Louis Brandeis en relación a que los estados particulares -o provincias- funcionan como “laboratorios” de experimentación en el campo institucional [\[1011\]](#) aunque, claro está, dentro de un marco general que surge de la Constitución Nacional y que está conformado principalmente por el deber de asegurar la independencia del poder judicial, implícito en la exigencia de respetar la forma republicana de gobierno (art. 5 C.N.). Un concepto similar expone Sola cuando señala que “el federalismo permite la experimentación con diferentes formas de gobierno, para resolver situaciones creadas en condiciones locales disímiles”. [\[1012\]](#)

Ocurre que el art. 5 CN:

“impone a las provincias asegurar la administración de justicia y el régimen republicano. Pero no implica ninguna organización y estructura específica del Poder Judicial. Por eso, los poderes constituyentes provinciales disponen de amplia libertad para instituir el sistema que estimen más conveniente para el ejercicio adecuado de esta función”. [\[1013\]](#)

En ese mismo orden de ideas, la CSJN ha sostenido que “el art. 5° de la Constitución Nacional declara la unidad de los argentinos en torno del ideal republicano. Pero se trata de una unidad particular. Es la unidad en la diversidad. Diversidad proveniente, precisamente, del ideal federalista abrazado con parejo fervor que el republicano. El federalismo encierra un reconocimiento y respeto hacia las identidades de cada provincia; empero, dicha identidad no encuentra su campo de realización solamente dentro del ámbito comprendido por los poderes no delegados al gobierno federal (arts. 104 y concs., Constitución Nacional), sino también en el de la adecuación de sus instituciones a los requerimientos del art. 5° citado. Esto último, asimismo, configura una fuente de vitalidad para la república, en la medida en que posibilita una pluralidad de ensayos y búsquedas por las diferentes provincias de caminos propios para diseñar, mantener y perfeccionar los sistemas republicanos locales. Por lo demás, si la Constitución Nacional, para la época de su dictado, fue establecida como causa ejemplar de las instituciones locales, los posteriores desarrollos del constitucionalismo provincial configuran una rica fuente para el desarrollo y progreso aun de las instituciones nacionales. No entraña la diversidad enunciada ninguna fuerza disgregadora, sino una suerte de fructífera dialéctica, enmarcada siempre por la Ley cimera de la Nación”. [\[1014\]](#)

Cabe también recordar que “en virtud del art. 75 inc. 12 de la Ley Suprema, la justicia ‘provincial’ interviene en las causas de derecho ‘común’, para aplicar los Códigos de fondo (Civil, Comercial, Penal, de Trabajo, de Minería, etc.), que en nuestro orden constitucional, son sancionados por el Congreso de la

Nación, a diferencia del precedente norteamericano, que corresponde a los Estados”.

[1015]

Si bien la estructura orgánica de los poderes judiciales federal y local, mantienen rasgos propios y diferenciados a partir de la propia Constitución Nacional, existe “un punto de articulación fundamental entre ambas jurisdicciones, éste se encuentra en que las decisiones de los Tribunales Superiores de los Estados pueden ser revisadas por el Tribunal Supremo de la federación”, porque ninguna Ley o decisión judicial provincial puede contravenir la Constitución Nacional ni el bloque de constitucionalidad federal. Eso significa que incluso en el caso en que la competencia en la regulación de determinadas materias corresponda a las provincias, “si esta regulación puede afectar a cuestiones más amplias que afectan a derechos protegidos por la Constitución federal, o pudiera ser aplicable también Derecho federal”, cabría la intervención última de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

[1016]

Acertadamente ha señalado Bidart Campos que “en nuestro sistema federal las competencias propias del estado federal y de las provincias se establecen según el siguiente sistema: todo lo que la constitución federal no atribuye al estado federal, se considera reservado a los estados miembros; la capacidad es la regla para éstos, y la incapacidad es la excepción, en tanto para el estado federal ocurre lo contrario: la incapacidad es la regla, y la capacidad es la excepción”.

[1017]

Esto se refleja en la fórmula del art. 121 CN que establece “las provincias conservan todo el poder no delegado por esta constitución al gobierno federal”. De allí surgen las amplias facultades de los entes locales para establecer la normativa procesal, crear tribunales, fijar las competencias; establecer el mecanismo de control de constitucionalidad; determinar el proceso de selección y remoción de los y las magistradas/os, entre otras.

Como consecuencia de todo lo hasta aquí expuesto, la inmensa mayoría de los casos que tramitan ante los poderes judiciales locales reciben la solución definitiva en el propio ámbito provincial. Surge así evidente la relevancia de las Cortes y Tribunales Superiores de las provincias argentinas y CABA, en tanto juzgadores finales de la casi totalidad de los casos judiciales que tramitan en nuestro país e intérpretes naturales de todo el derecho común y derecho local.

[1018]

Sin embargo, como antes se ha dicho, en toda cuestión de constitucionalidad federal siempre habrá una vía que permita llevar el caso a la Corte Suprema Federal, generándose así un genuino y enriquecedor diálogo jurisprudencial entre la Corte Suprema de Justicia Federal y las Cortes o Superiores Tribunales de justicia de las provincias argentinas.

El federalismo judicial tiene un aliado permanente en la Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de las provincias argentinas y Ciudad Autónoma de Buenos Aires, JUFEJUS, que nació formalmente en la reunión extraordinaria realizada en Tucumán en agosto de 1994, cuando se firmó su Estatuto Social, quedando definitivamente constituida como Asociación Civil el 24 de noviembre de 1995, como entidad federal que nuclea a todos los magistradas y magistrados en ejercicio de las Cortes Supremas y Superiores Tribunales de Justicia de las provincias argentinas y Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Desde su creación la JUFEJUS trabaja activamente en la elaboración de mecanismos de mejoramiento estructural de la justicia, con proyección al orden nacional e internacional. Su intensa labor generó un ámbito de encuentro que, respetando las autonomías de cada tribunal, procura coordinar proyectos para mejorar la administración de justicia, promueve la capacitación continua de magistrados, funcionarios y empleados de las diversas jurisdicciones que la componen y, a través del intercambio de experiencias y realidades propias, coopera en el fortalecimiento institucional de cada Corte o Superior Tribunal de Justicia de las Provincias argentinas y CABA.

Entre los objetivos principales de la JUFEJUS se cuentan:

preservar la independencia de los Poderes Judiciales Provinciales;  
propiciar el reconocimiento del Poder Judicial como contralor de los otros poderes y garante de la seguridad jurídica de la sociedad, dentro de la organización federal y republicana que determina la autonomía de los veintitrés estados provinciales;

resaltar el rol de los Poderes Judiciales como hacedores de las políticas judiciales, y en función de ello promover disposiciones acordes con el sistema democrático en lo concerniente a la designación y remoción de los jueces;

enfaticar el concepto de la independencia funcional de los magistrados en el ejercicio de la función jurisdiccional;

promover la capacitación continua de todos los cuadros que integran los Poderes Judiciales Provinciales (magistrados, funcionarios y empleados);

participar activamente en todo debate o construcción de proyectos de mejoramiento y transformación del sistema judicial. Con este propósito la Ju.Fe.Jus coordina actividades con entidades nacionales y provinciales -oficiales, privadas y ONG-, e intercambia experiencias, información e ideas con los Poderes Judiciales Provinciales, Nacional y de naciones extranjeras. Participa activamente de la Mesa Permanente de Justicia del Diálogo Argentino;



desarrollar programas y cursos de acción para profundizar en la reflexión y aplicación de la ética judicial, particularmente en los Poderes Judiciales Provinciales;

cooperar en la modernización de la administración y gestión de los Poderes Judiciales Provinciales, e impulsar en tal sentido actividades tendientes a lograr una mayor productividad, eficiencia y desburocratización en la actividad de los organismos judiciales provinciales;

promover las comunicaciones interjurisdiccionales, favoreciendo la utilización de las nuevas tecnologías y la informática;

fomentar y participar activamente en publicaciones vinculadas con el mejor funcionamiento de la administración de justicia.

Considero que en la tarea de afianzar la justicia es muy importante recuperar, tener siempre presente y fortalecer el valor de las Justicias provinciales, ámbito en el que, como dije, tramitan y se resuelven la mayor parte de las controversias entre los habitantes del país, y no en el fuero de excepción federal. Si la Constitución expresa la identidad cultural de cada comunidad y, por otra parte es una verdad indiscutible que, en la mayoría de los casos existe diversidad de identidades hacia el interior de cada Estado, parece claro que la Constitución y el orden jurídico de una federación han de asumir el multiculturalismo y, por ende, también debe hacerlo una administración de justicia auténticamente federal.

# Consideraciones sobre el código procesal penal federal y su implementación

Ernesto Solá\*

Marcos Ovejero\*\*

## I. El proyecto:

El 21 de octubre del año 2014, el Poder Ejecutivo Nacional presentó ante el Senado de la Nación un proyecto de Ley [\[1019\]](#) que buscó reemplazar el sistema procesal penal “mixto” instaurado por la Ley N° 23.984 [\[1020\]](#) -que hace casi 30 años rige en nuestro país- por un modelo que mejor se ajuste a las exigencias constitucionales y supranacionales bajo un sistema de corte acusatorio o adversarial.

La nueva modalidad de enjuiciamiento se caracteriza, en lo sustancial, por la división tajante de roles entre los distintos sujetos que actúan en el proceso, de manera tal, que no se confunda la función requirente o del ejercicio de la acción penal (acusación propiamente dicha) con la jurisdiccional. Separación de juez y acusador, señala Luigi Ferrajoli [\[1021\]](#), es el más importante de los elementos constitutivos del modelo teórico acusatorio, como presupuesto estructural y lógico de todos los demás.

Así, la tarea del juez debe quedar limitada por la actuación de las partes (*nemo iudex sine actore - ne procedat iudex ex officio - nulli iudicium sine accusazione*), presentándose el órgano judicial como un tercero equidistante e imparcial con respecto a las partes (acusador y acusado), las que deben encontrarse en un pie de igualdad en cuanto a las herramientas que disponen para esgrimir sus pretensiones durante el proceso, cuya tramitación ha de reunir las condiciones de ser pública, contradictoria y continua, sobre la base de la oralidad, aspecto éste central en la reforma que aquí se comenta en cuanto propone la actuación de los jueces en forma prevalentemente verbalizada.

El designio exteriorizado por el Ejecutivo Nacional de adecuar el proceso penal argentino a tales exigencias no es novedoso entre nuestras instituciones, desde que el primer intento en esa línea data del año 1871, cuando el presidente Sarmiento emitió un decreto -refrendado por Avellaneda- por el que se encomendó a Florentino González y a Victorino de la Plaza para que proyecten un código de procedimiento penal acorde con los mandatos de la Constitución recientemente sancionada [\[1022\]](#) que claramente preveía en su espíritu los postulados del arquetipo acusatorio de la antigua Grecia, [\[1023\]](#) al promover la necesidad de que el Congreso establezca el juicio por jurados [\[1024\]](#).

En igual sintonía, la CSJN [\[1025\]](#) señaló que:

“Juan Bautista Alberdi y los constituyentes de 1853 optaron por el modelo norteamericano, originariamente opuesto al europeo, su antípoda institucional, y que el Poder Judicial norteamericano no era jerarquizado ni corporativo, sino horizontal, con el control difuso de constitucionalidad” de manera tal que “el proceso penal de un sistema jurídico horizontalmente organizado no puede ser otro que el acusatorio, público... de allí que nuestra Constitución previera como meta el juicio por jurados, necesariamente oral y, por ende, público”.

Dicha exigencia adquirió mayor vigor tras la reforma operada en el año 1994 al otorgar a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos jerarquía constitucional [\[1026\]](#), que imponen a los Estados partes el aseguramiento de garantías propias del molde acusatorio, como ser el derecho a ser juzgado públicamente en un plazo razonable por un juez o un tribunal independiente e imparcial (art. 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 14 primera parte e inciso “3.c” del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

Ese proceso reformista, tal como lo detalló el mensaje de elevación por parte del Ejecutivo Nacional acompañando el proyecto, comenzó a concretarse en nuestro país en las provincias que, dada la ínsita preexistencia que guardan con respecto a la Nación, se anticiparon al fuero federal al reemplazar la figura del juez titular de la instrucción previa al juicio oral -quien no sólo tiene a su cargo el dictado de resoluciones jurisdiccionales, sino que es el director de la pesquisa y le compete su impulso- [\[1027\]](#) por la de una investigación preparatoria a cargo de un agente ajeno al Poder Judicial, representante de los intereses generales de la sociedad, esto es el Ministerio Público Fiscal [\[1028\]](#).

Así lo hicieron las provincias de Córdoba y Tucumán (en 1991), Buenos Aires (en 1997), Chaco (en 1998), Mendoza (en 1999), Catamarca (en 2003), Chubut y La Pampa (en 2006), Santa Fe (en 2007), Entre Ríos, Santiago del Estero y Jujuy (en 2009), Salta y Neuquén (en 2011), que si bien con algunos matices diferenciales, asumieron la necesidad de escindir las funciones de juzgar y de acusar.

Es que si se concibe al proceso penal como una secuencia de actos dirigida hacia la averiguación de la verdad y la efectiva realización del derecho penal de fondo, en cuya tramitación se encuentran en pugna el interés del individuo acusado por mantener su libertad y el de la sociedad por descubrir y reprimir el delito <sup>[1029]</sup>, quien mejor que la sociedad misma, a través del representante de sus intereses generales, para promover la persecución del delito.

En similares condiciones, y tras un trámite legislativo que se caracterizó por una inusitada celeridad, el 9 de diciembre de 2014 se sancionó la Ley N° 27.063 por la que se aprueba el Código Procesal Penal Federal <sup>[1030]</sup> -en adelante CPPF-, derogando el anterior Código Procesal Penal de la Nación aprobado por Ley N° 23.984 -en adelante CPPN-.

La vigencia del nuevo código se dilató “hasta la oportunidad que una Ley especial considere propicia”, creándose una Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación, a fin de que evalúe, controle y proponga durante el período que demande su puesta en funcionamiento, los respectivos proyectos de Ley de adecuación de la legislación vigente a los términos del digesto aprobado, así como toda otra modificación necesaria.

## II. Principales aspectos del nuevo proceso

De esa forma, a *grosso modo*, podemos decir que un proceso ordinario tramitado bajo el nuevo sistema puede tener su génesis a raíz de una denuncia (art. 236) una querrela autónoma (art. 241) una prevención policial (art. 243) o de oficio por el Ministerio Público Fiscal mediante investigaciones preliminares (art. 246) o genéricas (art. 246).

Producido el acto/hecho promotor, se prevé una etapa de 15 días de valoración inicial por parte del titular de la acción penal (art. 248), transcurrida la cual cuenta con diversas opciones para actuar: puede desestimar las actuaciones si el hecho anoticiado no constituyese delito (art. 249); archivarlas cuando no se pueda individualizar a los autores o partícipes, sea imposible reunir elementos de convicción o “no se pueda proceder” (art. 250); adoptar un criterio de oportunidad prescindiendo de la persecución penal en casos de insignificancia del hecho o “bagatella” o, cuando la intervención del imputado sea de menor relevancia y no se avizore una pena privativa de libertad, cuando a raíz del hecho el imputado sufriera un daño físico o moral que tornare desproporcionada la imposición de una pena (circunstancia conocida como “pena natural”); o cuando el acusado ya haya sufrido una sanción que hiciera que carezca de importancia la que pudiera imponérsele en el proceso que se le sigue (arts. 31 y 251).

Puede también el titular de la vindicta pública instar la conciliación entre el imputado y la víctima en casos de delitos culposos o aquellos de contenido patrimonial cometidos sin grave violencia (art. 34) o realizar con el encausado un acuerdo sobre la suspensión del juicio a prueba (art. 35).

Finalmente, en caso de que el representante del Ministerio Público Fiscal considere que cuenta con elementos para sospechar la existencia de un hecho típico perpetrado por una persona determinada, procede a requerir la Formalización de la Investigación Penal Preparatoria, que se lleva a cabo ante el juez con funciones de garantías <sup>[1031]</sup>, comunicando al imputado (en presencia de su defensa) el hecho que se le atribuye, la calificación jurídica provisoria, la participación que se le enrostra y los elementos de prueba con los que cuenta (arts. 254, 255 y 258).

A partir de allí, comienza el desarrollo de la investigación propiamente dicha, que tiene por objeto recabar los elementos que permitan establecer si existe o no mérito para abrir un juicio oral (art. 228), investigación que no puede extenderse por más de un año prorrogable por 180 días más (art. 265) o, en caso de tratarse de un “proceso complejo” -así decretado por el juez de garantías a pedido de cualquiera de las partes- de dos años (art. 335 inciso “b”), finiquitado el cuál el Ministerio Público Fiscal declara cerrada la investigación y puede solicitar el sobreseimiento del imputado o acusarlo requiriendo juicio (art. 268).

Presentada la acusación (art. 274), de ella se corre traslado por cinco días a la querrela si la hubiere, la que puede presentar una acusación autónoma o adherirse a la del Fiscal, y de ambas se corre vista al imputado y a su defensa -por intermedio de la Oficina Judicial <sup>[1032]</sup> - por un plazo de diez días y, una vez vencidos, dentro de otro plazo por igual tiempo, se fija la audiencia de control de la acusación ante el juez con funciones de revisión <sup>[1033]</sup>, (arts. 53 inciso “e”, 276, 277 y 279) quien, si la declara admisible, emite el auto de apertura del juicio (art. 280).

En esta instancia, se sortea al juez o jueces que intervendrán en el debate, el que debe realizarse entre cinco y treinta días de recibidas las actuaciones (art. 281) en la cual se debatirá la existencia del hecho y

la responsabilidad penal del imputado (arts. 294 a 303). En caso de absolución, ésta se ejecuta de inmediato (art. 374) y de mediar sentencia condenatoria, en un plazo de 48 horas se fija una audiencia de determinación de pena o de “cesura” en la que se discute la sanción propiamente dicha, su *quantum* y la modalidad en que se llevará a cabo su cumplimiento (art. 304).

Una vez dictada y firme la condena y fijado el modo en que habrá de cumplirla el condenado, la sentencia es remitida a la Oficina Judicial para la formación de una “carpeta de ejecución penal”, y es puesta en conocimiento del juez con funciones de ejecución (art. 375) quien practica el cómputo de pena (art. 376) y verifica el acatamiento de la sanción hasta su fin, dictando, en su transcurso, las resoluciones que sean menester (art. 57).

La duración total del proceso se computa desde la Formalización de la Investigación hasta el plazo máximo de tres años (art. 119), salvo en el caso de que se trate de un “proceso complejo”, en el cual el término máximo se duplica (art. 335 inciso “a”).

### III. Puntos centrales de la reforma

Reseñada en prieta síntesis la forma en que se desarrolla el proceso penal diagramado por la Ley N° 27.063, corresponde ahora resaltar algunos semblantes que inspiran la dinámica descrita y que presentan variaciones con el sistema que se busca abandonar.

#### 1. Disponibilidad de la acción penal

Tal como se anticipó, el nuevo proceso (tras algunas modificaciones al proyecto original<sup>[1034]</sup>) prevé un sistema de enjuiciamiento de hechos con trascendencia penal que autoriza medios alternativos de resolución de casos sin la necesaria intervención del Poder Judicial, a diferencia del sistema anterior, que solamente consideraba al archivo por decisión jurisdiccional como forma de no iniciar una investigación, o el rechazo del requerimiento de instrucción, también a cargo del juez<sup>[1035]</sup>. Así, el nuevo paradigma reconoce medios de disponibilidad de la acción penal por parte de su natural titular (arts. 30 a 35), teniendo en cuenta, como principio general de todo el proceso, la necesidad de dar primacía a las soluciones de los conflictos surgidos a raíz del hecho que mejor se adecuen al restablecimiento de la armonía entre sus protagonistas y a la paz social (art. 22), dándose prevalencia a la restauración del denominado “conflicto primario” (que se refiere al suscitado entre las partes directamente involucradas en el hecho -víctima y victimario-) por sobre el “conflicto secundario”, que se refiere a la disonancia entre el hecho y la norma penal (o la adecuación del hecho a la Ley penal).

#### 2. Investigación previa al juicio

En subsidio, y en caso de que el representante de los intereses generales de la sociedad estime necesaria la aplicación del *iuspuniendi* estatal, se prevé un cauce más ágil hacia la etapa plenaria, pretensamente impulsado por los principios de la celeridad, simplicidad, intermediación y desformalización (art. 2°) eliminando el necesario dictado -y firmeza- de resoluciones jurisdiccionales “intermedias”, como lo era la figura del procesamiento como presupuesto ineludible para, recién, poder decretarse la clausura de la investigación y el avance de la causa a juicio<sup>[1036]</sup>, reservándose en el nuevo sistema toda actuación de un juez para determinados actos procesales centrales (formalización de la investigación, apertura del juicio oral, sentencia condenatoria o absolutoria, cómputo de pena y resoluciones durante el transcurso de la ejecución) o para aquellas cuestiones cuya naturaleza imponga, por imperio constitucional, la intervención de un magistrado (medidas que implican una injerencia en derechos fundamentales), quien se ve limitado a resolver solamente en función de los argumentos y pruebas que las partes pongan a su disposición en las audiencias (art. 111, 4° párrafo).

En lo demás, quedan exclusivamente a cargo del representante del Ministerio Público Fiscal los actos que tiendan al impulso de la persecución de la pena (art. 9°), pues sobre él recae la carga de la prueba<sup>[1037]</sup> (art. 90, 2° párrafo), para lo cual forma un legajo de investigación que contiene los documentos y elementos de convicción por él recogidos bajo criterios de informalidad, el que en ningún caso puede ser consultado por el órgano jurisdiccional (desaparece el expediente judicial), pero debe ser público para las partes y para la defensa desde la formalización de la investigación<sup>[1038]</sup> (art. 230).

Sin perjuicio de ello, y en orden a garantizar la pretendida igualdad de partes durante el proceso, se innova en el sentido de que su posibilidad para incorporar pruebas ya no sólo depende de la solicitud y posterior aprobación por parte de los órganos estatales para su producción<sup>[1039]</sup>, sino que se prevé la facultad tanto para la querrela como para la defensa, de recolectar por sí las pruebas que consideren necesarias (art. 135 inciso “b”), formando cada una su propio legajo, anexándose al del Fiscal el del querellante, y manteniéndose autónomo el de la defensa, el que no será público para ninguna de las

partes, sin perjuicio de la posibilidad de su utilización para avalar sus pretensiones en las audiencias (art. 233).

### 3. Participación de la víctima en el proceso

Además de la facultad de investigación autónoma, se le reconoce al particular ofendido la potestad de provocar por sí la persecución penal o intervenir en la ya iniciada por el Ministerio Público Fiscal (art. 87) -querellante autónomo-, estableciéndose a favor de la víctima derechos para participar en el proceso aun sin haberse constituido como querellante, pudiendo impugnar ante el fiscal revisor las disposiciones de desestimación, archivo o criterio de oportunidad que adopte el fiscal de la investigación preparatoria (arts. 33 y 252) y, en caso de su firmeza, o que el fiscal del caso solicite el sobreseimiento del imputado (art. 271), se prevé el mecanismo de la conversión de la acción (art. 33), permitiéndole a la víctima requerir que la acción pública para investigar el delito de que se trate se transforme en privada, facultándose el eventual arribo de la causa a juicio sin la intervención del Ministerio Público Fiscal <sup>[1040]</sup>, potestad aun ejercitable por autorización del fiscal en los delitos de acción [pública] dependientes de instancia privada o de lesiones culposas, siempre que no exista un interés público gravemente comprometido.

El nuevo sistema reconoce, además, la legitimación para querellar no sólo al directamente ofendido por el delito (art. 79), sino que la amplía a otros sujetos que pueden no revestir tal condición.

Así, se otorga esa potestad a los socios respecto de los delitos que afecten a la sociedad y fueran cometidos por quienes la dirijan, administren, gerencien o controlen; a las asociaciones o fundaciones en casos de delitos de lesa humanidad o de graves violaciones a los derechos humanos y a los pueblos originarios en delitos que impliquen discriminación de alguno de sus miembros, genocidio o afecten sus derechos colectivos reconocidos constitucionalmente (art. 84 <sup>[1041]</sup>).

### 4. Materia probatoria

En lo relativo a la acreditación de los presupuestos fácticos de las pretensiones de las partes (además de lo señalado sobre las facultades de investigación autónoma), se consagra expresamente el principio de la libertad probatoria, en virtud del cual los hechos e intereses para la solución del caso podrán probarse mediante cualquier medio de prueba, con los límites de que no se encuentren prohibidos por la Ley y que no vulneren derechos o garantías constitucionales, ni obstaculicen el control de la prueba por el resto de los intervinientes, siempre y cuando reúnan las condiciones de pertinencia, utilidad y no sobreabundancia (arts. 134 y 135 inciso "d").

Por su parte, y también de forma novedosa a nivel federal, el nuevo sistema prevé los acuerdos probatorios, que permiten a las partes prescindir de la prueba ofrecida cuando un hecho fuese admitido por todas ellas, declarándose de esa forma en el auto de apertura a juicio, y que no podrá ser controvertido en el debate (art. 135 inciso "e" y 280 inciso "c"), contando el juez con la facultad de provocar dichos acuerdos si estima que se trata de un hecho notorio.

Dichas convenciones tienden a extremar el principio acusatorio en torno a que si existe conformidad de partes sobre la existencia de un hecho determinado, se torna innecesario el debate a su respecto, garantizándose de esa manera la postura de "tercero imparcial" por parte de los jueces durante el proceso (aun en la etapa de juicio).

Además, siendo la celeridad y el desformalismo principios rectores en el nuevo proceso (art. 2°), los acuerdos probatorios pueden tener la virtualidad de coadyuvar a que el juicio oral se concentre de forma más específica en el objeto preciso de controversia, esto es, el debate mismo sobre lo que no haya acuerdo entre las partes.

### 5. Etapa intermedia

Una vez finalizadas las tareas investigativas, el Ministerio Público Fiscal declara clausurada la investigación penal preparatoria y, si estima que cuenta con elementos para llevar el caso a juicio, emite la acusación en contra del imputado (art. 274) -llamada antes, a nivel nacional, requerimiento de elevación de la causa a juicio <sup>[1042]</sup> - dando así lugar a la etapa "intermedia" del proceso, que representa el puente entre la investigación preparatoria y el juicio oral propiamente dicho.

El nuevo código prevé la posibilidad de que el Fiscal presente una acusación alternativa, mediante la descripción de las circunstancias del hecho que permitan encuadrar el comportamiento del imputado en una figura distinta de la Ley penal, para el caso de que no resulten comprobados en el debate los elementos que componen la calificación principal (art. 275).

Como novedad, se enumera con mayor detalle los requisitos formales que se deben cumplir a la luz del citado art. 274 (que en el código anterior se limitaba a exigir los datos personales del imputado; una relación clara, precisa y circunstanciada de los hechos, su calificación legal y una exposición sucinta de

los motivos en que se funda <sup>[1043]</sup>), exigiéndose al actor penal que exprese un requerimiento de pena estimado a los fines de la determinación del juez o tribunal que intervendrá en el juicio (unipersonal o colegiado, cfr. inciso “h” del art. citado <sup>[1044]</sup>) que luego debe determinar el juez del control de acusación (art. 280 inciso “a”) tras la audiencia que prevé el art. 279.

Esta audiencia, reviste la mayor trascendencia para el cauce del proceso y el normal desarrollo posterior del juicio oral, pues es allí en donde se evalúa si el acto requirente (acusación) cuenta con la debida motivación tanto en la faz de los hechos como en la jurídica, pues representa el momento culmine de la investigación penal preparatoria y el último examen que se efectúa sobre si se cumplió o no con su finalidad, que es establecer si existe mérito o no para abrir un juicio (art. 228), sellando el marco por el que debe transcurrir el debate al definir su objeto.

La forma en que se encuentra diseñada esta etapa modifica sustancialmente el régimen anterior, puesto que las excepciones preliminares, el ofrecimiento de las pruebas que se pretenden producir en el debate y su admisibilidad, así como la unión o separación de juicios objeto de acusación, que antes eran deducidas ante y resueltas por el mismo Tribunal que entenderá en el juicio <sup>[1045]</sup>, ahora se instan ante un juez autónomo en el proceso, que no participó de la investigación preparatoria con funciones de garantías <sup>[1046]</sup> ni participará del debate, esto es, un magistrado con funciones de revisión.

Entre las excepciones precitadas encontramos la que persigue objetar la acusación por defectos formales; las excepciones a que se refiere el art. 37 (falta de jurisdicción o de competencia, falta de acción o extinción de la acción civil); la solicitud del sobreseimiento; la proposición de la reparación, conciliación, suspensión del juicio a prueba o un procedimiento abreviado; el requerimiento de la unificación de los hechos objeto de las acusaciones y la unión o separación de juicios (además de ser la oportunidad para contestar la eventual demanda civil).

Una vez resueltas las cuestiones preliminares, cada parte ofrece las pruebas que considera necesarias de producción para las dos etapas del juicio (responsabilidad y determinación de pena), y esgrimen las solicitudes, instancias y objeciones que mutuamente estimen corresponder respecto de las pruebas que se proponen, siendo que en caso de que exista conformidad de ambas partes sobre la producción de alguna prueba, ésta no podrá denegarse por el juez (art. 135 incisos “d” y “e”). Además, es ésta la oportunidad en donde las partes pueden solicitar al magistrado de control (quien puede instar a que los hagan) a que tenga por acreditados ciertos hechos que no serán discutidos en el juicio.

El juez debe resolver todas las cuestiones en el orden que le fueran planteadas y, de declararse admisible la acusación <sup>[1047]</sup>, emite el auto de apertura del juicio oral -que es irrecurrible- (art. 280) y lo envía a la Oficina Judicial para que sortee a los jueces que intervendrán en el juicio, y fije la audiencia de debate -que se debe realizar entre 5 y 30 días de recibidas las actuaciones- y cite a las partes para su desarrollo (art. 281).

## 6. Juicio

En esta instancia queda el caso en estado para el juicio, previendo la Ley N° 27.063 su división en dos partes. La primera referida al debate propiamente dicho, en la que se pretenderá determinar la existencia del hecho, su calificación legal y la responsabilidad penal del acusado y; en el eventual caso de que existiera condena, se debe fijar una audiencia tendiente a determinar la sanción a imponerse, su modalidad y el lugar de cumplimiento (arts. 283 y 294 a 304), lo que constituye la segunda parte a la que antes se aludiera.

Además, se varía en torno a la discusión final o alegatos al culminar la recepción de pruebas en el juicio, previendo el nuevo digesto la posibilidad de todas las partes de replicar, facultad que el CPPN sólo confería al Ministerio Público Fiscal, querellante y defensa; entendiéndose ahora que ese derecho también comprende al actor civil y al civilmente demandado (art. 302, 4° párrafo).

En cuanto a la posibilidad de ampliar la acusación ya en sede del juicio, se suprime como causales para así proceder a “las declaraciones del imputado” <sup>[1048]</sup>, limitándose ahora a la posibilidad de que “por una revelación o retractación” se tuviera conocimiento de una circunstancia de hecho no contenida en la acusación original y que resulte relevante para la calificación legal.

En tal caso, ya no sólo se prevé la posibilidad de “la suspensión del debate para ofrecer nuevas pruebas y preparar la defensa” como lo hacía el CPPN, sino que se faculta al imputado y a su defensa para solicitar un nuevo juicio cuando la nueva circunstancia modifique sustancialmente la acusación inicial (art. 295).

Para la declaración de los peritos, se extingue la necesidad de “hacer leer” <sup>[1049]</sup> previamente la parte sustancial del dictamen que hayan emitido en la causa, estableciéndose ahora que toda prueba que se pretenda introducir al juicio por su lectura o exhibición no tendrá ningún valor, “sin perjuicio de la presentación de documentos al testigo, perito o al imputado para facilitar su memoria o dar explicaciones sobre lo que allí consta, previa autorización de los jueces” (art. 289) dando un margen de apreciación a la

valoración de los dichos vertidos a raíz de tal presentación.

Se suprime la posibilidad de los jueces del tribunal para formular preguntas directas <sup>[1050]</sup>, así como también la de ordenar de oficio la inspección judicial y la recepción de nuevos medios de prueba que puedan resultar útiles <sup>[1051]</sup>, que ahora sólo procede a petición de parte respecto de pruebas no ofrecidas oportunamente, siempre y cuando no hubiesen sido conocidas antes, permitiéndose que se produzcan otras pruebas destinadas a esclarecer la veracidad, autenticidad o integridad de alguna otra si surgiere controversia relativa a estos puntos, siempre que no hubiese sido posible prever su necesidad (art. 301).

Además, se incorpora la potestad del contra examen de los testigos o peritos (art. 297), no prevista expresamente en el régimen anterior.

Finalizado el debate, ahora se prevé la deliberación inmediata y sin interrupción y sin posibilidad de reapertura cuando se estimare necesaria la recepción de nuevas pruebas o la ampliación de las recibidas <sup>[1052]</sup>.

Se contempla expresamente la imposibilidad del tribunal de dar al hecho una calificación jurídica distinta a la contenida en la acusación, salvo que lo sea en beneficio del imputado <sup>[1053]</sup>, así como también la de imponer una pena más grave que la solicitada por los acusadores (art. 307).

## 7. Procesos especiales

En el Libro II titulado “Procedimientos Especiales”, como novedad, en el Título II se incorporan a los “Procedimientos Abreviados”, dentro de los cuales encontramos tres variantes.

Acuerdo Pleno: La primera es la que se nomencloó como “Acuerdo Pleno” (semejante a la clásica figura del juicio abreviado <sup>[1054]</sup>) que consiste en que, una vez presentada la acusación por parte del Ministerio Público Fiscal al finalizar la investigación penal preparatoria (en aquellos casos en que estime suficiente la imposición de una pena privativa de libertad de 6 años -o inferior-), el imputado acepta en forma libre y expresa los hechos que se le atribuyen, su participación en ellos, las pruebas recabadas en su contra, el encuadre legal que se asignó a su conducta y la pena solicitada, caso en el cual, y una vez presentados los términos del acuerdo ante el juez, y escuchada por éste la aceptación libre y voluntaria del imputado sobre los extremos y alcances del instituto, se prescinde de la realización del debate y se dicta, sin más, sentencia condenatoria (cfr. Arts. 323 a 325 y 305).

Como temas que requieren aclaración, se destacan la etapa en la que dicho procedimiento especial puede tener lugar, y la competencia del juez que debe intervenir en él. Así, *prima facie*, es el juez de garantías el asignado por Ley para resolver los acuerdos plenos (cfr. art. 56 inciso “b”).

Sin embargo, y en virtud de la modificación instaurada por la Ley N° 27.482 <sup>[1055]</sup>, se asignó a los jueces con funciones de revisión la competencia unipersonal para intervenir en el control de acusación (cfr. actual art. 53 inciso “e”). Por tanto, y siendo los acuerdos abreviados una de las instancias susceptibles de introducirse en esa audiencia (art. 279 inciso “d”), y teniendo el juez a cargo de esta etapa el deber de resolver “todas las cuestiones en el orden que le fueran planteadas” (art. 279 ya citado, *in fine*), se entiende que éste también puede resolver tales acuerdos, en esa instancia.

Además, en el código se fija como oportunidad procesal para que se celebre un acuerdo pleno, desde la formalización de la investigación “hasta la fijación de la audiencia de debate” (art. 323 párrafo 6° <sup>[1056]</sup>) y, para éste último acto, necesariamente debe haber transcurrido ya la etapa de control de acusación y estar el caso radicado en sede de juicio, con el juez o tribunal que habrá de intervenir ya sorteado (art. 281 inciso “a” y “b”), lo que lleva a considerar que los jueces de esta instancia también son competentes para intervenir en este tipo de acuerdos.

Acuerdo Parcial: Esta variante prevé una circunstancia similar a una declaración de puro derecho del proceso civil, en tanto limita la convergencia de voluntades a la forma en que acaecieron los hechos, fijándose cuál es la plataforma fáctica convenida y los elementos de prueba que se ofrecen para la determinación de la responsabilidad del imputado y la eventual pena que se le imponga. Éste acuerdo puede presentarse durante la etapa preparatoria <sup>[1057]</sup> y hasta la audiencia de control de acusación y procede para cualquier delito (art. 326).

Corresponde efectuar una distinción entre esta clase de juicio abreviado y los ya mencionados acuerdos probatorios. En éstos, lo que se conviene es la existencia de un hecho o un aspecto (fáctico) en particular de la imputación (vg. la calidad y cantidad de estupefaciente secuestrada, lo que permite prescindir de la prueba pericial, narcotest, etc.) que se tiene por acreditado y no será objeto de debate (cfr. Arts. 135 inciso “e”, 279, 5° párrafo y 280 “c”), mientras que en el acuerdo parcial se conviene la totalidad de la plataforma fáctica imputada, y sólo se discute la responsabilidad y/o la calificación jurídica.

Acuerdo de Juicio Directo: Esta tercer variante consiste en que, en la audiencia de Formalización de la

Investigación Preparatoria, las partes convienen en llevar la causa directamente a debate con los elementos recabados hasta el momento (es decir, sin la previa investigación preparatoria), debiendo describirse en esa oportunidad el hecho por el cual el fiscal y el querellante -si lo hubiere- acusan al imputado y las pruebas que ofrecen para su producción en el juicio, dictando en ese acto el juez de garantías el auto de apertura (art. 327).

**Flagrancia:** Es otro de los procedimientos especiales, que algún comentario merece, no por su innovación, sino por su inalterabilidad con respecto al régimen anterior -en tanto que representa una incursión textual de la Ley N° 27.272 en el CPPF como Título III del Libro II- que se refiere a cuestiones abandonadas por el nuevo sistema tales como la remisión del “expediente” (art. 330, 4° párrafo) y la necesidad de que el Secretario -cuya participación como tal desaparece del nuevo proceso- labre un acta de lo sucedido en la audiencia inicial (último párrafo del art. 331).

Sin perjuicio de ello, resta mencionar que este procedimiento consiste en una investigación acotada en el tiempo y es reservado para aquellos casos en los que el autor del delito fuera sorprendido en el momento de intentarlo, cometerlo o inmediatamente después, si fuera perseguido, tuviera objetos o presentase rastros que permitan sostener que acaba de participar del injusto (art. 217), así como también para aquellos hechos dolosos cometidos en el marco de una protesta social.

Por el contrario, se encuentra vedado para acontecimientos que tengan una pena máxima superior a los 15 años o a los 20 en los supuestos de los arts. 119 y 166 penúltimo párrafo del CP, o hubiera concurso de delitos y el cómputo del máximo superase ese monto. Tampoco es aplicable cuando el hecho de que se trate tuviera lugar en ocasión del ejercicio de derechos humanos o sociales o de cualquier otro derecho constitucional.

El procedimiento bajo las formas de flagrancia es declarado por el Ministerio Público Fiscal luego de la aprehensión del imputado (art. 216), el que debe requerir la audiencia inicial de flagrancia a las 24 hs. (prorrogable por otras 24 hs.), en la cual se lleva a cabo una especie de formalización de la investigación en tanto que allí se describen al imputado los hechos que se le atribuyen; es la oportunidad para solicitar medidas de coerción y se fija el plazo en el que se llevarán a cabo las medidas necesarias para completar la investigación, que puede tener una duración máxima de 10 días si el imputado permanece detenido, o de 20 si está en libertad, siendo prorrogable por otros 20 días si fuese necesario para la producción de prueba de la defensa.

Vencido ese término se lleva a cabo la audiencia de clausura (art. 331) que se asemeja, en sus efectos y propósitos, a la audiencia del control de acusación, no obstante que tiene lugar ante el juez de garantías (el mismo que intervino en la audiencia inicial) en la que el Ministerio Público Fiscal y el querellante -si lo hubiere- pueden solicitar el sobreseimiento del imputado, o bien, lo acusan, en cuyo caso deberán acompañar la acusación por escrito, pudiendo la defensa oponer las mismas cuestiones preliminares que las descriptas para el proceso ordinario (art. 279), resueltas las cuales se ofrece las pruebas y se dicta el auto de apertura a juicio, previéndose la posibilidad de diferir la lectura de los fundamentos hasta un plazo de tres días (circunstancia no prevista para el procedimiento ordinario), debiendo fijarse la fecha de debate dentro de los 10 días desde que la causa arriba a la sede del plenario (art. 281 inciso “b” *in fine*).

### 8. Control de las decisiones judiciales

El nuevo código diseña una instancia recursiva en la que se pretende acotar el elenco de resoluciones impugnables en una doble enumeración pretensamente taxativa de cuáles son las decisiones susceptibles de revisión, al catalogar los autos que pueden generar agravio a cada parte (arts. 352 a 355) y luego enumerándolas genéricamente como pasibles de impugnación (art. 356).

Sin embargo, se advierten otras resoluciones que aun no estando incorporadas en tales listados son susceptibles de impugnación a raíz de normas especiales ajenas al capítulo específico (tal el caso, vg. de la aplicación del procedimiento de flagrancia cuya impugnabilidad objetiva surge de la previsión del art. 330, 3° párrafo [\[1058\]](#)).

No obstante, el principio general es que las decisiones judiciales son impugnables sólo por los medios y en los casos expresamente establecidos (art. 344), sin verificarse que el nuevo digesto disponga de una cláusula abierta que haga referencia a los autos “que causen gravamen irreparable”, como si lo hacía el CPPN en su art. 449 *in fine*.

Se extingue la nomenclatura de los recursos (apelación, casación) designándoselos indistintamente como “impugnación” o “revisión”, distinguiéndose los plazos para hacerlo de acuerdo con la naturaleza de la decisión atacada (10 días para sentencias condenatorias o absolutorias, 3 días para la aplicación de medidas cautelares y 5 “en los demás casos”).

En cuanto al trámite, se prevé la facultad de las partes de impugnar *in voce* en la propia audiencia en la que se dictó el resolutivo que se pretende revocar, o presentarlo por escrito ante el juez que dictó la decisión, acompañando copias para las demás partes (art. 360).

Para la expresión de agravios ante el Tribunal de Alzada, y siguiendo la intención prevista por la Ley N°



26.374 que estableció <sup>[1059]</sup> el sistema de las audiencias orales para la sustanciación de los recursos en el sistema que se busca reemplazar -que no se aplicó en todos los tribunales del país como principio-, el nuevo código establece como única forma de fundamentar los motivos del recurso la vía oral (art. 362), en una audiencia en la cuál (y en esto se innova respecto al sistema anterior) el imputado puede introducir nuevos motivos diferentes de los expresados ante la instancia de grado, debiendo resolver los jueces de manera inmediata, también en forma oral, salvo en caso de que la resolución impugnada sea una sentencia, cuyos fundamentos pueden exteriorizarse dentro de un plazo de 20 días (art. 363).

Se veda a los jueces con funciones de revisión la posibilidad de “reenvío”, por lo que deben dictar la solución al caso, sin encomendar al juez de garantías (ni a las partes) que adopten ningún temperamento (art. 365).

Por su parte, y también por una incorporación posterior al proyecto original <sup>[1060]</sup>, si bien se previó la presencia de jueces con funciones de casación, se elimina la vieja concepción de que debía considerárselos como un “Tribunal intermedio” entre las Cámaras de Apelaciones y la Corte Suprema, desde que el actual art. 350 les asigna a los Jueces con Funciones de revisión (ex Cámaras de Apelaciones) el carácter de Tribunal superior de la causa en relación a cuestiones federales y a los fines del recurso extraordinario, reservándose para los Tribunales Casatorios sólo el entendimiento de las impugnaciones que se opongan contra las sentencias definitivas de la etapa de juicio <sup>[1061]</sup>.

Asimismo, si bien no previsto expresamente, han surgido situaciones que llevaron a lo que se conoce como “impugnación horizontal” <sup>[1062]</sup> entre los jueces con funciones de revisión, casos en los cuales uno de ellos, resuelve los agravios esgrimidos en contra de lo decidido por otro de igual competencia.

Tal es así, puesto que al no haberse establecido la competencia de los jueces con funciones de casación para revisar lo resuelto por los jueces con funciones de revisión, hay casos en las que lo resuelto por estos engendra un recurso ordinario. Tal es el supuesto de la “revocatoria del sobreseimiento” (expresamente impugnabile por la defensa cfr. art. 352 inciso “c”) que, para llegar a ese resolutivo, necesariamente debe haberse pasado por una resolución de primera instancia, que lo concede, y una de segunda instancia que lo revoca; debiendo entonces asignarse a un tercer juez o tribunal con funciones de revisión para que dirima la controversia.

Además, expresamente se prevé esa situación conforme lo dispuesto por el art. 364 al establecer la garantía del “doble conforme”, preceptuando que cualquier impugnación deducida por el fiscal, cuyo resultado fuere adverso al imputado (que puede ser tanto un sobreseimiento que se revoca, como la denegatoria de una medida de coerción -también impugnabile cfr. art. 355 inciso “a”- que, impugnada, ordena el juez o tribunal con funciones de revisión) engendra el derecho a solicitar su revisión.

## 9. Ejecución penal

En la etapa de ejecución de la pena se aprecia la potestad que ahora se le asigna al juez a cargo de esa etapa (art. 57) de practicar el cómputo de pena (art. 376), competencia que antes estaba reservada al Tribunal que dictó la sentencia <sup>[1063]</sup>, habiéndose arraigado la costumbre de las presentaciones de recursos “jerárquicos” a fin de que el presidente del Tribunal revise el cómputo efectuado por el Secretario, considerándose actualmente que dicha disposición es exclusivamente una decisión jurisdiccional, pasible de impugnación (cfr. Arts. 356 y 53 inciso “f”).

Se le asigna el deber al juez con funciones de ejecución que tomare conocimiento de la violación de una garantía en relación a una persona sometida a prisión preventiva (que, en principio, es ajeno a su competencia) que lo ponga de inmediato en conocimiento del magistrado que la ordenó (art. 57 inciso “a” *in fine*). Cuenta, a su vez, con la competencia para resolver los planteos que se susciten -además de aquellos durante la ejecución de las penas y medidas curativas- referidos a la expulsión de condenados extranjeros en situación irregular en el país (art. 57 inciso “c”).

Las resoluciones que dicta el juez con funciones de ejecución ya no son recurridas ante la Cámara de Casación correspondiente, sino que las impugnaciones en su contra son competencia de los jueces con funciones de revisión (ex Cámara de Apelaciones) conforme lo dispone el art. 53 inciso “f” <sup>[1064]</sup>.

## 10. Revisión de la sentencia condenatoria

En cuanto a la revisión de la sentencia condenatoria, el Título V del Libro III del nuevo código también presenta algunas variantes respecto al proceso comprendido entre los arts. 497 a 489 del CPPN.

Así, en cuanto a los supuestos que dan lugar a una solicitud de revisión, se agrega el caso de que la sentencia impugnada se hubiera fundado en prueba documental o testimonial cuya falsedad se hubiese declarado en un fallo posterior irrevocable (en idéntica redacción al régimen anterior) añadiéndose el caso de que dicha circunstancia “resulte evidente aunque no exista un procedimiento posterior” (art. 366 inciso “b” *in fine*).

Se agrega el supuesto no previsto por el CPPN que legitima la apertura de la revisión de una sentencia condenatoria cuando, en el caso concreto, se dicte una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos o una decisión de un órgano de aplicación de un tratado en una comunicación individual (art. 366 inciso "f").

Se eliminó la legitimación expresa para interponer esta acción en favor del representante legal del condenado incapaz, así como también la de sus hermanos (que si preveía el CPPN <sup>[1065]</sup>), agregando el nuevo código la del conviviente <sup>[1066]</sup>.

El nuevo digesto establece que los jueces que entienden en la revisión de la sentencia condenatoria deben dictar una sentencia definitiva que disponga las medidas que sean su consecuencia; sin la posibilidad de ordenarse la realización de un nuevo juicio -reenvío-, como estaba plasmado en el sistema anterior <sup>[1067]</sup>.

Por otro lado, se suprimió del nuevo código el instituto de la reparación que preveía el anterior art. 488 del CPPN en el sentido de que, a instancia de parte, la sentencia de la que resultare la inocencia de un condenado podrá pronunciarse sobre los daños y perjuicios causados por la condena, los que serán reparados por el Estado siempre que aquél no haya contribuido con su dolo o culpa al error judicial <sup>[1068]</sup>.

### 11. Nulidades

En cuanto al régimen de nulidades, se abandona la previsión (expresa) de la clásica distinción nulidades de orden general-nulidades de orden particular, siendo el nuevo digesto enfático en cuanto a la prohibición de sustentar cualquier decisión jurisdiccional en pruebas obtenidas ilegítimamente (art. 3°) o en inobservancia de las normas de la Constitución Nacional, de los instrumentos internacionales y del propio código (art. 3 y 129).

Se incorpora el instituto del saneamiento, que permite que de oficio o a petición de parte (a través de una audiencia especialmente convocada al efecto <sup>[1069]</sup>) se renueve el acto defectuoso, rectificando algún error o cumpliendo el acto omitido. Además, se prevé el saneamiento tácito cuando determinado acto hubiera conseguido su objeto respecto de todos los interesados (art. 130, último párrafo) siempre que la invalidez no se funde en la violación a una garantía establecida en favor del imputado, caso en el cual el proceso no puede volver a etapas anteriores.

Ya no se prevén oportunidades estrictamente delimitadas para oponer las nulidades de cada etapa del proceso hasta determinado momento como lo hacía el código anterior <sup>[1070]</sup>, limitándose el nuevo sistema a señalar que las solicitudes de declaración de nulidad o saneamiento deberán ser resueltas por el juez en una audiencia con intervención de todas las partes interesadas (art. 133), quedando mantenida la declaración de nulidad como la *última ratio*, al ser procedente sólo en aquellos casos en que no es posible sanear el acto, ni se tratase de casos de convalidación (art. 132).

### 12. Medidas de coerción

Una de las principales cuestiones que aborda la reforma, en consonancia con su pretendido ajuste a las exigencias constitucionales y supranacionales, se ve reflejada en materia de medidas de coerción personal del imputado durante el proceso.

En efecto, ante todo, se establece la prohibición de su dictado de oficio por el juez, debiendo mediar siempre un pedido ya sea del Ministerio Público Fiscal o del querellante (arts. 209 y 223), previéndose como procedimiento su solicitud en audiencia (art. 223).

Se fijan principios generales para la aplicación de una medida de coerción privativa de libertad, partiendo de la base de que toda disposición que coarte la libertad personal o limite un derecho debe interpretarse restrictivamente (art. 14), y toda medida restrictiva de tal naturaleza debe ejercerse bajo los tamices de la idoneidad, razonabilidad, proporcionalidad y necesidad (art. 16), ser excepcional y con la sola finalidad de hacer comparecer al imputado cuando su mera citación no sea eficiente a esos efectos (art. 209).

Además se prohíbe el alojamiento de personas privadas de libertad en lugares no habilitados, o en sitios que no reúnan las mínimas condiciones de salubridad <sup>[1071]</sup> (art. 15).

Más allá de tales principios, el nuevo código es enfático al exigir, para la aplicación de una medida cautelar restrictiva de la libertad, las dos exigencias fundamentales que son la concurrencia del mérito sustantivo y peligro procesal.

En el sistema anterior la imposición de la prisión preventiva (o denegatoria de la excarcelación) se basaba en la imposibilidad presunta de que en el proceso recaiga una condena de ejecución condicional y en la "presunción fundada" de que el imputado intentará eludir la acción de la justicia o entorpecer las

investigaciones -con basamento en las características del hecho, la posibilidad de la declaración de reincidencia, las condiciones personales del imputado o si éste hubiere gozado de excarcelaciones anteriores <sup>[1072]</sup>-, mientras que el nuevo código exige, además de la existencia de elementos de prueba suficientes para imputar un delito reprimido con pena privativa de libertad -mérito sustantivo- la existencia “real” de peligro de fuga u obstaculización de la investigación -peligro procesal- (art. 17).

En otro pasaje se robustecen esas condiciones, al establecer el art. 220 los recaudos para solicitar la imposición, no sólo de la prisión preventiva, sino de cualquier medida de coerción, al señalar que quien la requiera deberá acreditar que existen elementos de convicción suficientes para sostener como probable la existencia del hecho y la participación del imputado en éste; justificar suficientemente, con arreglo a las circunstancias del caso y a las [condiciones] personales del imputado, la presunción de que aquél no se someterá al procedimiento u obstaculizará la investigación o un acto concreto; sumándole a tales requisitos la necesidad de indicar el plazo de duración de la medida que estime necesario el solicitante (art. 220).

En particular, para la prisión preventiva se prevé (expresamente) que corresponde en función de la gravedad de las circunstancias y la naturaleza del hecho y las condiciones personales del imputado, que sirvan para decidir los criterios de peligro de fuga, o entorpecimiento del proceso previstos en éste código (art. 218).

Sobre tales bases, el nuevo digesto va más allá, y aporta conceptos claros sobre cuáles son los factores que deben ponderarse a la hora de determinar la existencia “real” del peligro procesal, enumerando diversos indicadores de peligro de fuga y de entorpecimiento investigativo.

En cuanto a lo primero, el art. 221 hace referencia al arraigo del imputado y las facilidades con las que cuenta para abandonar el país (inciso “a”), a las circunstancias y la naturaleza del hecho, la pena que se espera como resultado del procedimiento, la imposibilidad de condenación condicional, la constatación de detenciones previas y la posibilidad de declaración de reincidencia por delitos dolosos (inciso “b”), agregándose el comportamiento del imputado durante el procedimiento en cuestión, otro anterior en trámite; si incurrió en rebeldía, ocultó información o la proporcionó en falsedad (inciso “c”).

Referido al peligro de entorpecimiento (art. 222), se eleva el estándar de la “presunción fundada” a la “grave sospecha” de que el imputado destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba (inciso “a”), intentará asegurar el provecho del delito o la continuidad de su ejecución (inciso “b”), hostigará o amenazará a la víctima o a testigos (inciso “c”) influirá para que testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente (inciso “d”), inducirá o determinará a otros a realizar tales comportamientos aunque no los realicen (inciso “e”).

Deben concurrir, entonces, para la solicitud de una medida de coerción privativa de la libertad, el mérito sustantivo, conjugado con la valoración de la gravedad del hecho, su naturaleza y las circunstancias, en conjunto con el peligro “real” de fuga y la “grave sospecha” de entorpecimiento.

Se enfatiza el carácter de *última ratio* de la prisión preventiva <sup>[1073]</sup>, brindando el digesto un elenco de posibilidades (art. 210) que el Ministerio Público Fiscal o el querellante pueden solicitar al juez para lograr su comparecencia, entre las cuáles la última opción es la privación de la libertad intramuros, pues en ese catálogo se la prevé “en caso de que las medidas anteriores no fuesen suficientes”.

Así, se propone como opciones previas al encierro carcelario, la promesa del imputado de someterse al proceso y no obstaculizarlo; someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada; presentarse periódicamente ante el juez u otra autoridad; la prohibición de salir sin autorización previa del ámbito territorial que se determine; la retención de documentos de viaje; la prohibición de concurrir a determinadas reuniones; de visitar ciertos lugares, de comunicarse o acercarse a determinadas personas <sup>[1074]</sup>; el abandono del domicilio si se tratara de hechos de violencia doméstica y la víctima conviviera con el imputado; la prestación por sí o por un tercero de una caución real o personal adecuada; que podrá ser voluntariamente suplida por la contratación de un seguro de caución; la vigilancia del imputado mediante algún dispositivo electrónico de rastreo o posicionamiento de su ubicación física, el arresto en su propio domicilio o en el de otra persona ya sea con o sin vigilancia.

De esa manera, se zanja la vieja discusión en derredor de que la aplicación de la detención domiciliaria (como única modalidad de prisión preventiva morigerada previo a la condena) prevista por la Ley N° 24.660 sobre ejecución de sentencias -por la remisión que hacía el art. 314 del CPPN- debía limitarse a los requisitos taxativamente enumerados por el art. 33 de la citada Ley N° de ejecución, siendo que en el nuevo código la aplicación de medidas sustitutivas previas a la prisión preventiva no están sujetas a ninguna condición más allá de las enumeradas por el ya citado art. 16; esto es, su idoneidad, razonabilidad, proporcionalidad y necesidad en función de los indicadores de peligro procesal.

Por el contrario, se establecen prohibiciones para la aplicación de esa medida restrictiva relacionadas con la posibilidad de que la eventual condena que se imponga al imputado sea de ejecución condicional, dadas las características del hecho y sus condiciones personales; en los delitos de acción privada y cuando se trate de hechos cometidos en el ejercicio de la libertad de expresión, o como consecuencia de la crítica en cuestiones públicas (art. 218 *in fine*).

En particular, en lo que a medidas de coerción personal respecta, el código prevé la figura de la aprehensión sin orden judicial, cuya duración no puede exceder las 72 horas, prorrogables por igual término a pedido del fiscal en la audiencia de formalización de la investigación (prórroga impropia para casos que tramitan bajo el régimen de flagrancia), vencido el cuál, sino se resolviera la aplicación de otra medida privativa de libertad, el juez deberá ordenar la libertad (art. 216, 4° párrafo).

Por su parte, el representante del Ministerio Público Fiscal puede solicitar al juez la detención del imputado (que tampoco puede durar más de 72 horas), si existieran indicios suficientes de que procedería la prisión preventiva y su mantenimiento privado de su libertad fuese necesario para preparar el pedido de aquella medida (art. 215), es decir, como un paso previo para llegar a la medida cautelar de máximo rigor.

Respecto al imputado detenido, el fiscal puede solicitar su incomunicación por el plazo de 72 horas, siempre que existan motivos para creer que pueda obstaculizar la investigación. No obstante, el fiscal puede disponer, por sí, dicha medida, por el plazo máximo de 8 horas con la exclusiva finalidad de gestionar la orden judicial en ese sentido (art. 211).

### *13. La Oficina Judicial*

Una de las principales búsquedas del nuevo sistema, es la división tajante de los roles de todos los sujetos que actúan en el proceso.

De tal manera que, más allá de la actuación escindida de jueces y acusadores, se añade la prohibición absoluta por parte de los magistrados de delegar la función jurisdiccional que le es propia (art. 9 del CPPF), debiendo limitarse a resolver exclusivamente los planteos de las partes relacionados con cuestiones del proceso que requieran su asistencia, sin tener ninguna otra intervención que no sea la propia de la labor judicial, debiendo ejercerla de manera exclusiva, transparente y eficiente, encontrándoseles vedada la realización de trámites, funciones administrativas o de gestión de recursos (arts. 10 y 39 de la Ley N° 27.146 <sup>[1075]</sup>).

Para tales tareas, el proyecto del Ejecutivo Nacional previó la existencia (ya presente en otras legislaciones e incluso a nivel federal en la Cámara Federal de Casación Penal) <sup>[1076]</sup> de un organismo central y determinante para el nuevo proceso, que tiene a su cargo la gestión de todos los actos de índole no jurisdiccional necesarios para que ésta función se lleve a cabo.

En el mensaje de elevación del proyecto al Senado se indicó que “desde las estructuras de trabajo judicial, aparece la Oficina Judicial, como unidad de gestión de toda la labor administrativa. Estas oficinas concentran y profesionalizan el engranaje de la actividad judicial”.

El art. 58 del CPPF asigna a esta Oficina (a cargo de un Director General) la asistencia a los jueces para organizar las audiencias, dictar decretos de mero trámite, ordenar las comunicaciones, custodiar los objetos secuestrados en los casos que corresponda, llevar al día los registros y estadísticas, informar a las partes y colaborar en todos los trabajos materiales que los jueces le requieran; para lo cual deberá confeccionar una “carpeta judicial” donde asentará la actividad que realice para cada uno de los casos.

Además, la Ley N° 27.146, les asigna el deber de optimizar la actividad de los jueces, garantizando estándares de calidad en la gestión y eficiencia en el servicio judicial (art. 10 de la Ley citada) bajo los principios de celeridad, desformalización, eficiencia, eficacia, responsabilidad en la gestión de los recursos públicos, cooperación y coordinación entre las distintas áreas de trabajo y las partes que intervienen en el proceso (art. 40).

Dicha norma le encomienda la carga de distribuir de modo razonable, objetivo y equitativo el trabajo de los jueces, distribuyendo la asignación de casos por sorteo bajo parámetros de compensación del trabajo; brindar información a las personas que legítimamente lo requieran; apoyar materialmente a los jueces y a las partes durante el desarrollo de las audiencias; fijar el día y hora de las audiencias establecidas por el CPPF; administrar la agenda del Tribunal; recibir y registrar los requerimientos de audiencias; custodiar, iniciar o mantener la cadena de custodia sobre los elementos probatorios que se presenten en la oficina; convocar a los sujetos procesales; realizar las comunicaciones necesarias, tanto internas como externas; registrar las decisiones jurisdiccionales que se dicten; actualizar los registros de abogados litigantes, fiscales y defensores públicos de la circunscripción territorial para facilitar la comunicación; recibir la documentación que las partes acompañen y remitir, si correspondiera, copias a las demás; llevar adelante las estadísticas sobre el funcionamiento de la justicia penal; registrar las quejas por retardo de justicia; designar un mediador habilitado en las causas de acción privada; comprobar la satisfacción de los acuerdos conciliatorios; practicar la liquidación de gastos del proceso y tasas judiciales y mantener la coordinación y comunicación con las distintas dependencias del Estado que intervienen regularmente en el proceso penal (arts. 41 y 42 de la Ley N° 27.146).

También, se le asigna una importante función durante la etapa de la ejecución de la pena, en tanto que es la encargada de recibir la sentencia condenatoria <sup>[1077]</sup>, a partir de lo cual procede a formar, administrar y gestionar la “carpeta de ejecución penal”.

Tiene a su cargo comunicar a la Dirección de Control y Asistencia de Ejecución Penal los casos en que deberá practicar el control y supervisión; comunicar a las partes el cómputo de la pena y los informes del Servicio Penitenciario <sup>[1078]</sup> y de la mencionada Dirección de Control de condenados no privados de la libertad; solicitar los informes y gestionar el trámite previsto en el art. 332 <sup>[1079]</sup> del CPPF; organizar las visitas a las unidades carcelarias de los jueces con funciones de ejecución; controlar el pago de la pena de multa; controlar y coordinar con dependencias públicas y privadas el cumplimiento de penas de inhabilitación y comunicar cualquier incumplimiento del condenado.

Por su parte, es competencia de “una Oficina Judicial específica” (que, por su inexistencia actual, compete a la Oficina Judicial ordinaria) la verificación del cumplimiento de los acuerdos de suspensión del juicio a prueba (art. 35, 9° párrafo), así como también oficiar de Oficina de Medidas Alternativas y Sustitutivas hasta tanto éstas sean creadas <sup>[1080]</sup>, a los fines de controlar el cumplimiento de las medidas a que se refieren todos los incisos del art. 210 del CPPF (salvo la prisión preventiva).

Dichas oficinas de apoyo administrativo (que responden al pleno del Tribunal o Colegio de jueces ante el cuál intervienen), se estructuraron con cuatro áreas fundamentales: Administración y logística; atención al público, gestión de casos y ejecución de la pena para las jurisdicciones federales, bajo la conducción de un Director General (arts. 44 a 46 de la Ley N° 27.146).

De esa manera, se advierte que el espíritu de la reforma, en cuanto a la función judicial, propende a una actuación en solitario del juez en las audiencias en las que le toque intervenir, limitándose a concurrir y resolver los planteos que allí se susciten, quedando todo lo demás reservado a las Oficinas Judiciales, las que vendrían a reemplazar a las estructuras administrativas de los Tribunales del país como hoy las conocemos, tanto en su mesa de entradas, como en la función “decretadora” encargada del trámite de las causas, en las notificaciones y en las tareas propias de la mesa distribuidora de expedientes.

Se puede describir a la labor de las Oficinas Judiciales como una actividad de concentración y diversificación retroactiva. En ella, se concentran todos los pedidos de las partes solicitando la intervención judicial, y es ella la que distribuye tales pedidos asignando los casos entre los magistrados de la jurisdicción. Una vez que estos emiten sus respectivos fallos, son las Oficinas Judiciales las que concentran nuevamente esa información y luego la distribuyen entre las partes (efectuando las comunicaciones correspondientes) o haciendo cumplir las diligencias que sean necesarias para darles operatividad.

Para llevar a cabo esa tarea, a nivel federal, se crearon se crearon 15 Oficinas Judiciales para los distritos de las provincias, y siete para la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (arts. 26 y 27 de la Ley N° 27.150).

#### *14. La implementación: plan piloto en las provincias de Salta y Jujuy*

La Ley N° 27.150, que se sancionó el mismo día que la Ley N° 27.146 <sup>[1081]</sup> sobre “Implementación del Código Procesal Penal Federal”, en su art. 2° de su redacción original, establecía su vigencia a partir del 1° de marzo de 2016 en la Justicia Nacional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

No obstante, el Poder Ejecutivo Nacional emitió el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 257/2015, que derogó el art. 2° de la Ley N° 27.150, previéndose, solamente, un sistema progresivo para la puesta en vigencia de la nueva Ley, de acuerdo al cronograma que establezca la Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación del Código Procesal Penal Federal (arts. 1°, 2° y 3° inciso “a”), creada por la Ley N° 27.063.

Años más tarde <sup>[1082]</sup>, mediante Acta N° 15 del 26 de marzo del 2019 la Comisión dispuso que la implementación del Código Procesal Penal Federal tendría su inicio el 10 de junio del año 2019 en la jurisdicción de la Cámara Federal de Apelaciones de Salta, que incluye a las provincias de Salta y Jujuy.

### *IV. Breves reflexiones sobre la vigencia del Código Procesal Penal en las provincias de Salta y Jujuy*

Las leyes que da el legislador para toda la sociedad, deben guardar relación con el principio de cada gobierno, decía Charles-Louis de Secondat, barón de la Brede y de Montesquieu <sup>[1083]</sup>, quien consideraba admirable aquella Ley que dispone que el príncipe, instituido para hacer cumplir las leyes, proponga un fiscal en cada tribunal para perseguir en su nombre todos los delitos, pues “la acusación pública vela por los ciudadanos; ella actúa y éstos están tranquilos” <sup>[1084]</sup>.

De tal manera la instauración, aunque sea paulatina, progresiva y sectorizada en nuestro país del sistema acusatorio/adversarial, es producto de un anhelo demandado por nuestra sociedad que buscó, desde que se constituyó como Nación bajo el sistema republicano de gobierno, ajustar el juicio penal a

principios que, respetando las garantías individuales del ciudadano sujeto a proceso, asegure la efectividad, celeridad y respuesta de una manera más ágil ante los hechos presuntamente delictivos.

Esos principios, en esencia, son los que inspiran la Ley N° 27.063 y sus modificaciones, vigente en Salta y Jujuy desde el pasado 10 de junio de 2019 y que, de algún modo, ha logrado el cambio central y necesario del sistema que es reservar para quien representa los intereses generales de la sociedad, el derecho a ejercitar la acción tendiente a reprimir los hechos que atentan contra ella [\[1085\]](#), para que los jueces se limiten a su juzgamiento.

En ese orden, cabe señalar, a modo de ejemplo, que durante los primeros casi ocho meses de su vigencia, esto es, entre el 10 de junio de 2019 y el 31 de marzo de 2020 [\[1086\]](#), se llevaron a cabo 901 audiencias (404 en la ciudad de Salta, 234 en Jujuy, 119 en la ciudad de Orán y 147 en Tartagal).

En total, dichas audiencias llevadas a cabo en la jurisdicción, insumieron un tiempo de 29.630 minutos, habiéndose remitido a juicio un total de 46 carpetas judiciales, siendo que 31 casos culminaron por acuerdos de suspensión de juicio a prueba; en 28 se declararon incompetencias de la justicia federal, o de la justicia federal salteña; se practicó un acuerdo conciliatorio; se dictaron 27 sobreseimientos y 101 condenas por juicios abreviados (acuerdos plenos) que no arribaron a juicio, lo que da un total de 234 “casos” resueltos en la instancia de investigación preparatoria; todo ello sólo teniendo en cuenta los hechos que llegaron a conocimiento de los Tribunales de justicia, es decir, sin contar aquellos que fueron desestimados o archivados a raíz de los medios de disponibilidad de la acción penal por parte del Ministerio Público Fiscal.

Así, es posible advertir la obtención de resultados positivos en materia de celeridad en la tramitación de los procesos regidos bajo la nueva normativa, que en circunstancias fácticas similares, bajo la Ley N° 23.984 demorarían más tiempo en arribar a la instancia del plenario siendo que, por el contrario, ha sido de público conocimiento la velocidad con la que el nuevo sistema permite culminar con un proceso penal [\[1087\]](#).

Además, se aprecia un favorecimiento en relación al imputado, en tanto que en el sistema anterior, la persona sujeta a proceso solía ser aprehendida, prestaba declaración indagatoria (o se abstenía), y tras ello no participaba del proceso más que para recibir notificaciones personales de las resoluciones que se dictaban.

Ahora, la presencia de los imputados en las audiencias (ya sea en persona o a través de medios remotos), su apreciación de la actividad de las partes, las pretensiones que se esgrimen en su contra y las alegaciones de sus defensas técnicas, favorece su entendimiento sobre la dinámica del proceso y el devenir de la causa que se sigue en su contra, con un mayor direccionamiento de los actos hacia él como cabeza de quien se instauran las garantías del proceso.

La oralidad, favorece la inmediatez de los jueces con el asunto traído a su conocimiento, sin intermediario alguno, y el carácter público de las audiencias colabora al control por parte de la sociedad del servicio de justicia, siendo ésta otra carencia del régimen republicano de gobierno, en orden a la publicidad de sus actos.

En esas condiciones, se estima que si bien existen vacíos e incongruencias legislativas en la nueva normativa que deben ser llenados y que, actualmente, exigen una constante interpretación, el sistema, concebido globalmente y siempre bajo los lineamientos y principios que inspiran el arquetipo acusatorio, tiene un funcionamiento razonable y contribuye al mejoramiento del servicio destinado a la resolución de conflictos, ya sea entre particulares o entre éstos y el Estado, lo que significa una mayor aproximación al norte al que todos los operadores del sistema deben aspirar que no es más que el afianzamiento de la Justicia.

# Responsabilidad estatal por la inactividad administrativa convencional

Pamela Tenreiro\*

## I. Introducción

Con la elaboración del presente trabajo se desea brindar un merecido homenaje al doctor Julio Isidro Altamira Gigena, destacado jurista y persona de bien, cuyos aportes engrandecieron nuestro Derecho Administrativo. Siguiendo el ejemplo de este querido profesor, crece mi compromiso en difundir y continuar sus enseñanzas, algunas plasmadas en su obra "Responsabilidad del Estado", publicada por editorial Astrea en el año 1973, en la que remarcó la importancia de la temática.

En esta línea, él indicó que la Ley de Responsabilidad del Estado N° 26.944 determina que aquella es amplia y se refiere a todos los daños que sean consecuencia de su actividad o inactividad. En otras palabras: comprende los daños ocasionados por los hechos y actos, así como también por las omisiones, y esta parte se la puede vincular con lo que la doctrina denominó los daños provocados, ya sea por una no prestación del servicio o por una prestación irregular del servicio y, por ello, el afectado puede accionar: solicitando la prestación omitida o deficientemente prestada o reclamar la reparación de los perjuicios derivados de la conducta no realizada o realizada deficientemente [\[1088\]](#).

Continuando con lo postulado, y partiendo de la premisa que la dignidad del ser humano es uno de los principios fundamentales del Derecho y la finalidad suprema de la Administración Pública, en las páginas siguientes se abordará el tema de la "Responsabilidad estatal por la inactividad administrativa convencional", dado que se condena a la inactividad por constituir una deformación de la naturaleza funcional y servicial de aquella.

De ahí que, el pensamiento de someter al poder estatal a un juicio en el que cualquier ciudadano pueda exigirle justificaciones de su proceder, de controlar o verificar que, tanto la organización del aparato estatal, como sus funciones y competencias, estén orientadas a procurar de manera efectiva la vigencia de los derechos, significa consagrar un auténtico Estado de Derecho Social y Democrático.

Lo expresado se enmarca en el contexto de la creciente intersección entre el derecho doméstico y el derecho internacional de los derechos humanos, donde es dable una articulación de tal binomio de fuentes, mediante su retroalimentación y complementariedad, en aras del afianzamiento real del sistema de derechos y garantías [\[1089\]](#).

Sobre esta cuestión, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su opinión consultiva 4/84, del 19 de enero de 1984, marcó con énfasis que los derechos humanos son exigibles, progresivos y expansivos, caracteres éstos que imponen una actitud consecuente de parte de las autoridades públicas, no sólo en el sentido interpretativo de las normas que lo consagran, sino en el deber de potenciar su crecimiento. A lo que advierto que, para que tal afirmación no se reduzca a una mera declaración, es necesario un reordenamiento de las actividades públicas en aras de procurar las condiciones positivas, formales o materiales, destinadas al efectivo goce de aquellos.

En los últimos años, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en varios pronunciamientos, determinó la obligación de la República Argentina de respetar las normas contenidas en la Convención Interamericana de Derechos Humanos (CADH) y demás tratados internacionales [\[1090\]](#). Ello no solo trazó un camino enriquecedor para el orden jurídico interno, sino que adjudicó en cabeza de los órganos estatales el deber de observar la convencionalidad para la plena vigencia de los derechos humanos.

De tal forma, se recalca como necesario revitalizar el quehacer actual de la Administración Pública hacia el cumplimiento de los estándares internacionales fijados para mejor protección de los derechos fundamentales. De manera, que pueda concebirse aquella como una instancia útil para hacer efectivos los mandatos de acción o de restricción impresos desde los tratados de derechos humanos. Entonces sí, se encontrará garantizado el derecho a la tutela administrativa efectiva.

Justamente, cuando se constata la inacción o la reticencia de la Administración Pública en observar las directrices convencionales de tutela de los derechos fundamentales, y ello ocasiona perjuicios a los administrados, surge la obligación de reparar. En este sentido, el instituto de la responsabilidad estatal se erige como un principio de orden que es muy sano para la buena marcha de la Administración, y constituye un medio de garantía y un elemento de seguridad social [\[1091\]](#).

## II. Juridicidad, convencionalidad y derechos

El punto de partida de análisis, es considerar que el principio de juridicidad direcciona los actos y comportamientos de los entes públicos, los que deben manifestarse con arreglo al conjunto de normas, entendido como un sistema jurídico único e integrado por la Constitución, tratados internacionales, Leyes formales y reglamentos administrativos, conforme lo dispuesto en los arts. 31 y 75 inc. 22 CN.

La reforma constitucional de 1994 dispuso que todos los tratados tienen jerarquía superior a las Leyes, sean bilaterales, multilaterales, acuerdos de integración o concordatos con la Santa Sede. Salvo en el caso de los Tratados de Derechos Humanos con jerarquía constitucional, los convenios internacionales están por debajo de la Constitución Nacional. El art. 75 inc. 22 CN dispuso que:

- a) la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos, en las condiciones de su vigencia;
- b) no derogan art. alguno de la primera parte de la Constitución; y
- c) deben entenderse complementarios de los derechos y garantías en ella reconocidos [\[1092\]](#).

Con éstos, los Estados han asumido un cúmulo de deberes provenientes del derecho internacional de los derechos humanos que son auto-aplicativos. En particular, conlleva a imprimir una nueva modalidad de trabajar desde y con el Derecho Administrativo, con la obligación de integrar las fuentes internacionales de protección de los derechos humanos y orientar la gestión pública hacia la efectiva vigencia de aquellos, convirtiendo al procedimiento administrativo en el cauce formal para su concreción, para dejar de parecer un agotador escollo previo a acceder a la Justicia.

Para lo cual, es necesario comenzar a comprender que, bajo el abrigo de la juridicidad, se habilita y legitima a la Administración a actuar, dentro de determinados ámbitos, según sea la competencia otorgada. O, en otras palabras, se persigue, la subordinación de la voluntad de los gobernantes a marcos jurídicos previos a la toma de decisiones. Por esa razón, se desprende que la inactividad administrativa constituye una conducta disvaliosa que contradice el principio de juridicidad.

Kelsen [\[1093\]](#), en el plano de la teoría general del Derecho, entendía que no es posible admitir ningún poder jurídico que no sea desarrollo de una atribución normativa precedente. Uno de sus seguidores, Merkl, al exponer la teoría general del Derecho Administrativo sobre el postulado de que el Estado puede hacer solamente aquello que la norma le permite, infiere que los preceptos jurídicos son factores de atribución de la actividad pública. De tal manera, el Derecho Administrativo no es sólo la *condicio sine que non*, sino *per quam* de la Administración [\[1094\]](#).

La conexión necesaria entre las normas jurídicas y la Administración se designa como principio de juridicidad, el cual significa no sólo que la Administración se encuentre condicionada por el Derecho, sino que también cada acción administrativa aislada está condicionada por la existencia de un precepto administrativo que admite semejante acción [\[1095\]](#).

En la doctrina nacional, Fiorini [\[1096\]](#) distingue entre principio de juridicidad y legalidad administrativa y expresa que entre ambos conceptos existe una relación de género a especie. El primero se encuentra representado por el hecho de que la voluntad administrativa es siempre producto de normas jurídicas y no de una voluntad individual; la legalidad es un principio más específico y que manifiesta la forma en que se debe desarrollar la actividad jurídica cuya existencia sólo puede ser posible dentro de la juridicidad. El Estado de Derecho expresa la juridicidad que nace a través de una norma, cualquiera que fuere su sistema político, mientras que la legalidad expresa una forma de garantía en ese proceso jurídico.

Comadira [\[1097\]](#), a partir de considerar que la Administración Pública debe actuar con arreglo al ordenamiento jurídico, comprende en la juridicidad no sólo a la ley en sentido formal sino a todo el sistema jurídico entendido como unidad.

Ese condicionamiento de la conducta administrativa con el ordenamiento jurídico puede ser directo, semi directo o indirecto. La relación es directa, precisa, cuando existe una normativa expresa y clara sobre la actividad que debe realizar el órgano [\[1098\]](#). Se verifica una reciprocidad semi directa cuando la norma permite o habilita un mayor arbitrio o margen de discrecionalidad en la actuación. Y, por último, la correlación indirecta es aquella que surge de la abstención a contradecir los principios generales del derecho, las reglas lógicas o las reglas técnicas.

En consecuencia, la referencia de inactividad administrativa como contradicción al principio de juridicidad representa la idea del apartamiento de la Administración con el sistema normativo integralmente considerado, ya que aquella se encuentra obligada a actuar por imperio de éste mediante el otorgamiento de la competencia. De ahí que la omisión, el retardo, la mora en el cumplimiento de los deberes administrativo sean conductas antijurídicas.

Ahora bien, motorizada con una finalidad tuitiva, la convencionalidad conlleva a que la gestión pública



se oriente en actuaciones destinadas a proveer a la promoción y protección de la vigencia de los derechos fundamentales de los administrados, para que éstos puedan disfrutar de una garantía institucional a través acceso a la información pública, sistemas de control sobre las contrataciones, métodos de participación en la gestión administrativa, el desarrollo del procedimiento administrativo en plazo razonable, entre otros. Como también, protección de los grupos sociales vulnerables, amparar el derecho a la salud, a una vivienda digna, a la educación, a la cultura, la protección del ambiente, etcétera. En este marco, la inactividad convencional resulta repudiable, o sin ser tan tajante, no puede ser justificada o escudada en las llamadas “omisiones lícitas” u “omisiones permitidas”.

En este sentido, se verifican varios pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) que determinaron que la persona pública debía cumplir con su deberes prestacionales en resguardo de los derechos fundamentales, como en el caso “Asociación Benghalensis y otros vs. Ministerio de Salud”<sup>[1099]</sup>, “Lifschuitz”<sup>[1100]</sup>, “Esquivel”<sup>[1101]</sup>, “Mendoza”<sup>[1102]</sup>, “García Méndez, Emilio”<sup>[1103]</sup>, “Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo”<sup>[1104]</sup>, “Rodríguez Pereyra”<sup>[1105]</sup>, “L., S. R. y Otra /c Instituto de Seguridad Social de la Provincia - Subsidio de salud /s Amparo”<sup>[1106]</sup>, “P. T., G. c/Administración Nacional de la Seguridad Social”<sup>[1107]</sup>, “Duich Dusan”<sup>[1108]</sup>, “Aceitera General Deheza SA”<sup>[1109]</sup> por citar algunos.

En estos casos se aprecia el criterio del Más Alto Tribunal Federal, iniciado con “Ekmekdjian c. Sofovich”<sup>[1110]</sup>, que se consolidó con “Mazzeo”<sup>[1111]</sup>, respecto de la sujeción de los tratados internacionales de los derechos humanos por parte de los poderes públicos. Frente a lo cual, la Administración deberá capitalizar tal doctrina, para ella misma referenciarse como promotora y garantizadora de los derechos fundamentales, y no esperar que sea compelida por el Poder Judicial a cumplir con las prestaciones debidas. En especial, evitar justificar sus ausencias o negligencias en la falta de recursos públicos<sup>[1112]</sup>. Porque, de no ser así, quedará entrapada en un supuesto de inactividad administrativa convencional,<sup>[1113]</sup> con las consiguientes sanciones: responsabilidad y descrédito social.

### *III. Vinculación de la Administración a la convencionalidad*

Como se esgrimió en el acápite anterior, en la observancia a la juridicidad por la Administración no puede soslayarse la importancia que supone el condicionamiento que provocan en su actuación los instrumentos internacionales y los precedentes de los tribunales internacionales. Esto, por cuanto la República Argentina se encuentra integrada al sistema interamericano de protección de los derechos humanos, asumiendo el deber de otorgar plena efectividad a los derechos. Caso contrario, se expone, además a contraer una responsabilidad internacional (art. 1.1 CADH).

Cabe recordar que el control de convencionalidad constituye un mecanismo creado por la Corte IDH que obligar a los Estados a realizar un test de convencionalidad. El término control de convencionalidad aparece nominado por primera vez<sup>[1114]</sup> en la jurisprudencia contenciosa<sup>[1115]</sup> del mencionado tribunal en el caso “Almonacid Arellano vs. Chile”<sup>[1116]</sup>, siendo reafirmado su concepto en el caso “La Cantuta vs. Perú”<sup>[1117]</sup>, y se halla destinado a que los Estados Partes de la CADH eviten toda disposición o actuación interna que pueda ser adversa a la primacía de ésta.

Se denota que el ejercicio del control de convencionalidad significa poner en práctica el llamado el principio de complementariedad (subsidiariedad), que informa transversalmente el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el cual es, tal como lo expresa el Preámbulo de la misma CADH, es “coadyuvante o complementario de la [protección] que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”. De esta suerte:

“el Estado es el principal garante de los derechos humanos de las personas, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno y, (en su caso), reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales como el Sistema Interamericano, lo cual deriva del carácter subsidiario que reviste el proceso internacional frente a los sistemas nacionales de garantías de los derechos humanos”<sup>[1118]</sup>.

Con la aplicación de los principios y disposiciones de los tratados de derechos humanos Gordillo<sup>[1119]</sup> alude al avance hacia la unidad del orden jurídico mundial, cuya tendencia a largo plazo es posible predecir una creciente inter adaptación de los sistemas nacionales, pero -reconoce que- hasta tanto, en lo inmediato las asimetrías y hasta las contradicciones son un problema cotidiano.

Por eso, para sortear las dificultades, son valiosos los pronunciamientos de la Corte IDH, quien ilustra que tanto la jurisprudencia interamericana o la “norma convencional interpretada” tiene una doble vinculación: una relacionada al caso particular (*res judicata*) dirigida al Estado que ha sido parte material en el proceso internacional; y otra que a la vez irradia efectos generales para los demás Estados Parte de la Convención Americana como un asunto interpretado (*res interpretata*).

Sentado lo anterior, se considera que el tratamiento de la cuestión conduce -desde ya- a distinguir dos situaciones: primero, cuando hay una condena del tribunal internacional al Estado, porque en este caso, es éste quien tiene la responsabilidad directa de garantizar los medios para ejecutar la decisión, protegiendo sin duda los derechos declarados o reconocidos. Esto, por cuanto una sentencia, con carácter de cosa juzgada, otorga certeza sobre el derecho o controversia discutida en el caso concreto y, por ende, uno de sus efectos deriva en la obligatoriedad o necesidad de cumplimiento.

Lo contrario, supone la negación misma del derecho involucrado <sup>[1120]</sup>. Oportunidad, en la que a la vez se activan las potestades de supervisión de la Corte IDH, establecido en los arts. 65 <sup>[1121]</sup> y 68 <sup>[1122]</sup> de la CADH <sup>[1123]</sup>, y las obligaciones de acatamiento por los tres poderes del Estado, de acuerdo al art. <sup>[1124]</sup> 62 CADH.

En esta inteligencia, es dable resaltar que la Corte IDH amplió su tradicional doctrina y técnica resolutoria, sosteniendo a partir de “Barrios Altos” <sup>[1125]</sup>, que la vinculatoriedad de sus pronunciamientos no se agota en la parte resolutoria, sino que se extiende a los fundamentos del fallo. De tal forma, esta interpretación amplia permitirá -a la postre- dar amplias facultades a las partes para decidir el modo en el cual se materializaría la reparación por los derechos violados.

Pero, una segunda situación se presenta cuando el Estado no ha sido parte ni condenado por el tribunal supraestatal. En estos casos, si bien no hay el deber de observar compulsivamente un pronunciamiento, no obstante, la comunidad de las naciones no puede permanecer al margen de aquella decisión, ya la jurisprudencia proveniente de los órganos de protección del sistema interamericano marca el camino sobre el que habrán de transitar los operadores del Derecho en el orden doméstico <sup>[1126]</sup> de cada uno de los países.

Siguiendo este razonamiento, es relevante lo sentado por la Corte IDH, en el caso “Ximenes Lopes vs. Brasil” <sup>[1127]</sup>, donde afirmó que la actuación del Estado en la satisfacción de los derechos reconocidos en los tratados es irrenunciable e intransferible, ya que:

“la prestación de servicios públicos implica la protección de bienes públicos, la cual es una de las finalidades de los Estados. Si bien los Estados pueden delegar su prestación, a través de la llamada tercerización, mantienen la titularidad de la obligación de proveer los servicios públicos y de proteger el bien público respectivo. La delegación a la iniciativa privada de proveer esos servicios, exige como elemento fundamental la responsabilidad de los Estados en fiscalizar su ejecución, para garantizar una efectiva protección de los derechos humanos de las personas bajo su jurisdicción y para que los servicios públicos sean provistos a la colectividad sin cualquier tipo de discriminación, y de la forma más efectiva posible”.

En este punto, se advierte otra vinculación de la Administración con la convencionalidad. Por un lado, negativa, a través del deber de evitar realizar alguna acción o decisión que contradiga las obligaciones internacionales asumidas. Y, por otro lado, una vinculación positiva, conformativa o adaptativa, identificada en el esfuerzo por emplear las medidas de actuación material para hacer observar aquella.

A la vez que se divisa, en ambos casos, una necesaria tarea examinadora, la cual conlleva a supervisar o realizar una verificación sobre la normativa interna, pudiendo derivarse en la inaplicabilidad de toda norma o la abrogación de la conducta contraria a las normas internacionales. O bien, en otra instancia, lograr una interpretación que sea lo más congruente al sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Esto, supone asumir una modalidad armonizadora de la gestión administrativa con la convencionalidad.

Lo cierto es que, en cualquier escenario, confluye la observancia del principio de supremacía convencional, el cual encuentra fundamento en los arts. 1 y 2 CADH, en los que establece respetar los derechos firmados en la Convención y a garantizarlos sin discriminaciones, obligando a los órganos estatales a adoptar todas las acciones necesarias, ya sean legislativas, judiciales o administrativas, para generar la aptitud de efectivizar las garantías plasmadas en los tratados de derechos humanos.

En el caso “Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú” <sup>[1128]</sup>, señaló:

“Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana,

sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no sea mermado o anulado por la aplicación de Leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin”.

Comenzando con estos precedentes, se trazó una línea en la jurisprudencia del Tribunal Internacional por la que se fue perfilando los alcances del mentado control. A este tenor, en el caso “Cabrera García y Montiel Flores vs. México”<sup>[1129]</sup>, se fijó la postura de que todas las autoridades internas están sujetas al imperio de la Ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico.

Tanto que, en el “Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana”<sup>[1130]</sup> como en “Rochac Hernández y otros vs. El Salvador”<sup>[1131]</sup>, la CorteIDH reafirmó que en el ámbito de su competencia “todas las autoridades y órganos de un Estado Parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un control de convencionalidad”. Consecuentemente, es clara la obligatoriedad que cabe a la Administración Pública.

En “Gelman vs. Uruguay”<sup>[1132]</sup>, se determina que este control se ejerce de *ex officio*, sin necesidad de petición de parte. Dejándose a salvo que esta obligación vincula a todos los poderes y órganos estatales en su conjunto, la que puede ser ejercida en el marco de sus respectivas competencias de cada uno, y de acuerdo a las regulaciones procesales que corresponda, teniéndose como base que el control de convencionalidad a realizarse en las interpretaciones judiciales y administrativas se adecuen los principios establecidos en la jurisprudencia internacional<sup>[1133]</sup>.

Luego, en el “Caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) vs. Guatemala”<sup>[1134]</sup>, se expresó que el parámetro de convencionalidad se extiende a todos los tratados de derechos humanos de los cuales el parte el Estado.

Así también, en el “Caso Liakat Ali Alibux Vs. Suriname”<sup>[1135]</sup>, se postuló que la obligación de ejercer un control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana les compete a todos los órganos del Estado, sin imponerse un determinado modelo de control de convencionalidad.

Siendo clara como enfática la Corte IDH al expresar su rechazo ante las posturas contradictorias o reticentes de los Estados que deben observar sus pronunciamientos, como aconteció en “Caso Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina”<sup>[1136]</sup>. Indicando en el “Caso Gomes Lund y otros -Guerrilha do Araguaia vs. Brasil”-<sup>[1137]</sup> que, en última instancia, corresponde a los jueces y tribunales un importante rol en el cumplimiento o implementación de sus pronunciamientos.

El apego por la convencionalidad conduce a sumar, en sede administrativa, no sólo el reconocimiento real y cierto de los derechos, sino su exigibilidad. A la vez, de satisfacer la premisa de la progresividad en el campo de los derechos humanos con el mencionado deber estatal de avanzar hacia el efectivo cumplimiento de aquellos, y la prohibición de regresión que conlleva a la demora o negación de su reconocimiento.

En este marco, merced el control de convencionalidad difuso en sede administrativa se percibe el terreno propio para la consagración de la tutela administrativa efectiva, no sólo porque es concebido éste como un principio del obrar administrativo, sino también se erige como un estándar de protección<sup>[1138]</sup>.

La llave de acceso se encuentra en el principio pro persona, contemplado en el art. 29 CADH y art. 5 PIDCyP, que implica que la interpretación jurídica siempre debe buscar el mayor beneficio para la persona, es decir, que debe acudirse a la norma más amplia o a la interpretación extensiva cuando se trata de derechos protegidos y, por el contrario, a la norma o a la interpretación más restringida, cuando se trata de establecer límites a su ejercicio.

En coherencia con ello, se entiende que para garantizar la juridicidad en el ejercicio de la función administrativa resulta necesario que los órganos de la Administración consultiva jurídica se aboquen al control de convencionalidad de los actos de la Administración activa<sup>[1139]</sup>. Esto, significa instaurar un sistema de verificación dinámico y complementario de las obligaciones convencionales en la praxis de aquella, al mismo tiempo que se genera una coordinación entre las autoridades internas (primariamente obligadas) y las instancias internacionales (en forma complementaria), de modo que los criterios de decisión puedan ser conformados y adecuados entre sí.

Por lo expuesto, el axioma es que la Administración resulta competente para ejercer el control preventivo de convencionalidad de sus actos, y rectificarlos cuando no se ajusten a la Convención o a la jurisprudencia de los órganos internacionales encargados de su aplicación sin esperar ser apercibida, o bien, que su inacción ocasione perjuicios a los administrados que luego deben ser reparados.

#### IV. La observancia de la convencionalidad satisface el derecho a la buena administración

El tema que se analiza significa, no solo resaltar el rol garantizador que le corresponde asignar a la Administración Pública en la tutela efectiva de los derechos humanos, sino también, que cuando cumple con la convencionalidad se concreta el derecho que tiene el ciudadano a una buena administración.

El derecho a la buena administración se encuentra plasmado expresamente en el art. 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea <sup>[1140]</sup>, proclamada el 7 de diciembre de 2000 en la Cumbre de Niza, siendo éste reproducido en el denominado “Código europeo de buena conducta administrativa” <sup>[1141]</sup>, del año 2001, percibiéndose en ambos documentos la reafirmación para la Administración de los valores de transparencia, actividad y vocación de servicio.

En el ámbito latinoamericano, aparece consagrado como *soft law* en el Código Iberoamericano de Buen Gobierno <sup>[1142]</sup>, aprobado en el año 2006. Asimismo, está contemplado en el punto 25, acápite 1º de la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano con relación con la Administración Pública, del año 2013, al indicar que “Los ciudadanos son titulares del derecho fundamental a la buena Administración Pública, que consiste en que los asuntos de naturaleza pública sean tratados con equidad, justicia, objetividad, imparcialidad, siendo resueltos en plazo razonable al servicio de la dignidad humana”.

En el ordenamiento jurídico nacional, por la previsión efectuada en el art. 33 CN, se puede calificar a la buena administración como un derecho implícito o no enumerado, permitiendo agudizar la misión tuitiva del Derecho en armonizar las relaciones entre el Estado y los administrados.

Como reflexiona Rodríguez-Arana Muñoz <sup>[1143]</sup>, la toma de conciencia de la buena administración como derecho humano pone de relieve que el centro de la acción de aquella es la persona, sus derechos y libertades.

Esto, porque, la buena administración y los derechos humanos son dos aspectos fundamentales para el adecuado funcionamiento del Estado y de la sociedad en su conjunto, ya que garantiza la eficiencia, eficacia y transparencia de aquel. Como también, no puede dejar de considerarse que contribuye a fortalecer la legitimidad administrativa a través de la mejora del funcionamiento del aparato estatal como medio para reafirmar la democracia, el Estado de Derecho y el sistema político en su conjunto.

Si bien se reconoce que, abordar el derecho a la buena administración supone un auténtico cambio de paradigma <sup>[1144]</sup>, en el entendimiento, análisis y control de la actividad pública, se medita que vale la pena transitar el camino.

En éste, se haya unido al deber de debido cuidado o debida diligencia funcional que es de esperar en los servidores públicos, que conlleva a estándares, procedimientos y prácticas que hacen al ejercicio de la gestión y en el proceso de toma de decisiones de la Administración.

Al respecto, Miriam Ivanega manifiesta que este no sólo es un derecho, sino que también un deber. El primero a favor del ciudadano, el segundo en cabeza de la propia Administración. De donde surgen dos efectos importantes, en cuanto, “es determinante de la calidad de la organización pública, y también es una especie de rompiente frente a prácticas administrativas corruptas” <sup>[1145]</sup>.

En esta inteligencia, considerar que la Administración Pública se configura como un instrumento encaminado al bienestar integral y permanente de los ciudadanos, significa que la observancia de la convencionalidad supone concretar el derecho a una buena administración.

Por ello se reivindica que la buena administración se erige, a la vez, como un principio general que guía la actuación positiva de los entes públicos, ya que imprime nuevas perspectivas en la forma de cómo se ejercen las funciones administrativas y se aplica la discrecionalidad. Exigiendo, por un lado, cambios en la cultura institucional y burocrática de las administraciones públicas; y por el otro, el desarrollo de los instrumentos de Derecho Administrativo desde la perspectiva de que este principio de la buena administración se convierte en un mecanismo adecuado para promover la calidad y la eficacia de la Administración Pública.

En síntesis, la ausencia de actos de gestión que signifiquen poner en práctica el deber de buena administración, constituye un supuesto de inactividad administrativa que genera, por parte del mismo ordenamiento jurídico, una respuesta para tutelar los derechos de los administrados, entre el cual se encuentra el instituto de responsabilidad del Estado, para reparar los derechos conculcados por la omisión antijurídica de éste.

#### V. Respecto de la responsabilidad estatal por inactividad administrativa

## convencional

Conforme se indicó precedentemente, la Administración Pública no puede mantenerse al margen de la realidad histórica o de los compromisos asumidos en los tratados internacionales de derechos humanos, respecto de los cuales tiene, tanto el deber de observarlos, como el de generar las condiciones que resulten necesarios para alcanzar su cumplimiento.

Desde esta premisa, se concibe que el administrado tiene derecho a que se realice la prestación debida. Al punto que cuando hay omisión, reticencia, pasividad, desidia, etc., en cumplir con esos deberes predeterminados en las normativas convencionales y nacionales, habrá que recurrir al mismo ordenamiento jurídico en búsqueda de soluciones para que el administrado pueda enfrentar la inactividad y superarla. Abordando, en este trabajo, que el particular agraviado por la inexistencia del comportamiento debido tiene a su alcance el instituto de la responsabilidad para reparar los perjuicios ocasionados a consecuencia de aquella, y a la vez, procurar la consagración de una buena administración. El cual opera como una sanción contra la mora estatal.

En su génesis, los deberes de la Administración se efectivizan a través del despliegue de una determinada acción o actividad que presupone el ejercicio de un poder conferido con anterioridad por el ordenamiento mediante la técnica jurídica de la potestad.

Las potestades integran el régimen exorbitante propio del Derecho Público, y por su naturaleza funcional, la titularidad y el ejercicio de las mismas llevan ínsitos determinados cometidos jurídicos tendientes a alcanzar el bien común, a través de cumplir con los deberes, sean estos de medio o de resultado, positivos (de dar o de hacer) o negativos (no hacer o dejar de hacer), materiales o formales.

Entonces será, gracias a la percepción de los hechos empíricos, sean aquellos individuales o colectivos, que satisfagan el interés público, se habilita el despliegue de cada una de las potestades administrativas. Estas responden a un sector de la realidad. Es por esto que son flexibles como aquella, vinculadas a la juridicidad, irrenunciables, de ejercicio obligatorio e inalienables, produciendo un efecto estelar que involucran a los administrados que esperan su concretización. De ahí que, como correlato, se impone el deber de su ejercicio y la posibilidad de reclamar su cumplimiento.

De tal manera, se exhorta en concebir a la inactividad como una contradicción a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico. Es el incumplimiento del deber de actuar. Confluyendo en la misma, primero, una causa material, dada por la aparición de un ente estatal o no estatal en ejercicio de función administrativa con competencias propias; segundo, causa eficiente, constituida como el incumplimiento de un deber de actuación, concreto y posible, impuesto por el ordenamiento jurídico; tercero, la causa formal, como la ausencia de los procedimientos tendientes al resguardo del debido proceso adjetivo y debido proceso sustantivo; y cuarto, la causa final, insatisfacción del interés público.

Correspondiendo conceptualizar la inactividad de la Administración Pública como un fenómeno que contradice la juridicidad y la naturaleza activa o dinámica de ésta, que procura, a través del cumplimiento de sus competencias, efectuar con eficiencia las prestaciones necesarias para el logro del bien común [\[1146\]](#).

En este sentido, la inactividad administrativa se expresa como la omisión antijurídica o ilícita de aquellos deberes de actuación determinados desde el Derecho. Por lo que las omisiones lícitas no se encuentran comprendidas.

Al mismo tiempo, la inactividad también afecta a la buena administración ya que no sólo constituye una infracción a la juridicidad, sino también al deber de diligencia funcional que vacía de contenido la naturaleza práctica y servicial de la Administración por ser un instrumento del Estado Social y Democrático de Derecho.

Y, cuando se producen daños a los particulares como consecuencia de este incumplimiento irregular de sus deberes, corresponde por imperio del principio "*alterum non laedere*", la obligación de reparar aquellos.

Conjuntamente, el fundamento para reafirmar la responsabilidad estatal por inactividad convencional se encuentra, por un lado, en el art. 1.1 de la CADH que establece el deber de los Estados de respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y de garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción. Respetar exige que el Estado y sus agentes no violen los derechos humanos establecidos en la Convención. Y, garantizarlos conlleva la obligación de aquellos de emprender las acciones necesarias para asegurar que todas las personas sujetas a su jurisdicción estén en condiciones de ejercerlos y gozarlos.

Por otro lado, como mandato de acción, el art. 2 de la CADH [\[1147\]](#) determina el deber de los Estados de adoptar todas las disposiciones en el derecho interno para que los derechos consagrados se concreten.

Al respecto, la CorteIDH, en el caso “Velásquez Rodríguez vs. Honduras”<sup>[1148]</sup> analizó el contenido de la obligación de garantizar, y sostuvo que ella implica:

“organizar todo el aparato gubernamental, y en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación, los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos”.

De esta forma, el deber de garantía implica cuatro obligaciones: la prevención, la investigación, la sanción y la reparación.

Pero, lo que más interesa destacar es el alcance que el mencionado tribunal le asigna al instituto de la responsabilidad, determinando dos aspectos. Uno, que es el restablecimiento de la situación jurídica anterior al agravio. Y segundo, cuando ello no fuere factible, procede la indemnización en metálico.

De manera usual, cuando se aborda la responsabilidad del Estado se focaliza en este segundo aspecto, es decir, en la indemnización dineraria. Pero, ahora, por imperio de la convencionalidad, el primer aspecto no puede ser sorteado y, es necesario pregonar sobre la necesidad de que la persona pública desarrolle entre los deberes reparatorios la concreción de las medidas de acción positiva que fueren necesarias, para reintegrar al estado anterior de producirse los perjuicios sufridos por el afectado.

Justamente, es allí donde se verificará una gestión estatal presente, diligente y comprometida hacia los ciudadanos, cumpliéndose con una buena administración.

Más aún, resulta necesario ponderar los efectos ejemplificadores o correctivos de la responsabilidad estatal, dado que es de esperarse que la determinación de la misma signifique -para sí- implementar las políticas públicas y ejecutar las actividades que correspondan para evitar ocasionar de nuevo los daños por los que resultó condenada a reparar.

Asimismo, la CorteIDH, en el caso “Campo Algodonero vs. México”<sup>[1149]</sup>, aplica el estándar de debida diligencia respecto del deber estatal de protección de los derechos, y desde este pronunciamiento queda sentada la responsabilidad estatal por incumplimiento del deber de garantía, que incluye una obligación específica de previsión y protección de los derechos.

Por esto, la responsabilidad constituye un medio de garantía y seguridad social, que se rige pautas precisas y orientadoras en la determinación de la responsabilidad por inactividad, establecidas en el art. 3° de la Ley N° 26.944, las que serán analizadas en el punto siguiente.

## *VI. Sobre la falta de servicios y demás presupuestos*

El reconocimiento de la responsabilidad estatal exige para su procedencia el cumplimiento, en simultáneo, de los presupuestos de admisibilidad de la pretensión resarcitoria.

Antes del dictado de la Ley N° 26.944, éstos fueron delineados por la jurisprudencia de la CSJN y se procedía a la conjugación armónica y analógica de los arts. 1074<sup>[1150]</sup> y 1112<sup>[1151]</sup> del CC, considerando a éste último como una norma de reenvío hacia aquella disposición convencional, legal o reglamentario que hubiera establecido la realización de un determinado deber jurídico. Acudiendo a la noción de falta de servicio, explicitada en el fallo “Vadell”, sobre la base de quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el cual ha sido establecido, siendo responsable por los perjuicios que causare su incumplimiento o irregular ejecución<sup>[1152]</sup>.

Desde del año 2014, los presupuestos están indicados en el art. 3° de la Ley N° 26.944 de responsabilidad del Estado Nacional<sup>[1153]</sup>:

“Son requisitos de la responsabilidad del Estado por actividad e inactividad ilegítima: a) Daño cierto debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero; b) Imputabilidad material de la actividad o inactividad a un órgano estatal; c) Relación de causalidad adecuada entre la actividad o inactividad del órgano y el daño cuya reparación

se persigue; d) Falta de servicio consistente en una actuación u omisión irregular de parte del Estado; la omisión sólo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado”.

Para la procedencia de la indemnización se requiere, en primer término, acreditar la existencia real de los daños alegados, su determinación es el centro de gravedad del sistema de responsabilidad. Altamira [\[1154\]](#) señala que las condiciones que debe reunir el daño para ser indemnizado es que sea cierto, material y directo.

El daño es cierto cuando existe la certeza de que el daño se produjo o se producirá, pudiendo ser actual o futuro. Es decir, el perjuicio debe ser real, no hipotético, potencial o conjetural. Material porque es apreciable en dinero, también se lo denomina daño indemnizable o lesión resarcible. Y, directo en razón de que debe existir una relación de causalidad entre la intervención del Estado, o en este caso, de la inactividad estatal generadora del daño y el agravio mismo.

Lo que interesa en la determinación del vínculo causal es si la inactividad administrativa es generadora o no de un resultado dañoso. Así se comprende que la causa es, entonces, una condición; pero no cualquier condición, sino una de la que pueda predicarse una probabilidad calificada de haber desencadenado el resultado. Por tanto, se advierte que la inactividad genera por sí un proceso causal propio y prudente, a través de representación mental de verificación de si la omisión es condición cierta o altamente probable del evento. Debe operarse con la sustitución de la omisión por la acción impeditiva, suplantando ésta por aquélla, el evento no se habría verificado.

Por lo demás, deberá corroborarse la inexistencia de causales eximentes, previstas en el art. 2° de la citada Ley:

“a) Por los daños y perjuicios que se deriven de casos fortuitos o fuerza mayor, salvo que sean asumidos por el Estado expresamente por Ley especial; b) Cuando el daño se produjo por el hecho de la víctima o de un tercero por quien el Estado no debe responder”. En estos casos, se excluye la responsabilidad estatal.

Hoy, es la misma Ley N° 26.944 la que define la falta de servicio como “...una actuación u omisión irregular de parte del Estado...”, precisando que “...la omisión sólo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado”.

Verificándose que el concepto de falta de servicio, heredado del derecho francés “*faute de service*”, cuya traducción al castellano es “falta”, “a falta de”, o “infracción”, es consagrado por la Ley. La ausencia, carencia de condición o resultado positivo esperado, en el que se advierte un vacío en el contexto real frente a lo que debería ser. Por ello, se insiste en la tesis de que la antijuridicidad es un elemento decisivo para la constatación de la inactividad y para responsabilizar al Estado.

Es decir, la norma es conteste de la relación existente entre el concepto de falta de servicio con omisión antijurídica, correspondiendo al particular identificar, alegar y constatar la situación de inactividad o incumplimiento de deber positivo de actuación, preciso, expreso o razonablemente implícito y preexistente determinado por el ordenamiento.

A ello, debe tenerse presente que la Ley nacional de responsabilidad del Estado determina, en el art. 1°, que ésta es directa y objetiva, dejando de lado las disputas doctrinarias que existían al respecto.

Directa, por cuanto adoptando la teoría del órgano, se asume al agente público como un miembro corporal del Estado [\[1155\]](#). De este modo el daño es comprendido como una acción propia de éste.

Objetiva, como factor de atribución, en razón de no es necesario individualizar al autor material -sea funcionario o empleado público- del daño, bastando con la comprobación de la configuración de éste como consecuencia de la inactividad de la Administración.

Por último, se consigna que la acción judicial indemnizatoria no exige la reclamación administrativa previa en virtud de lo previsto en el art. 32 inc. b de la Ley N° 19.549, modificado por la Ley N° 25.344. Debiéndose tener presente que, a partir de la generación del daño ocasionado por la inactividad estatal, comienza a correr el plazo de prescripción de tres años previsto en el art. 7° de la Ley N° 26.944.

## VII. El alcance de la reparación

El alcance de la reparación resarcimiento comprende no sólo la medida de la indemnización, o la determinación del *quantum* dinerario, sino que abarca las diferentes formas de cómo el Estado. Por aplicación del principio *alterum non laedere* o deber de no dañar a otro, plasmado en el art. 19 CN.

En términos generales, la CSJN determina que el principio de la obligación de resarcir se traduce en el derecho a una reparación plena al damnificado, que no se refiere a la mera posibilidad de ganancias no obtenidas ni constituye enriquecimiento sin causa para el acreedor o una sanción para el

responsable [\[1156\]](#) .

Con ella se impone una justa restitución en los términos del art. 21.2 CADH [\[1157\]](#) , quedando numéricamente establecida en cada caso por la decisión de los magistrados, sobre la base de su sana crítica, luego de ponderar de manera imparcial la situación con la alegación de la parte afectada sobre los daños sufridos y las pruebas que los sustenten.

La mencionada indemnización justa significa recomponer patrimonialmente por todos los daños irrogados a la víctima, con alcance integral. Es decir, comprendiéndose los rubros de daño emergente, lucro cesante, pérdida de chance, daño moral, según sea el caso.

Siendo que en el caso la responsabilidad por inactividad convencional, se deriva de una actitud antijurídica no rige la limitación prevista por el art. 5º, primer y segundo párrafo, de la Ley N° 26.944:

“La responsabilidad del Estado por actividad legítima es de carácter excepcional. En ningún caso procede la reparación del lucro cesante. La indemnización de la responsabilidad del Estado por actividad legítima comprende el valor objetivo del bien y los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la actividad desplegada por la autoridad pública, sin que se tomen en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos ni ganancias hipotéticas” [\[1158\]](#) .

Aparte de lo que más arriba se indicó, respecto a que el instituto de la responsabilidad opera como una garantía emanada de la misma esencia del Estado de Derecho, dado que su operatividad reconstruye el equilibrio natural y conlleva a la armonía social, consagrando una “buena administración”, se considera que es preciso avanzar conceptualmente, dado que no debe olvidarse que el derecho a una reparación integral ante la violación por inacción antijurídica de la Administración en la observancia de los derechos humanos, no se agota con el pago de un monto dinerario, sino que, para realmente reparar aquella debe propugnarse avanzar hacia la medidas de acción positiva que correspondieren, de modo de hacer cesar las consecuencias de la violación y evitar que la misma persista [\[1159\]](#) .

En definitiva, se postula que, cuando se alude a indemnización justa, con aplicación de los principios de justicia distributiva, el alcance de la reparación comprende no solo obligación de indemnizar de manera integral, sea en dinero o con toda otra medida que fije el juez para eliminar los efectos dañosos, sino que debe comprenderse la adopción por parte de las autoridades públicas de actos restaurativas o políticas de no reiteración, porque sólo así se percibe que una verdadera subsanación ante la conculcación de los derechos humanos [\[1160\]](#) . O, en los términos de la Corte IDH, hay que acudir a “formas inmateriales de reparación” [\[1161\]](#) .

Esto último, parecería ser lo más difícil, dado que se trata de un aspecto de la reparación del que no se profundiza demasiado, y el cual se considera muy importante, ya que su implementación permitiría superar la inactividad administrativa convencional a través de la debida diligencia, más allá del pago de una indemnización.

## VIII. Conclusión

El control de convencionalidad no sólo supone la verificación de no contradecir las normas de protección de derechos humanos consagradas en los tratados internacionales, sino adaptar los institutos propios del Derecho Interno para ejecutoriar sus prescripciones.

Luego del desarrollo efectuado en los acápitales anteriores, se concluye que indagar sobre la responsabilidad estatal frente a la inactividad administrativa convencional significa desentrañar un nuevo modelo de gestión de Administración Pública, que prioriza la efectiva vigencia de los derechos humanos, a través de medidas de anticipación tendientes a tutelarlos y medidas de reparación como de restauración, cuando éstos fueron vulnerados.

Admitir la responsabilidad estatal por inactividad administrativa convencional significa superar una visión anquilosada de la Administración, que se auto justifica y escude en sus prerrogativas. Obliga a repensar el tema a la luz de los nuevos paradigmas, porque al adoptar la convencionalidad se legitima el actuar estatal, construyendo un ámbito donde la tutela administrativa efectiva es posible, a la vez que significa concretar el derecho a la buena administración.



# Alcance del derecho a recurrir el fallo de condena penal: impacto en el escenario nacional

Pablo Roberto Toledo\*

## I. Introducción: El derecho al recurso a favor del inculpado

El art. 8.2. h de la CADH consagra el “derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”. A partir de allí y receptando la perspectiva con la que fue diseñado desde su inicio el “derecho al recurso” por el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, consideramos que este derecho se enfoca en la posibilidad con la que cuenta el inculpado de impugnar -principalmente- la sentencia de condena [\[1162\]](#) a los fines de que la decisión sea revisada por un juez o tribunal superior [\[1163\]](#).

Sobre el particular, Medina Quiroga sostuvo que:

“en los juicios criminales existe el derecho para el inculpado de recurrir del fallo ante un tribunal superior, garantía que se aplica a todo juicio criminal, sin distinción. La disposición exige, entonces, que el ordenamiento jurídico nacional establezca un recurso contra el fallo de primera instancia, el que debe ser conocido por un tribunal superior, es decir, de mayor jerarquía (...) Para la Convención, es indiferente la nomenclatura que el ordenamiento jurídico nacional utilice para identificar el recurso; lo que le interesa es que la revisión se realice adecuadamente” [\[1164\]](#).

Desde esa perspectiva fue analizado el derecho en cuestión por la Comisión IDH en el Informe N° 55/97 de fecha 18/11/1997, en el cual sostuvo que:

“la Convención Americana, a diferencia de la Convención Europea sobre Derechos Humanos y la Declaración Universal de Derechos Humanos, consagra ampliamente el derecho de apelación. La Comisión considera que este recurso, establecido en favor del inculpado, le permite proteger sus derechos mediante una nueva oportunidad para ejercer su defensa. El recurso contra la sentencia definitiva tiene como objeto otorgar la posibilidad a la persona afectada por un fallo desfavorable de impugnar la sentencia y lograr un nuevo examen de la cuestión. Esta revisión en sí tiene como objeto el control del fallo como resultado racional de un juicio justo, conforme a la Ley y a los preceptos de garantía, y de la aplicación correcta de la Ley penal (...) el derecho del inculpado de delito de recurrir del fallo a una instancia superior es fundamental para garantizar el derecho de defensa. La oportunidad de recurrir a una segunda instancia en el proceso penal refuerza la protección en contra del error judicial” [\[1165\]](#).

Como se advierte, este derecho parte de la lógica consistente en que es posible que las resoluciones jurisdiccionales sean equivocadas (en la fijación de los hechos como en la aplicación del derecho) y, por ende, ocasionen un perjuicio indebido a los afectados, tal posibilidad, que deriva de la falibilidad propia de la condición humana de los jueces, revela la necesidad de permitir un reexamen y eventual corrección de sus decisiones, para evitar la consolidación de la injusticia [\[1166\]](#).

A su vez, la Corte IDH, en el *caso Mohamed vs. Argentina*, sostuvo que:

“El Tribunal ha señalado que el derecho de recurrir del fallo es una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica. La doble conformidad judicial, expresada mediante el acceso a un recurso que otorgue la posibilidad de una revisión íntegra del fallo condenatorio, confirma el fundamento y otorga mayor credibilidad al acto jurisdiccional del Estado, y al mismo tiempo brinda mayor seguridad y tutela a los derechos del condenado. Asimismo, la Corte ha indicado que, lo importante es que el recurso garantice la posibilidad de un examen integral de la decisión recurrida. El derecho de impugnar el fallo busca proteger el derecho de defensa, en la medida en que otorga la posibilidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión adoptada en un procedimiento viciado y que contiene errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses de una persona” [\[1167\]](#).

En efecto queda claro que el derecho al recurso previsto en el art. 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos enfoca su protección al inculpado, garantizando la vigencia de una instancia de revisión. Ahora bien, en los apartados siguientes buscaremos precisar los alcances de ese derecho a fin de su plena tutela.

## II. El recurso debe ser amplio e integral

Es común en nuestros sistemas recursivos la existencia de recursos restringidos, que sólo permiten examinar algunos aspectos del pronunciamiento impugnado, en ese marco se inscribe el recurso de casación -que históricamente estuvo vinculado a la revisión del derecho, descartando la revisión de los hechos-, el de inaplicabilidad de la Ley y, en general, los recursos de naturaleza extraordinaria. Ocurre que cuando dichos recursos son la vía procesal contemplada por el sistema recursivo interno para impugnar una sentencia de condena, no se logra satisfacer el estándar internacional, dado que éste último requiere que el recurso que pretenda reflejar el derecho consagrado en el art. 8.2.h, sea amplio e integral, es decir, que permita la revisión tanto de los hechos fijados por la instancia anterior y su interpretación de cómo ocurrieron, como del derecho aplicable y su sentido en el caso concreto. En efecto, el recurso debe abarcar todas las cuestiones que integran la sentencia recurrida.

En ese sentido, la Corte IDH, en el *caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, se pronunció por la necesidad de una revisión amplia e integral, destacando que:

“Independientemente de la denominación que se le dé al recurso existente para recurrir un fallo, lo importante es que dicho recurso garantice un examen integral de la decisión recurrida. Al respecto, el Comité de Derechos Humanos concluyó [...] que la inexistencia de la posibilidad de que el fallo condenatorio y la pena del autor fueran revisadas íntegramente, como se desprende de la propia sentencia de casación [...], limitándose dicha revisión a los aspectos formales o legales de la sentencia, no cumple con las garantías que exige el párrafo 5, art. 14 del Pacto. Por consiguiente, al autor le fue denegado el derecho a la revisión del fallo condenatorio y de la pena, en violación del párrafo 5 del art. 14 del Pacto’. En el presente caso, los recursos de casación presentados contra la sentencia condenatoria de 12 de noviembre de 1999 no satisficieron el requisito de ser un recurso amplio de manera tal que permitiera que el tribunal superior realizara un análisis o examen comprensivo e integral de todas las cuestiones debatidas y analizadas en el tribunal inferior. Esta situación conlleva a que los recursos de casación interpuestos por los señores Fernán Vargas Rohrmoser y Mauricio Herrera Ulloa, y por el defensor de éste último y apoderado especial del periódico ‘La Nación’, respectivamente (*supra* párr. 95. w), contra la sentencia condenatoria, no satisficieron los requisitos del art. 8.2 h. de la Convención Americana en cuanto no permitieron un examen integral sino limitado”<sup>[1168]</sup>.

Siguiendo esa línea, la Corte IDH, en el *caso Mohamed vs. Argentina*, resaltó que:

“Debe entenderse que, independientemente del régimen o sistema recursivo que adopten los Estados Partes y de la denominación que den al medio de impugnación de la sentencia condenatoria, para que éste sea eficaz debe constituir un medio adecuado para procurar la corrección de una condena errónea. Ello requiere que pueda analizar cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas en que se basa la sentencia impugnada, puesto que en la actividad jurisdiccional existe una interdependencia entre las determinaciones fácticas y la aplicación del derecho, de forma tal que una errónea determinación de los hechos implica una errada o indebida aplicación del derecho. Consecuentemente, las causales de procedencia del recurso deben posibilitar un control amplio de los aspectos impugnados de la sentencia condenatoria. Además el Tribunal considera que, en la regulación que los Estados desarrollen en sus respectivos regímenes recursivos, deben asegurar que dicho recurso contra la sentencia condenatoria respete las garantías procesales mínimas que, bajo el art. 8 de la Convención, resulten relevantes y necesarias para resolver los agravios planteados por el recurrente, lo cual no implica que deba realizarse un nuevo juicio oral”<sup>[1169]</sup>, también señaló allí, que “el art. 8.2.h de la Convención se refiere a un recurso ordinario accesible y eficaz”<sup>[1170]</sup>.

En efecto, como dijimos, el estándar internacional no se satisface con un recurso restringido al análisis del derecho aplicado por el juez inferior, sino que requiere un examen integral y amplio, que permita una revisión de la plataforma fáctica, las pruebas, las cuestiones jurídicas y los distintos aspectos que sustentan la condena. Sobre el tema, se dijo que:

“Un recurso puede implicar la revisión completa de los hechos y el derecho, o una revisión de la aplicación de las normas que evalúan la prueba y de las normas substantivas, o una

revisión del derecho, pero limitada a ciertos aspectos del proceso. El Comité de Derechos Humanos estableció en el caso *Gómez c. España*, que el Estado había violado el art. 14.5 del Pacto Internacional, similar a la disposición de la Convención Americana que se comenta, porque, tal como lo reconoció la sentencia de casación recaída en el juicio ante el Tribunal Supremo de España, según la opinión del Tribunal, en dicho recurso la valoración de las pruebas corresponde 'de modo exclusivo y excluyente' al Tribunal *a quo*, no pudiendo el Tribunal de casación revisar dicha valoración"<sup>[1171]</sup>.

El estándar internacional señalado provocó un profundo impacto en la jurisprudencia de nuestro país, reflejado en el fallo "*Casal*"<sup>[1172]</sup> de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En el citado precedente, la CSJN -citando el *caso Herrera Ulloa* de la Corte IDH- resaltó que el recurso de casación:

"debe entenderse en el sentido de que habilita a una revisión amplia de la sentencia, todo lo extensa que sea posible al máximo esfuerzo de revisión de los jueces de casación, conforme a las posibilidades y constancias de cada caso particular y sin magnificar las cuestiones reservadas a la intermediación, sólo inevitables por imperio de la oralidad conforme a la naturaleza de las cosas. Dicho entendimiento se impone como resultado de (a) un análisis exegético del mencionado dispositivo, que en modo alguno limita ni impone la reducción del recurso casatorio a cuestiones de derecho, (b) la imposibilidad práctica de distinguir entre cuestiones de hecho y de derecho, que no pasa de configurar un ámbito de arbitrariedad selectiva; (c) que la interpretación limitada o amplia de la materia del recurso debe decidirse en favor de la segunda, por ser ésta la única compatible con lo dispuesto por la Constitución Nacional (inc. 22, del art. 75, arts. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos); (d) ser también la única compatible con el criterio sentado en los dictámenes del Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas y en sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos"<sup>[1173]</sup>.

Por ello, cuando el tribunal de casación funciona como única instancia revisora de una condena, "La casación debe transformarse en una instancia de acceso común, como cualquier otra cámara de apelaciones, a efectos de revisar las sentencias de los tribunales inferiores"<sup>[1174]</sup>. De ese modo se observa como la influencia del modelo de proceso judicial del sistema interamericano impacta sobre el fenómeno procesal local.

Es que el recurso de casación -en tanto funciona como recurso frente a la sentencia de condena- se ha visto alcanzado por los nuevos paradigmas constitucionales y supranacionales, que lo han desestructurado y lo han convertido en un recurso compatible con el estándar internacional.

### III. El estándar del doble conforme.

Una cuestión relevante también se vincula con la necesidad de aclarar que el estándar del sistema interamericano no se satisface con la denominada "doble instancia", dado que puede ocurrir que en primera instancia el inculpado sea absuelto, y que recién frente a un recurso de la parte acusadora, el imputado sea condenado (en segunda instancia), si bien en ese supuesto existirían dos instancias, no se encontraría satisfecho el derecho al recurso previsto en el art. 8.2.h de la CADH. Es por ello que si bien puede ocurrir el supuesto en que la doble instancia satisfaga el estándar internacional (condena en primera instancia y confirmación en la segunda instancia), ello no siempre ocurre, es por ello que para satisfacer el estándar analizado es necesario garantizar el denominado "doble conforme", es decir, una revisión confirmatoria del pronunciamiento condenatorio.

Esto se vincula con el enfoque que el sistema interamericano de derechos humanos otorga al derecho examinado, en el sentido de que refiere a la protección del inculpado. Así:

la "La Corte entiende que el art. 8.2 se refiere, en términos generales, a las garantías mínimas de una persona que es sometida a una investigación y proceso penal (...) Las consideraciones de la Corte en este sentido serán realizadas desde la óptica de la protección que dicha norma convencional garantiza a la persona condenada penalmente"<sup>[1175]</sup>.

Es por ello que cualquiera sea la instancia en donde haya existido la primera condena contra el inculpado, él siempre debe contar con el derecho a un recurso contra la sentencia condenatoria.

En ese marco se destaca el *caso Mohamed vs. Argentina* de la Corte IDH, en el cual frente a un proceso judicial criminal en donde se absolvió en primera instancia al imputado y luego se lo condenó en segunda instancia, sin que existiera en el diseño instituido un recurso ordinario que permita la revisión integral de esa condena, el tribunal internacional remarcó que el derecho a recurrir el fallo constituye una garantía

establecida a favor del acusado y que, con independencia de que la sentencia condenatoria hubiere sido impuesta en única, primera o segunda instancia, debe garantizarse el derecho de revisión de esa decisión por medio de un recurso que cumpla con los estándares desarrollados por la Corte IDH en su jurisprudencia (es decir, un recurso amplio e integral), teniendo en cuenta:

“que las garantías judiciales buscan que quien esté incurso en un proceso no sea sometido a decisiones arbitrarias, la Corte interpreta que el derecho a recurrir el fallo no podría ser efectivo si no se garantiza respecto de todo aquél que es condenado, ya que la condena es la manifestación del ejercicio del poder punitivo del Estado. Resulta contrario al propósito de ese derecho específico que no sea garantizado frente a quien es condenado mediante una sentencia que revoca una decisión absolutoria. Interpretar lo contrario, implicaría dejar al condenado desprovisto de un recurso contra la condena. Se trata de una garantía del individuo frente al Estado y no solamente una guía que orienta el diseño de los sistemas de impugnación en los ordenamientos jurídicos de los Estados Partes de la Convención”<sup>[1176]</sup>.

A partir de allí, la Corte IDH resaltó que, en los términos de la protección que otorga el art. 8.2.h de la CADH, el señor Mohamed tenía derecho a recurrir el fallo de segunda instancia, toda vez que recién allí se lo condenó por primera vez<sup>[1177]</sup> (en la instancia anterior fue absuelto) y, ante la ausencia de un recurso amplio e integral frente a esa sentencia de condena, la Corte concluyó que Argentina violó el derecho a recurrir del fallo protegido en el art. 8.2.h de la CADH<sup>[1178]</sup>.

En efecto, no alcanza con que los Estados diseñen sus sistemas recursivos internos con dos instancias ordinarias, es necesario -dado que el derecho al recurso se enfoca la protección del inculgado- que cualquiera sea la instancia en donde el imputado fue condenado por primera vez, aquél cuente con una revisión de su condena a través de un tribunal superior que revise en forma amplia los distintos aspectos del fallo condenatorio.

A partir de esa lógica, resulta acertado lo fallado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Duarte”<sup>[1179]</sup>, donde interpretó que no se satisfacía el estándar internacional del “doble conforme” en el caso de que la imputada haya sido absuelta en primera instancia y condenada en segunda instancia por la Cámara Federal de Casación Penal, dado que el único recurso con el que dispuso consistía en el recurso extraordinario federal, el que no cumple el requisito de una instancia revisora amplia, ordinaria, accesible y eficaz. Por ello, resaltó que:

“la concreta afectación a la garantía del doble conforme (arts. 18 de la Constitución Nacional y 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) que impidió la revisión de la condena dictada contra Felisa Duarte mediante un recurso ordinario, accesible y eficaz, impone -conforme los antecedentes y lo puesto de manifiesto en este fallo- que se designe a otra sala de la Cámara Federal de Casación Penal para que actúe como tribunal revisor”<sup>[1180]</sup>.

A su vez, la CSJN aclaró que:

“el derecho reconocido que prioriza la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el art. 8.2.h. es el doble conforme en resguardo de la inocencia presumida, aún con la primer sentencia adversa, pues la propia Corte Interamericana excepciona la intervención de un tribunal superior -cuando no existe otro en el organigrama de competencias- aunque exige como único requisito que sean magistrados diferentes a los que ya juzgaron el caso los que cumplan con la revisión amplia (cfr. Parágrafo 90 del caso -de competencia originaria local- ‘Barreto Leiva vs. Venezuela’ Corte Interamericana de Derechos Humanos)”<sup>[1181]</sup>.

En efecto, se observa como en “Duarte” la CSJN modificó el diseño recursivo institucional a fin de garantizar el estándar internacional, imponiendo que frente a una condena recién en la segunda instancia de juicio (frente a la Cámara Federal de Casación Penal), el derecho al recurso amplio, integral y accesible previsto en el art. 8.2.h de la CADH, exige la designación de una nueva Sala del misma Cámara Federal de Casación Penal para que actúe como tribunal revisor. Esta solución no encuentra correlato en la Ley procesal, pero viene a imponerse a partir de la necesidad de cumplir con las obligaciones asumidas en el sistema interamericano, por lo que se trata de una necesaria y adecuada respuesta pretoriana al problema suscitado. Igual conducta debe aplicarse en los sistemas judiciales provinciales.

Como vimos, se trata de un estándar altamente tuitivo y preciso respecto de su alcance, que obliga a que la arquitectura organizacional de los poderes judiciales provinciales y del Poder Judicial de la Nación se flexibilice a los efectos de satisfacer el estándar internacional.

Por su parte, corresponde agregar que el derecho al recurso -conforme su alcance analizado

anteriormente- no se suprime en los supuestos en donde el juzgamiento corresponde al máximo tribunal del Estado, dado que aún en esos supuestos los Estados deben adoptar los mecanismos que permitan al inculcado recurrir la sentencia condenatoria. En ese sentido, la Corte IDH se pronunció en el caso *Barreto Leiva vs. Venezuela*, cuando sostuvo que:

“La doble conformidad judicial, expresada mediante la íntegra revisión del fallo condenatorio, confirma el fundamento y otorga mayor credibilidad al acto jurisdiccional del Estado, y al mismo tiempo brinda mayor seguridad y tutela a los derechos del condenado. Si bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo. El Estado puede establecer fueros especiales para el enjuiciamiento de altos funcionarios públicos, y esos fueros son compatibles, en principio, con la Convención Americana (...). Sin embargo, aun en estos supuestos el Estado debe permitir que el justiciable cuente con la posibilidad de recurrir del fallo condenatorio. Así sucedería, por ejemplo, si se dispusiera que el juzgamiento en primera instancia estará a cargo del presidente o de una sala del órgano colegiado superior y el conocimiento de la impugnación corresponderá al pleno de dicho órgano, con exclusión de quienes ya se pronunciaron sobre el caso”<sup>[1182]</sup>.

También señaló la Corte IDH que el Comité de Derechos Humanos, en su Comunicación Nº 1073/2002, “*Jesús Terron vs. España*”, de fecha 15 de noviembre de 2004, párr. 7.4, aclaró que:

“El párrafo 5 del art. 14 del Pacto establece que una persona declarada culpable de un delito tiene derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la Ley. El Comité recuerda que la expresión ‘conforme a lo prescrito por la Ley’ no tiene la intención de dejar la existencia misma del derecho a la revisión a la discreción de los Estados Partes. Si bien la legislación del Estado Parte dispone en ciertas ocasiones que una persona en razón de su cargo sea juzgada por un tribunal de mayor jerarquía que el que naturalmente correspondería, esta circunstancia no puede por sí sola menoscabar el derecho del acusado a la revisión de su sentencia y condena por un tribunal. Por consiguiente, el Comité concluye que se ha violado el art. 14, párrafo 5, del Pacto con relación a los hechos expuestos en la comunicación”<sup>[1183]</sup>.

#### *IV. Problemáticas del recurso contra la condena: Necesidad de establecer una consulta*

Como se observa, desde el sistema interamericano de protección de los derechos humanos se imponen estándares concretos, dirigidos a lograr la plena vigencia y protección del derecho a recurrir la sentencia de condena. Desde nuestra perspectiva, ese estándar persigue garantizar en todos los casos una revisión amplia e integral contra la sentencia de condena.

Ocurre que la realidad es siempre compleja y accidentada, no siempre el inculcado que enfrenta una sentencia de condena (no firme) cuenta con las herramientas para interponer un recurso que permita esa revisión amplia e integral. Son muchos los supuestos donde el inculcado, a pesar de pretender una revisión de su condena, no logra interponer el recurso, o lo presenta fuera del término procesal o lo hace de un modo ineficiente (omitiendo cuestionar aspectos neurálgicos de los fundamentos que sustentan su condena), lo que puede obedecer a muchas razones, tengamos en cuenta que es frecuente que los inculcados se encuentren privados de su libertad (por prisión preventiva), no cuenten con una defensa efectiva y, además, no gocen de recursos económicos ni conocimientos que le permitan supervisar la marcha del proceso penal en su contra.

En esos casos, los sistemas judiciales no suelen ser contemplativos<sup>[1184]</sup>, por el contrario, se suele aplicar de un modo rígido la regla procesal, por ejemplo, la perentoriedad de los plazos y el principio *tantum devolutum quantum appellatum*, éste último implica que la manifestación de voluntad concreta del impugnante acerca de los motivos por los que el fallo resulta injusto constituye la frontera de la competencia (de la potestad) del tribunal revisor, dado que se piensa que, en materia de recursos, rige en toda su extensión y con todas sus consecuencias el principio acusatorio, esto es, un principio análogo al que en materia procesal civil se conoce con el nombre de dispositivo, como derivado de la autonomía de voluntad que rige las relaciones jurídicas del derecho privado ordinariamente<sup>[1185]</sup>. Si bien aquél principio acusatorio puede encontrar concesiones durante el proceso penal, en la etapa recursiva, parece fortalecerse, inspirando una especie de “privatización” del proceso penal en dicho tramo del juicio<sup>[1186]</sup>.

En ese marco, es difícil sostener la compatibilidad de los estándares internacionales sobre el derecho al

recurso con la posibilidad de declarar inadmisibles un recurso contra una sentencia de condena por contener más de cierta cantidad de renglones o de páginas, por omitir una carátula u otras formalidades vigentes en algunas jurisdicciones <sup>[1187]</sup>. Incluso resulta incompatible con ese estándar considerar extemporáneo el recurso contra la condena cuando el inculcado no contó con una defensa eficaz que haya deducido en tiempo hábil la impugnación (ese solo elemento demuestra la ineficacia de su defensa técnica).

Debemos recordar que los estándares internacionales reclaman que las legislaciones domésticas garanticen el derecho al recurso frente a la sentencia condenatoria y que ese derecho exista en la realidad, que sea sencillo su ejercicio y que no existan limitaciones formales a su acceso.

Sobre el particular, la Corte IDH sostuvo:

“que el art. 8.2.h de la Convención se refiere a un recurso ordinario accesible y eficaz. Ello supone que debe ser garantizado antes de que la sentencia adquiera la calidad de cosa juzgada. La eficacia del recurso implica que debe procurar resultados o respuestas al fin para el cual fue concebido. Asimismo, el recurso debe ser accesible, esto es, que no debe requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho. En ese sentido, la Corte estima que las formalidades requeridas para que el recurso sea admitido deben ser mínimas y no deben constituir un obstáculo para que el recurso cumpla con su fin de examinar y resolver los agravios sustentados por el recurrente” <sup>[1188]</sup>.

En efecto, desde el sistema interamericano se proyecta la necesidad de interpretaciones favorables al inculcado cuando se presentan supuestos controvertidos en materia de admisibilidad del recurso contra la sentencia de condena.

Por ello, nuestra opinión es que la revisión de la sentencia de condena no debe estar condicionada a la existencia de un recurso ni limitada por los puntos de agravios, sino que, para garantizar los estándares del sistema interamericano, implementando un mecanismo democrático e igualador, es necesario la incorporación la “consulta” de la sentencia de condena, lo que implica que la sentencia sea necesaria y oficiosamente revisada por un tribunal superior <sup>[1189]</sup>, sin lo cual aquella no queda firme. Es decir, no se trata de un recurso, puesto que nadie lo interpone y no rige, para la competencia del órgano revisor, las limitaciones vinculadas a puntos concretos de agravios <sup>[1190]</sup>.

La consulta es formulada entonces por el tribunal a su alzada respectiva, con el objeto de que ésta revise lo resuelto por el *a quo*, medie o no, concomitantemente, un recurso interpuesto por la parte interesada. Es decir que dictado un determinado tipo de sentencia el tribunal emisor debe elevar -por voluntad de la Ley y no de las partes- lo actuado al superior para que éste decida sobre el mantenimiento o la modificación de lo resuelto por el inferior. Con lo cual, la consulta, no es un recurso, pero sí abre una instancia de revisión, en una medida total, que no está limitada por la extensión de agravio alguno, al contrario, el tribunal revisor tiene el deber de examinar todas las actuaciones, para revocar lo resuelto o confirmarlo <sup>[1191]</sup>.

Cabe aclarar que la consulta constituye un mecanismo cuyos antecedentes pueden encontrarse en las viejas Leyes de Partida, pero también en normas contemporáneas, en el ámbito nacional el instituto se concretó en el Código de Procedimiento Penal de la Capital del año 1889. También la imponían las Leyes 4055 (art. 17) y 3952 (art. 6), finalmente debemos mencionar que el art. 253 bis de la Ley N° 22.434 reimplanta esta figura en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Su vigencia mantiene actualidad también en algunas jurisdicciones provinciales <sup>[1192]</sup>.

En este caso la jurisdicción de consulta funcionaría solo a favor del inculcado, es decir, no podría perjudicar al inculcado si no existe un recurso concreto y explícito de la parte acusatoria, y sólo podrá ser perjudicado en los aspectos impugnados por esa parte.

La implementación de una jurisdicción de consulta en los sistemas judiciales provinciales y en el sistema judicial nacional, que funcione solo a favor del inculcado, permitiría garantizar plenamente el derecho consagrado en el art. 8.2.h de la CADH, evitando que la garantía relativa al derecho al recurso contra la sentencia de condena se vea limitado por formalidades o por una defensa ineficaz que obstaculice su vigencia en la realidad.

# Principios y valores como herramientas preponderantes para la readecuación del contrato ante la emergencia del coronavirus

Guadalupe Valdés Ortiz

*Un hombre sabio se adapta a las circunstancias al igual que el agua se adapta al recipiente".*  
Anónimo

## I. Introducción

Este prólogo viene a cuento porque frente a situaciones extraordinarias e impensadas como lo es la pandemia que actualmente aqueja al mundo como consecuencia del llamado Coronavirus, la realidad impone a los operadores del sistema jurídico la necesidad de ser creativos a la hora de la justificación de sus pretensiones o fundamentación de las decisiones.

Ante este contexto, se aprecia una nueva significación de los principios y valores en su aptitud argumentativa habitualmente desapercibido a la hora de la readecuación del contrato, lo que se evoca como una hipótesis más que previsible. Resulta casi imposible pensar que las relaciones jurídicas en general y, en especial, -que es lo me toca comentar-, el equilibrio contractual en distintos niveles no se encuentren ya afectadas cuando el aislamiento social es la solución más significativa con todos las consecuencias que ello conlleva y que ya se anuncia en los diarios del mundo: violencia doméstica, desempleo, crisis económica y política, institucional, desabastecimiento de productos -entre otras-, grupos poblacionales en riesgo.

Tal como se ha dicho:

“deben tenerse en cuenta los conceptos jurídicos indeterminados que surgen de los principios y valores, los cuales no sólo tienen un carácter supletorio, sino que son normas de integración y de control axiológico. Esta solución es coherente con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que reiteradamente ha hecho uso de los principios que informan el ordenamiento y ha descalificado decisiones manifiestamente contraria a valores jurídicos.”<sup>[1193]</sup>

No se trata de dejar de lado la legalidad, pero debe ponerse énfasis en que, cuando un principio entra en conflicto con una regla, gana el principio. Así lo define Bielsa cuando al referirse a las ficciones jurídicas explica que:

“La Ley se funda en principios y de éstos derivan reglas. Toda disposición que afecte el principio crea un conflicto o contribuye a destruir el principio, y en ningún orden jurídico regular se concibe, lógicamente, esa contradicción. Pero hay situaciones que no consideradas, a pesar de fundarse en principios de razón o justicia, implicarían una irritante injusticia o dañarían a la conveniencia o utilidad general. Para evitar todo esto la Ley recurre a las excepciones pero éstas pueden ser insuficientes, y entonces se recurre a las ficciones, y a las presunciones. Se trata, en sustancia, de asimilaciones, igualaciones que evitan la contradicción con el principio general.”<sup>[1194]</sup>

## II. En la búsqueda de los principios y valores de la emergencia

En la mecánica del pensamiento del operador jurídico para poder recurrir a los valores y principios como fuente del derecho resulta necesario su identificación; es decir, distinguir de manera precisa ese criterio fundamental que me permite pretender como abogado una decisión judicial en un sentido preciso o como juez adoptar un determinada solución que va más allá de la norma.<sup>[1195]</sup>

De alguna manera, me aventuro a decir que toda persona que se precie de jurista tiene cierta noción de esta premisas (en materia de contratos, autonomía de la voluntad, buena fe, fuerza vinculante, relatividad del contrato). Ello se adquiere a lo largo de los años de estudio, capacitación y experiencia universitaria y profesional; pero, he de reconocer que la mayoría de las veces estos principios y valores funcionan a nivel de razonamiento interno pero suelen estar ausentes en la expresión escrita de la fundamentación. Creería que ello obedece principalmente -en un sistema jurídico romano germánico como el argentino- que la mayoría de las veces los principios y valores no están positivizados de manera ordenada o individualizada

y no estamos formados para trabajar o pensar de manera distinta (lo que a los fines de este art. es harina de otro costal). Esta es una decisión de política legislativa que tiene su razón de ser. Se encuentran, en todo caso, enunciados de diversas formas por lo que a los juristas regularmente nos resulta complejo -en la vorágine de la actividad laboral- hacer un proceso de individualización concreto.

En tal sentido, para lograr su rápida identificación, hay que considerar que el principio o valor que se busca como fundamento razonable de la posición jurídica se relaciona con el fin que se quiere alcanzar.

En nuestro caso, la finalidad sería lograr la reeducación, la revisión o el reperfilamiento del contrato de la manera más adecuada posible dentro de un contexto extraordinario de una pandemia que ha sacudido al mundo. ¿Por qué? Porque han cambiado las circunstancias en que el mismo se celebró (*rebus sic stantibus*). Sin embargo, esa modificación de las circunstancias -que en nuestro ordenamiento se conciben que han de ser extraordinarias y que están previstas que afectan, generalmente, a una sola de las partes en un contrato determinado-; en este caso tiene una peculiaridad notoria y es que las circunstancias actuales excederán seguramente el contexto de un solo contratante y de un solo contrato. La pandemia ha alterado de manera extraordinaria el marco local, nacional, mundial sin antecedentes para al operador y sin proyecciones claras de hacia dónde nos dirigimos -en corto plazo- en los distintos órdenes de la realidad -económicos, políticos, sociales- como país o humanidad.

De esta manera los principios y valores tradicionales que forman la doctrina contractual no darán a basto o serán -en muchas de las veces- insuficientes para restablecer el equilibrio contractual y he ahí donde la creatividad del jurista de adaptarse a este nuevo desafío se dispara.

### III. El Código Civil y Comercial

En los Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación al explicar la necesidad de mantener un título preliminar se destaca sobre el particular "...es necesario que los operadores jurídicos tengan guías para decidir en un sistema de fuentes complejo, en el que, frecuentemente, debe recurrirse a un diálogo de fuentes, y a la utilización no sólo de reglas, sino también de principios y valores." [\[1196\]](#)

De modo que, en esa línea de razonamiento, agrega que:

"cabe distinguir entre el derecho como sistema y la Ley, que es una fuente, principal, pero no única. En este sentido, es muy útil mencionar las fuentes del derecho, y fijar algunas reglas mínimas de interpretación, porque se promueve la seguridad jurídica y la apertura del sistema a soluciones más justas que derivan de la armonización de reglas, principios y valores fundamentos." Expresión propia de un estado de derecho constitucional. [\[1197\]](#)

Frente a una situación de semejante envergadura como lo es esta pandemia -donde podemos afirmar que la realidad ha superado la ficción- las circunstancias nos empuja a magistrados y abogados a la armonización de fuentes enunciada.

No puede haber sido mejor explicada la intención de quienes proyectaran el CCyC sobre la función del Título Preliminar como núcleo de significaciones, al decir:

"Una de las funciones que puede cumplir un título preliminar es la de aportar algunas reglas que confieren una significación general a todo el Código. De este modo, el sistema adquiere un núcleo que lo caracteriza y que sirve de marco de comprensión de una gran cantidad de cuestiones de interpretación y de integración de lagunas. No se trata de una parte general al modo en que fuera pensado en la pandectística alemana, sino del diseño de unas líneas de base enfocadas en la argumentación jurídica razonable dentro de un sistema de derecho basado en principios y reglas. Desde esta perspectiva, el Título Preliminar amplía su contenido a otras cuestiones..." [\[1198\]](#)

Lorenzetti enseña que sancionada la norma, la misma debe ser aplicada e interpretada dentro de un sistema jurídico (arts. 1 y 2 del Código). [\[1199\]](#) agregando el autor, con gran razón, que su significado dependerá, en gran medida, del proceso de aplicación.

Y se continúa razonando en sentido que:

"el Código define los grandes paradigmas del derecho privado a través de principios que van estructurando el resto del ordenamiento, y esa es la proposición metodológica



central...” del CCyC<sup>[1200]</sup>. “Así, entre los aspectos valorativos que se destacan como caracterizantes de lo que hoy es nuestro CCyC vigente, es el de la constitucionalización del derecho privado.”

Mucho se ha hablado y escrito sobre este paradigma transversal del CCyC. que básicamente se traduce en la “comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado” con expresa referencia a los tratados de Derechos Humanos. Al punto que llega afirmarse que existe “una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado.”<sup>[1201]</sup>

Esta alusión no es banal en el tema que nos ocupa porque en la identificación de los valores y principios que nos ayudarán en la revisión del contrato en el contexto actual habremos de recurrir necesariamente a las normas de emergencia -tal como se analiza más adelante- de nuestro ordenamiento propias del derecho público con un gran contenido institucional por imperio del art. 2 del CCyC que establece el deber de interpretación de manera coherente con todo el ordenamiento jurídico.

El mismo CCyC, continuando en el Título Preliminar, a partir de los arts. 9, 10, 11, 12 y 14 refiere al ejercicio de los derechos subjetivos donde se contemplan principios dirigidos al ciudadano como buena fe, abuso de los derechos, fraude a la Ley y especialmente establece que la Ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales. Principios que no dejan de ser reflejo de la sociabilidad que hoy se exige en el ejercicio de los derechos y que se funda en un orden público de coordinación. Por esta razón en el CCyC se han reforzado los principios de sociabilidad, y se los ha generalizado al incluirlos en el título preliminar que luego se reiteran en numerosas normas específicas (Ej. art. 729).<sup>[1202]</sup>

En la materia de contratos, el CCyC ha incorporado normativamente algunos principios jurídicos aplicables que constituyen la base sobre la cual se asienta la noción dogmática y que -como ya expresara supra- nos son conocidos como la buena fe, la autonomía de la voluntad o la fuerza vinculante del contrato,<sup>[1203]</sup> y sobre los que no es necesario profundizar en el marco de este art.

En efecto, estos principios clásicos de la hermenéutica contractual bajo este contexto excepcional deben ser repensados desde la constitucionalización del derecho privado.<sup>[1204]</sup> Por ello cobrará relevancia las circunstancias en que el contrato se celebró en consideración a la naturaleza y finalidad y, en relación a esto último, incluso ha de sopesarse las motivaciones o necesidades personales de los contratantes (que pueden llegar no a encuadrar en el supuesto del art. 281 CCyC). Tampoco puede soslayarse la conducta de las partes, especialmente la posterior a la celebración del contrato durante este proceso dinámico que empezó fundamentalmente al declararse el aislamiento social obligatorio (DNU 297/2020), orden a proteger la confianza y la lealtad que las partes se deben recíprocamente y que no otra que la aplicación concreta de la buena fe (arts. 9 y 961 del CCyC). Si bien nuestro derecho no admite la contradicción con una conducta jurídicamente relevante, previa y propia del mismo sujeto (art. 1067 CCyC) ello debe atender que estamos ante una realidad dinámica donde habrá conductas y comportamientos que se realizan sin intención de permanecer en el tiempo como solución transitoria de lo imprevisible. Desde esa perspectiva, la teoría del acto propio puede encontrar limitaciones en el sentido o tratamiento que se dé a otros contratos similares en la actividad a la que corresponda su objeto en el contexto de la pandemia. Cobran acción principios como el de conservación del contrato, el principio de proporcionalidad de los bienes jurídicos en juego (propio de la ponderación que se realiza en el control de convencionalidad cuando hay conflicto de derechos), el principio de eficiencia (o eficacia) tanto en términos económicos como jurídicos, es decir no solo como sistema de asignación de recursos (que en lo usual es el querido por las partes) sino también considerando el menor costo posible (que no deja de ser -este último- el criterio que se desprende del art.1713 in fine Del CCyC).

#### *IV. El marco legal de la emergencia*

Como dijimos la búsqueda de los valores y principios van de la mano de la finalidad del objeto perseguido. Ergo, si lo que buscamos es restablecer el equilibrio contractual roto por una pandemia no queda más que recurrir a las normas de emergencia para verificar si de allí podemos extraer algún principio o valor como fuente de interpretación en orden a lo que ya dijimos del deber que impone el art. 2 del CCyC que obliga al intérprete a recurrir a la finalidad, analogía, a los principios y valores “de modo coherente con todo el ordenamiento jurídico”.

En el caso que nos ocupa, distintas normativas se han dictado desde el 12 de marzo del 2020 con relación al Coronavirus y seguramente más se dictarán hasta que salga publicado este art. pues -reitero- la dinámica de la crisis implica una necesaria dinámica legislativa. Hoy concentrada prácticamente, en los distintos decretos de necesidad y urgencia que dicta el Poder Ejecutivo Nacional.

No obstante, como es sabido comúnmente por todos los ciudadanos de nuestro querido país, podemos calificar a la Argentina como un país de crisis permanente. Es por ello que no puede sorprender que he de iniciar el abordamiento del marco legal de la emergencia en el texto de la Ley N° 27541 llamada “Ley de Solidaridad Social y Reactivación Productiva en el marco de la emergencia pública”. Hoy vigente y en

donde se enmarcan los distintos decretos consecuentes dictados ya en el ámbito de la pandemia, y donde se declara -ni más ni menos- en el art. primero: la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social. Esto no es un tema menor a la hora que el magistrado deba interpretar el contenido de un contrato pues en medio de esta emergencia se ha instalado otra; aún tan o más difícil de resolver que la primera y con un marcado cariz humanitario, que es un aspecto que va incidir inevitablemente en el comportamiento de las personas como en su perspectiva de análisis.

En este sentido la Ley en su propio título introduce un valor nuevo en materia contractual que es el de “solidaridad social”. Conceptos más propios de ciencias sociales como la filosofía, la antropología o la sociología para su correcta comprensión.

No obstante, en el contexto de crisis que acucia a nuestro país desde hace algunos años parece acertado apelar a la solidaridad para enfrentar o resolver casos o situaciones puntuales. Si bien en materia de derecho la solidaridad la vemos concebida como fundamento de sistemas de aportes claramente expresados en institutos de la seguridad social o sistema de medicina prepaga o de seguros, no ha sido visto como valor a considerar en la solución de controversias entre particulares. Es un principio más propio del derecho constitucional.

En ese orden de ideas, más allá de las creencias religiosas de cada individuo, no puede negarse la connotación cristiana de este principio. Así, tal como lo destaca la doctrina social de la Iglesia -válida en su análisis como dimensión de la cultura occidental- [\[1205\]](#),

“nunca como hoy ha existido una conciencia tan difundida del vínculo de interdependencia entre los hombres y los pueblos, que se manifiesta a todos los niveles. La vertiginosa multiplicación de las vías y de los medios de comunicación en tiempo real, como las telecomunicaciones, los extraordinarios progresos de la informática, y los pueblos debe estar acompañado por un crecimiento en el plano ético-social igualmente intenso, para así evitar las nefastas consecuencias de una situación de injusticia de dimensiones planetarias, con repercusiones negativas incluso en los mismos países actualmente más favorecidos (...) Así la solidaridad debe captarse, ante todo, en su valor de principio social ordenador de las instituciones..., es la determinación firme y perseverante de empeñarse por el bien común; es decir, por el bien de todos y cada uno, para que todos seamos verdaderamente responsables de todos”.

En la Carta *Encíclica Sollicitudo Rei Socialis* del Papa Juan Pablo II, se hace hincapié que “la solidaridad no es un sentimiento superficial y con una correcta interpretación de la solidaridad se puede mejorar el ordenamiento social”.

Entendido sucintamente la dimensión de su contenido, en materia de contratos, como valor del derecho de la emergencia, es una pauta interpretativa (art. 2 del CCyC) que se manifiesta en que la interpretación de los contratos, y de sus ahora circunstancias extraordinarias, ha de hacerse en el marco de una indispensable solidaridad real y concreta.

La DSI en su párrafo 161 apunta que:

“(…) estos principios tienen un carácter general y fundamental, ya que se refieren a la realidad social en su conjunto: desde las relaciones interpersonales caracterizadas por la proximidad y la inmediatez, hasta aquellas mediadas por la política, por la economía y por el derecho; desde las relaciones entre comunidades o grupos hasta las relaciones entre los pueblos y las Naciones. Por su permanencia en el tiempo y universalidad de significado, la Iglesia los señala como el primer y fundamental parámetro de referencia para la interpretación y la valoración de los fenómenos sociales, necesario porque de ellos se pueden deducir los criterios de discernimiento y de guía para la acción social, en todos los ámbitos.”

En ese mismo orden de ideas, la solidaridad social no deja ser la relectura moderna de la noción de fraternidad en que se basa ni más ni menos que el constitucionalismo moderno a partir de la revolución francesa. Expresión que como vimos hace referencia a la comunidad más que a la individualidad. Es la forma de lograr un objetivo común.

No se trata de dejar de lado otros principios como la igualdad o la libertad sino de poner énfasis en uno cuando así lo requieren las circunstancias. Nuestra Constitución Nacional en su art. primero comienza con la declaración de la república como forma de gobierno, lo que necesariamente conlleva el valor fraternidad que implica un compromiso de apoyo mutuo entre sus ciudadanos. Es la promoción del bienestar general del preámbulo. Es ese pensar en el otro, es esa argentinidad expresada desde su origen en la sociabilidad “de todos los hombres todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino”. Ya lo decía Fray Mamerto Esquiú: *en horas difíciles de la Nación, debemos aferrarnos a la Constitución*. Así, estos conceptos del derecho político-constitucional -que parecen lejanos- se

materializan de manera concreta en la realidad contractual en los distintos y sucesivos decretos de necesidad y urgencia dictados por el ejecutivo nacional.

En ese mismo entendimiento y como clara cristalización de la solidaridad, en el art. 60, título VIII de la Ley donde alude a los Créditos Uva (contratos de mutuos onerosos), se revive el principio de esfuerzo compartido.

Recordemos el art. 11 de la Ley N° 25.561 (de Emergencia Pública y Reforma del régimen cambiario) que regulaba -entre otras cuestiones- las obligaciones originadas en los contratos entre particulares, no vinculadas al sistema financiero y que tuvo gran aplicación a la hora de equilibrar los contratos celebrados en moneda extranjera [\[1206\]](#) constituyendo un criterio jurídico de gran ayuda para fundamentar las soluciones judiciales tendientes a reajustar en forma equitativa el precio en dólar pesificado compulsivamente por la norma de emergencia [\[1207\]](#). Principio que llegó para quedarse allá a principios del año 2002 pero que no tuvo prácticamente aplicación en épocas de mayor estabilidad por lo que podemos válidamente identificar el mismo como un principio contractual de la emergencia.

La Ley de solidaridad también introduce en el art. en comentario un mecanismo que, en lo personal, pienso puede ser replicado por los magistrados en los distintos tipos de contratos que consiste en estudiar "mecanismos para mitigar sus efectos negativos atendiendo al criterio del esfuerzo compartido entre acreedor y deudor." Ello luego de "una evaluación sobre el desempeño y las consecuencias del sistema de...". En el caso de la norma refiere al sistema Uva, pero nada impide trasladar ese criterio, en menor medida, al microsistema de funcionamiento que implica cada contrato.

No obstante, no debe pensarse que esa solidaridad social transversal en las sucesivas normativas dictadas hasta la fecha supone una carta libre al incumplimiento.

Así tenemos distintas normas -entre numerosas vinculaciones de naturaleza contractual- que van desde aquellas que, por ejemplo, afectan principalmente el precio de aquellos insumos que se consideran básicos para la salud individual y colectiva con fundamento en la Ley de Abastecimiento, en la Ley de Defensa del Consumidor y en la Ley de Emergencia [\[1208\]](#) y aquellos que afectan a contratos como los de transporte en cualquiera de sus tres modalidades [\[1209\]](#), contratos de prestación de salud [\[1210\]](#), contratos de servicios para distintas dolencias referidas a la discapacidad [\[1211\]](#), contratos de turismo y contratos de hotelería [\[1212\]](#), cuenta corriente bancaria, prestación de servicios públicos y algunos privados [\[1213\]](#), algunos créditos hipotecarios y algunas locaciones de inmuebles. Solo por mencionar algunos.

Resulta una tarea titánica abarcar la totalidad de la normativa por su profusión y dinamismo y es por ello que las citas a pie de página son remisiones a mero título de ejemplo. No obstante, del paneo general de lo dictado hasta el presente podemos extraer una serie de premisas que pueden ser de utilidad -en términos de principios y valores- para distintas hipótesis a resolver como consecuencia del desajuste provocado por el COVID-19.

Así tenemos que las normas van progresivamente reconociendo las consecuencias económicas del aislamiento y la necesidad de considerarlas como fundamento de DNU. Al establecer, v.g., la suspensión del cierre de las cuentas bancarias se reconoce que eso obedece a "la situación de sujetos ya afectados por la coyuntura económica ..." [\[1214\]](#); de igual manera al analizar el problema de los alquileres de inmuebles entiende que las medidas legales son de naturaleza "paliativa" los efectos de las medidas restrictivas dispuestas, que afectarán el consumo, la producción, la prestación de servicios y la actividad comercial, entre otros muchos efectos. [\[1215\]](#) Todo esto viene a cuento, sin ir más lejos, para el oportuno el análisis del cambio de circunstancias (*rebus sic stantibus*).

La normativa de emergencia en sus fundamentos va marcando de alguna manera una metodología de argumentación que no deja de ser interesante en tanto recurre a citas de jurisprudencia de la Corte Suprema [\[1216\]](#). Apela a los principios de razonabilidad (art. 3 CCyC), proporcionalidad [\[1217\]](#), y equidad con textual cita -en algunos casos- de la doctrina constitucional argentina [\[1218\]](#). También recurre al derecho extranjero en la materia para validar la decisión en casos análogos. [\[1219\]](#)

Claramente los distintos DNU [\[1220\]](#) distinguen los tipos de contratante y no abarcan el universo completo de todos ellos según cada contrato [\[1221\]](#), tendiendo a proteger principalmente las situaciones de vulnerabilidad y en clara atención a las dos parte del contrato [\[1222\]](#). Se hace también una expresa ponderación de derechos humanos fundamentales (tales como a la salud, a la educación o la alimentación, el acceso a la vivienda digna, la protección a la familia) con fundamentación en los tratados internacionales de DDHH [\[1223\]](#).

Ello en consonancia con el CCyC que busca la igualdad real y que ha desarrollado una serie de normas orientadas a plasmar una verdadera ética de los vulnerables. [\[1224\]](#)

Ninguno de los DNU tiende a justificar sin más el incumplimiento en una suerte de imposibilidad obligacional sino que procura una suerte de consolidación de deuda difiriendo el cumplimiento de las diferencias de incrementos de precios o de deudas acumuladas para el tiempo que se estima pasará la crisis. [\[1225\]](#)

También se observa la estimulación de la conciliación o mecanismos como la financiación de aquellas diferencias o deudas; [\[1226\]](#) que claramente señalan una alternativa de camino a seguir que no puede ser soslayado por los operadores jurídicos.

## *V. Conclusión*

No ha sido mi intención volver sobre la doctrina ya escrita sobre los principios y valores pues considero que nada puedo agregar a los analizado por grandes autores. En todo caso, mi propósito -limitado por las circunstancias de aislamiento, tecnológicas, literarias y hasta emocionales- ha sido colaborar con los operadores jurídicos para encontrar una nueva perspectiva o realizar una relectura de lo ya conocido. Aquello que en situaciones de normalidad puede haber pasado inadvertido al jurista; pues no hay nada como el caso concreto o cuando la realidad nos golpea el alma para encontrar un nuevo significado a las palabras de la Ley.

# La empresa: nuevas modalidades de financiamiento

Juan Carlos Veiga\*

## Abstract

Si bien el Código Civil y Comercial de la Nación no incorporó a la empresa entre los institutos regulados, los nuevos paradigmas y valores que lo sustentan permite a la misma generar alternativas de financiamiento acordes a nuevos sistemas basados en los avances tecnológicos y ya utilizados en numerosos países del mundo.

La ausencia de una regulación normativa de la empresa, advertida por la doctrina nacional y extranjera desde la mitad del siglo pasado, como la ausencia de un derecho de la economía que debía contener no solo esa regulación sino también lo atinente al derecho penal económico, el derecho industrial, el derecho público que penetra en la empresa, el derecho fiscal y el derecho laboral, entre otros, ha sido señalado por la doctrina comercialista nacional.

Para Bonfanti, entre economía y derecho la interacción era una realidad fuera de toda discusión y su estudio exige una visión extendida que permita observar su vinculación, venciendo los prejuicios de una doctrina empeñada en resistir un estudio económico del derecho. [\[1227\]](#)

El Código Civil y Comercial de la Nación sancionado en 2014 y vigente desde el 1 de Agosto de 2015 no acogió esa tendencia y optó por una legislación unificadora sobre una base civilista, ignorando el derecho empresarial y omitiendo toda referencia a la empresa.

Como lo señala el maestro Anaya [\[1228\]](#), los límites conceptuales de la empresa no pueden ser precisados, ya que múltiples factores y recursos productivos son colocados en la órbita de una organización que dirige su función productiva bajo la dirección de esa organización.

Para nuestro Académico y Director, Efraín Hugo Richard [\[1229\]](#) la empresa es actividad enderezada a organizar y en caso de elegir la estructura societaria, esa actividad queda vinculada al cumplimiento del objeto social por lo que estamos en presencia de planificación en la organización.

Los participantes de esa estructura jurídica (los socios) son propios de la autonomía de la voluntad, acotada por la estructura elegida y la licitud de la actividad. La empresa es un valor superior a los bienes que la integran y tiene un valor para quienes la integran y para la sociedad.

La noción de intercambio que caracterizaba a la empresa ha cedido frente a la de planificación y organización que incluye la ingeniería financiera para alcanzar el objetivo propuesto, ya que posibilita que sin tener la titularidad del capital, puede facilitar la llegada de inversores como socios o partícipes.

El Código Civil y Comercial de la Nación dio lugar a la apertura de una nueva etapa en materia de Derecho Privado en la República Argentina, definiendo nuevos paradigmas a través de principios y valores que van estructurando el resto del ordenamiento.

Como he dicho, si bien se ha omitido regular la empresa, ahora para que haya sociedad debe haber empresa. No resulta suficiente que existan aportes para aplicarlos a un negocio del que deriven resultados a repartir, sino que es necesario que la sociedad sea titular de una empresa o sea de una actividad económica organizada para la producción e intercambio de bienes y servicios.

Por otra parte, se refuerza el principio de la autonomía de la voluntad y de libre asociación derivado de las reglas sobre contratos asociativos no taxativos, donde deja de existir una tipicidad cerrada.

Así está expresado en los Fundamentos del Código Civil y Comercial:

Se consagra la **libertad de las partes** para celebrar y configurar el contenido del contrato dentro de los límites impuestos por la Ley y el orden público.

**La fuerza obligatoria** mediante la cual el contrato válidamente celebrado es de cumplimiento obligatorio para las partes.

**La buena fe** en la celebración, interpretación y ejecución, lo cual es coherente con lo normado en el título preliminar.

“Esos principios obligan a ponderar la libertad y la fuerza obligatoria de la autonomía de la voluntad por un lado y el orden público por el otro, permitiendo un balance entre principios competitivos adecuado en el caso concreto y se dispone que los jueces no tienen facultades para modificar las estipulaciones de los contratos, excepto que sea a pedido de partes cuando lo autoriza la Ley o de oficio cuando se afecte de modo manifiesto el orden público”.

[\[1230\]](#)

Este criterio ya estaba en el proyecto de 1998 y sigue la jurisprudencia en la materia; los jueces no pueden modificar un contrato porque deben respetar la autonomía privada.

A partir de estos principios y en línea con el interés en desarrollar el espíritu emprendedor y favorecer el nacimiento y crecimiento de pequeñas y medianas empresas, se dicta la Ley N° 27349 en convergencia con una serie de normas sancionadas en nuestro país en forma dispersa a lo largo del tiempo, todas ellas direccionadas a favorecer el espíritu emprendedor como semillas de las pequeñas empresas.

La mencionada Ley crea un tipo societario particular que será la estructura jurídica de la empresa que conforme el emprendedor. [\[1231\]](#)

Ahora bien, ese empresario emprendedor con una idea prometedora para una nueva empresa, carece del dinero que le permita conformar el capital necesario para llevar adelante ese emprendimiento. La alternativa será la búsqueda de un socio, el que tendrá derecho a una porción de las ganancias, que trae aparejado como beneficio, a diferencia del crédito, no agravar los costos fijos iniciales al comienzo de la actividad del emprendedor.

Este capital de riesgo, al inicio del proyecto, requiere de la confianza del inversor ya que la empresa no tiene una base de trayectoria que permita evaluar la idoneidad de los administradores y el éxito comercial de la idea a desarrollar.

El emprendimiento requiere de capital cuyos inversores tengan disposición a postergar el cobro de los servicios de sus créditos, en verdad aportes de capital, otorgando apoyo financiero a la empresa al permitir la reinversión de utilidades en procura del objetivo de crecimiento.

En el derecho societario, la limitación de responsabilidad estuvo siempre acotada a la sociedad como contrato pluripersonal, pero hoy se extiende a las empresas unipersonales en el convencimiento que la limitación de responsabilidad favorece al espíritu emprendedor al permitir que una persona que desea impulsar un emprendimiento como empresa, pueda constituir un patrimonio separado que limita su responsabilidad al nuevo emprendimiento.

Ya en 1988 la Directiva 12 de la Comunidad Económica Europea disponía que los miembros debían reconocer la posibilidad de las sociedades limitadas de un solo socio tanto al tiempo de su constitución como producto de la concentración en una sola mano de todas las partes del capital, de modo que admitía tanto la unipersonalidad originaria como la derivada.

Años más tarde, en 2009, se dicta la Directiva 102 que dispone:

“es necesario un instrumento jurídico que permita limitar la responsabilidad del empresario individual en toda la Comunidad, sin perjuicio de las legislaciones de los Estados miembros, que, en casos excepcionales, imponen una responsabilidad a dicho empresario con respecto a las obligaciones de la empresa”. [\[1232\]](#)

La limitación de responsabilidad es factor decisivo para permitir al inversor menores costos, asociado al control de la gestión y al riesgo de la inversión a la vez que posibilita abaratar el financiamiento con capital propio.

A mayor riesgo, mayor será la tasa de retorno que el inversor exija para sentirse compensado por el riesgo asumido.

La decisión de financiación implica la elección de la forma menos costosa de obtener los fondos necesarios para llevar adelante las inversiones que el proyecto requiere. La decisión de financiación también contribuye a la creación de valor.

A los recursos propios del emprendedor (su proyecto) se une como fuente de financiación los fondos de terceros y la combinación de ambos conforman la estructura de capital de la empresa

Uno de los aspectos críticos para todo nuevo emprendimiento resulta la necesidad de disponer de los recursos para el desarrollo del mismo y poner en marcha la empresa. El sistema generado para el desarrollo emprendedor busca satisfacer esta necesidad mediante novedosas alternativas de financiamiento, expresamente acogidas por la Ley N° 27349 en su Título II: Sistemas de financiamiento colectivo.

El concepto de *startup* en el mundo de las empresas, identifica a las que buscan emprender o iniciar un nuevo negocio a partir de pequeños emprendimientos, apoyados en la innovación tecnológica, con capacidad de cambio y fuerte requerimiento en el mercado. [\[1233\]](#)

Generalmente se trata de organizaciones humanas, sobre estructuras de bajos costos, comunicadas en

forma directa y abierta con sus clientes, orientadas a ventas masivas y con ganancias en crecimiento veloz y exponencial.

Es característica de las *startups* no utilizar las fuentes de financiación tradicionales, como créditos bancarios o fideicomisos de inversión, sino recurrir a fondos que aportan inversores a cambio de un porcentaje de la empresa.

España y Europa han experimentado un fuerte crecimiento de fórmulas de financiación de las empresas alternativas a las tradicionales. La práctica y la regulación de toda la normativa ha sido consolidada en el Código de Inversiones Extranjeras en España publicado en fecha 10 de enero de 2019.

Entre estas nuevas modalidades de financiación, se destacan:

El *Crowdfunding*, el *crowdlending*, la emisión de valores de renta fija y renta variable en mercados alternativos, el capital riesgo, los préstamos participativos y las aportaciones directas de socios a fondos propios sin aumento de capital.

El financiamiento participativo (financiamiento colectivo en la denominación de la Ley argentina) es un mecanismo bajo el cual una persona (receptor o promotor) publicita su proyecto a través de internet con el propósito de captar fondos a través de una invitación dirigida al público en general.

La traducción de la voz inglesa *crowd* (multitud, muchedumbre, público) y *funding* (fondos, financiación) alude a la financiación o a los fondos que se obtienen del público.

El emprendedor recurre a este sistema de financiamiento colectivo para buscar apoyo a un emprendimiento potencialmente rentable. La característica es que el capital inversor se reúne a través de la difusión del proyecto en portales, plataformas, páginas web u otros medios de comunicación masiva, generando un sistema de inclusión abierto que permite unir a una multiplicidad de inversores que arriesgan pequeñas cantidades. [\[1234\]](#)

Este es uno de los mecanismos de financiamiento que propone la Ley N° 27349 adoptando una alternativa de máxima actualidad para el financiamiento emprendedor, y que a partir del éxito inicial en los EE. UU. alcanza hoy gran difusión en el mundo.

España, Francia, Alemania y el Reino Unido fueron los primeros países de la Unión Europea en incorporar normas específicas del *crowdfunding*, que requiere una normativa especializada y diversa, y que en muchos casos pasa por diferentes reguladores de mercados.

La regulación comprende las diferentes relaciones y cuestiones que surgen con la economía participativa asumiendo el nuevo modelo de financiación como una realidad a proteger y regular.

En España, el crowdfunding en sus distintas modalidades creció en 2018 un 62,12 %, con las plataformas de préstamos a la cabeza en volúmenes de recaudación y reconociendo que el liderazgo en esta modalidad de financiación sigue estando en poder de los EE. UU. y del Reino Unido, cuya recaudación supera al resto de todos los países europeos juntos.

La Ley N° 5 de 27 de Abril de 2015, de fomento de la financiación empresarial reguló por primera vez en España las plataformas de crowdfunding, que están sujetas a la inscripción en la Comisión Nacional de Valores. Dicha regulación aplica además de un régimen de autorización y registro, prohibiciones y límites a su actividad para limitar el riesgo al que se exponen los inversores en este tipo de proyectos.

La Ley reconoce una distinción entre inversores acreditados y no acreditados y exige requisitos de experiencia y honorabilidad de los administradores, requisitos financieros y de garantía.

Aun cuando no existe una clasificación única de los tipos de operaciones *de crowdfunding*, se suelen distinguir entre dos esquemas de financiamiento participativo: el financiero y el no financiero. En el primero de ellos, los inversionistas o aportantes de fondos esperan obtener un retorno financiero como contraprestación a su aportación, mientras que en el segundo no existe un retorno financiero encontrándose generalmente asociado a donaciones destinadas a proyectos que no tengan como finalidad obtener un retorno económico (actividades culturales, deportivas, benéficas, etc.).

Si bien los beneficios del desarrollo de estas plataformas resultan ponderables, se deben reconocer también los posibles riesgos que se pueden encontrar asociados con dicha actividad. Así, existe el riesgo de comportamientos indebidos por parte de los administradores de las plataformas o de los receptores de fondos o promotores de los proyectos, que afecten el normal y adecuado funcionamiento de la actividad.

Por otra parte, al ser un esquema basado en la tecnología, existe la posibilidad cierta de errores en los sistemas, modelos y procesos internos de las plataformas, los ciber ataques y en general cualquier falla operativa puede afectar el normal desarrollo de las plataformas, sin dejar de lado el siempre latente peligro de aspectos asociados con el lavado de activos y financiamiento del terrorismo.

De tal forma, la tendencia internacional es la de regular el crowdfunding financiero ante la necesidad de proteger los intereses de los inversionistas y es un desafío para los reguladores y supervisores de los mercados de valores, el lograr un equilibrio entre promover nuevos esquemas de financiamiento e inversión y mantener adecuados niveles de protección a los inversionistas. [\[1235\]](#)

Sin embargo, debemos señalar que existe también la tendencia a no regular el *crowdfunding* considerando que, por su real impacto en el mercado, puede aplicarse el marco regulatorio general del mercado de valores con la incorporación de ciertas flexibilidades.

Veamos el panorama en el derecho comparado:

**Los EE. UU.** en el mes de octubre de 2015 aprobó el marco normativo que implementó las disposiciones establecidas en el Título III de la Ley llamada *Jobs Act (JumpstartOurBussinesStartupsAct)* que regula la posibilidad de que las empresas puedan ofrecer y vender valores a través de esquemas de *crowdfunding* sólo desde una plataforma operada por un intermediario registrado en la SEC (*Securities and Exchange Commission*) sea como un *broker* o en un portal de financiamiento. La norma fija límites al monto de financiamiento y de inversión, en un período de 12 meses y obligaciones de información a las empresas que ofrecen valores a través de un *crowdfunding*.

**Italia** en junio de 2013, por Resolución N° 18592, la Comisión Nacional de Empresas y Bolsas de Valores aprobó el Reglamento que establece las normas relativas a la captación de capital de riesgo para *startups* vía plataforma *on line*. Regula sólo las ofertas realizadas mediante *crowdfunding* y exige que por lo menos el 5 % de los instrumentos financieros disponible en cada una de las ofertas emitidas, sean suscritos por inversionistas profesionales (Bancos o Incubadoras de *startups*).

**España** dicta en abril de 2015 la Ley de Fomento de la Financiación Empresarial estableciendo por primera vez las reglas de las plataformas de *crowdfunding*, quedando al margen de la Ley los esquemas de donación y recompensas. Las compañías deben cumplir con los requisitos de la normativa para ser incluidas dentro del registro y garantizar su viabilidad. Entre las principales disposiciones están la obligación de las plataformas de contar en todo momento con un capital mínimo en efectivo de 60.000 euros como mínimo o un seguro de responsabilidad civil profesional o garantía equivalente. Asimismo, se establecen las obligaciones y responsabilidades de las plataformas.

**Méjico** promulgó en marzo de 2018 la Ley para regular las Instituciones de Tecnología Financiera (ITF) fijándose lineamientos para el desarrollo de la actividad del *crowdfunding*. Dispone que los títulos que ofrezcan a través de las instituciones de financiamiento colectivo no se inscriben en el Registro Nacional de Valores que administra la Comisión Nacional de Bancos y Valores, aunque requiere autorización de la misma para permitir el funcionamiento de una ITF. En marzo de 2019 mediante disposiciones complementarias de la Ley, dispuso exigencias de información y documentación, incluyendo la situación patrimonial y el origen de los recursos como también el requisito de capital mínimo.

**Brasil** dictó en julio de 2017 la Instrucción N° 588 la cual regula la oferta de valores mobiliarios a través de plataformas electrónicas de inversión participativa exceptuando el registro de la oferta y del emisor ante el regulador.

**Colombia** en julio de 2018 modifica el Decreto N° 2555 de 2010 incorporando un texto relacionado con la actividad de financiación colectiva quedando las entidades que desarrollen la actividad de financiación colaborativa sujeta a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia (SFC) exige a los receptores tener la calidad de residentes colombianos y fija funciones, deberes y prohibiciones de los administradores de las plataformas.

Finalmente, en la **República del Perú** el Poder Ejecutivo ha presentado en mayo de 2019 un proyecto de Ley que regula el Financiamiento Participativo Financiero con el objetivo de establecer un marco jurídico para regular y supervisar esa actividad, así como a las sociedades autorizadas para administrar las plataformas a través de las cuales se realiza dicha actividad.

Argentina que como dije introdujo el *crowdfunding* de manera inequívoca en el Título II de la Ley N° 27349, definiendo en los arts. 22 y 23 el sistema de financiamiento colectivo, su objeto, formas de participación, requisitos y registración de las plataformas, además de los límites y exclusiones del sistema.

Dispone que la Comisión Nacional de Valores será la autoridad de control, reglamentación, fiscalización y aplicación, organismo que Enero de 2018 reglamentó los sistemas de financiamiento colectivo, estableciendo normas de control de las plataformas, quienes están obligadas a exponer en todas sus publicaciones los riesgos existentes para los emprendedores de financiamiento colectivo y para los inversores, respecto al ingreso y actuación dentro de dichas plataformas [\[1236\]](#).

La Ley ha excluido del sistema de financiamiento colectivo los proyectos destinados a la recaudación de fondos con fines benéficos, a las donaciones y a la venta directa de bienes o servicios.

Permite la participación de personas humanas, sociedades, fondos de inversión y fideicomisos, pudiendo ser de capitales públicos, privados o mixtos.

Las plataformas son sociedades anónimas profesionales inscriptas en la Comisión Nacional de Valores que mediaran entre el pedido de capital del emprendedor y los inversores a través de plataformas informáticas y portales *web*.

En síntesis, la retribución del capital de riesgo se obtiene a través del éxito del emprendimiento, con acciones del emprendedor que pueden capitalizarse rápidamente, pueden tener circulación en mercados



abiertos secundarios y generan la expectativa de ganancias de importancia.

En línea con la letra y el espíritu del Código Civil y Comercial, quienes se dediquen a la captación de fondos del público inversor mediante este procedimiento de financiamiento colectivo, deberán actuar de acuerdo con los principios de transparencia, diligencia y objetividad, de acuerdo al estándar del buen hombre de negocios y quedando sujeto a las obligaciones que impone la legislación específica en materia de derechos del consumidor, en orden a suministrar la información acerca del proyecto de financiamiento colectivo, sus riesgos y beneficios potenciales y a la normativa aplicable en materia de prevención de los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y otras actividades ilícitas.

En conclusión, nos encontramos ante un sistema de moderna concepción, recepcionado por la Ley N° 27349 utilizando institutos comunes o caracterizantes ya incorporados en el derecho comparado y cuyo objetivo es favorecer a los emprendedores y pequeñas empresas, uniendo intereses concurrentes de diversos sectores.

El micro inversor cuenta con una alternativa frente a los clásicos ofrecimientos del mercado financiero (bonos, plazos fijos, fondos comunes) apostando a un proyecto de empresa *startup*, con perspectiva innovadora y potencialidad de generar beneficios superiores a aquellos.

La circulación secundaria permitirá obtener liquidez y los beneficios fiscales actúan como incentivo.

Si bien, como hemos dicho, el sistema es utilizado exitosamente en muchos países, no puede garantizarse el éxito del mismo en razón del fuerte descreimiento y desconfianza que el pequeño inversor argentino tiene a partir de sucesivas pérdidas de sus ahorros.

El *crowdfunding* dotado de transparencia, fidelidad y confianza requiere de un activo ejercicio de la tarea de superintendencia de la Comisión Nacional de Valores a quien la Ley le confiere la responsabilidad de control, reglamentación y fiscalización.

El tiempo dirá si en definitiva al emprendedor y a la pequeña empresa se ha dotado de una herramienta de financiación que posibilite su desarrollo y haga partícipe de su potencial ganancia al inversor que ha confiado en este sistema de financiamiento colectivo.

Para que ello ocurra, será necesario:

Que se respeten las reglas de juego, sin alteraciones bruscas y con una regulación que permita a los agentes económicos trabajar dentro del marco de la libre competencia.

La confianza en el sistema y la necesidad que todos los intervinientes en el mismo, agentes económicos, inversionistas y beneficiarios puedan realizar sus transacciones de manera clara y transparente, debiendo el Estado fiscalizar y garantizar la información emitida.

Que la plataforma digital sea lo más amigable posible, pues permite agilidad, rapidez y participación activa de la tecnología.

Verificar la existencia de una adecuada gestión empresarial con una administración y control de la información y de los recursos en juego que permita el crecimiento exponencial de esta herramienta financiera.

En definitiva, el emprendedor que tiene una idea que la considera innovadora o potencialmente rentable y desea desarrollarla careciendo de los medios económicos para hacerlo, sin el capital semilla ni financiamiento y los microinversores que no tienen alternativas de protección de sus ahorros cuando aspiran a obtener con los mismos una ventaja adicional, tienen a su alcance un sistema de financiamiento organizado uniendo sus intereses concurrentes.

La rentabilidad puede obtenerse desde los intereses en caso de canalizarse como préstamo o desde la conversión de capital de riesgo, tomando acciones de la sociedad.

El inversor luego podría adquirir liquidez sobre su inversión a través del mercado secundario debidamente regulado y controlado por la Comisión Nacional de Valores y sin perjuicio de los beneficios fiscales que puedan establecerse.

Los efectos del nuevo sistema se irán viendo en adelante, no solamente por obra de la doctrina y jurisprudencia sino fundamentalmente por las consecuencias que se produzcan en el mundo de las pequeñas empresas en razón del surgimiento de nuevas formas legales que den impulso a iniciativas novedosas capaces de contribuir al desarrollo de las mismas y abrir paso al ejercicio de la iniciativa privada en una nación necesitada de nuevas fuentes de ocupación laboral que responda al objetivo de lograr el bienestar general.

# El derecho de Acceso a la Información Pública en la Argentina y su papel en los sistemas democráticos y repúblicas modernas

Macarena María Villagra Vélez\*

## Resumen

El derecho de Acceso a la Información Pública resulta una herramienta esencial para el ejercicio de los derechos y un eficiente funcionamiento del sistema democrático y republicano de gobierno. En el texto analizo sus principios y características, determinando su alcance. Además, considero el tratamiento que se le brindó en el Derecho comparado y en los sistemas regionales de protección de Derechos Humanos. Asimismo, relato su tratamiento en la justicia argentina anterior a la sanción de la Ley. Finalmente, a partir de este análisis integral, realizo una crítica de la normativa vigente conforme los criterios desarrollados, considerando los Tratados Internacionales y el Derecho Constitucional.

*“scientia potentia est”*<sup>[1237]</sup>.

## I. Introito

A lo largo de la historia, el conocimiento, la información y la educación estuvieron reservados solo a unos pocos. El conocimiento era exclusivo de quienes se encontraban en las esferas altas de la sociedad, quienes eran conscientes de las ventajas que les proporcionaba. Como consecuencia buscaron centralizarla y controlarla, pues quienes la detentaban gozaban de preeminencia y poder frente a otros.

Un claro paradigma de esto fue el oscurantismo que reinó durante la Edad Media. Durante este período se restringió la difusión del conocimiento al público, caracterizándose por irracionalidad y el estancamiento de la innovación. La sociedad de la Edad Media se dividió en dos grandes estamentos: los nobles o señores feudales que imponían su despotismo a los campesinos que dependían de su protección y la Iglesia que utilizaba la figura y el poder de Dios para imponer su voluntad. Los campesinos no tenían acceso al conocimiento, evitando así que se rebelaran ante la autoridad de nobles y eclesiásticos.

Un hito que cambió el curso de la historia fue la invención de la imprenta cambiando por completo la cultura occidental y posteriormente la historia del mundo. Hasta 1453 los conocimientos se transmitían mediante manuscritos elaborados por monjes, pero con la invención de la imprenta el proceso de copiado se aceleró y en cuestión de unos pocos años los escritos abarcaron un público más numeroso gracias a la difusión de las obras y la economización de los costes de producción.

Fue así como paulatinamente y sin detenerse, comenzó a desarrollarse la difusión liberal de la sapiencia, la proliferación de las universidades y la rápida divulgación de nuevas ideas políticas y religiosas que caracterizaron el período renacentista y las ideas humanistas.

En la actualidad la democratización del conocimiento alcanzó límites inimaginables como resultado de la digitalización y el acceso a Internet. Esto permitió una comunicación inmediata y eficaz de los acontecimientos e innovaciones que ocurren en el mundo. Ahora es posible conocer, comunicarse, educarse e investigar a través de una única herramienta. Siendo las nuevas tecnologías una enorme conquista que intensificó la igualdad de posibilidades.

Los acontecimientos mencionados generaron un gran impacto en el Derecho, ya que admitió el reconocimiento de nuevos derechos, tales como el derecho de Acceso a la Información Pública. Este derecho, es un componente del derecho fundamental a la libertad de expresión establecido en la Declaración Universal de Derechos Humanos, que prescribe que el derecho a la libertad de expresión abarca la libertad de “buscar, recibir e impartir información e ideas a través de cualquier medio e independientemente de las fronteras”. El derecho de Acceso a la Información Pública es contemplado como un Derecho Humano en los tres principales Sistemas Regionales de Derechos Humanos, es decir, en Europa, África y el de las Américas, como así también en otros instrumentos internacionales<sup>[1238]</sup>.

El derecho de Acceso a la Información Pública puede ser definido como la posibilidad de solicitar libremente información que se encuentra bajo custodia de los órganos que conforman el Estado. Se trata de un derecho instrumental, que sirve de plataforma para el eficiente ejercicio de otros derechos. Siendo un Derecho Humano universal es inalienable, imprescriptible, irrenunciable e indivisible.

El acceso a la información como tal, mantiene una estrecha relación con las Repúblicas modernas y democracias actuales. Las Repúblicas modernas se caracterizan por la división de poderes, la publicidad de los actos de gobierno, la igualdad ante la Ley, la participación ciudadana y la elección popular de los gobernantes por un determinado período de tiempo.

Díaz Cafferata, siguiendo a Lavalle Cobo, explica que:

“la publicidad, a su vez, se relaciona con las otras características de la república. Respecto de la igualdad ante la Ley, porque no hay motivo para que unos ciudadanos tengan acceso a la información pública y otros no. Respecto de la elección popular de las autoridades, ya que ésta requiere que los ciudadanos estén correctamente informados. Ahora bien, con ninguna característica de la república se relaciona tanto como con la de la responsabilidad de los funcionarios públicos, ya que para responsabilizar a éstos es indispensable conocer cómo han actuado. En este último sentido, la publicidad es una vía de control de los actos de gobierno, para garantizar a los administrados el correcto ejercicio de la función pública de quienes han asumido la responsabilidad de desempeñar tal tarea”<sup>[1239]</sup>.

Siguiendo esta línea, González Calderón argumenta -al momento de analizar la República- que la publicidad de los actos de gobierno es una consecuencia obvia de la responsabilidad de los funcionarios públicos. Siendo ésta fundamental para poder hacer efectiva la responsabilidad de los gobernantes por sus actos. Si los gobernantes se aislaran para debatir y tomar resoluciones sobre los problemas que afectan a la ciudadanía, no hacen posible que la opinión pública juzgue su gestión y formen un criterio de sus aptitudes. El régimen republicano de gobierno en su esencia contiene el principio de la publicidad de los actos de gobierno y la comunicación incesante entre los mandatarios y el pueblo<sup>[1240]</sup>.

Por todo esto es posible inferir una relación directa entre la transparencia y la gestión estatal, ya que permite tomar conocimiento sobre el manejo de los recursos públicos y es esencial para dar publicidad efectiva en el momento de rendir cuentas y de las operaciones realizadas. Todo esto contribuye en la consolidación de la confianza de la ciudadanía en las instituciones gubernamentales.

En lo que se refiera a la legitimidad del sistema democrático de gobierno, el acceso a la información permite reforzarla, pues admite una participación política efectiva por parte de la comunidad. Bajo el enfoque liberal del principio de interés general del Estado, no es concebible un Estado en el que existan “secretos” o “información privilegiada” porque significaría que se está actuando en función de un “interés particular”, en lugar de perseguir el bien común.

Asimismo, el acceso a la información es una herramienta vital en la lucha contra la corrupción, una de las amenazas más poderosas contra el desarrollo económico y social de todos los países. Si existe corrupción es porque no existe un eficiente control del gobierno. Es decir que, cuando quienes gobiernan solo buscan preservarse en el poder, y en lugar de gobernar honesta y justamente se dedican a enriquecerse ilícitamente surge un sistema de gobierno que no respeta la división de poderes. Por lo que puede afirmarse que la corrupción organizada en gran escala y omnipresente, refuerza en el corto plazo la autoridad central.

## II. El Acceso a la Información Pública en el ámbito internacional

### *Tratados Internacionales*

A lo largo de varios Tratados Internacionales se encuentran referencias al derecho a la información. En la Declaración Universal de Derechos Humanos puede encontrarse en su art. 19; en la Convención de los Derechos del Niño, esta prescripto en art. 13, inciso 1; y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su art. 13, inciso 1.

Siguiendo a Basterra, los Tratados citados precedentemente se refieren al “derecho a la información” y no al derecho de acceso a la información pública. El derecho a la información, es un derecho general abarcativo de las diferentes etapas del proceso de comunicación: derecho a recibir información, derecho a transmitir información y derecho a difundirla<sup>[1241]</sup>. Vale aclarar que la Corte Europea de Derechos Humanos sigue tal criterio.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 19.2, dispone que:

“toda persona tiene derecho a la libertad 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”.

El Pacto de San José de Costa Rica, en el art. 13.1, establece que:

“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”.

En referencia a este Pacto, numerosos juristas consideran que únicamente se orienta a la libertad de expresión y la prensa, no así al derecho de acceso a la información pública. Empero, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dictó sentencia en el caso “Claude Reyes y otros vs. Chile”, en la cual expresó que identifica el derecho a la información con el derecho de acceso a la información pública.

Persiguiendo el fortalecimiento del derecho de acceso a la información pública y la elaboración de Leyes adecuadas, la Asamblea General de la OEA aprobó una “Ley Modelo sobre acceso a la información pública” y una “Guía para su implementación”, de conformidad con los estándares internacionales alcanzados en la materia.

*Jurisprudencia Internacional: “Claude Reyes y otros Vs. Chile”*<sup>[1242]</sup>.

El gobierno de Chile celebró en diciembre de 1991, un contrato de inversión extranjera, más conocido como Proyecto Cóndor. Mediante este Proyecto se perseguía la construcción de un complejo integrado de explotación forestal. Este emprendimiento provocaría un gran impacto ambiental, por lo que generó un amplio debate público. Durante mayo y agosto de 1998, los señores Marcel Claude Reyes, Arturo Longton Guerrero, Sebastian Cox Urrejola, requirieron al Comité de Inversiones Extranjeras de Chile información acerca del Proyecto forestal y de la empresa, con la finalidad de evaluar cuestiones comerciales, económicas y sociales del proyecto y el impacto ambiental. Sin embargo, el Comité de Inversiones Extranjeras, a cuyo cargo estaba la recepción de las solicitudes, se negó a entregar la información requerida, sin brindar argumentos de los motivos de la negación. Por esto los actores presentaron un recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Santiago de Chile, por considerar que se vulneraron su derecho a la libertad de expresión y al acceso de información pública. Tanto este recurso como los subsiguientes fueron declarados no admisibles.

En este famoso *leading case* la Corte Interamericana objetó que:

“el actuar del Estado debe encontrarse regido por los principios de publicidad y transparencia en la gestión pública, lo que hace posible que las personas que se encuentran bajo su jurisdicción ejerzan el control democrático de las gestiones estatales, de forma tal que puedan cuestionar, indagar y considerar si se está dando un adecuado cumplimiento de las funciones públicas. El acceso a la información bajo el control del Estado, que sea de interés público, puede permitir la participación en la gestión pública, a través del control social que se puede ejercer con dicho acceso (...) Por ello, para que las personas puedan ejercer el control democrático es esencial que el Estado garantice el acceso a la información de interés público bajo su control. Al permitir el ejercicio de ese control democrático se fomenta una mayor participación de las personas en los intereses de la sociedad”.

En lo que se refiere a las excepciones al derecho a la información sostuvo que:

“los requisitos que debe cumplir una restricción en esta materia, en primer término, deben estar previamente fijadas por Ley como medio para asegurar que no queden al arbitrio del poder público... Las restricciones que se impongan deben ser necesarias en una sociedad democrática, lo que depende de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo, debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido. Es decir, la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y debe ser conducente para alcanzar el logro de ese legítimo objetivo.”

### *III. El camino hacia la nueva Ley: antecedentes legislativos y jurisprudencia nacional*

Si bien en nuestra Constitución Nacional no se encuentra consagrado expresamente el Derecho de Acceso a la Información Pública es preciso inferirlo de varios artículos.

En el artículo primero se establece el sistema representativo, republicano y federal, por lo que se deduce que cualquier ciudadano puede acceder a información pública.

También el art. 33 determina que:

“Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados, pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”.

Esto significa que a pesar de que el acceso a la información pública no esté expresamente mencionado, no debe ser comprendido como una negación del mismo, sino que deriva de la forma republicana de gobierno [\[1243\]](#).

A partir de la Reforma de 1994, se incorporaron el art. 41 que versa sobre el derecho al acceso a la información pública ambiental y el art. 42 que establece que “los consumidores y usuarios de bienes y servicios, tienen derecho en la relación de consumo (...) a una información adecuada y veraz...”

Por último, el art. 75, inciso 22, le asigna jerarquía constitucional a pactos y convenciones, los cuales están ampliamente relacionados con el tema analizado.

Posteriormente se sancionaron las siguientes Leyes: Ley N° 25.326 de Protección de Datos Personales y Ley N° 25.831 de Libre Acceso a la Información Ambiental. Además, se aprobó el Decreto N° 1172/03, el que regulaba el acceso a la información pública en las dependencias del Poder Ejecutivo Nacional.

No obstante, a pesar de la ausencia de un marco normativo específico, en numerosas ocasiones la Corte Suprema pudo expedirse sobre la materia.

#### *Giustiniani, Rubén Héctor c/ YPF S.A. s/ amparo por mora*

En este caso, Rubén Héctor Giustiniani interpuso amparo con el objeto de que YPF S.A. a los fines de obtener acceso a las copias del acuerdo del proyecto de inversión que había suscripto con *Chevron Corporation*. Mediante el acuerdo se establecía la explotación de hidrocarburos no convencionales en la Provincia de Neuquén.

La Jueza de Primera Instancia no hizo lugar al amparo, argumentando que el Decreto N° 1172/03 no era aplicable a YPF S.A., y sostuvo que la divulgación del contenido del acuerdo podía comprometer secretos industriales, técnicos y científicos, regidos por las Leyes N° 25.675 y N° 25.831. Añadió también que el proceso había tramitado sin la participación de *Chevron Corporation*, pudiendo haberse vulnerado su derecho constitucional de la defensa en juicio.

El actor apeló la sentencia de Primera Instancia. No obstante, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, por mayoría, confirmó la sentencia que rechazó la acción de amparo con base en los mismos fundamentos.

Ante dicho panorama, el señor Giustiniani interpuso un recurso extraordinario federal. La Corte por unanimidad admitió el recurso, revocando la sentencia de la Cámara, obligando a la publicación de las cláusulas del Acuerdo de Proyecto de Inversión.

La Corte resolvió que YPF S.A., es un sujeto obligado a brindar información, ya que se encuentra bajo la órbita del Poder Ejecutivo Nacional. Toda vez que el Poder Ejecutivo dispone del 51 % de las acciones de la sociedad y cuenta con el poder para resolver decisiones. Esto se manifestó en el hecho de que el Ministro de Economía conformaba el directorio y en la facultad del Ejecutivo de nombrar al Gerente General.

La sentencia resalta también que la empresa aseguraba el abastecimiento de combustible para garantizar el desarrollo económico del país, resaltando que era interés público y por lo tanto no era admisible en una sociedad democrática no otorgar información que permite la publicidad y transparencia de su gestión.

La Corte, siguiendo la línea del *leading case* Claude Reyes expresó que:

“el derecho de acceso a la información, en tanto elemento constitutivo de la libertad de expresión protegido por normas constitucionales y convencionales, no es un derecho absoluto, sino que puede estar sujeto a limitaciones. No obstante, ello, tales restricciones deben ser verdaderamente excepcionales, perseguir objetivos legítimos y ser necesarias para alcanzar la finalidad perseguida. En efecto, el secreto solo puede justificarse para proteger un interés igualmente público, por lo tanto, la reserva solo resulta admisible para ‘asegurar el respeto a los derechos o la reputación de los demás o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas’” [\[1244\]](#).

En lo referente a si la concesión de información puede afectar de manera negativa los secretos técnicos, industriales y científicos, la Corte sostuvo que:

“YPF S.A. no puede ampararse en normas destinadas a la búsqueda de eficiencia económica y operativa para evadir la obligación de garantizar y respetar el derecho de acceso a la información. Más aún si se considera que este derecho corresponde a cualquier persona para ejercer el control democrático de las gestiones estatales, de forma tal que pueda

cuestionar, indagar y considerar si se está dando un adecuado cumplimiento a las funciones públicas.”

Finalizando argumentó que:

“para no tornar ilusorio el principio de máxima divulgación imperante en la materia, los sujetos obligados sólo pueden rechazar un requerimiento de información si exponen, describen y demuestran de manera detallada los elementos y las razones por las cuales su entrega resulta susceptible de ocasionar un daño al fin legítimamente protegido. De esta forma, se evita que por vía de genéricas e imprecisas afirmaciones, pueda afectarse el ejercicio del derecho y se obstaculice la divulgación de información de interés público”.

“Garrido, Carlos Manuel c/AFIP s/ amparo Ley N° 16.986” [\[1245\]](#)

En este caso el Diputado Nacional Carlos Manuel Garrido promovió acción de amparo contra la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP), con el fin de obtener determinada información relacionada con el nombramiento de Carlos Mechetti en dicho organismo. Requería también información sobre los cargos y funciones que desempeñó con anterioridad y el estado de un sumario administrativo iniciado en 2010 por presunto contrabando.

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal hizo lugar al recurso de apelación interpuesto, ampliando la condena impuesta al organismo demandado por la Jueza de Primera Instancia. Decidió que además de entregar la información sobre la supuesta incorporación del demandado y el cargo que desempeñaba ordenada en primera instancia, la AFIP debía comunicar todos los cargos que Mechetti ocupó, períodos, antigüedad, antecedentes laborales y profesionales en la Aduana. También conminó a que revelara el estado en que se encontraba el trámite del sumario administrativo.

Contra esta resolución, la AFIP interpuso recurso extraordinario, alegando que se encontraban en juego el alcance de normas federales.

La Corte resolvió, basándose en la conocida causa “Cippec”, que:

“una adecuada interpretación de ambos preceptos permite concluir que en tanto la información que se solicita a uno de los sujetos comprendidos en el decreto 1172/03 no se refiera al origen racial y étnico de terceros, sus opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, su afiliación sindical o se trate de información referente a la salud o a la vida sexual, su divulgación no conculca el derecho a su intimidad ni se afecta su honor y, en consecuencia, no existen razones para que los sujetos obligados nieguen el acceso a ella”.

Advirtió también que:

“la información solicitada por el demandante -y admitida por la Cámara en su sentencia- no se relaciona con datos sensibles en los términos de la legislación mencionada sino que atañe exclusivamente a circunstancias vinculadas a la carrera administrativa de un funcionario, que son de innegable interés público en tanto permiten conocer aspectos relevantes sobre las personas que tienen a su cargo la gestión de los asuntos del Estado, y facilita a quien requiere la información ejercer el control sobre la regularidad de los actos mediante los cuales se integran los cuadros de la administración”.

Observó y siguió lo resuelto por la Corte Interamericana, en el caso “Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina”, que había razones que:

“en una sociedad democrática los funcionarios públicos están más expuestos al escrutinio y a la crítica del público. Este diferente umbral de protección se explica porque se han expuesto voluntariamente a un escrutinio más exigente. Sus actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público. Este umbral, no solo se asienta en la calidad del sujeto, sino en el interés público de las actividades que realiza”.

#### *IV. Breve crítica y análisis de la Ley Nacional N° 27.275 de Acceso a la Información Pública*

Nuestro país era, junto a Bolivia, Cuba y Venezuela, el único país de la región sin una Ley de Acceso a la Información Pública hasta que tuvo lugar la sanción el 29 de septiembre de 2017 de la Ley N° 27.275. Esta Ley reemplazó al decreto 1172/2003, que permitía acceder a la información pública, pero sólo del ámbito del Poder Ejecutivo. A partir de esta Ley, se encuentran afectados los tres poderes del Estado.

La Ley N° 27.275 se divide en: Título Preliminar, Derecho de acceso a la información pública (Título I), Transparencia activa (Título II) y Disposiciones de aplicación transitorias (Título III).

### *El Derecho de Acceso a la Información Pública*

La normativa, siguiendo estándares internacionales razona que:

“el Derecho de Acceso a la Información Pública comprende la posibilidad de buscar, acceder, solicitar, recibir, copiar, analizar, reprocesar, reutilizar y redistribuir libremente la información bajo custodia de los sujetos obligados, con las únicas limitaciones y excepciones que establece en la norma”.

También afirma que se presume pública, toda información que generen, obtengan, transformen, controlen o custodien los sujetos obligados.

Siguiendo los lineamientos de la Ley Modelo de la OEA <sup>[1246]</sup>, realiza la distinción entre información pública y documento. A la primera la describe como “todo tipo de dato contenido en documentos de cualquier formato que los sujetos obligados de la presente Ley generen, obtengan, transformen, controlen o custodien”. Al segundo lo define como “todo registro que haya sido generado, que sea controlado o que sea custodiado por los sujetos obligados, independientemente de su forma, soporte, origen, fecha de creación o carácter oficial”.

Por mi parte considero que la definición del Derecho al acceso a la información pública, como así también la distinción entre documento e información poseen buena técnica legislativa, siendo realizadas de manera clara, descriptiva y exhaustiva.

### *Principios rectores del Derecho*

Los principios por los cuales la Ley debe interpretarse y cumplirse se encuentran numerados en el artículo primero. La Ley prescribe 16 artículos que, por cuestiones de extensión, sólo haré alusión a los más importantes.

El **principio de Máxima Divulgación y el de Buena Fe**, son los pilares fundamentales sobre los que debe apoyarse el Derecho de Acceso a la Información Pública.

En relación al principio de máxima divulgación la Corte Interamericana expresó lo siguiente:

“El control democrático, por parte de la sociedad a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve las responsabilidades de los funcionarios sobre su gestión pública. Por ello, para que las personas puedan ejercer el control democrático es esencial que el Estado garantice el acceso a la información de interés público bajo su control. Al permitir el ejercicio de ese control democrático se fomenta una mayor participación de las personas en los intereses de la sociedad” <sup>[1247]</sup>. De este principio puede inferirse lo siguiente:

1) El Derecho de acceso a la información pública es la regla y el secreto, la excepción. El derecho de acceso a la información no es un derecho absoluto, naturalmente es posible considerar excepciones sustentadas en las llamadas “razones de estado” o “*arcana imperii*”, como decían los antiguos romanos. La Corte Interamericana al respecto ha expresado que:

“en una sociedad democrática es indispensable que las autoridades estatales se rijan por el principio de máxima divulgación, el cual establece la presunción de que toda información es accesible, sujeto a un sistema restringido de excepciones”.

Los Estados Unidos, sancionaron en 1966, la normativa *Freedom of Information Act* (FOIA), la cual alega que en principio toda la información en poder del Estado pertenece al pueblo. Esta Ley exige a las oficinas públicas a garantizar la información a los efectos de ser consultadas por el público, con excepción de datos sobre seguridad nacional o aquellos cuya difusión, a criterio del Congreso, pueda ser perjudicial (tales como información comercial, datos personales).

Siguiendo este lineamiento la Ley estableció un número taxativo de excepciones, los cuales

se encuentran analizados más adelante.

2) La preeminencia del derecho de acceso a la información cuando tenga lugar conflictos, disputa de Ley es, o de falta de regulación. Considerando que en numerosos fallos se reconoció el rol fundamental del Derecho para evitar la desnaturalización de la democracia. Por lo que, ante cualquier inconsistencia, sea por ausencia de normativa o por conflicto entre normas, la presente Ley debe prevalecer. La Ley Argentina establece por esto el principio *in dubio pro petitor*, que declara que cuando surja un conflicto normativo o falta de regulación, deberá prevalecer el derecho de acceso.

3) En caso de negativa al requerimiento de información pública la carga probatoria debe recaer sobre el Estado. Ello permite evitar el actuar arbitrario y discrecional por parte del sujeto pasivo. La carga de la prueba debe ser cumplida por el órgano del Estado ante el cual la información fue requerida.

Respecto del Principio de Buena Fe, la normativa nacional afirma que:

“para garantizar el efectivo ejercicio del acceso a la información, resulta esencial que los sujetos obligados actúen de buena fe, es decir, que interpreten la Ley de manera tal que sirva para cumplir los fines perseguidos por el derecho de acceso, que aseguren la estricta aplicación del derecho, brinden los medios de asistencia necesarios a los solicitantes, promuevan la cultura de transparencia y actúen con diligencia, profesionalidad y lealtad institucional”.

A través del **principio de máximo acceso, apertura e informalismo** se persigue que las solicitudes no sean obstaculizadas, evitando formalidades innecesarias y dilaciones. Persiguen además la digitalización de la información mediante formatos electrónicos abiertos que faciliten su distribución y reutilización por parte de terceros.

Mediante los **principios de disociación y máxima premura** se garantizan que en aquellos casos en los que la información solicitada recaiga en las excepciones establecidas por la Ley, la información exceptuada debe ser publicada y entregada con la mayor celeridad. La información debe ser brindada en el estado en que se encuentre al momento del pedido, no estando el sujeto obligado a clasificarla o procesarla (art. 5). La información se debe entregar a todas las personas en condiciones de igualdad, sin exigir expresión de causa o motivo y conforme el principio de gratuidad en tanto no se requiera su reproducción los costos de reproducción corren a cargo del solicitante en tanto no se requiera su reproducción (art. 5).

Los cumplimientos de estos principios ratifican el cumplimiento de la Ley y análisis del sistema de excepciones, ya que la mera enunciación del derecho no es suficiente para su pleno goce. Es por ello que la Ley deberá ser interpretada en su totalidad y respetando los principios recién mencionados. Esto admitirá el fortalecimiento de las instituciones democráticas y republicanas, proporcionando las condiciones necesarias para una dinámica participación ciudadana en los asuntos de interés público.

### *Legitimación Activa y Pasiva*

La Ley estableció una amplia legitimación pasiva, conforme a los estándares internacionales. Establece que los tres poderes del Estado, el Consejo de la Magistratura, el Ministerio Público de la Defensa y el Ministerio Público Fiscal, como así también organismos privados que reciben fondos públicos, empresas de propiedad estatal o empresas públicas, universidades públicas, partidos políticos, el Banco Central, entes interjurisdiccionales y entes de juegos de azar, entre otros, tienen el deber de cumplir con las solicitudes de información pública y transparencia activa.

En lo que se relaciona a la legitimación activa según el art. 4:

“Toda persona humana o jurídica, pública o privada, tiene derecho a solicitar y recibir información pública, no pudiendo exigirse al solicitante que motive la solicitud, que acredite derecho subjetivo o interés legítimo o que cuente con patrocinio letrado”. Como puede observarse el art. se refiere a toda persona, no prescribe a ciudadanos o habitantes, como sí lo hacen otras legislaciones, favoreciendo el mayor grado de transparencia posible. Además, resulta de gran acierto que la Ley no exija al solicitante fundamento o explicación del pedido. No obstante ello, en su art. 9, peca de un gran desacierto ya que establece que si bien no se requiere de ningún tipo de formalidad (principio de informalidad), requiere la identificación del solicitante. Esto a mi criterio constituye un enorme desbarajuste en lo que se refiere a la finalidad que persigue la Ley que es justamente permitir el acceso a las personas de la información sin ningún tipo de dificultad, además de atentar contra el principio de máxima divulgación. Se debió considerar que el Estado en su posición de preeminencia sobre los ciudadanos, puede ejercer una enorme presión, principalmente cuando se trata de asuntos o información de carácter sensible. En el ejercicio de este derecho, resulta esencial la protección de los solicitantes al momento de indagar sobre



posibles irregularidades y se debe velar por mantener la seguridad del mismo. Es por esto que resulta vital que las solicitudes puedan pedirse de forma anónima. Este mismo criterio sigue la Organización de Estados Americanos que afirma que el sujeto activo tiene derecho a “solicitar información sin tener que justificar las razones por las cuales se solicita la información”.

### *Excepciones*

Las Excepciones se encuentran previstas en el art. 8 de la Ley Nacional. A simple vista llama la atención la gran cantidad, siendo trece en su totalidad. A mi criterio estas afectarán el cumplimiento de los principios de máxima divulgación y buena fe que, como mencioné, son las principales columnas del derecho de acceso a la información pública. Aclarando nuevamente que conforme a los estándares internacionales las excepciones deben ser limitadas, de enumeración taxativa, de interpretación restrictiva y fundamentadas en algún interés superior legítimo.

Dado que el derecho de acceso a la información pública no es un derecho absoluto (como todos, o casi todos), resulta crucial que el número de excepciones esté debidamente enmarcado, evitando que se transformen en regla general y que las mismas no permitan una libre interpretación a los fines de evitar que los sujetos obligados se amparen ilegítimamente invocando una excepción general.

El **inciso a)** especifica a la “Información expresamente clasificada como reservada o confidencial o secreta, por razones de defensa o política exterior. La reserva en ningún caso podrá alcanzar a la información necesaria para evaluar la definición de las políticas de seguridad, defensa y de relaciones exteriores de la Nación; ni aquella otra cuya divulgación no represente un riesgo real e identificable de perjuicio significativo para un interés legítimo vinculado a tales políticas”.

Si bien este inciso se refiere a “información clasificada como reservada, confidencial o secreta por razones de defensa o política exterior”, en nuestra legislación no existe una normativa general que regule la clasificación de información reservada, confidencial o secreta. Empero, este inciso establece mayores límites que el previsto en el Reglamento General del Acceso a la Información Pública del Poder Ejecutivo (Decreto 1.173/03), puesto que el actual inciso añadió una distinción al final por la cual no entra en esta limitación aquella información que permite evaluar las políticas de seguridad y defensa de la Nación. Observándose claramente que se aplica el **principio de disociación** ya que permite la difusión de información referente al presupuesto o número de funcionarios, siempre que no ocasione perjuicio a algún interés superior a dichas políticas.

Al respecto la Ley N° 25.520 regula la actividad del Sistema de Inteligencia Nacional. En sus arts. 6 y 7 menciona a los organismos que la conforman: la Secretaría de Inteligencia, la Dirección Nacional de Inteligencia Criminal, la Dirección Nacional de Inteligencia Estratégica Militar y la Agencia Federal de Inteligencia (organismo superior del Sistema de Inteligencia Nacional y que detenta la facultad de dirigirlo).

La Ley dedica todo su Capítulo V a la “Clasificación de la información”. Destacándose que la “clasificación de seguridad” se hará basada en un interés de la seguridad interior, la defensa nacional y las relaciones exteriores de la Nación.

Esta clasificación puede recaer sobre las actividades de inteligencia, el personal afectado a las mismas, la documentación y los bancos de datos de los organismos de inteligencia.

Para poder acceder a dicha información se debe obtener autorización del Presidente de la Nación, o del funcionario en quien se delegue expresamente tal facultad, con las excepciones previstas en la Ley. Añade también que la clasificación sobre las actividades, el personal, la documentación y los bancos de datos referidos, se mantendrá aun cuando el conocimiento de las mismas deba ser suministrado a la justicia en el marco de una causa determinada o sea requerida por la Comisión Bicameral de Fiscalización de los Organismos y Actividades de Inteligencia. (art. 16).

El art. 16 bis realiza “clasificaciones de seguridad de la información” en:

*Secreto*, aplicable a toda información, documento o material cuyo conocimiento por personal no autorizado pueda afectar *gravemente* los intereses fundamentales u objetivos vitales de la Nación, entre ellos, la soberanía e integridad territorial;

*Confidencial*, aplicable a toda información, documento o material cuyo conocimiento por personas no autorizadas pueda afectar *parcialmente* los intereses fundamentales de la Nación o vulnerar principios, planes y métodos funcionales de los poderes del Estado, entre ellos, la soberanía e integridad territorial;

*Público*, aplicable a toda documentación cuya divulgación *no sea perjudicial* para los organismos del Sistema de Inteligencia Nacional y que por su índole permita prescindir de restricciones relativas a la limitación de su conocimiento, sin que ello implique que pueda trascender del ámbito oficial, a menos que la autoridad responsable así lo disponga. A su vez el art. 16 ter (8) establece los plazos para la desclasificación y acceso a la información.

No resulta una cuestión menor resaltar que la Ley de Inteligencia Nacional establece un plazo para la

desclasificación de la información, el cual no será menor a quince años, a partir de la decisión que originó su clasificación de seguridad efectuada por alguno de los organismos integrantes del Sistema de Inteligencia Nacional <sup>[1248]</sup>.

El **inciso b)** alega que queda exceptuada la “Información que pudiera poner en peligro el correcto funcionamiento del sistema financiero o bancario” (9). También el **inciso c)** hace referencia al secreto financiero (10) y el **inciso f)** proclama que la “información elaborada por los sujetos obligados dedicados a regular o supervisar instituciones financieras o preparada por terceros para ser utilizada por aquellos y que se refieran a exámenes de situación, evaluación de su sistema de operación o condición de su funcionamiento” serán exentos de brindar información. Como puede observarse el sector financiero fue dotado de una facultad de reserva sumamente amplia. Por lo que será crucial el rol de la jurisprudencia en un futuro, toda vez que podrá limitar o ampliar tal facultad.

Siguiendo la Ley N° 21.526 de Entidades Financieras, son parte del sistema financiero y bancario, las personas o entidades privadas o públicas oficiales o mixtas de la Nación, de las provincias o municipalidades que realicen intermediación habitual entre la oferta y la demanda de recursos financieros. También son parte los bancos comerciales, de inversión, hipotecarios, compañías financieras, sociedades de ahorro y préstamo para la vivienda u otros inmuebles, las cajas de crédito y otras clases de entidades que realicen las actividades previstas en la Ley.

Siguiendo lo normado en el inciso f), éste debe comprenderse en conjunto con el art. 40 de la Ley de Entidades Financieras. Este último afirma que las informaciones que el Banco Central de la República Argentina reciba o recoja en ejercicio de sus funciones, vinculadas a operaciones pasivas, tendrán carácter estrictamente confidencial.

El personal del Banco Central de la República Argentina, o de auditorías externas que éste contrate para cumplir sus funciones, deberá guardar absoluta reserva sobre las informaciones que lleguen a su conocimiento. Sin embargo y como puede observarse al sector financiero otorgaron una facultad de reserva sumamente amplia, el cual podrá ser limitado e incluso ampliado, teniendo un rol fundamental la jurisprudencia.

El **inciso c)** exceptúa a los “Secretos industriales, comerciales, financieros, científicos, técnicos o tecnológicos cuya revelación pudiera perjudicar el nivel de competitividad o lesionar los intereses del sujeto obligado”.

El secreto industrial se encuentra regulado por la Ley N° 24.766 sobre Confidencialidad sobre Información y Productos que estén legítimamente bajo control de una persona y se divulgue indebidamente de manera contraria a los usos honestos <sup>[1249]</sup>; el Decreto 260/96 sobre Patentes y Modelos de Utilidad; art. 85 de la Ley N° 20.744 de Contrato de Trabajo <sup>[1250]</sup>; y, finalmente, en la Ley N° 25.156 de Competencia Desleal.

En relación al secreto comercial al que alude el inciso comentado, este nunca podrá interpretarse en desmedro del cliente o consumidor. La Ley N° 24.240 de Defensa del Consumidor regula en su Capítulo II la Información al Consumidor y Protección a su salud. Específicamente en su art. 4, afirma que:

“el proveedor está obligado a suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, y las condiciones de su comercialización”. “La información debe ser siempre gratuita para el consumidor... con claridad necesaria que permita su comprensión”.

El **inciso d)** alude a la “información que comprometa los derechos o intereses legítimos de un tercero obtenida en carácter confidencial”.

Este inciso se refiere a la información, cuya divulgación pueda ocasionar perjuicio moral o materialmente. Como se observa, deja un amplio lugar a la interpretación, habrá que esperar como lo enmarcará la jurisprudencia.

El **inciso e)** menciona la “Información en poder de la Unidad de Información Financiera encargada del análisis, tratamiento y transmisión de información tendiente a la prevención e investigación de la legitimación de activos provenientes de ilícitos”.

La Ley N° 25.246 de Encubrimiento y Lavado de Activos de origen delictivo, creó la Unidad de Información Financiera (UIF), la cual se encarga del análisis, el tratamiento y la transmisión de información a los efectos de prevenir e impedir el delito de lavado de activos y el delito de financiación terrorista. Es decir que toda información obtenida por la UIF, en cumplimiento de sus funciones, debe ser exceptuada <sup>[1251]</sup>.

El **inciso g)** describe tres excepciones. La primera versa sobre “Información elaborada por asesores jurídicos o abogados de la administración pública nacional cuya publicidad pudiera revelar la estrategia a adaptarse en la defensa o tramitación de una causa judicial”. Aquí deben distinguirse dos situaciones. Aquellos casos en los que el Estado Nacional litigue con países extranjeros u otros organismos y cuando se trate de conflictos con los particulares. En el primer caso, se encuentra debidamente justificada la

excepción; sin embargo, en el segundo la reserva no está justificada, ya que en los procesos contenciosos administrativos reforzarían la preeminencia del Estado frente al particular.

La segunda establece que cuando se trate de información que “divulgare las técnicas o procedimientos de investigación de algún delito u otra irregularidad” y la tercera afirma cuando “la información que privare a una persona del pleno ejercicio de la garantía del debido proceso”, se encuentra justificada la reserva.

El **inciso h)** menciona la “*Información protegida por el secreto profesional*”. El secreto profesional es la obligación legal que tienen los profesionales de mantener la confidencialidad de la información obtenida de sus clientes. Profesionales como médicos, abogados, escribanos, entre otros, deben respetar el secreto profesional. Su violación puede dar lugar a la responsabilidad civil profesional (y disciplinaria y hasta penal -si está tipificado, como sucede en algunos ordenamientos jurídicos-).

La Ley N° 23.187 que regula el ejercicio de la abogacía, por ejemplo, establece en su art. 6 que el abogado debe “*observar con fidelidad el secreto profesional, salvo autorización fehaciente del interesado*”. Hace referencia a toda aquella información que el cliente le revele a lo largo del vínculo profesional. La violación del secreto profesional puede dar lugar a la responsabilidad por parte del letrado [\[1252\]](#), como dije recién [\[1253\]](#).

El **inciso i)** establece que la “información que contenga datos personales y no pueda brindarse aplicando procedimientos de disociación, salvo que se cumpla con las condiciones de licitud previstas en la Ley N° 25.326 de protección de datos personales y sus modificatorias”.

La Ley N° 25.326 de Protección de Datos Personales, en su art. 2 diferencia los datos personales de los datos sensibles. Los datos personales se refieren a la información de cualquier tipo referida a personas físicas o de existencia ideal determinadas o determinables. Los datos sensibles son datos personales que revelan origen racial y étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliación sindical e información referente a la salud o a la vida sexual.

Conforme a dicha la Ley, el tratamiento de datos personales es ilícito cuando el titular no hubiere prestado su consentimiento libre, expreso e informado, el que deberá constar por escrito, o por otro medio que permita se le equipare, según las circunstancias.

Sin embargo, no será necesario el consentimiento cuando:

- a) Los datos se obtengan de fuentes de acceso público irrestricto;
- b) Se recaben para el ejercicio de funciones propias de los poderes del Estado o en virtud de una obligación legal;
- c) Se trate de listados cuyos datos se limiten a nombre, documento nacional de identidad, identificación tributaria o previsional, ocupación, fecha de nacimiento y domicilio;
- d) Deriven de una relación contractual, científica o profesional del titular de los datos, y resulten necesarios para su desarrollo o cumplimiento;
- e) Se trate de las operaciones que realicen las entidades financieras y de las informaciones que reciban de sus clientes conforme las disposiciones del art. 39 de la Ley N° 21.526 (art. 5).

La Corte, en la causa Cipe declaró que:

“no desconoce la trascendencia que revisten los programas de asistencia social a cargo del Estado Nacional pues constituyen una de las formas de proveer a lo conducente para el desarrollo humano y contribuyen a lograr el objetivo de progreso económico con justicia social e igualdad de oportunidades que marca nuestra Constitución Nacional” [\[1254\]](#). También expresó que “ni estos loables objetivos ni la situación de necesidad en que se encuentran sus beneficiarios pueden servir de excusa para eximir al Estado Nacional de su obligación de obrar en forma transparente y de someter al control público la forma en que, empleando fondos del presupuesto nacional, implementa esa ayuda que resulta indispensable para la subsistencia de muchos hogares de la República Argentina. La publicación de la nómina de beneficiarios no modificará ni agravará la situación de vulnerabilidad que los hace merecedores de esa ayuda, pero, en cambio, permitirá al conjunto de la comunidad verificar, entre otros aspectos, si la asistencia es prestada en forma efectiva y eficiente, si se producen interferencias en el proceso y si existen arbitrariedades en su asignación”.

Además, puntualizó:

“que la justificación ensayada por el Estado para restringir el derecho de la actora a acceder a esta información, basada en la necesidad de asegurar la privacidad de los

beneficiarios como modo de protegerlos de futuros y eventuales actos discriminatorios por parte de terceros indeterminados, resulta además enteramente dogmática, por lo que cabe formular una serie de precisiones al respecto”.

El **inciso j)** menciona la “Información que pueda ocasionar un peligro a la vida o seguridad de una persona”. Lógicamente se trata de una excepción debidamente justificada, ya que en casos de conflictos de derechos debe primar la protección de la vida o seguridad, ejemplo de ello son los agentes de inteligencia.

El **inciso k)** alude a la “Información de carácter judicial cuya divulgación estuviera vedada por otras Leyes o por compromisos contraídos por la República Argentina en tratados internacionales”.

El **inciso l)** nos refiere a la “Información obtenida en investigaciones realizadas por los sujetos obligados que tuviera el carácter de reservada y cuya divulgación pudiera frustrar el éxito de una investigación”.

El **inciso m)** menciona a la “Información correspondiente a una sociedad anónima sujeta al régimen de oferta pública”.

Las excepciones contenidas en el presente art. no serán aplicables en casos de graves violaciones de Derechos Humanos, genocidio, crímenes de guerra o delitos de lesa humanidad.

#### *Período de Reserva*

Algo que debe resaltarse es que la Ley Nacional no estableció un “período de reserva”. Este último es definido como el período máximo en el que la información calificada como reservada puede mantenerse dentro de las excepciones del derecho de información, ya que transcurrido el plazo la información será pública. En el caso de México, *ad exemplum*, éste fue establecido por un período de doce años y aclara que puede ser desclasificada como antes de cumplirse dicho período cuando se extingan las causas que dieron origen a esa clasificación.

Díaz Cafferata sostiene al respecto que:

“toda información pública tiene por vocación ser accesible por toda la ciudadanía. Por ello, en caso de que determinada información sea declarada secreta, este secreto deberá ser siempre acotado en el tiempo, en un plazo legalmente previsto, transcurrido el cual la información será de conocimiento público. En el derecho comparado, este plazo suele fijarse entre los diez y los cincuenta años”<sup>[1255]</sup>.

#### *La Solicitud de Información y sus vías de reclamo*

El capítulo III versa sobre la Solicitud de información y vías de reclamo (arts. 9 al 18), que por cuestiones de extensión no desarrollaré en el presente trabajo. No obstante, resaltaré que el art. 9 que trata sobre la solicitud de información, peca de un gran desacierto al requerir que el sujeto activo deberá identificarse. Por cierto, que la Ley no permite dar curso a las solicitudes anónimas.

#### *Órgano de Aplicación*

El rol del órgano garante del Derecho de Acceso a la Información Pública es trascendental para su cumplimiento. La Ley Modelo de la OEA<sup>[1256]</sup> -y su Guía de Implementación- afirma que el órgano deberá tener autonomía y autarquía financiera. Los órganos de contralor son primordiales en el control de los sujetos obligados a los fines de conquistar una eficiente política pública de transparencia y acceso a la información.

La Ley dedica todo su capítulo IV a la materia, la que considero se encuentra teñida de claros oscuros. Este capítulo establece la creación de la Agencia de Acceso a la Información Pública, el Consejo de Transparencia y de Organismos de acceso a la información pública en el Poder Legislativo, en el Poder Judicial y en los Ministerios Públicos.

La **Agencia de Acceso a la Información Pública** es descripta como un ente autárquico que gozará de autonomía funcional en el ámbito de la Jefatura de Gabinete de Ministros. Sin embargo, como puede observarse, esta autonomía funcional y autarquía se encuentran restringidas desde su propia creación legislativa<sup>[1257]</sup>.

El término autonomía implica que un ente tiene poder propio y originario para dictar su propia Ley regirse por ella, sin haber sido otorgado por un ente superior. Un arquetipo serían las Provincias, que establecieron su propia Constitución. Mientras que la autarquía, implica que el ente tiene atribuciones

para administrarse a sí mismo, a partir de una norma existente, toda vez que al ente no le fueron concebidos poderes para dictar dicha Ley. Ejemplo de ello es el Banco de la Nación Argentina, que es una entidad autárquica que se administra a sí misma, conforme a la Ley de su creación emitida por una autoridad superior, el Congreso de la Nación. Como claramente expresa Cassagne, la autarquía es un concepto económico y se define como la facultad de autosuficiencia económica-financiera [\[1258\]](#).

Esto puede observarse claramente entre las competencias y funciones de la Agencia de Acceso a la Información pública. El art. 24 establece que puede “proponer para su aprobación el diseño de su estructura orgánica y designar su planta de agentes conforme a la normativa vigente en materia de designaciones en el ámbito de la Administración Nacional”. En consecuencia, se observa claramente que su autonomía se encuentra acotada, quedando la agencia cautiva del Poder Ejecutivo. Toda vez que “los organismos verdaderamente autónomos y autárquicos solo pueden crearse constitucionalmente” [\[1259\]](#).

Asimismo, debe resaltarse que mediante el Decreto 899/2017 se estipuló que la Agencia de Acceso a la Información Pública sería también la nueva autoridad de aplicación de la Ley N° 25.326 sobre Protección de Datos Personales, y que su Dirección Nacional sería trasladada a la estructura de la nueva Agencia [\[1260\]](#).

En consecuencia, la Decisión Administrativa JGM N° 1.002/2.017 sancionó su conformación organizacional de la siguiente manera: una estructura de primer nivel de la Agencia, en la cual se ordena la creación de dos direcciones principales. La primera Dirección Nacional se encontrará a cargo del cumplimiento de la Ley N° 27.275 y la segunda Dirección Nacional deberá perseguir la eficaz aplicación de la Ley N° 25.326 de Protección de Datos Personales. Mediante la Resolución 1-E/2017, se enmarcó el segundo nivel operativo de la Agencia, finalizando así el organigrama del ente.

El art. 24 establece las competencias y funciones de La Agencia de Acceso a la Información Pública, entre las que puede destacarse:

- Preparar su presupuesto anual.
- Redactar y aprobar el Reglamento de Acceso a la Información Pública aplicable a todos los sujetos obligados.
- Implementar una plataforma tecnológica para la gestión de las solicitudes de información y sus correspondientes respuestas.
- Requerir a los sujetos obligados que modifiquen o adecuen su organización, procedimientos, sistemas de atención al público y recepción de correspondencia a la normativa aplicable a los fines de cumplir con el objeto de la presente Ley.
- Proveer un canal de comunicación con la ciudadanía [\[1261\]](#) con el objeto de prestar asesoramiento sobre las solicitudes de información pública y, en particular, colaborando en el direccionamiento del pedido y refinamiento de la búsqueda.
- Coordinar el trabajo de los responsables de acceso a la información pública designados por cada uno de los sujetos obligados.
- Elaborar y publicar estadísticas periódicas sobre requirentes, información pública solicitada, cantidad de denegatorias y cualquier otra cuestión que permita el control ciudadano a lo establecido por la presente Ley.
- Publicar un informe anual de rendición de cuentas de gestión.
- Solicitar a los sujetos obligados expedientes, informes, documentos, antecedentes y cualquier otro elemento necesario a los efectos de ejercer su labor.

En lo referente al Director y su elección, la Ley establece que el Director de la agencia tendrá rango y jerarquía de Secretario y que será designado a propuesta del Poder Ejecutivo Nacional que publicará su nombre, apellido y antecedentes curriculares en el Boletín Oficial y en dos diarios de circulación nacional. Se establece que dentro de los 15 días contados a su publicación se podrán realizar impugnaciones, las cuales serán consideradas al momento de realizarse la audiencia pública. Posteriormente y en el plazo de 7 días de celebrada la audiencia, el Poder Ejecutivo decidirá si confirma o retira la candidatura de la persona propuesta, debiendo en el último caso proponer un nuevo candidato e iniciar nuevamente el procedimiento. Actualmente se encuentra desempeñando en el cargo Eduardo Bertoni, quien fue designado por el decreto N° 685/2017.

Debe resaltarse que nuevamente puede observarse el rol preponderante del Ejecutivo. Sobre todo, si se tiene en cuenta que el Senado, había incluido modificaciones, las cuales fueron suprimidas. El Senado había propuesto que el titular de la agencia debía contar con su acuerdo. En mi opinión, esto es una enorme contradicción, ya que puede considerarse absurdo que el órgano que debe probar el cumplimiento efectivo de sus obligaciones, rendir cuentas y corroborar su cumplimiento, sea desempeñado por el mismo ente. La Ley Nacional no siguió en lo más mínimo el lineamiento de la Ley Modelo Interamericana [\[1262\]](#).

Por otra parte, el art. 28 establece que el Poder Legislativo, el Poder Judicial de la Nación, el Ministerio Público Fiscal de la Nación, el Ministerio Público de la Defensa y el Consejo de la Magistratura crearán, cada uno de ellos, un organismo con autonomía funcional y con competencias y funciones idénticas a las de la Agencia de Acceso a la Información Pública, que actuarán en el ámbito del organismo en el que fueron creados.

Por cuestiones de extensión trataré brevemente la aplicación de este art. enfocándome únicamente en el Poder Legislativo Nacional y en el Poder Judicial Nacional.

El Poder Legislativo Nacional, a partir de las Resoluciones Presidenciales 567/16 y 1786/16, creó las Oficinas de Transparencia y Acceso a la Información Pública, quienes bregarán por el cumplimiento del derecho en la Cámara de Diputados y la Cámara de Senadores.

Posteriormente se creó la Agencia de Acceso a la Información Pública en el ámbito del Poder Legislativo, la cual posee presupuesto propio y personal técnico.

A pesar de que la resolución intentó basarse en la Ley Nacional, existe una cuestión poco clara que siembra numerosas dudas. Por ejemplo, no designa un plazo para que el Congreso postule al titular del órgano garante y lograr activar su funcionamiento. Debe mencionarse que la postulación requiere del acuerdo de los presidentes de ambas Cámaras, con todo lo que ello implica. Tampoco especificó que sucederá con la anterior reglamentación de la Oficina de Acceso a la Información y su titular. Además, el Congreso Nacional es una institución con características propias que deben ser tenidas en cuenta, ya que la Ley prevé la creación de un único órgano garante centralizado. Siendo un órgano bicameral, se diferencia de los otros sujetos obligados al tener una idiosincrasia propia y una estructura operativa distinta al resto [\[1263\]](#).

En el caso del Poder Judicial de la Nación, éste había llevado a cabo numerosas iniciativas en la materia antes de la sanción de la Ley, tales como: la creación de un sitio web, la obligatoriedad de la publicación de las sentencias de la CSJN y de algunos Tribunales inferiores, la creación de la Secretaría de Comunicación y Gobierno Abierto, la difusión de información de índole administrativa que hacen a la transparencia activa de la CSJN y la celebración y reglamentación de audiencias públicas.

Al respecto, la CSJN suscribió la Acordada 42/2017, a través de la cual la mayoría (con la disidencia del Juez Roseti) determinó los procedimientos necesarios a los fines de armonizar la Ley N° 27.275 con la estructura existente. Sin embargo, existen varios puntos que deben destacarse, a saber:

-La acordada expresó que la Dirección de Relaciones Institucionales será la responsable del acceso a la información en los términos del capítulo V de la Ley, sin embargo, decidió no crear el órgano de aplicación que la Ley establece.

-El Máximo Tribunal decidió reglamentar la tramitación de los medios de solicitud de información de forma escrita, por medio de Mesa de Entradas, mientras no se instrumentalice la tramitación digital. Incumpliendo lo dispuesto en el art. 9° de la Ley que ordena expresamente la posibilidad de solicitar información pública de manera electrónica.

-La Acordada prescribe que la Ley no se aplica sobre aquella información o actos regidos por procedimientos especiales llevados a cabo por el Tribunal. Lo que implica que la CSJN no observó las excepciones establecidas en el capítulo II de la Ley ampliando su marco discrecionalmente, vulnerando los principios de máxima divulgación y la presunción de publicidad. Es decir que la incorporación unilateral de excepciones al acceso a la información constituye una violación clara de la normativa nacional [\[1264\]](#).

Además, la normativa crea el **Consejo Federal para la Transparencia**, como organismo interjurisdiccional de carácter permanente, que tendrá por objeto la cooperación técnica entre las distintas jurisdicciones y la concertación de políticas en materia de transparencia y acceso a la información pública. Tiene su sede en la Agencia de Acceso a la Información Pública, de la cual recibirá apoyo administrativo y técnico para su funcionamiento.

El mismo estará integrado por un representante de cada una de las provincias [\[1265\]](#) y un representante de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y es presidido por el Director de la Agencia de Acceso a la Información Pública.

### *Transparencia Activa*

La Transparencia Activa es la publicación y apertura de los datos públicos de manera proactiva. Esto implica que las entidades públicas difunden información por iniciativa propia, sin el requerimiento de los particulares. La transparencia activa es fundamental para la consolidación del Derecho de Acceso a la información pública. La información debe ser accesible de forma sencilla, efectiva y rápida para los ciudadanos.

El autor español Guichot Reina ilustra que la publicidad activa es una materia revolucionaria en materia de transparencia y acceso a la información, fundamentalmente a través de internet. La sociedad ha

incorporado este medio a la vida diaria. Es así como la Administración electrónica y la digitalización avanzan ya imparable, siendo así que las autoridades deben poner la información a disposición de todos *motu proprio*. En especial aquella más relevante para alcanzar la finalidad por la que nació el derecho al acceso: posibilitar el conocimiento, la participación y el control de la comunidad en los asuntos públicos [\[1266\]](#).

Según el art. 31, los sujetos obligados deberán facilitar la búsqueda y el acceso a la información pública a través de su página oficial, de una manera clara, estructurada y entendible para los interesados y procurando remover toda barrera que obstaculice o dificulte su reutilización por parte de terceros.

En el segundo párrafo del art. mencionado prescribe una gran cantidad de incisos de la información que debe publicar, siendo de carácter meramente enunciativo. Según la Ley, los sujetos obligados deberán publicar en forma completa, actualizada, por medios digitales y en formatos abiertos: su estructura orgánica y funciones, la nómina de autoridades y personal de la planta permanente, escalas salariales, los permisos, concesiones y autorizaciones otorgados y sus titulares, entre otros datos.

Además, resulta sumamente destacable que la Ley pregona la posibilidad de un régimen más amplio de publicidad, cuando existan otras disposiciones específicas que prevean, precisamente, un régimen más amplio en materia de publicidad.

## *V. Palabras finales.*

En conclusión, si bien resulta un enorme avance la sanción de esta Ley a nivel nacional, existen todavía varios asuntos relevantes que no están del todo encarrilados. Lo mismo ocurre a nivel provincial, puesto que todas las provincias poseen una Ley o Decreto de Acceso a la Información Pública, a excepción de Tucumán [\[1267\]](#), Formosa, La Pampa y San Juan.

En esta nueva era en la que reina la digitalización y en la que la información se encuentra disponible para todo aquel que tenga acceso a internet, resulta fundamental trabajar en el desarrollo de la cultura de la transparencia. Se debe asumir que la información pública debe estar disponible y que quienes son responsables de administrarla lo hagan con la debida diligencia, conocimiento y honestidad de que le está entregando a su dueño lo que le pertenece.

Resulta por ello fundamental la participación de los ciudadanos bajo el lema “la información es poder”, debido a que a través de la persecución de éste se permite el empoderamiento de las personas y el buen funcionamiento del sistema democrático, como así también del republicano al balancear el desequilibrio de poderes.

Como bien expresó James Madison, hace casi dos siglos, “Un gobierno popular, sin información pública o sin el medio de obtenerla, constituye el prólogo de una farsa o de una tragedia, o tal vez ambas cosas a la vez. El conocimiento siempre dominará la ignorancia, y un pueblo que dice autogobernarse debe armarse con el poder que brinda el conocimiento” [\[1268\]](#).

# Medidas cautelares: vías para impugnarlas o morigerar su impacto

Fernando Virgili

## I. Introducción

Señala Podetti que las medidas cautelares son actos del órgano jurisdiccional, adoptadas en el curso de un proceso, o previamente a él, a pedido de los interesados o de oficio, y que constituyen un anticipo, que puede o no ser definitivo, de la garantía jurisdiccional de la defensa de la persona y de los bienes (art. 18 CN), para hacer eficaces las sentencias de los jueces. [\[1269\]](#)

Vemos que de la propia definición surge una de sus principales características, cual es la de la provisionalidad (que a su vez emerge del carácter instrumental de las mismas), y que implica que los efectos de la resolución que las disponen tienen, inevitablemente, un plazo de vigencia. Vale decir, subsistirán hasta el momento en que la sentencia definitiva adquiera firmeza o ejecutoriedad, o mientras duren las circunstancias fácticas que las determinaron y el interesado requiera su levantamiento.

Esto quiere decir que, una vez ordenada una medida cautelar, el juez que la dictó, mediante el recurso de reposición y al oír a la contraria, puede revocar su decisión. Lo mismo puede hacer la Cámara si el afectado recurre en apelación, directa o subsidiaria tal como lo prescribe el art. 198 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN).

También puede ser modificada la medida, o dejada sin efecto, en cualquier momento del proceso si han cambiado las circunstancias que se tuvieron en cuenta al decretarla (arts. 202 y 203 CPCCN). Y, a la inversa, una denegatoria inicial no impide que la cautelar se decrete posteriormente si varían los hechos o se completan los requisitos para su procedencia [\[1270\]](#).

“El examen de verosimilitud no constituye una evaluación estática que ha de formularse al momento del inicio del pedido, sino que comprende una apreciación dinámica que puede ir mutando de conformidad con lo que se va colectando en la causa. Las medidas precautorias no son definitivas, no causan estado y pueden revisarse si las circunstancias del proceso así lo exigen. En tal sentido los arts. 202, 203, 204 y 205 del Código Procesal admiten adaptar la procedencia de cada medida a las necesidades concretas, incluso sobrevinientes del caso singular [\[1271\]](#)”.

A lo largo del presente analizaremos las distintas disposiciones del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN) que prevén los mecanismos de impugnación de las medidas cautelares, o aquellas herramientas para modificarlas y, de esa manera, obtener una morigeración de sus efectos.

En especial, las disposiciones del art. 198 CPCCN que prevé la posibilidad de recurrir la sentencia cautelar por la vía del recurso de reposición, o bien por medio de la apelación, subsidiaria o directa.

Examinaremos a su vez el art. 202 Código Procesal que establece la posibilidad de solicitar el levantamiento de una medida cautelar, por la vía incidental, siempre y cuando cesen las circunstancias que las determinaron.

Y, por último, analizaremos el art. 203 del código ritual nacional, que regula las posibilidades que tiene el acreedor de solicitar la modificación de una cautelar, pero que a su vez, y en lo que a este trabajo se refiere, regula los mecanismos con que cuenta el deudor afectado por una medida precautoria para sustituirla por otra menos gravosa, o sobre otros bienes que le ocasione menores daños, o bien reducir su monto; en otras palabras, para morigerar los efectos adversos que la misma le pueda estar ocasionando.

Una vez tratados esos puntos, y teniendo en cuenta que no se encuentran reguladas más allá de que son cada vez más comunes estos temas, consideramos necesario abordar en este trabajo cuáles son las vías de impugnación en los casos de tutela anticipatoria y de las medidas autosatisfactivas; como así también si el recurso extraordinario es o no un medio a través del cual se pueda atacar una medida cautelar.

En definitiva, la idea es repasar todas las vías que existen para atacar una sentencia cautelar o, eventualmente, cuáles son los medios que brinda el ordenamiento jurídico para que el afectado por una medida precautoria pueda intentar modificarla en pos de lograr atenuar los efectos que la misma le producen, y, principalmente, ver si es posible que quien resulte sujeto pasivo de estas, puede articular esas distintas vías en forma simultánea o paralela.

## II. Medios de impugnación de las medidas cautelares y otras vías o mecanismos



## *para requerir la morigeración de sus efectos*

Como se sabe, las medidas cautelares se dictan inaudita parte, esto quiere decir sin la intervención de la parte demandada, de la que será afectada por la misma, con lo que se ve postergada la bilateralidad. Es por ello que, a los fines de garantizar el derecho de defensa, una vez notificada o trabada la cautelar, el deudor o quien es el destinatario o sujeto pasivo de esa medida precautoria, goza de la posibilidad de impugnarla o cuestionarla por diversos medios, o bien de pedir al juez su modificación o sustitución.

De allí surge uno de las características propias de las medidas cautelares, cual es la provisoriedad, lo que quiere decir que la sentencia a la que se lo expone al ausente es provisional, la decisión es reversible, no es definitiva. Una persona sólo se encontrará expuesta a una sentencia irreversible, si su despacho se produjo previa bilateralidad y cuando haya agotado los recursos ordinarios o extraordinarios con los que cuenta.

Ahora bien, existen distintas vías de impugnación de las medidas cautelares. La impugnación es la acción dirigida a cuestionar la validez de una sentencia, acto, documento o situación, mediante la interposición de los recursos previstos en el ordenamiento jurídico. Impugnar, según el diccionario de la lengua española publicado por la Real Academia, es combatir, contradecir, refutar.

En derecho, impugnar es interponer un recurso en contra de una decisión judicial. Puede afirmarse en consecuencia que impugnar una sentencia es oponerse con razones a lo resuelto en ella, en general, interponer un recurso, atacar la respectiva providencia, ponerla en consideración del superior o del mismo tribunal que la dictó, en el caso de la reposición.

¿Y qué son los recursos?, pues éstos remedios son aquellos que la Ley prevé con el objeto de reparar, genéricamente, la extensa gama de defectos que pueden exhibir las resoluciones judiciales, y que fundamentalmente consisten en errores de juzgamiento derivados de una desacertada aplicación de la Ley o de la valoración de la prueba (errores *in iudicando*), o en vicios producidos por la inobservancia de los requisitos procesales que condicionan la validez de la correspondiente resolución, y en irregularidades concernientes al procedimiento que precedió a su dictado (errores *in procedendo*) [\[1272\]](#).

En tanto que la otra forma de atacar una medida cautelar, es a través del pedido de levantamiento de la misma, cuyo trámite es el incidental de conformidad con las previsiones de los arts. 202, 175, siguientes y concordantes del CPCCN.

El incidente es la figura procesal a través de la cual se busca una resolución de temas que, si bien están vinculados con el objeto principal de la causa, no está previsto que su sustanciación se produzca dentro de ese continente, sino siguiendo las pautas que se establecen en forma especial en los arts. 175/187 CPCCN [\[1273\]](#).

Atento a que la decisión precaucional se dicta inaudita parte, es de su esencia que, a medida que el afectado por la medida cautelar pueda ejercer su derecho de defensa y aportar elementos de prueba, el panorama sobre el que el magistrado decidió podrá verse modificado, y así deberá modificarse la medida cautelar [\[1274\]](#).

A su vez, el CPCCN prevé otros medios, no de impugnación propiamente dicho, pero sí tendientes a la modificación de la sentencia cautelar, que son los previstos en el art. 203, y que tienen por objeto suavizar los efectos perniciosos que la medida precautoria pudiere ocasionar a la parte demandada o afectada por la cautelar.

Sin perjuicio de ello, cabe hacer constar que la articulación de cualquiera de los recursos referidos solamente podrá hacer nacer la instancia de revisión, pero de ningún modo podrá impedir o determinar que la medida cautelar no se trabe o quede, por el sólo hecho de la articulación y su admisión, sin efecto o suspendida en su traba o efectivización. Esto se manifiesta habitualmente con la expresión: “los recursos contra las medidas cautelares se conceden en un solo efecto o con efecto solamente devolutivo” (art. 198 último párrafo CPCCN).

Precluidas las impugnaciones y agotada la serie de recursos ordinarios y extraordinarios posibles, la decisión cautelar adquiere firmeza. ¿Qué significa tal adquisición de firmeza y cómo se relaciona ella con la noción de provisionalidad o provisoriedad a la que se alude más arriba?

Producida la preclusión de los recursos contra las decisiones cautelares, ya sea por haberse interpuesto los mismos y haber sido resueltos, o por no haberse planteado, o por haberse consentido expresamente las resoluciones, no hay posibilidad alguna de que renazcan tales facultades rituales. No hay lugar a nuevos remedios o recursos, y sólo se puede modificarla situación creada por el dictado y traba cautelar por la terminación del juicio al que acceden, ya sea por rechazo firme de la demanda, caducidad de instancia, desistimiento, transacción o conciliación.

Pasamos entonces a considerar por separado cada uno de estos remedios, procesos incidentales o trámites tendientes a lograr el cese o cambio de una medida cautelar.

### III. Reposición

Ante el dictado de una medida cautelar y su notificación, el deudor o quien se ha visto afectado por la misma tiene, como primera opción para impugnarla, la posibilidad de interponer un recurso de reposición o de revocatoria.

El art. 198 CPCCN admite el recurso de reposición en contra de la resolución cautelar. Ello, a partir de la modificación que introdujo la Ley N° 22.434 al Código Procesal nacional [\[1275\]](#), con fundamento en que de esa forma se pueden evitar las demoras innecesarias que ocasionaría la necesidad de interponer apelación.

Y es por esa razón que algunos autores como Falcón han llegado a considerar que el recurso de reposición es incluso aplicable en procedimientos donde no está expresamente legislado [\[1276\]](#), como sería el caso del Código Procesal de la Provincia de Salta.

Palacio también considera que es admisible ese recurso ante cualquier sentencia cautelar más a allá de que no se encuentre expresamente regulado, ya que entiende que la resolución que admite o deniega una medida cautelar es una providencia simple que se dicta sin sustanciación (arts. 160 y 238 CPCCN). [\[1277\]](#)

Este remedio se debe interponer dentro de los 3 días de notificada la medida, y fundado (art. 239 CPCCN). Debe ir acompañando del recurso de apelación en forma subsidiaria para llegar al Tribunal de Alzada en caso de rechazo de la revocatoria (art. 241 inc. 1 CPCCN), ya que, de lo contrario, causa ejecutoria.

Si la resolución que es recurrida por reposición es la que deniega la medida cautelar, el recurso deberá resolverse sin sustanciación, en cambio, si quien recurre por reposición es el afectado por la medida cautelar, de ese recurso se dará traslado a quien solicitó la medida impugnada (art. 240 CPCCN).

Atento a lo dispuesto por el art. 240 CPCCN, al recurso de reposición se le puede imprimir el trámite de los incidentes, con la posibilidad de articular hechos, y ofrecer y producir pruebas. [\[1278\]](#) Vemos así cierta similitud con otra de las vías de impugnación de las cautelares de las que vamos a hablar, como lo es el incidente de levantamiento de una medida precautoria.

La diferencia está dada en que, a través de los recursos de reposición y de apelación contra una resolución que ordena una medida cautelar, sólo puede cuestionarse la procedencia de la medida cautelar decretada, pero en base a los mismos elementos presentados y tenidos en cuenta en la primera instancia [\[1279\]](#). Tal revisión supone el análisis de la misma plataforma fáctica tenida en cuenta en la instancia de origen [\[1280\]](#).

En consecuencia, el trámite recursivo se daría únicamente a los fines de considerar los hechos y la prueba existentes al momento del dictado de la sentencia cautelar, y no los posteriores que debieran ser articulados por la vía del levantamiento.

Tal como vimos en los puntos anteriores, ante la ausencia de bilateralidad previa al dictado de la medida cautelar, este recurso significa la posibilidad de defensa, aunque la misma resulta limitada e importa la posibilidad del contradictorio, de manera que aunque lo decidido sobre una cautelar no causa estado, ello se condiciona a la modificación de las circunstancias fundantes. Por lo que, si la medida no era procedente en el momento en que se decretó, su impugnación debió hacerse por vía de recurso [\[1281\]](#).

La reglamentación del recurso de reposición resuelve la cuestión con ciertas ventajas respecto de la apelación. Ello así, ya que de conformidad a lo dispuesto por el art. 240 CPCCN, a la revocatoria puede imprimirse el trámite de los incidentes, y resulta esencial a éstos el poder articular hechos y ofrecer y producir pruebas. Se puede así contraponer hechos a los que fundaron el *fumus bonis juris*. Además se podrá requerir la citación de testigos, ya sean los mismos que declararon para repreguntarlos u otros, la absolución de posiciones, la agregación de documentos, la impugnación de otros, la promoción de incidentes de falsedad instrumental, ya sea contra documentos o respuestas a pedidos de informes, producción de pericias, ya sean contables o caligráficas y su ampliación, o impugnación de las producidas; en fin, las posibilidades probatorias que, si bien reducidas a las que suministran los incidentes, diferencian sensiblemente la situación con respecto a la existente antes de la introducción de la reforma al art. 198 [\[1282\]](#). En cambio, en la apelación "en relación", forma con que debe concederse el recurso contra una medida cautelar (art. 243 CPCCN), no se admite "la apertura a prueba ni la alegación de hechos nuevos".

Vemos así, que el recurso de revocatoria en materia cautelar, además de posibilitar que el juez de primera instancia modifique la decisión sin necesidad de aguardar a la intervención de Cámara, constituye el modo útil para asegurar al cautelado el proceso justo constitucional.

## IV. Apelación

En el mismo art. 198 del Código Procesal se encuentra prevista la segunda de las vías de impugnación de la que trata el presente trabajo, el recurso de apelación.

La apelación de una medida cautelar puede ser por vía directa (recurso de apelación art. 198 CPCCN), o bien en forma subsidiaria cuando se interpone junto al recurso de reposición (art. 241 CPCCN). El plazo para interponer el recurso de apelación directa es de 5 días (art. 244 CPCCN).

El recurso de apelación se concede en relación (arts. 243 y 246 CPCCN) <sup>[1283]</sup> y, en caso de que sea contra una sentencia que admitió la medida cautelar, se debe conceder con efecto devolutivo (último párrafo del art. 198 CPCCN) <sup>[1284]</sup>. Vale decir, que los efectos de la medida cautelar no se suspenden por el hecho de que la misma haya sido apelada.

Además, y como consecuencia del efecto en el que se concede el recurso, conforme lo dispone el art. 250 del Código Procesal (inc. 2), el apelante debe presentar copias de las partes del expediente que señale la providencia que concede el recurso y de lo que el juez estime necesario <sup>[1285]</sup>, para la elevación a la Cámara de Apelaciones <sup>[1286]</sup>.

Del memorial de agravios debe correrse traslado a la parte favorecida por la medida cautelar (art. 246 CPCCN), pero no se sustanciará en caso de apelación de una resolución que deniega la medida cautelar.

En el supuesto que el que se conceda sea el recurso de apelación interpuesto en subsidio del de reposición, "no se admitirá ningún escrito para fundar la apelación" (art. 248 CPCCN), ya que en este caso el escrito que funda el recurso de revocatoria funciona como memorial de agravios para el caso que la reposición fuese desestimada <sup>[1287]</sup>.

Conforme lo expresé al referirme al recurso de reposición, la apelación está dirigida a atacar la procedencia misma de la medida cautelar, por la no concurrencia de los presupuestos para su dictado; vale decir, la verosimilitud del derecho invocado por la parte solicitante, el peligro en la demora, o bien ante la ausencia de ofrecimiento de una contracautela, como condición para la efectivización de esa medida precautoria.

Si la medida no era procedente en el momento en que se decretó, su impugnación debió hacerse por vía de recurso <sup>[1288]</sup>. Y, como consecuencia de ello, el afectado por la medida sólo puede fundar su apelación en pruebas anteriores a la resolución que dispuso la medida cautelar.

En concreto, los recursos se interponen contra la resolución que dispuso o denegó una medida cautelar para revisar el acierto del juez en la apreciación de las situaciones fácticas y/o jurídicas que justificaron lo decidido. Sólo será posible impugnar recursivamente la procedencia, el alcance y monto de la cautelar decretada, así como el de la contracautela por considerársela insuficiente <sup>[1289]</sup>, pero no invocar e intentar probar hechos o circunstancias nuevas a los fines de que se revoque la medida por este medio de impugnación.

De este modo, para algunos autores como Kaminker <sup>[1290]</sup> aparece aquí una desigualdad severa entre las partes, si tenemos en cuenta que el peticionante de la medida cautelar goza de amplia e irrestricta posibilidad de articular hechos y de ofrecer y producir pruebas, en tanto que la formulación del recurrente por vía de apelación no admite la de hechos nuevos u otras pruebas que las ya existentes en las actuaciones.

Como se dijo, el apelante podrá alegar otro tipo de cuestiones, pero los hechos sobre los que se discutirá serán -en definitiva- los que alegó el que obtuvo la medida, y las pruebas, aquellas que fueron colectadas en el período previo al dictado de la cautelar.

La falta del contradictorio previo entendido como participación en la discusión anterior a la sentencia cautelar y el control de las pruebas ofrecidas y la postulación de las propias es compensado de dos formas; con la contracautela, con la que el peticionante de la medida garantizaría los daños y perjuicios que podría sufrir el cautelado si la medida hubiera sido obtenida en forma abusiva (art. 208 CPCCN) <sup>[1291]</sup>, y el recurso de apelación que se concede contra la medida.

Pues bien, sostiene Kaminker que es evidente que una garantía contra abusos en la gestión y obtención de medidas y un recurso que no permite articulación de hechos nuevos y producción de pruebas no pueden constituir elementos compensadores o igualadores de las posibilidades de quienes han tenido todo el tiempo y las posibilidades probatorias a su disposición, ejercitables sin participación ni conocimiento de quien se verá afectado por la medida. El proceso justo constitucional exige bilateralidad, igualdad y congruencia <sup>[1292]</sup>. La contracautela y el recurso de apelación, con las limitaciones a las articulaciones y tratamiento de hechos y a lo atinente a la prueba, constituyen una severa restricción a la bilateralidad y, especialmente, a la igualdad entre las partes.

Si la postergación de tales garantías es entendible a la luz de las necesidades de lo cautelar, para evitar concretamente la frustración de las medidas, tal dilación en el tiempo no puede, so pena de severa privación de ellas, constituir ablación de la posibilidad de articulaciones y pruebas. Tal situación existió en el Código Procesal de la Nación hasta la sanción de la Ley N° 22.434, como vimos, pero se mantiene vigente en otros códigos provinciales.

Por último, cabe destacar que el afectado por la medida no puede utilizar los argumentos de la apelación en el incidente de levantamiento o en el pedido de sustitución de la medida si no lo apeló en tiempo oportuno (dentro de los 5 días de notificada la sentencia cautelar, o en subsidio del recurso de reposición interpuesto dentro del 3er. día de notificado), ya que en ese caso habría precluido la facultad de hacerlo.

## V. Levantamiento

Ya vimos las dos formas que tiene el demandado afectado por una medida cautelar de recurrir la misma, ambas previstas en el art. 198 del Código Procesal, ahora pasaremos a analizar el art. 202 CPCCN, que prevé la posibilidad de impugnar o atacar una medida precautoria solicitando su levantamiento por vía incidental, al disponer: “Las medidas cautelares subsistirán mientras duren las circunstancias que la determinaron. En cualquier momento en que éstas cesaren se podrá requerir su levantamiento.”

Reiteramos lo que venimos manifestando: las medidas cautelares tienen carácter provisional, por cuanto éstas subsisten mientras duren las circunstancias que la determinaron; y en cualquier momento en que éstas cesaren se podrá requerir su modificación o levantamiento [\[1293\]](#).

En efecto, el auto que dispone una medida cautelar no tiene fuerza material de cosa juzgada y, no obstante, la preclusión de la facultad de impugnarlo [\[1294\]](#), puede ser modificado en cualquier tiempo cuando cambian las circunstancias en las que fue dictado. [\[1295\]](#)

Esto quiere decir que las medidas cautelares crean un estado jurídico provisional, que puede ser revisado o modificado en cualquier etapa del proceso, siempre y cuando hayan variado los presupuestos que determinaron su traba, o se aporten nuevos elementos de juicio que señalen la improcedencia de su mantenimiento, la inconveniencia de mantener la sentencia dictada. Si ello no ocurre, esa decisión no podrá ser revisada.

El pedido de levantamiento de una medida cautelar se puede plantear en cualquier momento del proceso, aun habiendo consentido la sentencia que la decretó, siempre y cuando hayan variado las circunstancias por la cuales se dictó esa resolución. Y la vía idónea para hacerlo es a través de un incidente [\[1296\]](#), cuyo trámite está regulado a partir del art. 175 CPCCN [\[1297\]](#).

La interposición del incidente para el levantamiento de la medida cautelar no suspende el procedimiento principal, salvo disposición legal o resolución judicial fundada (art. 176 CPCCN) [\[1298\]](#).

Teniendo en cuenta ello, las pruebas posteriores que se produzcan o ingresen al proceso, así como el desarrollo mismo del litigio, serán el eventual sustento de un pedido de levantamiento de la medida, pero no abonan la posibilidad de recurrir la resolución cautelar [\[1299\]](#).

El art. 178 del Código Procesal prevé los requisitos que debe cumplir quien interpone un incidente, en concreto, que el mismo debe estar fundado en los hechos y el derecho, y que debe ofrecerse la prueba. Vemos así la característica esencial de este modo de atacar la resolución cautelar, a diferencia del recurso de apelación, donde no pueden alegarse hechos o circunstancias nuevas y, por ende, no se abre a prueba. Es más, algunos hasta llegan a considerar la posibilidad de ampliar la demanda incidental, y en consecuencia denunciar otros hechos o aportar más prueba, después de interpuesto el mismo y hasta que se haya trabado la *litis* incidental [\[1300\]](#).

El proceso incidental debe resolverse previo traslado a la otra parte por el plazo de 5 días, traslado que se tiene que notificar personalmente o por cédula dentro de los 3 días de dictada la providencia que lo ordena (art. 180 del Código Procesal) [\[1301\]](#), y en donde quien lo promueva deberá acreditar ese cambio de circunstancias (art. 181 CPCCN) [\[1302\]](#).

Para que sea viable cualquier tipo de modificación en el alcance precautorio debe mediar un cambio en las circunstancias de hecho o de derecho que no pudieron ser tenidas en cuenta al decretarlas pues, mientras se mantenga la situación fáctica, la medida debe conservar su eficacia [\[1303\]](#). El incidente de levantamiento de embargo sólo puede fundarse en circunstancias posteriores a la traba de la medida [\[1304\]](#).

El pedido de levantamiento de las medidas cautelares no se puede fundar en que fueron inicialmente improcedentes, ya que no se puede discutir las razones que tuvo el juez para decretarlas, sino que se debe demostrar que variaron las circunstancias que motivaron su dictado. El recurso es la vía para cuestionar la “foto” de la resolución, y el levantamiento o sustitución, son los medios para controlar la “película” del desarrollo cautelar [\[1305\]](#).

Entonces, quien pretenda obtener el levantamiento de una medida cautelar, debe tener en cuenta que el incidente admite cualquier medio probatorio, incluso prueba pericial y testimonial (art. 183 CPCCN).

Las medidas precautorias crean un estado jurídico provisional, susceptible de revisión y modificación en cualquier etapa del juicio en tanto y en cuanto hayan variado los presupuestos determinantes de tu traba, o se hayan aportado nuevos elementos de juicio que señalen la improcedencia de su mantenimiento.

En ese sentido ha dicho la Corte Suprema que:

“los hechos denunciados y no desconocidos, expuestos al interponer los incidentes en examen, desvirtúan en esta instancia del proceso la verosimilitud del derecho de los actores, que esta Corte consideró configurado al hacer lugar a la prohibición de innovar. En efecto, se han aportado elementos de juicio que, desconocidos en el momento del pronunciamiento, inciden en la apreciación de la verosimilitud considerada. Es preciso recordar que el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición con la finalidad del instituto cautelar, que no es otra cosa que atender a aquello que no excede del marco de lo hipotético, dentro del cual asimismo agota su virtualidad, y en dicho marco este Tribunal estima apropiado levantar la medida ordenada, sin perjuicio del examen que se haga en el momento de dictar sentencia de las distintas posturas propuestas [\[1306\]](#)”.

Una resolución firme en materia cautelar no puede estar sujeta *sine die* a su modificación por vía de recurso, sin perjuicio de que, variadas que fueren las circunstancias tomadas en cuenta al dictarla y siempre que no produzca efectos de cosa juzgada material, sea alterada a través de la promoción de un incidente [\[1307\]](#).

El cambio de circunstancias que determinaron una decisión cautelar puede ocurrir:

- a) porque, sin variar las circunstancias, sí han variado las tenidas en cuenta por el juzgador como consecuencia de los nuevos elementos aportados por el afectado: no han variado los hechos en la realidad sino que los conoce mejor el juez, en base al material de conocimiento aportado por el afectado [\[1308\]](#);
- b) porque han variado en la realidad las circunstancias existentes, es decir, lo que existía ya no existe o viceversa.

Una vez que el incidente se encuentra cerrado, ya sea porque no existe prueba ofrecida o bien porque concluyó la etapa probatoria, se dicta la sentencia interlocutoria sin más trámite, esto quiere decir, sin que se produzcan alegatos, y sin necesidad del dictado de la providencia de “autos para sentencia” [\[1309\]](#).

Así, podemos concluir diciendo que puede cesar la medida cautelar y disponerse su levantamiento, sólo si se produjo una modificación de la situación de hecho que determinó la convicción del juez sobre la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora. Se trata, entonces, de un cambio en las circunstancias. No es posible obtener la cesación sin acreditar tal modificación, mutación o cambio en las circunstancias de hecho o derecho. No hay, entonces, cesación de la medida si la situación fáctico-jurídica que dio lugar a su dictado es la misma. Si no se articula y prueba tal cambio, el pedido de levantamiento de la cautelar deberá ser desestimado.

El Código Procesal salteño, en el mismo art. 202, además de disponer en forma expresa que la forma de solicitar el levantamiento de la cautelar es por vía del incidente, contiene otras dos disposiciones.

Por un lado, prevé la forma de impugnación de una medida cautelar decretada por el tribunal de alzada ante la denegatoria del de primera instancia, situación que analizaremos en otro pasaje de este trabajo; y en el último párrafo reitera el carácter de provisional de las resoluciones en materia cautelar, pero en este caso haciendo expresa mención a que también las resoluciones que dispongan la modificación, revocatoria o que dejen sin efecto las medidas cautelares, tienen carácter provisional.

Con esto lo que ha querido decir el legislador provincial es que, la resolución que se dicte con motivo de un incidente de levantamiento de medida cautelar tampoco tiene el carácter de definitiva, y puede ser modificada en cualquier momento, siempre y cuando se invoquen hechos nuevos, presenten nuevas pruebas, o hayan cesado las circunstancias que determinaron dejar sin efecto o modificar la medida.

Entramos así en un círculo que no sé si llamarlo vicioso o virtuoso, ya que se permite a la parte afectada (sea porque le trabaron una cautelar en contra o porque levantaron la que la favorecía), puede demostrar que las circunstancias son distintas, y obtener una sentencia que modifique la situación anterior.

Por último, cabe hacer mención al supuesto en que la parte afectada por una medida cautelar interponga un recurso de reposición, pero al hacerlo aporte nuevos elementos y funde su pedido en nuevas circunstancias desconocidas al momento de decretarse la medida cautelar, ¿corresponde que se rechace *in limine* ese planteo?, o más bien, y fundado en el principio *iuranovit curia*, ¿puede el juez darle el trámite del incidente de levantamiento de cautelar?

Entiendo que en el caso prima el derecho de defensa de la parte afectada por la cautelar, y debe el juez imprimirle el trámite de los incidentes (de levantamiento de medida cautelar en el caso), otorgando la posibilidad de análisis del planteo de la parte que pretende el levantamiento de la medida precautoria.

En ese sentido se ha dicho:

“Teniendo en cuenta que el caso se aportan nuevos elementos para pedir el levantamiento del embargo trabado (asunción de la garantía por parte de la compañía aseguradora), no nos encontramos propiamente frente a un recurso de reposición, sino más bien frente a un incidente de levantamiento de embargo en los términos del art. 202, párr. 1° del Código Procesal, razón por la cual la resolución que lo decide resulta apelable directamente por el incidentista, y no en forma subsidiaria que sólo cabe en los supuestos de reposición (art. 241 Código citado) [\[1310\]](#)”.

## VI. Modificación de las medidas cautelares

En los puntos precedentes analizamos las vías de impugnación de las cautelares y, entre ellas, al mismo incidente de levantamiento de una precautoria. Ahora es momento de pasar a considerar aquellos medios con los que cuenta quien se ha visto afectado por una medida cautelar, para obtener su modificación en procura de suavizar o morigerar los efectos perniciosos de la misma.

Siendo que la norma que los trata es la misma (art. 203 CPCCN), y que también contempla la posibilidad de modificar una sentencia cautelar, haremos una breve mención a las posibilidades que tiene el propio actor que ha solicitado el dictado de la medida de obtener una modificación de la resolución cautelar a su favor.

Sabemos que las medidas cautelares, salvo aquellas destinadas al cumplimiento de la sentencia o las concordantes con el bien reclamado en el principal (v. gr. embargo ejecutivo [\[1311\]](#), embargo en la escrituración, etc.), son variables, pues pueden ser modificadas. [\[1312\]](#)

La medida cautelar es susceptible de conservar su esencia y entidad y sin embargo admitir cambios de forma, ampliación o disminución de montos, o incrementos o reducción de las cosas sobre las que recae; y también, manteniendo la misma medida requerida, se la puede hacer pesar sobre bienes distintos de los indicados por quien la pidió, o imponérsele modalidades específicas [\[1313\]](#).

La posibilidad de modificación de las medidas cautelares está regulada en el art. 203 CPCCN, que dispone: “El acreedor podrá pedir la ampliación, mejora o sustitución de la medida cautelar decretada, justificando que ésta no cumple adecuadamente la función de garantía a que está destinada.”

Vemos así, que los pedidos que puede hacer el actor son los siguientes:

Ampliación, que la doctrina caracterizó como el aumento del monto por el que se decretó la medida;

Mejora, que importa el acrecentamiento de los bienes cautelados, sin afectar el monto por el que se despachó la medida;

Sustitución, que consiste en la transformación de una medida cautelar por otra (el actor pedirá una medida más enérgica que la anterior para asegurar su derecho, aunque nada impediría lo contrario si entiende que una cautela menor le serviría de suficiente garantía);

Acumulación, que, aunque no está expresamente previsto en la norma, lo agregan Morello, Sosa y Berizonce, implica que se ordenen sucesivamente dos o más dispositivos precautorios, que se complementan o integran, v. gr., embargo preventivo y prohibición de contratar. [\[1314\]](#)

A continuación, el art. 203 CPCCN dispone que

“el deudor podrá requerir la sustitución de una medida cautelar por otra que le resulte menos perjudicial, siempre que ésta garantice suficientemente el derecho del acreedor.

Podrá, asimismo, pedir la sustitución por otros bienes del mismo valor, o la reducción del monto por el cual la medida precautoria ha sido trabada, si correspondiere. La resolución se dictará previo traslado a la otra parte por el plazo de cinco (5) días, que el juez podrá abreviar según las circunstancias.”

Así, el afectado por la medida cautelar (deudor) puede realizar los siguientes pedidos:

Reducción del monto: viene a ser el reverso de su ampliación o aumento;

Reducción de bienes afectados por la medida: significa la desafectación de algunos bienes alcanzados por la cautelar, que es el reverso de lo que es la mejora como acrecentamiento de los bienes cautelados;

Sustitución por otros bienes: se trata de la solicitud de que la medida recaiga sobre otros bienes distintos a los afectados originariamente (a lo que se hará lugar si esos otros bienes garantizan suficientemente los derechos del solicitante de la medida). No procede esta sustitución cuando la medida afecta al bien objeto del pleito.

Sustitución de una medida por otra: en este caso el afectado peticiona la sustitución de la medida ordenada por otra que ofrece que le resulta menos gravosa, la que debe admitirse si la ofrecida garantiza suficientemente los derechos del acreedor.

Desacumulación: Morello, Sosa y Berizonce agregan este supuesto que consiste en el pedido del deudor para que se deje sin efecto alguna o algunas de las medidas decretadas cuando fueren varias [\[1315\]](#).

Surge de los párrafos precedentes un detalle muy preciso elaborado por Loutayf Ranea acerca de las modificaciones que pueden sufrir las resoluciones que disponen medidas cautelares en función de lo dispuesto por el art. 203 CPCCN, sean esas variaciones requeridas por la parte actora o por demandado, y una explicación muy clara de lo que cada cambio significa.

Analizando las posibilidades de modificación de las medidas cautelares volvemos a referirnos al carácter provisional de las resoluciones que las disponen. La norma transcrita prevé la posibilidad de que el acreedor solicite la ampliación, mejora, o sustitución de la medida decretada; o que el deudor peticione la reducción o sustitución de aquélla que lo afecta [\[1316\]](#).

El pedido de modificación debe tramitar por la vía del incidente (arts. 175 y sig. CPCCN), y las partes tienen la carga procesal de acreditar los hechos en que fundan su reclamo, de conformidad a lo dispuesto por el art. 377 CPCCN.

Teniendo en cuenta lo expresado en relación al trámite incidental que se sigue para la modificación de una cautelar, cabe preguntarse si esa solicitud debe bilateralizarse en todos los casos, vale decir, si se debe correr traslado de cualquier pedido en ese sentido, o sólo en el supuesto del segundo párrafo del art. 203; en concreto, para los supuestos en que el que pide la modificación es el deudor afectado.

El trámite que se debe seguir ante los pedidos del actor es el previsto en el art. 198 CPCCN, vale decir, deben resolverse inaudita parte [\[1317\]](#), en tanto que a los pedidos o planteos que realice el afectado por la medida cautelar se los deben resolver previo traslado a la otra parte [\[1318\]](#), tal como lo prevé el último párrafo del art. 203 CPCCN.

Entiendo que sólo en este último caso es que se da el trámite del incidente regulado en los arts. 175 y siguientes del CPCCN. Ello es así, ya que cuando el que está requiriendo que la medida cautelar ordenada se modifique es el actor (amplíe el monto, aumenten los bienes cautelados o bien se sustituya por una medida más fuerte que la originalmente ordenada), se sigue el criterio impuesto por el art. 198 CPCCN en su primer párrafo que permite resolver ese planteo sin previo traslado, y postergando el contradictorio hasta una eventual apelación, reposición, pedido de levantamiento o modificación.

Además, y tal como lo adelantamos, teniendo en cuenta el principio consagrado en el art. 377 CPCCN, el peticionante del cambio (ampliación, sustitución o reducción) carga con la prueba de las circunstancias que justifiquen su solicitud, excepto que tales circunstancias surjan de las constancias de los mismos obrados. También debe acreditar el valor de los nuevos bienes ofrecidos, así como la libre disponibilidad de ellos, de modo que la petición sea evidentemente seria y la prueba, cierta e indudable [\[1319\]](#).

Resulta necesario destacar que el pedido de modificación de una medida cautelar, al igual que el pedido de levantamiento, se puede realizar en cualquier momento, aun habiendo consentido la sentencia que la decretó.

El planteo que generalmente hacen quienes se ven afectados por una medida cautelar, y saben que no cuentan con elementos suficientes para recurrirla (art. 198 CPCCN) o para pedir su levantamiento (art. 202 CPCCN), es el de la sustitución de la medida decretada por otra que no le ocasione perjuicio, o bien que sus efectos sean menos perniciosos.

La sustitución se produce cuando, a pedido del cautelado, se determina que es posible admitir otra medida, distinta a la originalmente decretada, que manteniendo suficientemente garantizado el interés

que se pretendió afianzar con la primitiva produzca menores perjuicios que aquélla [\[1320\]](#).

Se visualiza con claridad que tampoco en la hipótesis de sustitución se trata de modificar la decisión cautelar originaria por entenderse que la misma carecía de fundamentos en los hechos o en el derecho, sino de reemplazarla por otra que, cumpliendo acabadamente con la finalidad garantista de la primitiva, perjudica menos al demandado.

Así, se admite la sustitución cuando el bien o fianza ofrecidos representan igual garantía [\[1321\]](#). De manera que, estando suficientemente garantizado el derecho del acreedor, debe reconocerse al deudor otra medida menos perjudicial o abusiva [\[1322\]](#).

A fin de que la sustitución de una medida cautelar sea procedente, es requisito que el afectado por ella demuestre el perjuicio que la misma provoca, y además el valor y la libre disponibilidad del bien que ofrece como sustituto.

“En materia de medidas cautelares la sustitución es establecida con el fin de ocasionar menor perjuicio al deudor, siempre y cuando se garantice eficientemente el derecho del acreedor y no se genere detrimento a la seguridad dada por la anterior precautoria [\[1323\]](#)”.

Ahora bien, los supuestos en los que ese planteo puede resultar procedente, se refieren a los casos donde se requiere la modificación de una medida preventiva antes del dictado de la sentencia, es decir en medio del proceso de conocimiento (o ejecutivo), pero sin que exista una condena que deba cumplirse.

Tratándose de un embargo ejecutorio, la exigencia respecto de la sustitución es más gravosa porque ante el avanzado estado de la ejecución, debe proponérselo en condiciones que hagan presumir fundadamente, que el bien sustituto es de más fácil realización que el sustituido [\[1324\]](#).

Eso es lógico, ya que el trámite mismo de la ejecución de sentencia es el tendiente a la realización del bien, para que el acreedor actor cobre lo que se le adeuda, careciendo de sentido cambiar el bien sobre el que recae la medida si no es por otro de más fácil liquidación.

Por último, además de aquellas medidas que no pueden sustituirse por encontrarse el trámite del proceso en sus últimos estadios donde es necesaria la realización del bien, las únicas medidas que resultan insustituibles, son las autosatisfactivas, por la sencilla razón de que el objeto que persiguen es la satisfacción de la pretensión misma [\[1325\]](#), y las medidas de tutela anticipada, puesto que su modificación puede significar que se produzca un daño irreparable.

## *VII. Vía para impugnar la cautelar ordenada en segunda instancia*

Ya vimos cuáles son las vías y/o los medios con que cuenta el afectado por una medida cautelar decretada por el juez interviniente en la causa para recurrirla, atacarla, intentar modificarla, pero no tuvimos en cuenta qué es lo que sucede cuando la medida ha sido dispuesta por el tribunal de alzada, ante la denegatoria de la medida por parte del juzgado de origen.

Si bien este tema no es central en el análisis propuesto en este trabajo, sí se refiere a las vías de impugnación de las medidas cautelares, y es útil que hagamos un breve comentario.

Sostiene Loutayf Ranea [\[1326\]](#) que, en el caso de la medida precautoria denegada por el juez de primera instancia y decretada por el tribunal de alzada en virtud de un recurso de apelación, se había planteado el problema de si podría la persona afectada por tal medida impugnarla y cuál sería la forma.

En un principio la jurisprudencia había señalado que por vía del recurso de apelación era posible impugnar lo resuelto por el superior al admitir la medida cautelar denegada por el juez de primera instancia.

Otro criterio interpretativo afirmaba que era posible cuestionarlas por vía del incidente de levantamiento de la medida cautelar previsto en el art. 203 del Código Procesal [\[1327\]](#).

En tal sentido, se dijo que, si la parte afectada por la medida no tuvo oportunidad de apelar, pues las cautelares fueron ordenadas en segunda instancia, cabe impugnar la decisión de la Cámara por vía de incidente de levantamiento de medidas cautelares -siendo susceptible de recurso reposición o apelación la decisión que se dicte en el marco de ese incidente, otorgando plenitud al sistema de la doble instancia-; o bien, a través de recurso de reposición contra lo resuelto en Alzada [\[1328\]](#).

Otra posición, con un criterio de interpretación más amplio, y destacando la ausencia de regulación sobre el punto, señalaba también que la parte afectada podía optar entre el recurso de reposición, o el



referido incidente de levantamiento de medidas cautelares [\[1329\]](#).

En definitiva, y tal como lo expresa Mosmann [\[1330\]](#), es de toda evidencia que el afectado por tal medida tiene derecho a recurrir esa decisión. Continúa la autora citada sosteniendo que no es pacífica la respuesta respecto a qué recurso deducir en contra de una resolución dada por la Cámara de Apelaciones, en tanto el afectado no intervino, ni pudo ejercer su derecho de defensa previo a su dictado, en razón de que el trámite es inaudita parte.

Considero que el problema quedó zanjado en el orden nacional con el nuevo texto del art. 198 CPCCN, reformado por la Ley N° 22.434, que admite también el recurso de reposición [\[1331\]](#). Es decir, dispuesta una medida cautelar por el tribunal de alzada luego de la denegatoria del juez de primera instancia, el afectado puede interponer en su contra, sin consentirla y dentro del plazo de Ley, el recurso de reposición para que la propia Cámara revise su decisión. Ello, sin perjuicio de que tiene la posibilidad de pedir su levantamiento (art. 202 CPCCN), o bien que se modifique (art. 203 CPCCN) en cualquier momento siempre y cuando estén dadas las condiciones.

El Código Procesal de la Provincia de Salta, en el art. 202 párrafo 2° trae la solución concreta para este caso, al disponer que:

“Cuando la medida cautelar hubiese sido dispuesta por el tribunal superior por revocación de denegatoria del inferior sin que el afectado hubiese sido oído, éste podrá deducir revocatoria, la que se sustanciará en primera instancia y se elevará para su resolución por el superior”.

Vale aclarar que el código de rito salteño no prevé la posibilidad de recurrir por revocatoria a la resolución cautelar, como sí lo hace el nacional a partir de la reforma introducida por la Ley N° 22.434 al art. 198.

Algún sector minoritario de la doctrina sigue sosteniendo que la de la reposición no es la vía adecuada, ya que el recurso establecido en el art. 238 CPCCN únicamente procede contra providencias simples, que las sentencias que dicta la Cámara son interlocutorias y, por ende, no son susceptibles de recurso de revocatoria [\[1332\]](#).

Más allá de esta posición minoritaria, lo cierto es que, ante esta situación debe primar el criterio amplio en el sentido de acordar la posibilidad de recurrir la medida, procurando con ello resguardar el derecho de defensa de quien se siente afectado por la medida cautelar decretada por el tribunal de alzada.

### *VIII. Impugnación en casos de tutela anticipada y de medidas autosatisfactivas*

Si bien no analizamos las vías recursivas o los medios impugnatorios en cada una de las medidas cautelares reguladas por nuestro ordenamiento procesal, consideramos de utilidad realizar un breve comentario en relación a cómo se pueden atacar estas dos medidas cuyo auge viene de hace un par de décadas, más allá de que no se encuentran reguladas en el CPCCN, y que la mayoría de las legislaciones provinciales no las han previsto entre sus disposiciones, ya que la forma de hacerlo observa particularidades.

Hay supuestos en los que el transcurso del tiempo durante el proceso se presenta como un fantasma acuciante. Ello, porque el actor no puede esperar al dictado de la sentencia y su firmeza, para poder perseguir concretamente la satisfacción de su pretensión. Es allí donde surge el instituto de la “tutela anticipada”, anticipación de tutela jurisdiccional o cautelar material [\[1333\]](#).

La tutela anticipada presupone la necesidad de satisfacer de manera urgente, total o parcialmente la pretensión que el demandante formula en el proceso, antes del dictado de la sentencia definitiva, por el daño irreparable que originaría cualquier dilación [\[1334\]](#). La tutela anticipada en sentido estricto permite, en ciertos y excepcionales supuestos, adelantar -total o parcialmente- el resultado de la sentencia definitiva a favor del sujeto procesal impedido de aguardar el agotamiento de las etapas que conduzcan a su firmeza definitiva; procura una protección especial de niños y otros sujetos vulnerables, y el objeto de la medida es obtener en dinero o en especie la satisfacción principal del proceso; también es una herramienta procesal idónea para prevenir el daño [\[1335\]](#).

Vemos así que con la tutela anticipada no se cautela el cumplimiento de una eventual decisión favorable en el principal, ya que, precisamente, la medida de tutela anticipada otorga lo pedido en el principal.

No obstante que las tutelas anticipatorias son, por definición, provisionales, a ellas no le resulta aplicable lo dispuesto en el art. 202 CPCCN -que establece que subsisten mientras duren las circunstancias que la determinaron-, ya que por el contrario, como regla general, una vez concedida una

cautelar como tutela anticipada, al coincidir con el objeto de la pretensión principal (total o parcialmente), la misma no podrá ser dejada sin efecto hasta el fallo definitivo, como así también, en caso de que fuera rechazada por el tribunal actuante al momento en que la proponga el actor, tampoco podrá insistirse nuevamente para obtenerla [\[1336\]](#).

Esto -a juicio de Rodríguez- marca otra diferencia respecto de lo que venimos analizando en relación a las otras medidas precautorias, pues el rechazo de una cautelar cualquiera no impide su replanteo en tanto cambien las circunstancias fácticas que no permitieron su adopción.

Tampoco la tutela anticipada participa de la condición de mutabilidad (característica prevista en el art. 203 CPCCN), ya que, si se solicita el anticipo de la decisión total o parcial, pretendida en el juicio principal, ello implica que no es sustituible por otra medida [\[1337\]](#).

Contra la resolución que dispone la tutela anticipada sólo cabe el recurso de apelación directo si la misma se dicta previa sustanciación, lo que implica que se dispone mediante una resolución interlocutoria que sólo puede ser atacada por la vía de la apelación. Y a la apelación, por la urgencia del trámite, se la debe conceder con efecto "devolutivo".

La medida autosatisfactiva por su parte, es una solución urgente no cautelar [\[1338\]](#), constituye un requerimiento urgente formulado al órgano jurisdiccional por el justiciable y que se agota con su despacho favorable; no siendo, entonces, necesaria la iniciación de una ulterior acción principal.

El despacho de la medida autosatisfactiva requiere una fuerte probabilidad de que lo pretendido por el solicitante sea atendible y no la mera verosimilitud con que se contenta la diligencia cautelar [\[1339\]](#), y si bien en muchos casos se dicta *inaudita parte*, para algunos autores y en determinados supuestos, debe realizarse previa audiencia breve [\[1340\]](#).

La materia sobre la cual versa la autosatisfactiva necesariamente no debe ser susceptible de amplio debate y compleja prueba; calidades éstas íntimamente relacionadas con la fuerte apariencia de que le asistiría razón en sus planteos con que debe contar el requirente si es que pretende un despacho favorable [\[1341\]](#).

En lo que hace al tema de este trabajo propiamente dicho, Midon considera que la medida autosatisfactiva posee vías impugnativas propias, incluso más amplias que las previstas para las medidas precautorias, pudiendo el legitimado, para contradecir los resultados de una decisión de este tipo, optar entre:

1) oponer alternativamente, recurso de revocatoria o de apelación, directa o subsidiaria. O deducir recurso de apelación. En cualquiera de los casos con efecto devolutivo;

2) iniciar un proceso autónomo, declarativo y sumario de oposición, cuya promoción no impedirá el cumplimiento de la orden judicial impugnada. Con la elección de una de las vías se pierde la posibilidad de hacer valer la otra [\[1342\]](#).

Por otro lado, Peyrano [\[1343\]](#) entiende que el órgano judicial al analizar la autosatisfactiva debe ser más exigente que en ocasión de emitir una tutela anticipada de urgencia porque en tanto aquélla puede ser objeto de una sola revisión jurídica en la instancia de grado (mediante apelación, por ejemplo), la tutela anticipada de urgencia puede ser recurrida tan pronto se decreta y después puede ser dejada sin efecto por la decisión de fondo, la que, por añadidura, puede ser objeto de apelación [\[1344\]](#). En conclusión, este autor considera que sólo se puede impugnar la medida autosatisfactiva por la vía de la apelación.

Si bien esta medida no está legislada en el orden nacional, sino sólo en algunas legislaciones provinciales, entiendo que si la misma se decreta sin sustanciación puede ser impugnada por vía del recurso de reposición (arts. 198 y 238 CPCCN), que debe incluir el de apelación en subsidio para el supuesto en que sea desestimado (art. 241 CPCCN); en tanto que, si se ha ordenado previa vista o audiencia con el afectado, sólo cabe el recurso de apelación, que debe ser concedido con efecto devolutivo (art. 243 y 246 CPCCN).

## IX. Recurso extraordinario

En los puntos precedentes vimos cuáles eran los recursos ordinarios que proceden en contra de las sentencias cautelares, ahora resta analizar si, en contra de las mismas, se pueden interponer recursos extraordinarios.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que las resoluciones referentes a medidas cautelares, sea que se decreten, levanten o modifiquen, no constituyen sentencias definitivas y son, como principio, insusceptibles del recurso extraordinario [\[1345\]](#).

“En principio las resoluciones referentes a cautelares no constituyen sentencia definitiva o equiparable a ésta, a los fines de habilitar la instancia extraordinaria del art. 14, Ley N° 48, siendo necesario para equiparar a sentencia definitiva una medida cautelar que exista una cuestión federal bastante juntamente con un agravio que, por su magnitud y por las circunstancias de hecho, resulte irreparable [\[1346\]](#)”.

En supuestos de medidas de tutela anticipada se dijo que “corresponde el recurso extraordinario contra la sentencia que desestimó una medida cautelar, cuando la alteración de la situación de hecho o de derecho pudiera influir en la sentencia o convertir su ejecución en ineficaz o imposible [\[1347\]](#)”.

Y así, como en ese caso, la Corte ha ido abriendo la instancia del recurso extraordinario federal en distintos supuestos donde, a su juicio, existía razón suficiente para que se admitiera tal remedio.

Pero no siempre la admisión sigue una regla de coherencia y a veces incursiona en intereses políticos más que jurídicos [\[1348\]](#).

Por este motivo, corresponde a quien recurre una decisión que no es definitiva (como en el caso de las que tratan sobre medidas cautelares) la carga de invocar y probar las circunstancias que permitan equipararla a tal, para que se justifique la intervención del Tribunal en este estado del proceso [\[1349\]](#).

## *X. Posibilidad de articular en forma simultánea las distintas vías de impugnación*

La pregunta que forma parte del título de este trabajo se refiere a si es posible que quien se ha visto afectado por una medida cautelar puede oponerse a la misma a través de las distintas vías que prevé el ordenamiento jurídico, utilizando algunos de esos medios en forma simultánea, o si bien por el hecho de haber escogido alguna de las formas previstas por el código de rito para atacar la resolución precautoria, las restantes quedan descartadas.

En concreto: ¿puede el demandado embargado oponerse a esa medida interponiendo un recurso de apelación, y al mismo tiempo deduciendo un incidente de levantamiento de embargo? O, ¿puede quien se ha visto afectado por una medida de no innovar presentar un recurso de reposición y, a su vez, pedir la modificación de esa medida por otra?

Sabido es que la posibilidad de obtener medidas cautelares constituye un elemento trascendente e integrante destacado del acceso a la justicia. Su importancia tiene relación directa con la gran duración de los litigios, y, a su vez, de esa duración de los juicios surge en forma relevante la necesidad de remedios y recursos contra las medidas cautelares decretadas, más aún de la posibilidad de poder impugnarlas por cualquier vía (y si puede ser por más de una, mejor), siempre y cuando no sean contradictorias entre sí.

Si bien en cada supuesto será el propio juez quien evalúe en forma particular si en ese caso en particular se puede atacar la medida cautelar por distintas vías o medios de impugnación a la vez, en principio y en términos generales, la respuesta es que sí se puede.

Ello, teniendo en cuenta el carácter de provisoriedad que destaca a las medidas precautorias, lo que implica que las mismas son susceptibles de ser recurridas (siempre que se interponga el recurso en tiempo oportuno), o bien atacadas por otras vías (incidente de levantamiento), y hasta pedir su modificación.

Y, además, porque los remedios o vías para cuestionar una cautelar pueden llegar a tener como fundamento distintas causas. Vale decir, para recurrir una sentencia cautelar a través de un recurso de apelación, el afectado por esa medida habrá de alegar (y acreditar) que el juez que la dispuso no observó la concurrencia de los presupuestos para su procedencia. En tanto que si pretende su levantamiento, podrá también -y en forma simultánea- deducir ante el mismo juez que la decretó, un incidente de levantamiento de la medida, y sustentar este pedido en que además de no darse los presupuestos para su procedencia, las supuestas circunstancias en las que se basó el sentenciante para disponer la medida han variado, o alegar nuevas circunstancias y arrimar otros elementos de prueba distintos a los ponderados al momento en que se dispuso la medida, con el objeto de demostrar que la misma debe ser dejada sin efecto.

En ese caso, se tendrían que llegar a formar piezas pertenecientes (art. 250 inc. 2° CPCCN) a los fines de elevar a la Cámara de Apelaciones para que resuelva el recurso, y al mismo tiempo que el incidente tramite por cuerda separada, ya que en principio el trámite incidental no suspende la prosecución del principal (art. 176 CPCCN).

O bien podría darse el caso que se plantee reposición con apelación en subsidio conforme lo dispuesto por el art. 198 CPCCN, y que al mismo tiempo, teniendo en cuenta que el trámite de ese recurso puede

durar un tiempo largo (más aun teniendo en cuenta que si se rechaza, el de apelación se concede con efecto devolutivo), podría el afectado requerir la sustitución de la medida cautelar decretada por otra que le ocasione menos perjuicio, siempre y cuando el bien ofrecido garantice efectivamente el derecho del acreedor.

También podría, quien haya promovido un incidente de levantamiento de cautelar y acompañado prueba que demuestre que se han modificado las circunstancias vigentes al momento del dictado de la cautelar, pedir la reducción de la medida, teniendo en cuenta que de esas constancias probatorias surge que el supuesto crédito del actor es menor al denunciado al demandar. Hasta se podría requerir la mejora de la contracautela, y al mismo tiempo, recurrir la medida.

En definitiva, son muchos los ejemplos que podemos imaginar de situaciones donde el afectado por una medida la ataque utilizando las distintas vías que prevé el ordenamiento procesal, que lo haga en forma simultánea, y sin que ello signifique un obrar contradictorio.

## *XI. Conclusiones*

- Una de las principales características de las medidas cautelares es su provisoriedad, esto quiere decir que la sentencia que la dispone puede variar en cualquier momento.

- Para que se modifique esa sentencia, el afectado por la medida tiene distintas vías y medios de impugnación, o inclusive tendientes a modificar sus efectos, los que se encuentran regulados entre los arts. 198 y 203 CPCCN, y concordantes.

- Procede el recurso de reposición (a partir de la reforma al art. 198 por medio de la Ley N° 22.434), para que sea el mismo juez que dictó la medida quien la revise.

- También se puede apelar la sentencia cautelar. En forma directa, o bien en subsidio para el supuesto de denegatoria del recurso de reposición.

- Al igual que el de reposición, el recurso de apelación sólo puede referirse a la procedencia misma de la medida, la concurrencia de los presupuestos para su dictado, al momento en que esa sentencia se dictó.

- En tanto que, a través del incidente de levantamiento de medida cautelar, se pueden alegar hechos y ofrecer prueba desconocidos por el juez que dictó la medida, en este trámite el incidentista deberá acreditar las nuevas circunstancias que hacen mérito para que se levante la precautoria oportunamente dispuesta.

- Pero ahí no se agotan las posibilidades que tiene el afectado para cambiar la situación que lo afecta después de dictada y trabada una cautelar, sino que puede también, si los presupuestos para que se revoque o levante la medida no están dados, solicitar su modificación con el propósito de que sus efectos sean morigerados, no le causen un perjuicio, o que los daños sean menguados. Esto es procedente, siempre y cuando la medida continúe garantizando el derecho de quien solicitó la medida.

- Habrá casos donde no puedan utilizarse todas estas vías de impugnación, como ocurre en los supuestos en que se haya dictado una medida de tutela anticipatoria, o bien cuando lo que resolvió el juez sea una medida autosatisfactiva, que no es una cautelar, se agota en sí misma y por tanto carece del carácter de instrumental.

- Y en algunos pocos supuestos, ya que la sentencia de que tratan las cautelares no es de carácter definitivo, y librados al arbitrio del criterio de la Corte, se podrá llegar a la instancia del Máximo Tribunal, en el intento por hacer cesar los efectos de una medida precautoria o modificarlos.

- No hay discusión acerca de que una medida cautelar decretada por el tribunal de alzada puede ser recurrida, impugnada. La vía adecuada es el recurso de reposición. Negar su procedencia afecta en forma flagrante el derecho de defensa del cautelado.

- Por último, quien se ha visto afectado por una medida cautelar puede utilizar todos los medios de ataque, todas las vías de impugnación que el ordenamiento prevé, y en muchos casos las puede usar en forma simultánea, ya que -la mayoría- no se repelen entre sí.

## Abstract

En el presente trabajo nos proponemos analizar la figura del fideicomiso como mecanismo apto para el desarrollo de proyectos de remediación ambiental, especificando los alcances del rol del fiduciario y su necesaria vinculación no solo con la estructura fiduciaria sino especialmente con el negocio subyacente a los efectos de garantizar su adecuada concreción a través del cumplimiento de la regulación legal y la necesaria regulación contractual, destacando las algunas fuentes de financiamiento específicas. Nuestra contribución pretende concientizar de las bondades de la figura frente a la necesidad ambiental actual.

## I. Aspectos introductorios y conceptualizaciones del fideicomiso

Nos proponemos el análisis del fideicomiso y del rol del fiduciario a la luz de la regulación y antecedentes argentinos vigentes, para fijar la extensión de ese rol, y el control de su efectivo cumplimiento; sin efectuar juicio valorativo sobre las bondades de la norma positiva.

La posibilidad de crear un centro de atribución patrimonial diferenciado ha generado un notable crecimiento en su uso, lo que se verifica a través del número de fideicomisos suscriptos desde el dictado de la Ley y el número de fiduciarios ordinarios y financieros que se encuentran inscriptos ante los organismos competentes pertinentes.

Ese desarrollo de la figura no se vio acompañado de una mayor regulación legislativa ni de un vasto desarrollo jurisprudencial frente a la falta de conflictos jurisdiccionales.

La doctrina autoral, referida al derecho como a las finanzas, ha apoyado ampliamente esa evolución otorgando fructíferas obras que colaboran en la interpretación de la figura y sus múltiples aplicaciones. El amplio desarrollo experimentado obedece a la alta seguridad que otorga a las partes intervinientes; entre ellas la escisión de los bienes fideicomitidos permite desentenderse de la persona del fiduciante y los vaivenes que puedan afectar su patrimonio, y son aquellos los que garantizan el negocio proyectado, otorgando privilegio exclusivo a los acreedores del fideicomiso.

Esa separación patrimonial se fortalece con la administración del mismo, que queda en cabeza del fiduciario, quien debe reunir los requisitos de idoneidad necesarios y suficientes para que la administración sea eficaz. Entonces la elección del fiduciario es un elemento decisivo en la viabilización del fideicomiso. La complejidad del encargo determinará el nivel de profesionalidad y seguramente impactará en el carácter de la retribución esperada por este prestigioso administrador, en las obligaciones que se exigen con relación a la empresa que se realiza por medio de ese patrimonio de afectación, en los mecanismos de mitigación de riesgo, en las consecuencias de su obrar y en la obligatoriedad de contar con los seguros respectivos, entre otros.

En este camino entendemos que el auxilio que nos brinda la ciencia jurídica, y los principios que extraemos tanto de la figura legal del fideicomiso como de otras instituciones afines, que nos posibilitan la aplicación analógica de la norma para la resolución de los cuestionamientos y conflictos que se generan, debe completarse con sólidas bases aportadas por las finanzas, la innovación social, la economía solidaria y la necesaria protección de los derechos supraindividuales, en especial el ambiente, para sistematizar el funcionamiento del fideicomiso, el que, desde la teoría de posibilitar dar vida a un contrato, nos introduce necesariamente en el análisis del encuadre jurídico del mismo, como centro de imputación diferenciado en un camino que, partiendo de la autonomía patrimonial se abre paso a la posible conformación de un sujeto de derecho.

## II. Aproximación al concepto de fideicomiso

El fideicomiso que como contrato se presenta de trato sucesivo, da lugar a la formación de un instituto o verdadera empresa, que se desenvuelve en forma cotidiana dentro de los parámetros que la Ley y el contrato le han fijado. Ese desarrollo desde el inicio del mismo -con la firma del contrato, la creación normativa o la disposición testamentaria- hasta el cumplimiento del plazo o la realización del objeto, presenta características asociativas que nos permiten ver reflejados algunos elementos que dan sustento a la hipótesis de ver en ellos algo más que una mera separación patrimonial sin un sujeto a quien "adosar" este atributo.

Y entonces ese contrato, que genera un patrimonio, comienza a vislumbrar la probabilidad de la existencia de un sujeto, intentando dar vida a este instituto que hemos creado. Es por eso que entendemos que este contrato se presenta como vivo, por las características asociativas que el mismo tiene, o quizás por la fuerte raigambre romanista que nutre todo el sistema jurídico argentino y que no podemos dejar de lado en especial al considerar los atributos de la persona, que se han traspolado desde la persona física y han nutrido a las personas jurídicas y en general a las de existencia ideal.

Este contrato no es otra cosa que el vehículo por medio del cual se permite la efectivización de un proyecto que en algunos casos conforma una verdadera empresa y que se manifiesta en el mundo fenomenológico con una dinámica que exige al fiduciario la toma de decisiones constantes para ir adecuando ese desarrollo a la realización del encargo encomendado.

Es decir, el estudio de la figura legal del fideicomiso, de su regulación específica en el código civil y comercial de la nación, debe completarse con la teoría general de los contratos, el análisis de la figura del administrador societario, y las disposiciones generales de las sociedades comerciales, las reglas y normas propias del mandato, las regulaciones de los concursos y quiebras, todos ellos institutos que deben ser interpretados desde la normativa vigente en forma armónica y siguiendo siempre las reglas de interpretación fijadas en el código de fondo. Pero ese análisis será siempre incompleto si no va adecuadamente ligado al estudio del encargo que se efectúa, la viabilidad técnico-económica-social y ambiental del mismo, aportando las finanzas el rigor científico al análisis del proyecto de inversión, su oportunidad, rentabilidad y sustentabilidad, y sus mecanismos de financiamiento concretados frente a la escisión patrimonial; la economía social el necesario impacto que debe preverse en cada proyecto, contemplando en el plan de negocios los aspectos ambientales involucrados y su adecuado cuidado y protección.

Hablamos del contrato de fideicomiso como un contrato "vivo" en múltiples aspectos: primero, y aun cuando autorizada doctrina que entiende que el mismo no es sujeto de derecho, no puede negarse que al momento de su constitución se está dando vida a una verdadera empresa independiente de las partes que la generaron y que se proyecta sobre la base de los parámetros tenidos en cuenta al formular el contrato. A más de ello siendo un contrato de trato sucesivo el acontecer de la realización de la empresa que contiene, exige del fiduciario, verdadero administrador, la toma de decisiones constante teniendo siempre como norte y guía la finalidad que tuvo en cuenta el fiduciante al momento de su constitución, y que fue compartida por el fiduciario al aceptar el rol conferido.

Destacamos este aspecto de vital importancia por cuanto el encargo debe siempre encaminarse a la finalidad tenida en cuenta por el fiduciante al formularlo y que debe quedar adecuadamente explicitada para ser conocida en su totalidad y extensión por el fiduciario. Será responsabilidad del fiduciante la manifestación clara y precisa del encargo que se formula al postulante a fiduciario. Y este último tiene la responsabilidad de tomar las medidas a su alcance para que el análisis del encargo sea objetivamente adecuado a la intención del fiduciante y, de compartirlo, y entender que resulta capaz para su realización, contando con la idoneidad del buen hombre de negocios basado en la confianza en él depositada; aceptar ese encargo. Formulado y aceptado el encargo, es decir concretado el contrato, éste se va realizando en la medida de su ejecución con parámetros imposibles de prever en todas las situaciones que pueden suscitarse y quedará en manos del administrador la ejecución efectiva de ese camino, de esa historia que se va escribiendo en el día a día hasta la extinción del contrato, del fideicomiso, de la empresa cuya vigencia y vida no puede negarse.

El fideicomiso se presenta como el medio o vía para viabilizar el negocio pretendido por las partes, por lo que su estructuración es indispensable para lograr ese objetivo. Pero aun cuando el contrato de fideicomiso, el negocio fiduciario en sí sea óptimo, si el negocio subyacente no es viable, el proyecto no llegará a ejecutarse. Esa frustración del proyecto o negocio subyacente puede referirse tanto a su rentabilidad o sustentabilidad. Por ello insistimos en la necesidad de estructurar el Plan de Negocios o *Business Plan* y efectuar un seguimiento del mismo para advertir tempranamente sus posibles desvíos y corregir los mismos de modo adecuado.

Entonces el encargo al fiduciario excede la estructura fiduciaria y debe comprender necesariamente el negocio subyacente. Por ello las obligaciones del fiduciario comprenderán el análisis del negocio subyacente, el proyecto de inversión en él contenido, la estructuración del mismo, la oportunidad de su realización, los mecanismos necesarios para el control en la ejecución para evitar los posibles desvíos, y, en fin, realizar cuanto acto resulte necesario para satisfacer adecuadamente a los *stakeholder* vinculados en forma directa o indirecta, tanto al negocio fiduciario como al que se elige sea desarrollado a través del fideicomiso.

Al analizar la figura del fiduciario corresponderá detenernos en los requisitos de capacidad, idoneidad y profesionalismo que deberá exigírsele en

cada una de los posibles matices que puede asumir la figura del fideicomiso conforme a la clasificación que adoptemos del mismo, sin perjuicio de las grandes divisiones que efectúa la Ley entre ordinario y financiero. La contracara de esas exigencias se mostrará al evaluar los derechos que surgen y la proporcionalidad entre obligaciones y derechos, con especial hincapié en la retribución que corresponda, justificada en la presunción de onerosidad del contrato. Conocidas esas "exigencias", corresponderá analizar los mecanismos necesarios para el adecuado control de su verificación al momento de su constitución y durante la vida del fideicomiso y las posibles consecuencias frente a los incumplimientos. Entendemos necesario prever adecuados mecanismos para garantizar la funcionalidad del fideicomiso, y en ello el cumplimiento por parte del fiduciario de las obligaciones que le sean impuestas en todas las etapas de realización y ejecución del contrato. La verificación de ese cumplimiento en forma permanente evitará desvíos significativos y permitirá la corrección de cualquiera que pudiera verificarse, evitando de este modo perjuicios a la operatoria que se pretende realizar.

La doctrina ha analizado el "rol" del fiduciario, a través de la conceptualización de los derechos y obligaciones que le competen; del profesionalismo que puede exigirse como hombre de negocios, de las obligaciones propias contenidas en el CCyCN, a partir de las cuales podrían traspasarse desde la administración societaria y las reglas del mandato. Es entonces en la regulación contractual donde deberá reflejarse el clausulado específico de los requisitos que se previeron al momento de la elección del fiduciario, su necesaria competencia con relación al encargo formulado y consecuentemente la extensión de responsabilidad que se aplicará, juzgando su accionar de acuerdo a la profesionalidad del mismo.

### III. Antecedentes doctrinarios: Fideicomiso, fiduciario y negocio subyacente

Nos permitiremos resaltar algunos conceptos esbozados por distintos autores, para luego poder a partir de ello concluir que la doctrina establece los derechos y obligaciones del fiduciario con relación al contrato de fideicomiso, y además insinúan claramente la necesidad que el fiduciario conozca el negocio subyacente y la temática a él vinculada.

En este orden Mario Carregal expresa "cuatro clases de responsabilidades afronta el fiduciario durante su gestión": responsabilidad de responder con los bienes fideicomitidos a las deudas contraídas, responsabilidad por culpa o dolo, responsabilidad objetiva por los daños ocasionados por los bienes fideicomitidos y responsabilidad penal por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones.

En el marco de dichas responsabilidades, y con relación al negocio subyacente resalta que el fiduciario debe atender al desarrollo del mismo, analizando la situación con un criterio dinámico, considerando su evolución. En este autor vemos reflejado el análisis del fideicomiso como tal y del negocio subyacente al mismo. Por su parte Herzog expresa que el fiduciario debe ejecutar los actos tendientes a cumplir los fines del fideicomiso. A su turno refiere "un tema pocas veces tratado y con escasas soluciones legales expresas, es el tratamiento a otorgar cuando utilizamos esa figura en el desarrollo de un negocio y nos enfrentamos ante situaciones en que el fiduciario, habiéndose desempeñado acorde a la Ley, el contrato y/o mandatos específicos, no ha logrado obtener los resultados proyectados, y, lo que, es más, el resultado económico financiero ha resultado negativo". Villegas, al hablar de financiamiento mediante la emisión de deuda y otros títulos, trata al contrato de fideicomiso. En la parte pertinente expresa que el contrato otorga derechos a favor del *trustee* que le permiten cumplir con sus deberes, entre los cuales encontramos la exigencia de información, en forma periódica, al emisor relacionada con su situación financiera y otras de contenido más formal que refieren a los aspectos operacionales y administrativos de la emisión. Con relación a las obligaciones del fiduciario refiere que se espera que actúe con la debida diligencia, de buena fe y evite cualquier conflicto de intereses con los beneficiarios. Incluye dentro de sus principales obligaciones el deber de diligencia y de evitar conflictos de intereses.

Lorenzetti (2005) expresa que el fiduciario tiene dos obligaciones nucleares: una conducta de hacer, encaminada al cumplimiento del encargo dado por el fiduciante, y transmitir el dominio luego del cumplimiento de la condición o plazo y conforme a las indicaciones recibidas. Al comentar dichas obligaciones expresa que el proyecto de unificación del Código Civil y Comercial de 1998 incluye como elemento del encargo la eficacia, es decir, el interés del fiduciante, lo que es un elemento de gran trascendencia para calificar el cumplimiento. Entre los deberes secundarios de conducta incluye el deber de información (y rendición de cuentas) el deber de cuidado (carga de aseguramiento) y no incurrir en cláusulas prohibidas -dispensa de rendir cuentas, de culpa o dolo (en que pueda incurrir él o sus dependientes), prohibición de adquirir para sí los bienes fideicomitidos. López de Zavalía (1995) resalta que la diligencia de un buen hombre de negocios se exige sobre la base de la confianza depositada en él, particularización que ve introducida por el fiduciante en la elección que efectúa del fiduciario. Resalta las disposiciones contenidas en el art. 7° de la Ley N° 24.441, (hoy art. 1676CCyCN) entendiéndolo que parece excesivo que no pueda disculparse de la culpa leve. A su turno, Aprea (2005) manifiesta que el rol fiduciario tiene una función muy especial con relación a los mercados de capitales, las finanzas corporativas y el derecho corporativo. Es el comportamiento esperado de los agentes en las relaciones de agencia. El fiduciario tiene la obligación de rendir cuenta a los beneficiarios, con una periodicidad no mayor a un año. Malumian, Diplotti y Gutiérrez pasan revista a las obligaciones descriptas en la Ley N° 24.441 (antecedente del actual CCyCN).

De las manifestaciones de la doctrina, de las que sólo extrajimos las partes que convocan nuestra temática -resaltando lo meduloso, profundo y aleccionador de las obras consultadas-, surge que los autores insinúan la necesidad que el fiduciario conozca el negocio subyacente y la temática vinculada a su proyección y efectivización. Ahora bien, las obligaciones específicas de nuestro fiduciario con relación al conocimiento del negocio subyacente, el análisis de viabilidad que se efectúa sobre el mismo, los riesgos asociados a su ejecución, no son analizados de modo explícito, y ello es justamente lo que otrora hemos dejado claramente explicitado (Yamúss, 2014) y será motivo de replanteo en el presente trabajo, para así poder introducirnos a las obligaciones exigibles en nuestro proyecto ambiental.

El fiduciario debe vincularse a la estructura fiduciaria en sí, como al negocio subyacente que se pretende realizar a través de este mecanismo. Dada la amplitud que puede presentar ambas orbitas negociales resulta lícita la delegación de funciones en profesionales idóneos en cada uno de los aspectos a analizar y ejecutar, sin posibilidad alguna de delegación de responsabilidad, lo que exige al fiduciario el control de las tareas desarrolladas por esos auxiliares.

El fiduciario siempre será el responsable, ya sea él directamente quien actúa o por delegación, siendo que cada uno de estos delegados deberá cumplimentar sus funciones específicas y tendrán sus responsabilidades ante el fiduciario, que es quien los avaló. Es pertinente enunciar que el único y común denominador que debieran tener estos, es la idoneidad y adecuación a la realidad del proyecto; es pues acorde a ello que el fiduciario depositará en los mismos responsabilidades y facultades, pero comprendiendo fielmente que esto no le genera indemnidad sino mayor responsabilidad, con lo cual debe intensificar sus tareas de control para poder respaldar y validar a quien eligió.

Es necesario determinar cuál es la extensión de las obligaciones del buen hombre de negocios que se imponen al fiduciario, y si las mismas comprenden tanto las vinculadas al contrato de fideicomiso como tal, como a las relacionadas con el negocio subyacente en cuya realización se encuentra fuertemente comprometido el fiduciario y, en su caso, si corresponde exigirle poner en juego todos los medios adecuados para su efectivización, sin que ello genere un deber de resultados.

### IV. El fideicomiso como contrato y como institución

El fideicomiso puede ser concebido tanto desde el punto de vista contractual como institucional. El primero es el acto jurídico en virtud del cual se constituye un fideicomiso, mientras que el segundo encuentra su contenido en el patrimonio fideicomitado y todo el régimen jurídico que lo rodea.

### V. Obligaciones a cargo del fiduciario

Con relación a las obligaciones del contrato podemos distinguir: las vinculadas al contrato de fideicomiso, y las específicas vinculadas al cumplimiento de la finalidad tenida en cuenta por el fiduciante al efectuar el encargo.

Las referidas al contrato de fideicomiso se encuentran genéricamente reguladas en la norma, que no serán analizadas en el presente trabajo, remitiéndonos a las disposiciones de la Ley vigente.

Con relación a las obligaciones vinculadas al cumplimiento de la finalidad tenida en cuenta al efectuar el encargo, diremos que son aquellas referidas a las obligaciones que pesan sobre el fiduciario a fin de viabilizar la ejecución del negocio que subyace a la fiducia y que justifica su existencia; de acuerdo al tipo de fideicomiso que se constituya.

En este punto nos detendremos, a fin de analizar y determinar que el fideicomiso se presenta como el medio o vehículo idóneo, apto y necesario para la realización del encargo efectuado por el fiduciante, encargo que se vincula a la efectiva realización del negocio que subyace a la fiducia y que le da su fundamento y razón de ser, justificando así su existencia. El fideicomiso como tal es un contrato servil al negocio principal, cuya concreción orientó a las partes a utilizar el fideicomiso para su cumplimiento. El estándar del buen hombre de negocios encuentra su adecuada expresión en la obligación del fiduciario en cumplir la finalidad tenida en cuenta al momento de efectuar el encargo y que justifica la afectación del patrimonio que se fideicomite. Hemos referido largamente lo que la doctrina autoral y jurisprudencial ha entendido como buen hombre de negocios, que de modo alguno puede limitarse a la administración fiduciaria exclusivamente, con prescindencia de los fines tenidos en cuenta para ello. La administración de los bienes fideicomitados se realiza con un objetivo que no es otro que el cumplimiento de los actos que viabilizan y posibilitan la eficacia del negocio jurídico que le subyace.

No existe posibilidad alguna de disociar el negocio fiduciario al negocio subyacente por cuanto la realización de este último es el fin de la administración fiduciaria. Entonces, al momento de celebrar el contrato, las partes no pueden limitar el análisis de la viabilidad del contrato de fiducia exclusivamente y a la transferencia de los bienes fideicomitidos, ya que el modo en que se efectuará la administración de los mismos tiene vinculación con la finalidad tenida en cuenta al transferir el patrimonio.

El análisis del negocio subyacente, la viabilidad del mismo, debe efectuarse por parte del fiduciante y fiduciario a fin de considerar si puede realizarse y si el fiduciario es idóneo para ese cometido. Es aquí entonces donde la amplitud legal encuentra su adecuada dimensión: cualquier persona humana o jurídica puede ser fiduciario, siempre que resulte idónea para el encargo que se efectúe contando con los mecanismos necesarios para poder analizar la viabilidad del negocio subyacente, participando en la misma de modo directo o indirecto.

Ahora bien, la responsabilidad que pesa sobre el fiduciario es indelegable como ya expresáramos, lo que no implica que en la ejecución del cometido y aún en el análisis de la idoneidad para la realización del encargo pueda contar con auxiliares, verificándose una suerte de delegación de funciones. El fiduciario debe reunir los conocimientos técnicos-prácticos necesarios y que exija tanto el negocio fiduciario en el que interviene como la actividad vinculada al negocio subyacente. Si así no se considerara, el fiduciario no sería idóneo para la labor encomendada, y el negocio se encontraría decididamente postulado al fracaso, por cuanto el administrador no tiene idoneidad para la tarea que se le pide realizar.

El fiduciario deberá relacionarse con el negocio subyacente conociendo la viabilidad técnico-jurídico-financiera-económica-social del mismo. Allí su participación indirecta o directa resultará necesaria en el análisis de los flujos de fondos, de la suficiencia de las garantías otorgadas, el análisis de riesgo, los mecanismos de mitigamiento del mismo, el impacto social y ambiental del proyecto.

Entonces, la frustración del negocio subyacente, resulta independiente de la figura utilizada para su vehiculización (en el caso será el fideicomiso) y cuya frustración responderá a un adecuado análisis de su viabilidad; análisis en el que debe participar el fiduciario, ya sea en forma directa o a través de los auxiliares con los que cuente. Si, como dijimos, el fideicomiso es un instrumento o la vehiculización del negocio subyacente, antes de determinar si elegiremos esa vía para su concreción, es indispensable analizar y verificar la viabilidad del negocio subyacente, es decir analizar el plan de negocios del mismo.

Este escenario debe completarse con la necesidad de efectuar un adecuado control al ejercicio efectivo de las funciones esgrimidas en cabeza del fiduciario, en el cumplimiento del rol que le compete en el contrato de fideicomiso, con relación a la propiedad fideicomitada y en cuanto al cumplimiento y factibilidad del negocio subyacente. Sumado a lo ya expresado con anterioridad, en esta instancia queremos resaltar que el fiduciario asume derechos y obligaciones al aceptar el encargo que se le efectúa y el contenido de los mismos.

Lo que queremos resaltar es que, sin perjuicio de las obligaciones cuyo cumplimiento pesan en cabeza del fiduciario, los demás involucrados tienen la obligación de efectuar un control de la tarea que desarrolla el mismo, y en especial si su accionar está encaminado SIEMPRE de modo directo o indirecto al cumplimiento del encargo efectuado. Entonces, si bien la Ley no obliga al fiduciario a rendir cuentas a TODOS los intervinientes, éstos tienen el derecho-facultad-deber de verificar el accionar del fiduciario a través de la rendición de cuentas que siempre puede serle exigida, a través del pedido de informes específicos sobre la temática del negocio fiduciario y/o del negocio subyacente, a través de auditorías, etc.

Entonces, cualquier desvío que pueda verificarse, no obstante ser responsabilidad del fiduciario por incumplimiento de las obligaciones legales y contractuales establecidas, puede generar además responsabilidad a los demás intervinientes por el incumplimiento a su facultad -deber de control. Y en esta posición puede encontrarse tanto el fiduciante, que es quien ha efectuado el encargo y debe verificar que el mismo se cumple; el beneficiario sobre quien recaen los derechos y frutos de la administración y que debe estar interesado en que el beneficio a recibir tenido en cuenta al momento del encargo se concrete; el fideicomisario quien será beneficiario del remanente al momento de la finalización del contrato, y en general la sociedad toda, sobre quien recae el ejercicio regular y legal de los derechos de las partes.

Así, a la responsabilidad regulada del fiduciario, se suma la responsabilidad por omisión del adecuado control por parte de los demás intervinientes, en aquellos casos que, pudiendo ejercer control sobre el fiduciario a fin de evitar desvíos en el cumplimiento del encargo, no lo efectuaron y se generaron daños a los partícipes.

Por último corresponderá ponderar los derechos del fiduciario, en especial la proporcionalidad que debe guardar la remuneración con relación a las obligaciones y responsabilidades que entendamos procedentes. Esa ponderación debe concretarse al momento de celebrarse el contrato o al formalizarse la aceptación por parte del fiduciario, quedando determinado el honorario a percibir o los parámetros de su fijación; pues el nivel de contraprestación (si el fideicomiso es remunerado) se presenta como la contracara de las exigencias que hemos puesto en cabeza del fiduciario.

## VI. La regulación legal y la necesidad de la regulación contractual

Nuestra legislación ha optado por regular la figura del fideicomiso de un modo genérico y poco casuístico, lo que se destaca como adecuada práctica frente a un Instituto que puede presentar múltiples matices y que por ello le permite una adecuada versatilidad para cumplir los fines que fueron trazados por fiduciante y fiduciario al momento de su celebración. El imperio de las disposiciones contenidas en los arts. 958 y 959 del CCyCN encuentra su plenitud en el Instituto que nos ocupa, y exige que las partes consideren ciertos *issues* como necesarios e indispensables al momento de la redacción del contrato.

Hubiera sido engorroso volcar en la Ley una mayor cantidad de normas operativas y, aunque estuvieran previstas, no se sabe cuánto pudieran resultar operativas en la realidad en cada caso. El sesgo de la Ley es decididamente favorable a la elaboración contractual de suerte que, si el fiduciante lo desea o el fiduciario lo pide, para delimitar su cometido, el contrato puede especificar el ámbito de la administración mediante cláusulas que circunscriban la discrecionalidad del fiduciario en la elección de los medios a emplear y en el alcance de las decisiones. La libertad contractual en el marco legal, debe exigir la regulación en el instrumento a través del cual se crea el fideicomiso, de los mecanismos que se establezcan para controlar al fiduciario y en especial en el cumplimiento del rol que le compete tanto con relación a la propiedad fideicomitada como al cumplimiento y factibilidad del negocio subyacente.

Si bien en los casos de fideicomisos públicos se suma el control que efectúa la autoridad respectiva, y la necesidad de cumplir las normas que a dicho efecto se dictan, entendemos que la regulación contractual debe merecer un importante capítulo en lo vinculado a las obligaciones del fiduciario, las que necesariamente tendrían como contrapartida los derechos que de ello se derivan.

El principal derecho del fiduciario estará dado en su retribución, es decir, la contrapartida que él mismo espera por la labor desplegada. Esa contrapartida puede ser o no onerosa, y pueden ser o no dineraria o determinable en dinero. ¿Qué queremos significar con esto? El fiduciario debe ser idóneo para la tarea encomendada. El encargo, su naturaleza y extensión determinarán la magnitud de la retribución del fiduciario. Este administrador puede perseguir fines altruistas en el encargo, o considerar que la propia elección es contrapartida suficiente. Sin embargo en la mayoría de los casos, el fiduciario invertirá tiempo y conocimientos en la realización del encargo por lo que la retribución monetaria o equiparable a tal, deberá guardar proporcionalidad.

En esta instancia corresponde entonces completar nuestro análisis vinculando y distinguiendo adecuadamente ambas orbitas negociales de las que venimos hablando para establecer con claridad su necesaria y exigible relación.

## VII. Individualidad del fideicomiso y del negocio subyacente

Hemos dicho que la participación indirecta o directa del fiduciario en el negocio subyacente resultará necesaria en el análisis de los flujos de fondos, de la suficiencia de las garantías otorgadas, el análisis de riesgo y los mecanismos de mitigamiento del mismo.

Así como cada negocio que se planifica es único como tal, el proyecto de inversión, el plan de negocio y el contrato de fideicomiso a través del cual se quiere vehicular son únicos, y el fiduciario (al igual que los demás partícipes) tiene el derecho y la obligación de inmiscuirse en un minucioso, profundo y responsable estudio y análisis de todos los aspectos que lo vinculan y caracterizan.

La traspolación de un modelo que pudo ser adecuado y eficaz para un negocio, puede ser (y seguramente lo será) inadecuado para otro, por ello el rol del fiduciario y su especialización es una imperiosa necesidad al momento de su elección y por supuesto al de su aceptación.

La conveniencia y en su caso el tipo y estructura fiduciaria a elegir, dependerá de los objetivos del proyecto, no pudiéndose tratar a la figura en forma genérica ya que cada negocio, cada contrato, genera derechos y obligaciones específicas, individuales y únicas, lo que imposibilita el uso de "modelos contractuales", que generarán una inadecuada estructuración, costos innecesarios y la inviabilidad del proyecto.

El análisis del negocio subyacente se presenta como requisito indispensable a fin de evitar incurrir en errores de apreciación sobre los mercados, sus perspectivas y los marcos regulatorios, ya que sostenemos la necesidad de mantener viva la característica esencial del fideicomiso, es decir, el resguardar el patrimonio de afectación así constituido.

Debe remarcarse entonces que, como queda claro, se encuentran disponibles vehículos diferentes a los tradicionales, ya sean financieros o

societarios, para instalar un ambiente sostenido de inversiones productivas, imbuida de los principios de productividad, competitividad en innovación creadora, para la generación de nuevos y genuinos empleos. Estas herramientas tienen un rol trascendental para orientar la iniciativa y el impulso emprendedor hacia la puesta en marcha de nuevas actividades y son una de las vías más importantes por su flexibilidad, para canalizar todo tipo de recursos hacia la producción de bienes y servicios, con el claro objetivo de reinstalar y fomentar la cultura del trabajo sano y fecundo en la República Argentina.

El planteo del negocio debe quedar plasmado en el Plan de Negocios a desarrollar, siendo una herramienta metodológica indispensable para el estudio y análisis de la viabilidad de cualquier emprendimiento, y debe comprender todos los aspectos y matices del mismo, no olvidando los riesgos potenciales implícitos y explícitos que puedan generarse y sus mecanismos de mitigamiento. Es por ello que entendemos que merece una especial consideración el análisis del plan de negocios y los aspectos que deben evaluarse al formular el mismo.

Luego de analizados estos aspectos, vincularemos el Business Plan del proyecto que queremos ejecutar, con el medio utilizado para ello, en el caso del fideicomiso, y la vinculación entre dicho Instituto y los problemas de gobernanza que pueden surgir en el seno del mismo, frente a las relaciones de agencia que se generan entre fiduciante-fiduciario-beneficiario.

## VIII. Fondos ambientales

Efectuado entonces el análisis adecuado de ambas orbitas negociales, nos resta adentrarnos en la problemática ambiental a fin de determinar las virtudes que puede presentar el instituto que nos ocupa como vía apta para la concreción de un proyecto ambiental, y específicamente los fondos ambientales y su aplicación a fondos fiduciarios ambientales.

Los fondos ambientales son mecanismos innovadores de financiamiento. Pueden incluir fondos fiduciarios, los que con el tiempo han dejado de ser simples mecanismos de financiamiento y se consideran verdaderas instituciones que desempeñan actividades de canalización de fondos, como de desarrollo de estrategias, de conservación, información técnica para el sector público y privado, desarrolladores de capacidades y apoyos para organizaciones emergentes vinculadas a la conservación de la biodiversidad; entre otros.

Los fondos ambientales deben tener la capacidad de actuar como verdaderas organizaciones independientes ejerciendo influencia sobre su ambiente para crear programas efectivos, sensibles y enfocados a la problemática específica; siendo verdaderos órganos consultores, involucrando a todos los sectores de la población, estableciendo procedimientos que garanticen la transparencia y las prácticas sólidas, no sólo en la administración financiera sino que reflejen buenas prácticas de gobierno.

La doctrina concluye que son esenciales dos condiciones para el éxito de un fondo ambiental. En primer lugar direccionamiento activo por parte del gobierno. No sólo consentimiento o acuerdo de participar, sino un mecanismo combinado de los sectores públicos y privados en el cual el gobierno participe activamente y la institución opere más allá del control directo de este fondo, que resultarán más efectivos cuanto más amplio sea el apoyo gubernamental con el que cuenten, a todos los niveles; desde líderes políticos de alto cargo hasta organismos regionales y locales; extendiéndose más allá de los departamentos del medio ambiente, incluyendo ministerio de finanzas y planeación. En segundo lugar es importante que existe una masa crítica de diversos sectores de la Sociedad, ONG, gobierno, sectores educativos, privados, agencias donantes etc. que puedan trabajar en conjunto a pesar de sus diferentes enfoques hacia la conservación y el desarrollo sustentable.

Conforme lo hemos referido, el fondo fiduciario ambiental que proponemos tiene la estructura del fideicomiso consagrado en la legislación positiva Argentina que recepta el modelo latinoamericano con su fuerte en el *common law* y las particularidades del sistema latinoamericano.

Es imperativo al momento de estructurar el contrato de fideicomiso, además de cumplir con la totalidad de las disposiciones vigentes, establecer en términos claros y precisos la manda fiduciaria, por cuanto ésta determinará la capacidad del fiduciario en su carácter de tal para ejecutar el encargo que se le formula.

Podrá preverse un comité de administración a los efectos de que dicho comité actúe como fiduciario o bien un comité de asesoramiento en cada uno de los aspectos técnicos indispensables para el cumplimiento de las distintas etapas del plan de negocios y la intervención adecuada y oportuna de los profesionales e idóneos que requiera la efectivización del mismo. Es indispensable la composición de un comité auditor también en cada uno de los aspectos vinculados a la etapa de su ejecución, para corregir de modo temprano y adecuado cualquier desvío que pudiera existir.

El comité de finanzas o de auditoría financiera deberá velar por la aplicación efectiva de los fondos al cumplimiento del plan, tanto en sus aspectos estructurales y no estructurales, como en sus aspectos administrativos y de verificación del cumplimiento. Asimismo deberá determinarse el modo de repago de las fuentes de financiamiento adquiridas, los planes particulares, y la obtención de recursos adicionales por los servicios que la ejecución del plan pueda brindar a la comunidad; y determinar, a través de los mecanismos legales pertinentes, el efectivo pago de los servicios que el ambiente brinda en forma directa o indirecta a los miembros de la comunidad.

El capítulo "inversiones permitidas" resulta de vital importancia a efectos de limitar la discrecionalidad del fiduciario y posibilitar que aún en esa etapa, las inversiones tengan vinculación directa con la temática ambiental.

Si bien el mecanismo de financiamiento o el vehículo para la concreción del plan podría ser a través de una fundación, una asociación u otras figuras jurídicas, entendemos que el fideicomiso se presenta como el más apto para ello, por cuanto en realidad no se pretende la creación de una nueva persona jurídica sino un mecanismo de concreción del proyecto, cuyo único y exclusivo fundamento es cumplir la manda de su realización.

Quien revista el carácter de Fiduciario y antes de su aceptación, debe interiorizarse y conocer en profundidad la temática que se plantea a los efectos de entender cuál es la finalidad tenida en cuenta al momento de la concreción del fondo fiduciario y evitar así cualquier problema de agencia que pueda generarse y prever adecuadamente en la planificación no sólo los costos directos de las actividades estructuradas y no estructuradas, sino también los gastos de administración y cualquier otro rubro que el flujo de fondo exija a los efectos de evitar costos ocultos y costos de agencia -entre otros- que en general se manifiestan en la ejecución de cualquier contrato de tracto sucesivo; y si no fueron previstos pueden ocasionar un desfinanciamiento del proyecto y como tal la frustración de su concreción por presentarse situaciones de las denominadas valle de la muerte.

La capacidad del fiduciario se verá igualmente desplegada en las necesidades de readecuación, corrección o replanteo que requiera el plan maestro al momento de su ejecución, toda vez que pueden presentarse situaciones que no habiendo sido previstas requieran y exijan una modificación necesaria para garantizar la concreción del plan y de los objetivos del mismo con la minimización de costos que el proyecto requiera.

El plan maestro debe necesariamente incluir un programa de formación y de reeducación de los sectores involucrados con el propósito de evitar que se continúe dañando el equilibrio del ecosistema y posibilitar un accionar activo de cada uno de los actores involucrados, en especial de las pequeñas comunidades que deben ser empoderadas para el cuidado del lugar de residencia y posibilitar la readecuación o equilibrio del ecosistema para brindar los servicios ambientales que se proyectan.

La utilización de herramientas adecuadas (por ejemplo el marco lógico, [https://www.doinglobalive.com/web/file.php?file=/831/download/8646/documento\\_base\\_proyectos\\_innovacion\\_social.pdf](https://www.doinglobalive.com/web/file.php?file=/831/download/8646/documento_base_proyectos_innovacion_social.pdf)) permitirá identificar el problema como así también la meta general del proyecto, los objetivos perseguidos, los resultados, las aportaciones, los indicadores y las suposiciones. Cada una de ellas permitirá el análisis de las actividades específicas que deben ser incluidas en el plan maestro y cómo podrían proyectarse las posibles mediciones a través de los indicadores.

El cumplimiento de cada uno, posibilitando así un monitoreo y evaluación permanente en el seguimiento del cumplimiento del plan, la determinación de sus desvíos y la adecuada corrección en tiempo útil.

Es determinante en el desarrollo de una estrategia de recaudación de fondos involucrar donante multilaterales entre los que se encuentran el Banco Mundial, el *International financial corporation*, el banco de desarrollo interamericano, África Development Bank, Asia Development Bank, etc. Agencias internacionales y demás organismos que pueden presentar ayuda financiera a través de empréstitos a los gobiernos en proyectos especiales, a veces como subsidios y algunas veces como apoyo a las actividades del sector privado.

Es importante prever la necesidad de diversificar las fuentes de financiamiento para evitar la dependencia de una o unas cuantas de ellas. Claramente la diversificación atomiza el riesgo, y reduce los costos involucrados al efecto.

Al analizar las fuentes de financiación no debemos olvidar la posibilidad de "conversión de deuda por naturaleza" que tanto desarrollo y publicidad adquirió en los últimos tiempos.

## IX. Fuentes de financiamiento

A los efectos de la financiación de los proyectos ambientales, podemos recurrir a fondos específicos establecidos en el mundo, que pueden tener las características de subsidio o empréstito y que en general exigen estructuras fiduciarias para su canalización.

Del relevamiento efectuado nos permitimos destacar algunos de ellos.



Conforme <https://blogs.iadb.org/sostenibilidad/es/page/10/> "hablemos de sostenibilidad y cambio climático", podemos encontrar nueve fuentes de financiamiento para proyectos de cambio climático.

La primera llamada **fondo regional de tecnología agropecuaria**, tiende a la reducción de la pobreza y el aumento de la competitividad de las cadenas agro alimentaria mediante el manejo sostenible de los recursos naturales, financiando proyectos de investigación e innovación científica y tecnológica del sector agropecuario en América latina y el Caribe.

El fondo exige la participación de por lo menos dos países miembros y el financiamiento se otorga previa evaluación de especialistas que utilizarán criterios de impacto económico, social y ambiental como también calidad técnica y la capacidad institucional.

El segundo fondo que se nos presenta es el llamado **alianza de energía y medio ambiente**. El mismo tiene como objetivo ampliar el acceso a servicios modernos de energía y promover energías renovables y eficiencia energética. Ofrece subvenciones para el desarrollo de modelos de negocios inclusivos y proporciona capital semilla para las fases iniciales de proyectos de energía sostenible, con socios locales e internacionales. Es de origen finlandés. (No aplica para Argentina).

Encontramos también el **fondo de inversión noruego para países en desarrollo**, que tiende a promover el desarrollo de nuevos negocios y contribuir al crecimiento económico y la reducción de la pobreza. (No aplica para Argentina).

El cuarto fondo denominado de **desembolsos rápido para soluciones innovadoras en transporte del BID**, apoya asociaciones públicas, privadas y de capital mixto en América Latina y el Caribe para identificar, desarrollar y preparar proyectos de infraestructura financiables, sostenibles y con alta probabilidad de alcanzar su cierre financiero, para la provisión de infraestructura a través de la formación de sociedades público - privadas.

En quinto lugar tenemos la **alianza global contra el cambio climático para estados insulares en desarrollo y países menos desarrollados**, que actúa con un enfoque práctico para la integración del cambio climático en estrategias de desarrollo.

En sexto lugar **Las redes de conocimiento sobre el clima y desarrollo** apoyan a los tomadores de decisiones en el diseño e implementación de estrategias de desarrollo sobre cambio climático.

El séptimo fondo denominado **programa de adaptación para pequeños agricultores**, fue lanzado por el fondo internacional de desarrollo agrícola para que los pequeños productores incorporen consideraciones climáticas y medioambientales en sus actividades.

El octavo fondo que se nos presenta, denominado **fondo Amazonas del BNDES**, tiene como objetivo recaudar donaciones para inversiones no reembolsables con el objetivo de prevenir, controlar y combatir la deforestación referida exclusivamente a los bosques en el bioma amazónica, pero también apoya al desarrollo del monitoreo y control de la deforestación, tanto en el ecosistema brasileño como en otros países tropicales.

Por último el fondo **PNUD** vinculado a los objetivos de desarrollo del milenio de España, financia actividades de colaboración para completar o complementar algún programa de Naciones Unidas en el campo del cambio climático, teniendo como objetivo apoyar políticas con impacto en alguno de los objetivos del desarrollo del milenio, financiando la implementación y/o la ampliación de programas pilotos exitosos, innovaciones en la práctica del desarrollo y adoptar mecanismos que mejoren la calidad de la ayuda al desarrollo.

En la página web del *LIVING finanzas* podemos encontrar la propuesta de financiamiento flexible, que implica un préstamo con una tasa razonable. Así también se ofrecen distintas líneas como el financiamiento en moneda local, la gestión de productos financieros discontinuos que se efectivizarán es la medida en que se analicen las condiciones financieras al momento de efectuar la petición.

En el manual de fondos ambientales, (<https://es.slideshare.net/auditoriaexterna/manual-de-fondos-ambientales>) podemos encontrar enlistados por regiones del mundo, los fondos ambientales establecidos en proceso de consolidación y en proceso de formación que pueden resultar adecuados a los efectos de requerir el financiamiento del plan que debe conformarse en la temática ambiental.

Sin perjuicio de la variedad de fondos internacionales existentes, nos detendremos en el fondo verde para el clima, el que fue creado para apoyar los esfuerzos de los países en desarrollo frente al desafío del cambio climático, con el objetivo de colaborar en todas aquellas actividades que tiendan a limitar o reducir emisiones de gases de efecto invernadero.

Dicho fondo creado en el año 2010 como parte del mecanismo financiero planeado por la convención marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático, suscrita por los 194 países miembros, tiene por objeto la entrega de montos para la mitigación y la adaptación climática y sus actividades están alineadas con los principios de apropiación nacional; y pretenden la recepción directa de financiamiento para evitar intermediarios internacionales. El fondo presta especial atención a las necesidades de grupos altamente vulnerables de países menos adelantados. Su objetivo es catalizar un flujo de financiamiento climático para invertir en el desarrollo de bajas emisiones, impulsando un cambio de paradigma en la respuesta global al cambio climático.

El financiamiento puede consistir en subvenciones, préstamo y/o garantías. Tiende a fomentar la difusión de tecnologías climáticas de vanguardia, la asignación equilibrada entre las actividades de mitigación a efectos de evitar impactos adversos del cambio climático; garantizar la propiedad del país y los procedimientos que aseguren transparencia e inclusión, fomentando la participación conjunta del sector privado a los efectos del cumplimiento de la finalidad del mismo.

El fondo tiene una guía adecuada que permite la presentación del proyecto a financiar y establecer los criterios objetivos para el análisis de la viabilidad del mismo para su aprobación, previa evaluación técnica del panel consultivo técnico independiente. Las áreas prioritarias son: inclusión, generación de energía, el financiamiento para forestación y cambio climático, la mejora de la resiliencia en Estados Unidos hacia el clima, la agricultura sustentable de bajas emisiones y el desarrollo de ciudades compatibles con el clima.

El Banco de Desarrollo tiene un modelo dirigido a entidades en general vinculadas a contratos de concesión otorgada por gobiernos. Su finalidad es colaborar en la estructura técnica financiera de esos proyectos, lo que puede ir acompañado de apoyo en operaciones de crédito, en recursos no reembolsables, o en asesoramiento.

Su vinculación con el ambiente está dado en fomentar el desarrollo de una economía baja el carbono, para reducir el impacto del calentamiento global mediante el desarrollo de acciones de mitigación de gases de efecto invernadero y de adaptación a los escenarios climáticos cambiantes; buscando el desarrollo de mercado de carbono como un incentivo para reducir los gases de efecto invernadero.

Las áreas de prioridad de inversión del banco son: agua, energía, infraestructura, transporte e industria.

El Banco Interamericano para el Desarrollo tiene como principal objetivo promover el crecimiento económico y la integración regional en América latina y en el caribe de manera ambiental y socialmente sostenible para lograr una reducción duradera en la pobreza y una mayor equidad social.

Sus cinco áreas principales son la reducción de la pobreza, el desarrollo de fuentes de energía renovable, el apoyo a soluciones que impone el cambio climático, inversiones en obras de infraestructura para mejor acceso a servicios -especialmente vinculado el abastecimiento de agua potable y saneamiento- promoción de políticas y programas sociales para la educación y la innovación y por último aliento en la participación del sector privado en proyectos sociales en pro del desarrollo por medio de alianzas.

Ahora bien el financiamiento específico de cualquier proyecto viable debería estar conferido por las implicancias y beneficios que su concreción conlleva. Es decir los daños que se evitan, los beneficios que se generan, y el restablecimiento del equilibrio ambiental.

Es por ello que a los efectos de determinar las responsabilidades es indispensable en la concreción del plan maestro conocer las causas que exigen la realización de tareas y obras para el cumplimiento de la remediación ambiental y en ese camino determinar los responsables por acción u omisión de la situación de desequilibrio, quienes de acuerdo al sistema de la responsabilidad civil, deben ser obligados a contribuir a su reparación, ya sea en dinero o en obligaciones de hacer o de no hacer.

Por su parte el Estado debe contribuir al cuidado del ambiente y determinar los mecanismos monetarios de aportes, ya sea rentas generales o la determinación de un tributo específico para ello, encontrándose involucrados ámbitos jurisdiccionales nacionales y provinciales.

Asimismo un recurso que se adiciona es el que surgirá de la explotación del recurso ambiental a que dé lugar, tanto por la posibilidad de establecer nuevas vías de generación de energía, actividad de pesca, turismo, etc.

El plan maestro deberá incluir la concreción de actividades de protección, prevención y cuidado ambiental, a más de las necesarias para la remediación de los daños ya experimentados.

## X. Conclusiones

Creemos que el presente trabajo de modo alguno agota el análisis de las posibles soluciones a la situación problemática de desequilibrio ambiental. Estamos convencidos que puede ser una alternativa necesaria de analizar al momento de la propuesta efectiva que se pretenda.

Las soluciones esbozadas dan claras cuentas de los puntos medulares del plan maestro y su abordaje en conjunto, evitando tareas parciales o cortoplacistas, que generan dispersión de recursos económicos y no económicos innecesarios.

El plan maestro debe concretarse previendo la integralidad de las soluciones necesarias para lograr el objetivo del restablecimiento del ecosistema, logrando un mecanismo de financiamiento que resulte apto y suficiente.

Existen puntos de necesaria inclusión como la intervención del Estado, el financiamiento con fondos transnacionales, la diversidad de actores, etc. que nos permiten sugerir al fideicomiso como vía apta para la realización del objetivo que se propone.

Y decimos esto por cuanto la separación patrimonial para la aplicación a un encargo específico garantiza la realización de la manda una vez concretada la transferencia de los bienes fideicomitidos y conformado el patrimonio del fideicomiso.

Ello por cuanto dicho patrimonio puede aplicarse única y exclusivamente al cometido formulado, que en el caso presenta aspectos bifrontes tanto vinculados al cumplimiento del plan maestro de acuerdo al plan de actividades estructurales y no estructurales que puedan trazarse, como a lograr los mecanismos de financiamiento, proyectando la operatoria para el repago del mismo.

El desafío es grande y exige la madurez necesaria de todos los actores involucrados para concientizarse de la imperiosa necesidad de resolver la alteración del ecosistema, evitar continuar dañando al mismo, y efectuar los aportes que a cada uno les compete, de acuerdo a su nivel de intervención en la alteración del mismo, o en su caso del necesario cuidado; asumiendo los aportes dinerarios, las obligaciones de hacer o las de abstención para la concreción de los objetivos propuestos.

La problemática ambiental es disparadora de un sinnúmero de ideas, necesidades, exigencias, planteo y replanteos.

Lo nuestro es solo una aproximación a la temática de la cuenca Salí dulce en el estado actual de la investigación, desde la mirada de la innovación social resaltando la imperiosa exigencia de contemplar los aspectos económicos- financieros, en forma conjunta al impacto social generado y a la necesidad de proteger y restablecer el equilibrio ambiental.

Sin dudas la profundización de la misma y la posible traspolación a otras cuencas e incluso a problemáticas ambientales similares generará un estudio superador de las pautas que hemos plantado.

Solo pretendemos un humilde aporte agregando nuestro grano de arena en este camino hacia la protección ambiental que claramente exige un solo sentido hacia la superación, sin posibilidad alguna de volver sobre aquellas situaciones que otrora podrían ser soportadas como sociedad y que de modo directo o indirecto afectan el equilibrio del ecosistema.

El ambiente es una obligación, un derecho y una responsabilidad de la humanidad en su conjunto y de cada persona en su individualidad, que no puede ser eludida so pena de desintegrar el lugar en el universo apto para la vida humana.

---

\* Abogado egresado de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magister en Derecho Empresarial por la Universidad de Lima. Vocal del Tribunal Registral de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima y de la Universidad San Martín de Porres (Posgrado).

[1] DE CASTRO Y BRAVO, Federico (1991). "La persona jurídica" (261), Madrid: Editorial Civitas.

[2] BROSETA PONT, Manuel (1994). "Manual de derecho mercantil" (189). Madrid: Editorial Tecnos S.A.

[3] Art. 158 del TUO Reglamento General de los Registros Públicos: "Precedentes de observancia obligatoria: Constituyen precedentes de observancia obligatoria los acuerdos adoptados por el Tribunal Registral en los Plenos Registrales, que establecen criterios de interpretación de las normas que regulan los actos y derechos inscribibles, a ser seguidos de manera obligatoria por las instancias registrales, en el ámbito nacional, mientras no sean expresamente modificados o dejados sin efecto mediante otro acuerdo de Pleno Registral, por mandato judicial firme o norma modificatoria posterior. (...)".

[4] ALIAGA HUARIPATA, Luis (2005). Las sociedades en la jurisprudencia registral. En: Cuadernos Jurisprudenciales (3-15). Lima: Gaceta Jurídica.

[5] URÍA, Rodrigo (1998). Derecho Mercantil (306). Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.

[6] ELÍAS LAROZA, Enrique (2000). Derecho Societario Peruano, LA LEY N° General de Sociedades del Perú (303). Trujillo: Editora Normas Legales S.A.

[7] Ibid.

[8] El IX Pleno Registral se realizó el 3.12.2004 y fue publicado en el diario oficial "El Peruano" del 5.1.2005; criterio interpretativo sustentado en la Resolución N° 297-2003-SUNARP-TR-L del 16.5.2003.

[9] Gutiérrez Albornoz, Javier (1963). La concesión de personalidad jurídica a las corporaciones y fundaciones (91). Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

[10] LLuis Y Navas, Jaime (1977). Derecho de asociaciones (125-126). Barcelona: Librería Bosch. Cuyos conceptos generales sobre personas jurídicas resultan aplicables a las sociedades.

[11] El CXXXIX Pleno Registral se realizó el 28.12.2015.

[12] El X Pleno Registral se realizó el 8.4.2005 y fue publicado en el diario oficial "El Peruano" el 9.6.2005; criterio interpretativo sustentado en las Resoluciones N° 249-2002-ORLC/TR del 14.5.2002, N° 18-1999-ORLC/TR del 29.1.1999 y N° 213-2003-SUNARP-TR-L del 4.4.2003.

[13] Ibid.

[14] El XXVII Pleno Registral se realizó el 21.11.2007 y fue publicado en el diario oficial "El Peruano" el 1.3.2008; criterio interpretativo sustentado en la Resolución N° 160-2007-SUNARP-TR-T del 27.6.2007.

[15] Hundskopf Exebio, Oswaldo (2008). "Análisis del último precedente registral sobre la firma del acta de junta universal", En: "LA LEY" (10), Lima: Gaceta Jurídica.

[16] HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo y Javier GARCÍA LOCATELLI (2003). En: Tratado de Derecho Mercantil. Tomo I, Derecho Societario (422). Lima: Instituto Peruano de Derecho Mercantil y Gaceta Jurídica.

[17] El II Pleno Registral se realizó el 29.11.2002 y fue publicado en el diario oficial "El Peruano" del 22.1.2003; criterio interpretativo sustentado en la Resolución N° 137-2002-ORLC-TR del 8.3.2002.

[18] El LIV Pleno Registral se realizó el 17/12/2002.

[19] El CVIII Pleno Registral se realizó el 16/8/2013.

[20] El XLVIII Pleno Registral se realizó el 21.5.2009 y fue publicado en el diario oficial "El Peruano" el 10.6.2009; criterio interpretativo sustentado en la Resolución N° 710-2009-SUNARP-TR-L del 22.5.2009.

[21] Elías Laroza, Enrique (1999). Derecho Societario Peruano, LA LEY General de Sociedades del Perú (706). Trujillo: Editora Normas Legales S.A.

[22] El XCIII Pleno Registral se realizó el 2/3/2012.

[23] URÍA Rodrigo, Menéndez Aurelio y García De Enterría Javier (1999). Curso de Derecho Mercantil (1146). Madrid: Civitas.

[24] El XCIII Pleno Registral se realizó el 2/3/2012.

[25] El L Pleno Registral se realizó el 3.8.2009 y fue publicado en el diario oficial "El Peruano" el 13.1.2011; criterio interpretativo sustentado en la Resolución N° 681-2009-SUNARP-TR-L del 15.5.2009.

[26] El X Pleno Registral se realizó el 8.4.2005 y fue publicado en el diario oficial "El Peruano" el 9.6.2005; criterio interpretativo sustentado en las Resoluciones N° 55-2001-ORLC/TR del 6.2.2001, 416-2000-ORLC/TR del 28.11.2000, 26-2002-ORLC/TR del 18.1.2002 y 256-2002-ORLC/TR del 16.5.2002. Criterio que resulta plenamente aplicable también a las sociedades, al cumplir el libro de actas el mismo rol.

[27] Art. 1, Ley N° 26501. "La legalización de apertura de libros contables y otros que la Ley señale, es competencia tanto de los jueces de paz letrados como de los notarios, a elección del usuario".

[28] ECO, Umberto (1995). "Interpretación y sobreinterpretación" (35) (traducción a cargo de Juan Gabriel López Guix), Cambridge: Cambridge University Press.

[29] DE TRAZEGNIES, Fernando (2000). "Pensando Insolentemente. Tres perspectivas académicas sobre el derecho, seguidas de otras insolencias jurídicas" (47). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

\* Monografía en tributo de mi hermano Julio Isidro, por el desempeño como Presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

\*\* Académico de Número Academia de Córdoba. Profesor Emérito UNC.

(\*) Abogado (UNT), Magister en Derecho Empresario (U. Austral), Doctorando en la Universidad Nacional de Córdoba. Secretario Sede Jujuy, "Instituto Noroeste de Derecho y Ciencias Sociales", perteneciente a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Juez de Cámara Civil y Comercial del Poder Judicial de Jujuy.

(\*\*) Sobre la base de la comunicación presentada en el "III Encuentro Nacional de Institutos", realizado en el mes de noviembre de 2019 en la sede de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

[30] CSJN, 19/03/2014, "Banco de la Provincia de Buenos Aires c. DNCI -Dispág. 622/05 (expág. 29.184/02)", La Ley 2014-D, 377: "Se trata de los 'derechos civiles constitucionalizados'. El principio protectorio de rango constitucional es el que da origen y fundamenta el derecho del consumidor, en el que se ha tenido en cuenta específicamente la posición de debilidad estructural en el mercado de usuarios y consumidores como rol socialmente definido".

[31] Código Civil Alemán (BGB): "§13 Consumidor: Consumidor es toda persona natural que celebra un negocio jurídico con una finalidad que no guarda relación con su actividad profesional empresarial o autónoma".

- [32] En Latinoamérica puede verse: Ley N° 453 de Bolivia (art. 5° inc. 1); Ley N° 8078 de Brasil (art. 2); Ley N° 19.496 de Chile (art. 1.1); Ley N° 1480 de Colombia (art. 5° núm. 3); Ley N° 21 de Ecuador (art. 2); Ley N° 1334 de Paraguay (art. 4); Ley N° 29.571 de Perú, Título Preliminar (art. IV.1); Ley N° 17.250 de Uruguay (art. 2).
- [33] Por lo tanto, quedarán excluidas como consumidores aquellas personas jurídicas que no califiquen como destinatarios finales. Conf., JARA AMIGO, RONY, "Ámbito de aplicación de la Ley chilena de protección al consumidor: inclusiones y exclusiones", en *Cuadernos de Extensión Jurídica N° 3 - Derecho del consumo y protección al consumidor: Estudios sobre la Ley N° 19.496 y las principales tendencias extranjeras*, Universidad de Los Andes - Facultad de Derecho, Hernán Corral Talciani Editor, Santiago de Chile, 1999, pág. 64.
- [34] Conf., BAUMAN, Zygmunt, *Trabajo, consumismo y nuevos pobres*, Gedisa, Barcelona, 2005, pág. 44: "la nuestra es una sociedad de consumo debemos considerar algo más que el hecho trivial, común y poco diferenciador de que todos consumimos. La nuestra es una comunidad de consumidores en el mismo sentido en que la sociedad de nuestros abuelos merecía el nombre de sociedad de productores. En esta segunda modernidad, o posmodernidad, la sociedad humana impone a sus miembros principalmente la obligación de ser consumidores. La forma en que esta sociedad moldea a sus integrantes está regida, ante todo y, en primer lugar, por la necesidad de desempeñar ese papel; la norma que les impone, la de tener capacidad y voluntad de consumir. La diferencia reside en el énfasis que se ponga en cada sociedad; ese cambio de énfasis marca una enorme diferencia casi en todos los aspectos de esa sociedad, en su cultura y en el destino individual de cada uno de sus miembros. Las diferencias son tan profundas y universales, que justifican plenamente hablar de la sociedad actual como de una comunidad totalmente diferente de la anterior: una sociedad de consumo".
- [35] ALTERINI, Atilio A., *Contratos. Civiles-comerciales- de consumo. Teoría general*, 1ª edición (1998), Reimpresión, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2006, pág. 98.
- [36] Por ejemplo, el Código de Comercio español de 1829.
- [37] Código de Comercio de la República Argentina de 1862, redactado por Dalmacio Vélez Sársfield y Eduardo Acevedo.
- [38] Salerno, Marcelo U., *Derecho civil profundizado*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998, pág. 27: "De ahí que su existencia precede a su esencia. De cualquier manera, es un derecho de excepción, sujeto a las regulaciones subsidiarias del orden civil, que contiene disposiciones previsoras a aplicar en la hipótesis de insuficiencia normativa".
- [39] Rivera, Julio C., *Instituciones de Derecho Civil. Parte General*, 5ª edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, t. I, pág. 100.
- [40] Fernández, Raymundo L., Gómez Leo, Osvaldo R. y AICEGA, María V., *Tratado Teórico-Práctico de Derecho Comercial*, 2ª edición, Lexisnexis, Buenos Aires, 2006, t. I-A, pág. 267.
- [41] Fargosi, Horacio, "La incidencia de la empresa en la sociedad anónima", La Ley, 2005-D, 1385: "la empresa ha pasado a ser el pivote del derecho comercial, y por ello puede admitirse que ya no lo es el sujeto empresario sino la acción de ese sujeto o mediata".
- [42] Salerno, Marcelo U., *Derecho civil profundizado*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998, pág. 27: "Se halla estructurado sobre dos bases: el profesionalismo de los comerciantes, que le da una orientación subjetiva (*ratione personae*) y el acto de comercio, apreciado de manera objetiva (*ratione materiae*)".
- [43] Pisani, Osvaldo E., *Derecho comercial y empresario*, 3ª edición, Astrea, Buenos Aires, 2016, pág. 14.
- [44] Pisani, Osvaldo E., *Derecho comercial y empresario*, 3ª edición, Astrea, Buenos Aires, 2016, pág.14.
- [45] Salerno, Marcelo U., *Derecho civil profundizado*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998, pág. 27.
- [46] Código de Comercio derogado, Art. 7. - Si un acto es comercial para una sola de las partes, todos los contrayentes quedan por razón de él, sujetos a la Ley mercantil, excepto a las disposiciones relativas a las personas de los comerciantes, y salvo que de la disposición de dicha Ley resulte que no se refiere sino al contratante para quien tiene el acto carácter comercial.
- [47] Código de Comercio derogado, Art. 5. - Todos los que tienen la calidad de comerciantes, según la Ley, están sujetos a la jurisdicción, reglamentos y legislación comercial. Los actos de los comerciantes se presumen siempre actos de comercio, salvo la prueba en contrario.
- [48] Arias Cáu, Esteban J., "El código unificado: Una propuesta sobre el ámbito subjetivo del consumidor", en *Revista de Derecho Comercial, del consumidor y de la empresa*, La Ley, Buenos Aires, Año II N° 5, 2011, pág. 107.
- [49] Etcheverry, Raúl A., *Derecho Comercial y Económico. Parte general*, Astrea, Buenos Aires, 1998, pág. 31: "en tanto que todo ordenamiento jurídico está destinado a reglar conductas, intereses de individuos, respecto de otros, en forma inmediata o mediata".
- [50] Arias Cáu, Esteban J., "El código unificado: Una propuesta sobre el ámbito subjetivo del consumidor", en *Revista de Derecho Comercial, del consumidor y de la empresa*, La Ley, Buenos Aires, Año II N° 5, 2011, pág. 96.
- [51] Etcheverry, Raúl A., *Derecho Comercial y Económico. Parte general*, Astrea, Buenos Aires, 1998, pág. 76.
- [52] Etcheverry, Raúl A., *Manual de Derecho Comercial. Parte general*, Astrea, Buenos Aires, 1983, pág. 80.
- [53] También puede recurrirse a otros métodos o agrupaciones empresarias, mediante la técnica contractual. Conf., Gebhardt, Marcelo, *Derecho empresario*, La Ley, Buenos Aires, 2011, pág. 73: "Un aspecto relevante para la diferenciación es el control o dominación ejercido por una o más sociedades sobre otra y otras. Este elemento no es propio ni característico de los contratos de colaboración a los que nos referiremos aquí, en los cuales prevalece la regla de la igualdad de trato y equiparación jurídica, sin subordinación alguna". Por ejemplo, métodos que no alteran las estructuras de las sociedades; o bien que las alteran (fusiones o escisiones); y, por último, contratos de colaboración o agrupación empresarias (U.T.E.).
- [54] Conf. MARTORELL, Ernesto E., *La transferencia de la empresa: problemática laboral*, Depalma, Buenos Aires, 1993, pág. 1.
- [55] Conf., Fargosi, Horacio, "La incidencia de la empresa en la sociedad anónima", La Ley, 2005-D, 1385. Ampliar en Gebhardt, Marcelo, *Derecho empresario*, La Ley, Buenos Aires, 2011, pág. 3: "El contenido del Derecho Comercial ha sido ampliado de un modo notable en las últimas décadas y ha desbordado su continente originario, el Código de Comercio que lleva hoy un siglo y medio de vigencia en la Argentina". Salerno, Marcelo U., *Derecho civil profundizado*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998, pág. 30.
- [56] Rivera, Julio C., *Instituciones de Derecho Civil. Parte General*, 5ª edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, t. I, pág. 107: "es decir, la eliminación de compartimentos estancos y el funcionamiento a veces armónico, a veces inarmónico, de principios que provienen del derecho público y del derecho privado en orden a la regulación de la actividad económica de la empresa en una comunidad".
- [57] Gebhardt, Marcelo, *Derecho empresario*, La Ley, Buenos Aires, 2011, pág. 4: "la creciente absorción y publicización del derecho mercantil clásico, que se ha venido reduciendo cada vez más, por obra del derecho económico, de la intervención del Estado en la actividad privada y especialmente con el rol asignado a la empresa".
- [58] CSJN, 06/03/2007 "Mosca, Hugo A. c. Provincia de Buenos Aires y otros", Fallos: 330:563. Considerando 10º: "... En el presente caso, se trata de la seguridad, entendida como un valor que debe guiar la conducta del Estado, así como a los organizadores de actividades que, directa o indirectamente se vinculen con la vida o la salud de las personas".
- [59] Llamas Pombo, Eugenio, *Orientaciones sobre el concepto y el método del Derecho Civil*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2002, pág. 105, agregando que: "al que ya hemos hecho referencia anteriormente, y que otorga un nuevo significado a conceptos básicos como la propiedad o la autonomía privada. El peso que adquieren los fenómenos colectivos, y la idea social que sustituye unas veces, y se superpone otras, a la idea individual...".
- [60] Arias Cáu, Esteban J., "El código unificado: Una propuesta sobre el ámbito subjetivo del consumidor", en *Revista de Derecho Comercial, del consumidor y de la empresa*, La Ley, Buenos Aires, Año II N° 5, 2011, pág. 96.
- [61] Salerno, Marcelo U., *Derecho civil profundizado*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998, pág. 30 y sig.: "La empresa se erige así en el centro del estudio de esta novedosa disciplina, construida sobre la base del derecho comercial -en particular la noción de fondo de comercio- la cual se ha ido ampliando con un rico material elaborado en torno del mundo de los negocios (en este sentido tiene una base subjetiva)".
- [62] Gebhardt, Marcelo, *Derecho empresario*, La Ley, Buenos Aires, 2011, pág. 5.
- [63] Rivera, Julio C., *Instituciones de Derecho Civil. Parte General*, 5ª edición, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2010, t. I, pág. 105.
- [64] Curá, José M. "Hacia una jerarquización del derecho mercantil -A propósito del nuevo plan de estudios en la facultad de derecho de la U.B.A.-", La Ley, 2005-D, 1474, quien agrega: "Ciertamente que lejos se está de aceptar a la empresa como sujeto de derecho, más nada impide que sea ese fenómeno organizacional el que oriente el pensamiento académico".
- [65] En tal sentido, advertimos que los papeles de comercio, la navegación aislada, la compraventa mercantil, poseen la nota de comercialidad, pero carecen de la noción de organización propia de la empresa.
- [66] Gebhardt, Marcelo, *Derecho empresario*, La Ley, Buenos Aires, 2011, pág. 1. El *derecho empresario* puede ser definido "como el conjunto de normas predominantemente jurídicas aplicables a la actividad económica y atinentes al funcionamiento de la empresa, tanto interno como en su relación con diversos sujetos, desde su creación hasta su extinción".
- [67] Salerno, Marcelo U., *Derecho civil profundizado*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998, pág. 51: "las diversas relaciones jurídicas a crear con socios, colaboradores, trabajadores, clientes, dispensadores de crédito acreedores, deudores, reparticiones públicas, cámaras, sindicatos, etc. En especial, se ocupa de todos los problemas jurídicos relacionados con la producción, distribución e intercambio de bienes o servicios".
- [68] Gebhardt, Marcelo, *Derecho empresario*, La Ley, Buenos Aires, 2011, pág. 29.
- [69] Código de Comercio de España, art. 1: "Son comerciantes, para los efectos de este Código: 1) los que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican a él habitualmente; 2) las compañías mercantiles e industriales que se constituyeren con arreglo a este Código".
- [70] *Code du Commerce*, art. 1: "Son comerciantes lo que ejercen actos de comercio y hacen de ello su profesión habitual".
- [71] Código de Comercio peruano, art. 1: "Son comerciantes, para los efectos de este Código: 1) los que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican a él habitualmente; 2) las compañías mercantiles o industriales que se constituyeren con arreglo a este Código", en una definición similar a la brindada por el Código de Comercio de España. El Código de Comercio de Chile, art. 10: "Son comerciantes los que, teniendo capacidad legal para contratar, hacen del comercio su profesión habitual".
- [72] Se trata de un cuerpo legislativo de derecho privado unificado, que mantiene la estructura del tiempo de su sanción y que en su origen comprendía materias de derecho *civil, comercial, laboral y parte del derecho público*, con la consecuencia lógica que el Código de Comercio italiano debió desaparecer.
- [73] Código Civil italiano, art. 2082: "*Empresario*: Es empresario quien ejercita profesionalmente una actividad económica organizada con finalidad de producción o de intercambio de bienes o servicios".
- [74] En ambas especies subyace el ejercicio habitual, perdurable en el tiempo, haciéndose de ello un modo de vida o profesión, de actos de comercio o ejercicio empresario, y que consiste en la producción o intercambio de bienes o servicios, de modo organizado.
- [75] Pisani, Osvaldo E., *Derecho comercial y empresario*, 3ª edición, Astrea, Buenos Aires, 2016, pág. 60: "Asimismo, se destaca que, en la nueva normativa, al comerciante individual se lo diferencia del 'empresario individual', tal como seguidamente veremos al desarrollar dicho tema".
- [76] Gebhardt, Marcelo, *Derecho empresario*, La Ley, Buenos Aires, 2011, pág. 30: "Lo antes dicho no significa que queden excluidas de esa calidad comercial las personas colectivas, sino que ellas están abarcadas por el art. 2 del mismo Código, en cuanto utiliza la expresión *persona* en sentido amplio".

- [77] También llamada como sociedad de consumidores. Conf. BAUMAN, Zygmunt, *Vida de consumo*, 1ª edición (2007), FCE, Buenos Aires, 2011, pág. 20.
- [78] Stiglitz, Rubén S. - Stiglitz, Gabriel A., *Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor*, 2ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2012, pág. 192
- [79] Wajntraub, Javier, *Protección jurídica del consumidor. Ley N° 24.240 y su reglamentación*, LexisNexis-Depalma, Buenos Aires, 2004, pág. 22.
- [80] Tinti, Guillermo PÁG. - Calderón, Maximiliano R., *Derecho del Consumidor. Ley N° 24.240 con las modificaciones de la Ley N° 26.361*, 3ª edición, Alveroni, Córdoba, 2011, pág. 23.
- [81] Stiglitz, Rubén S. - Stiglitz, Gabriel A., *Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor*, 2ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2012, pág. 9.
- [82] Bueno Campos, Eduardo, Cruz Roche, Ignacio y Durán Herrera, Juan J., *Economía de la empresa: Análisis de las decisiones empresariales*, Pirámide, Madrid, 1991, pág. 28.
- [83] Santarelli, Fulvio G., *Hacia el fin de un concepto único de consumidor*, La Ley 2009-E, 1055.
- [84] Junyent Bas, Francisco, Molina Sandoval, Carlos A., Garzino, María C., Heredia Querro, Juan S., *Ley de defensa del consumidor. Comentada, anotada y concordada*, Errepar, Buenos Aires, 2013, pág. 7.
- [85] Stiglitz, Rubén S. - Stiglitz, Gabriel A., *Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor*, 2ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2012, pág. 184: "Ello excluye la transacción aislada, accidental, la que no implica justamente, un negocio para quien lo ofrece".
- [86] Tinti, Guillermo PÁG. - Calderón, Maximiliano R., *Derecho del Consumidor. Ley N° 24.240 con las modificaciones de la Ley N° 26.361*, 3ª edición, Alveroni, Córdoba, 2011, pág. 25.
- [87] Junyent Bas, Francisco, Molina Sandoval, Carlos A., Garzino, María C., Heredia Querro, Juan S., *Ley de defensa del consumidor. Comentada, anotada y concordada*, Errepar, Buenos Aires, 2013, pág. 22.
- [88] Tinti, Guillermo PÁG. - Calderón, Maximiliano R., *Derecho del Consumidor. Ley N° 24.240 con las modificaciones de la Ley N° 26.361*, 3ª edición, Alveroni Ediciones, Córdoba, 2011, pág. 34, aclarándose: "No deroga, sin embargo, reglamentaciones provinciales sobre ese punto". Disentimos parcialmente, por cuanto el art. 3 de la LDC determina que el régimen del consumidor será preeminente sobre otras Leyes, generales o especiales, tanto nacionales como provinciales, que deberá ser aplicado en el sentido más favorable al consumidor.
- [89] Barocelli, Sergio S., *Educación superior de posgrado, relación de consumo y derecho de daños*, en Ghersi, Carlos A. - Weingarten, Celia (dir.), *Reparación Integral de Daños. Libro homenaje 80º Aniversario de la Asociación de Abogados de Buenos Aires-XII Congreso Internacional de Derecho de Daños*, Ed. Nova Tesis, Rosario, 2014, t. III, pág. 141 y sig.
- [90] Junyent Bas, Francisco, Molina Sandoval, Carlos A., Garzino, María C., Heredia Querro, Juan S., *Ley de defensa del consumidor. Comentada, anotada y concordada*, Errepar, Buenos Aires, 2013, pág. 131: "El Estado nacional, provincial, municipalidades, entidades autárquicas, empresas, sociedades del Estado y sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria pueden ser proveedores".
- [91] Gebhardt, Marcelo, *Derecho empresario*, La Ley, Buenos Aires, 2011, pág. 30.
- [92] Junyent Bas, Francisco, Molina Sandoval, Carlos A., Garzino, María C., Heredia Querro, Juan S., *Ley de defensa del consumidor. Comentada, anotada y concordada*, Errepar, Buenos Aires, 2013, pág. 22: "... tal como se concluyó en las XXII Jornadas de Derecho Civil, en la 'Comisión de Derecho Interdisciplinario: Derecho del consumidor' llevadas a cabo en Córdoba, en 2009".
- [93] Lorenzetti, Ricardo L., *Consumidores*, 2ª edición, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, pág. 111.
- [94] Gebhardt, Marcelo, *Derecho empresario*, La Ley, Buenos Aires, 2011, pág. 30: "Es la realización profesional y habitual, en los sentidos de realización reiterada y continua de actos de comercio, no meramente formales (cuestión de hecho y prueba), la que confiere esa condición de comerciante".
- [95] Etcheverry, Raúl A., *Manual de derecho comercial. Parte general*, 1ª edición (1977), 2ª reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 1983, pág. 139.
- [96] En el ámbito del derecho de defensa del consumidor brindamos el ejemplo siguiente. La locación puede ser o no de consumo en la medida que se configuren los presupuestos de la relación de consumo, esto es consumidor, proveedor, materia y causa final. Nos preguntamos, que ocurre cuando un propietario tiene dos inmuebles, habita en uno y alquila el otro, será un proveedor? ¿y si tiene tres inmuebles en propiedad horizontal?
- [97] Se ha considerado que esta enumeración legal no es taxativa. Vázquez Ferreyra, Roberto A.- Avalle, Damián, "Reformas a La Ley de defensa de los consumidores y usuarios", en Ghersi, Carlos A. - Weingarten, Celia (dir.), *Tratado jurisprudencial y doctrinario. Defensa del consumidor*, La Ley, Buenos Aires, 2011, t. II, pág. 511. Conf., Junyent Bas, Francisco, Molina Sandoval, Carlos A., Garzino, María C., Heredia Querro, Juan S., *Ley de defensa del consumidor. Comentada, anotada y concordada*, Errepar, Buenos Aires, 2013, pág. 42: "...el articulado dispone que actividades productoras de bienes o servicios hacen a la caracterización del proveedor, en una enumeración no taxativa sino simplemente ejemplificativa".
- [98] Con respecto a los distintos puntos de vista con los cuales se puede abordar a la empresa, como por ejemplo económico, sociológico, político y jurídico, nos remitimos a Gebhardt, Marcelo, *Derecho empresario*, La Ley, Buenos Aires, 2011, pág. 14 y sig.
- [99] Arias Cáu, Esteban J., "El código unificado: Una propuesta sobre el ámbito subjetivo del consumidor", en *Revista de Derecho Comercial, del consumidor y de la empresa*, La Ley, Buenos Aires, Año II N° 5, 2011, pág. 107: "se caracteriza al proveedor como aquella persona física o jurídica, pública o privada, que interviene en la producción, fabricación, importación, distribución, comercialización, venta o arrendamiento de bienes o prestación de servicios".
- [100] Santarelli, Fulvio G., "Hacia el fin de un concepto único de consumidor", en Ghersi, Carlos A. - Weingarten, Celia (dir.), *Tratado jurisprudencial y doctrinario. Defensa del consumidor*, La Ley, Buenos Aires, 2011, t. II, pág. 502.
- [101] Lambin, Jean-Jacques, *Marketing estratégico*, Mac Graw-Hill, España, 1987, pág. 239.
- [102] Farina, Juan M., *Contratos comerciales modernos*, Astrea, Buenos Aires, 1997, pág. 405.
- [103] Champaud, Claude, "Los métodos de agrupación de sociedades", RDCO, 1969, pág. 118.
- [104] Cabanellas, Guillermo (h), "Función económica del derecho societario", RDCO, año 1989, pág. 299.
- [105] Etcheverry, Raúl A., *Derecho Económico y Contratos*, Parte Especial, Astrea, Buenos Aires, 1994-1995, t. I, pág. 204.
- [106] Junyent Bas, Francisco, Molina Sandoval, Carlos A., Garzino, María C., Heredia Querro, Juan S., *Ley de defensa del consumidor. Comentada, anotada y concordada*, Errepar, Buenos Aires, 2013, pág. 45: "Quizás una de los agregados más trascendentes se vincula con la incorporación de la concesión (licencia) de marca en la noción de proveedor. La LDC no aclara en que debe consistir específicamente la concesión de la marca, razón por la cual debe tener un alcance amplio y abarcar la posibilidad de que el proveedor del producto o del servicio pueda utilizar la marca en el producto o servicio o en la forma de su comercialización".
- [107] Stiglitz, Rubén S. - Stiglitz, Gabriel A., *Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor*, 2ª edición actualizada y ampliada con la Ley N° 24.240 y el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, La Ley, Buenos Aires, 2012, pág. 188: "El sujeto (consumidor o usuario) protegido es el consumidor final, el que -como ya quedó expresado- se halla situado en el último tramo del circuito económico".
- [108] Curá, José M., "Consideraciones frente a la reforma del régimen de defensa del consumidor (Ley N° 26.631)", en Ghersi, Carlos A. - Weingarten, Celia (dir.), *Tratado jurisprudencial y doctrinario. Defensa del consumidor*, La Ley, Buenos Aires, 2011, t. II, pág. 566: "Es de indiscutible verdad que en la medida que una economía se afirma aparece el consumo".
- [109] Santarelli, Fulvio G., "Hacia el fin de un concepto único de consumidor", en Ghersi, Carlos A. - Weingarten, Celia (dir.), *Tratado jurisprudencial y doctrinario. Defensa del consumidor*, La Ley, Buenos Aires, 2011, t. II, pág. 502. La diferencia con la interpretación del Código de Comercio resulta superlativa. Veamos: En el Código de Comercio el ejercicio de actos de comercio debe ser efectivo; no es suficiente la voluntad abstracta de la persona; ni la mera inscripción en el Registro de Comercio; el pago de patentes y la posesión de una marca de comercio, son meras circunstancias que no confieren la calidad de comerciante.
- [110] Junyent Bas, Francisco, Molina Sandoval, Carlos A., Garzino, María C., Heredia Querro, Juan S., *Ley de defensa del consumidor. Comentada, anotada y concordada*, Errepar, Buenos Aires, 2013, pág. 34. Cfr., Stiglitz, Rubén S. - Stiglitz, Gabriel A., *Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor*, 2ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2012, pág. 178.
- [111] Esta es la postura del Código de Protección del consumidor del Perú. Ley N° 29.571, Título Preliminar, art. IV.1. Consumidores o usuarios. "... Los microempresarios que evidencien una situación de asimetría informativa con el proveedor respecto de aquellos productos o servicios que no formen parte del giro propio del negocio".
- [112] Arias Cáu, Esteban J., "La recepción del consumidor en el Código Civil unificado: sus consecuencias", Buenos Aires, 30/X/2012, MJD6034, www.microjuris.com (28/08/2019).
- [113] Una postura correcta puede verse en Wajntraub, Javier, "La integración normativa del estatuto del consumidor", en Caramelo, Gustavo - Picasso, Sebastián (dirs.), *Revista Derecho Privado. Derecho del consumo*, Infojus, Buenos Aires, 2014, pág. 107: "En ese sentido, participa de la última fase del proceso económico".
- [114] Este argumento ahora queda desierto en virtud de la regulación del contrato por adhesión del Código Civil y Comercial (arts. 984 y sig.).
- [115] Ley N° 24.240, art. 1.- Objeto. Consumidor. Equiparación. La presente Ley tiene por objeto la defensa del consumidor o usuario, entendiéndose por tal a toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda comprendida la adquisición de derechos en tiempos compartidos, clubes de campo, cementerios privados y figuras afines. Se considera asimismo consumidor o usuario a quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo. (Art. sustituido por art. 1° de la Ley N° 26.361 B.O. 7/4/2008)
- [116] Arias Cáu, Esteban J. - Barocelli, Sergio S., "Necesaria acreditación de una relación de consumo para los daños punitivos", La Ley 2014-E, 237; La Ley Online AR/DOC/2443/2014.
- [117] Rusconi, Dante D., "Concepto de 'consumidor-empresario'", La Ley 2014-B, 338.
- [118] Lima Marques, Cláudia, "La defensa del consumidor en Brasil. Diálogo de fuentes", en Stiglitz, Gabriel A. - Hernández, Carlos A. (dirs.), *Tratado de Derecho del consumidor. Parte General*, La Ley, Buenos Aires, 2015, t. I, pág. 167.
- [119] Arias Cáu, Esteban J. - Barocelli, Sergio S., "Necesaria acreditación de una relación de consumo para los daños punitivos", La Ley 2014-E, 237; La Ley Online AR/DOC/2443/2014.
- [120] CCyC, art. 11.- Abuso de posición dominante. Lo dispuesto en los arts. 9º y 10 se aplica cuando se abuse de una posición dominante en el mercado, sin perjuicio de las disposiciones específicas contempladas en Leyes especiales.
- [121] Tinti, Guillermo P. - Calderón, Maximiliano R., *Derecho del Consumidor. Ley N° 24.240 con las modificaciones de la Ley N° 26.361*, 3ª edición, Alveroni Ediciones, Córdoba, 2011, pág. 34.
- [122] Arias Cáu, Esteban J., "Responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos en las relaciones de consumo", en Stiglitz, Gabriel - Hernández, Carlos A., (dirs.), *Tratado de derecho del consumidor*, La Ley, Buenos Aires, 2015, t. III, pág. 601: "El Código Civil y Comercial no es aplicable en forma directa ni subsidiaria en materia de responsabilidad del Estado (leu 26.944), lo cual no impide su aplicación analógica en virtud de que, siguiendo una tradición patria, contiene reglas, conceptos y principios de teoría general del derecho en su articulado".

- [123] Así, Goyard-Fabre, Simone, *Kant et le problème du droit*, J. Vrin, Paris, 1975, pág. 9.
- [124] López Hernández, José, "La fundamentación del derecho en Kant", en: Anuario de filosofía del derecho IX (1992), pág. 395.
- [125] Cfr. Goyard-Fabre, op. cit., pág. 123; López Hernández, op. cit., pág. 395; Rojas Amandi, Víctor, "La filosofía del derecho de Immanuel Kant", en: *Dereito - Revista Jurídica da Universidade de Santiago de Compostela* 2004, Vol. 13, N° 2, págs. 131 y 133; Contreras García, Joel Jail, "El derecho en el pensamiento filosófico de Immanuel Kant", en: *Alegatos* 2009, N° 79, págs. 761, 772 y sig.
- [126] Kant, Immanuel, "Kant Naturrecht, Vorlesungsnachschrift aus dem Winterhalben Jahre 1784 von *Gottfried Feyerabend*", en: *Kant gesammelte Schriften*, editado por la Akademie der Wissenschaften der DDR, Bd. 27, Abt. IV, Vorlesungen über Moralphilosophie, Hälfte 2., Teil 2., Berlin 1979, págs. 1317 y sigs.
- [127] Sobre la influencia del idealismo kantiano en Savigny ver Rückert, Joachim, *Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny*, Gremer, Ebelsbach, 1984, págs. 303 y sigs. Cfr. también Byrd, Sharon, "Kant's Theory of Contract", en: Timmons, Mark (Ed.), *Kant's Metaphysics of Morals - Interpretative Essays*, Oxford University Press, Oxford, 2002, págs. 113, 120 y sig.; Püls, Joachim, *Parteiautonomie - Die Bedeutung des Parteilwillens und die Entwicklung seiner Schranken bei Schuldverträgen im deutschen Rechtsanwendungsrecht des 19. und 20. Jahrhunderts*, Duncker & Humblot, Berlin, 1995, págs. 31 y sig.; Unberath, *Die Vertragsverletzung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2007, págs. 63 y sigs.
- [128] Mazeaud, Denis, "*Le droit européen des contrats et ses influences sur le droit français*", en: ERCL 2010, pág. 20.
- [129] Casas, Manuel Gonzalo, "Die causa-Lehre in der französischen und argentinischen Privatrechtsreform", en: ZEuP 2017, pág. 78 y sig.; Doralt, Walter, "*Der Wegfall der Geschäftsgrundlage - Altes und Neues zur théorie de l'imprévision in Frankreich*", en: *RabelsZ* 2012, pág. 774, nota al pie N° 48.
- [130] Sobre la eliminación de la teoría de la causa en el ordenamiento jurídico francés en profundidad ver Casas, "Die causa-Lehre...", op. cit., págs. 69 y sigs.; además mismo autor, "*La recodificación del derecho privado francés - Una esperada reforma*", en: LA LEY N° 3.6.2016, págs. 3 y sig.; Weller, Marc-Philippe, "*Die französische causa-Lehre - Ende eines Mythos?*", en: Stumpf, Cordula/Kainer, Friedrich/Baldus, Christian (Editores), *Privatinitiative und Gemeinwohlhorizonte in der europäischen Integration: Festschrift für Peter-Christian Müller-Graff zum 70. Geburtstag am 29. September 2015*, Nomos, Baden-Baden, 2015, págs. 113 y sigs.; mismo autor, "«La cause» dans l'avant-projet de réforme du droit des obligations", en: Schulze, Reiner/Wicker, Guillaume/Mäsch, Gerald (Editores), *La réforme du droit des obligations en France, 5èmes Journées franco-allemandes, Société de Législation Comparée*, Paris, 2015, págs. 146 y sigs.
- [131] Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, 2 Teile, Nicolovius, Königsberg, 1797, Vorrede, pág. 5.
- [132] Cfr. López Hernández, op. cit., págs. 397 y sig.; Rojas Amandi, op. cit., pág. 119.
- [133] López Hernández, op. cit., pág. 397.
- [134] Cfr. Contreras García, op. cit., pág. 771; Rojas Amandi, op. cit., pág. 127.
- [135] Kant, "*Kant Naturrecht...*", op. cit., pág. 1320, N° de referencia 4. Cfr. sobre esto asimismo Hruschka, Joachim, "*Kants Rechtsphilosophie als Philosophie des subjektiven Rechts*", en: *JZ* 2004, pág. 1086.
- [136] Cfr. López Hernández, op. cit., pág. 397; Contreras García, op. cit., págs. 765 y sigs.
- [137] Kant, "*Kant Naturrecht...*", op. cit., pág. 1322, N° de referencia 8 y sig.
- [138] Cfr. sobre una reflexión similar, pero respecto a los insectos Armour, Leslie, "*Perestroika, Economic Freedom and Moral Agency: Marxism, Economics and Legality*", en: *Int J Soc Econ* 1991, Issue: 5/6/7, pág. 88; también Seligman, Martin E. P./Tierney, John, "*We Aren't Built to Live in the Moment*", en: *New York Times*, 19.5.2017, disponible en [https://www.nytimes.com/2017/05/19/opinion/sunday/why-the-future-is-always-on-your-mind.html?\\_r=0&ref=nyt-es&mcid=nyt-es&subid=article](https://www.nytimes.com/2017/05/19/opinion/sunday/why-the-future-is-always-on-your-mind.html?_r=0&ref=nyt-es&mcid=nyt-es&subid=article) (última consulta: 25/5/2020); Wilson, David/William, Dixon, *A History of Homo Economicus - The nature of the moral in economic theory*, Routledge, London, 2012, pág. 17.
- [139] Ohly, "*Volenti non fit iniuria*" - *Die Einwilligung im Privatrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen 2002, pág. 65.
- [140] Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, Teil I: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, Einleitung in die Metaphysik der Sitten, op. cit., II., pág. 14.
- [141] Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, Teil I: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, Einleitung in die Metaphysik der Sitten, op. cit., III., pág. 19. Cfr. sobre esto también mismo autor, "*Kant Naturrecht...*", op. cit., págs. 1326 y sig., N° de referencia 17 y sig., 20 y sig.
- [142] López Hernández, op. cit., pág. 399. Cfr. Unberath, op. cit., pág. 34.
- [143] Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, Teil I: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, Einleitung in die Metaphysik der Sitten, op. cit., III., pág. 20.
- [144] Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, Teil I: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, Einleitung in die Metaphysik der Sitten, op. cit., III., pág. 20.
- [145] Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, Teil I: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, Einleitung in die Rechtslehre, op. cit., § B, pág. 30.
- [146] Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, Teil I: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, Einleitung in die Rechtslehre, op. cit., § B, págs. 30 y sig..
- [147] Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, Teil I: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, Einleitung in die Rechtslehre, op. cit., § B, pág. 31.
- [148] Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, Teil I: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, Einleitung in die Rechtslehre, op. cit., § B, pág. 31.
- [149] López Hernández, op. cit., pág. 399. Cfr. Unberath, op. cit., pág. 33.
- [150] Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, Teil I: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, Einleitung in die Rechtslehre, op. cit., § B, pág. 31.
- [151] Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, Teil I: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, Einleitung in die Rechtslehre, op. cit., § B, pág. 31.
- [152] El imperativo kantiano del deber reza: "Obra como si la máxima de tu acción debiera tornarse, por tu voluntad, Ley universal de la naturaleza". Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, 4. Aufl., J. F. Hartknoch, Riga, 1797, pág. 52. (Texto original: "Handle so, als ob die Maxime deiner Handlung durch deinen Willen zum allgemeinen Naturgesetze werden sollte").
- [153] Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, Teil I: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, Einleitung in die Rechtslehre, op. cit., § C, pág. 32. (Texto original: "(...) handle äußerlich so, daß der freie Gebrauch deiner Willkür mit der Freiheit von jedermann nach einem allgemeinen Gesetze zusammen bestehen könne."). Cfr. también mismo autor, "*Kant Naturrecht...*", op. cit., pág. 1320, N° de referencia 3 y sig.
- [154] Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, Teil I: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, Einleitung in die Rechtslehre, op. cit., § D, págs. 32 y sig.
- [155] Cfr. Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, Teil I: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, Einleitung in die Rechtslehre, op. cit., § D, págs. 32 y sig.; mismo autor, "*Kant Naturrecht...*", op. cit., pág. 1328, N° de referencia 22, pág. 1329, N° de referencia 24.
- [156] Así Rojas Amandi, op. cit., págs. 139, 141 y 146; cfr. además Contreras García, op. cit., pág. 773.
- [157] López Hernández, op. cit., pág. 401.
- [158] Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, Teil I: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, Einteilung der Rechtslehre, op. cit., § B, pág. 39.
- [159] Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, Teil I: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, Einteilung der Rechtslehre, op. cit., § B, pág. 39.
- [160] Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, Teil I: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, Einteilung der Rechtslehre, op. cit., § B, pág. 39.
- [161] López Hernández, op. cit., págs. 402 y sig.; cfr. además Unberath, op. cit., págs. 34 y sig.
- [162] Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, Teil I: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, Einteilung der Rechtslehre, op. cit., § B, pág. 39.
- [163] Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, Teil I: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, Einteilung der Rechtslehre, op. cit., § B, pág. 39.
- [164] López Hernández, op. cit., pág. 403.
- [165] López Hernández, op. cit., pág. 403.
- [166] Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, Teil I: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, Einteilung der Metaphysik der Sitten überhaupt, op. cit., § B, pág. 44.
- [167] Cfr. Williams, Howard, "Kant's Concept of Property", en: *Philos. Q.* 1977, Volumen 27, pág. 36.
- [168] Así Abarca Hernández, Oriester, "El Estado como necesidad racional y el derecho de propiedad en la teoría política de Kant", en: *Inter Sedes* (2001) N° 2-3, págs. 14 y sig.; Goyard-Fabre, op. cit., págs. 85 y sig.; cfr. asimismo Hruschka, op. cit., págs. 1090 y sig.
- [169] Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, Teil I: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, op. cit., § 1, pág. 47, § 5, pág. 51.
- [170] Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, Teil I: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, op. cit., § 1, pág. 47, § 5, pág. 51. Cfr. sobre esto Williams, op. cit., pág. 32; Tomassini, Fiorella, "El concepto de 'posesión común originaria' en la doctrina kantiana de la propiedad", en: *AHF* (2015), N° 2, págs. 437 y sig.; Byrd, Sharon/Hruschka, Joachim, "Kant on 'Why must I keep my promise?'" , en: *81 Chi.-Kent L. Rev.* (2006), págs. 55 y sigs.
- [171] Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, Teil I: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, op. cit., § 2, pág. 48. (Texto original: "*Es ist möglich, einen jeden äußern Gegenstand meiner Willkür als das Meine zu haben*").
- [172] Hruschka, op. cit., pág. 1089.
- [173] Cfr. Hevia, Martín, "*Kant y la filosofía del derecho contractual: Las teorías basadas en la autonomía*", en: Fabra Zamora, Jorge Luis/Spector, Ezequiel (Directores), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, Vol. III, México D.F. 2015, págs. 2507 y sig.
- [174] Ver Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, Teil I: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, op. cit., § 2, pág. 48.
- [175] Cfr. Hruschka, op. cit., pág. 1089; Tomassini, op. cit., págs. 437 y sig.; Unberath, op. cit., págs. 38 y sigs.; además Rauscher, Frederick, "*Kant's Social and Political Philosophy*", en: *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2017 Edition), Zalta, Edward N. (ed.), disponible en <https://plato.stanford.edu/archives/spr2017/entries/kant-social-political/> (última consulta: 25/5/2020).
- [176] Hruschka, op. cit., pág. 1089; asitambién Unberath, op. cit., pág. 40.
- [177] Hruschka, op. cit., pág. 1089.

- [178] Guyer, Paul, "Kant's Deductions of the Principles of the Right", en: Timmons, Mark(Ed.), *Kant's Metaphysics of Morals - Interpretative Essays*, op. cit., pág. 58.
- [179] Cfr. Unberath, op. cit., pág. 36.
- [180] Abarca Hernández, op. cit., pág. 16; Unberath, op. cit., pág. 41.
- [181] Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, Teil I: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, op. cit., § 41, pág. 113. Cfr. Abarca Hernández, op. cit., pág. 17.
- [182] Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, Teil I: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, op. cit., § 9, pág. 59.
- [183] Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, Teil I: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, op. cit., § 9, pág. 59. Cfr. sobre esto Unberath, op. cit., págs. 42 y sig.
- [184] Cfr. a este respecto Guyer, op. cit., págs. 57 y sigs.; Williams, op. cit., pág. 37.
- [185] Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, Teil I: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, op. cit., § 8, pág. 58, § 14, pág. 67; cfr. sobre esto Rauscher, op. cit.
- [186] Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, Teil I: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, op. cit., § 15, págs. 67 y sig. Cfr. Guyer, op. cit., pág.60; Hruschka, op. cit., pág.1088; Williams, op. cit., pág.34.
- [187] Cfr. Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, Teil I: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, op. cit., § 8, págs. 58 y sig.;Guyer, op. cit., pág. 62.
- [188] Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, Teil I: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, op. cit., § 8, págs. 58 y sig.
- [189] Similar Rauscher, op. cit.; también Unberath, op. cit., págs. 42 y sig.;Hruschka, op. cit., págs. 1086 y sig.
- [190] Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, Teil I: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, op. cit., § 15, pág. 67.
- [191] Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, Teil I: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, op. cit., § 8, pág. 59. Cfr. sobre esto Abarca Hernández, op. cit., pág. 16; Guyer, op. cit., pág.62; Hruschka, op. cit., págs.1086 y sigs.; Williams, op. cit., págs. 37 y sig.
- [192] Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, Teil I: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, op. cit., § 9, pág. 59 (cfr. también misma obra, § 15, pág. 68, § 16, pág. 71, § 42, págs. 113 y sig.).
- [193] Ver Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, Teil I: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, op. cit., § 6, págs. 52 y sigs., §§ 12 y sigs.
- [194] Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, Teil I: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, op. cit., § 6, pág. 54.
- [195] Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, Teil I: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, op. cit., § 13, pág. 65.
- [196] Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, Teil I: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, op. cit., § 6, pág. 52.
- [197] Sobre esto Tomassini, op. cit., págs. 441 y sigs.; además Bertomeu, María Julia, "De la apropiación privada a la adquisición común originaria del suelo. Un cambio metodológico «menor» con consecuencias políticas revolucionarias", en: Isegoria/30 (2004), pág. 142 y sig., 145.
- [198] Bertomeu, op. cit., pág. 144;Tomassini, op. cit., págs. 442 y sig., 447.
- [199] Ver Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, Teil I: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, op. cit., § 11, págs. 63 y sig., § 17, pág. 72.
- [200] Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, Teil I: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, op. cit., § 11, pág. 64, § 17, pág. 72.
- [201] Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, Teil I: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, op. cit., § 11, pág. 64; sobre esto también Tomassini, op. cit., págs. 439 y sig.
- [202] Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, Teil I: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, op. cit., § 11, pág. 64; cfr. a este respecto además Williams, op. cit., pág. 35.
- [203] Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, Teil I: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, op. cit., § 6, pág. 52.
- [204] Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, Teil I: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, op. cit., § 13, pág. 66.
- [205] Ver Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, Teil I: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, op. cit., § 14, págs. 66 y sig., § 15, págs. 67 y sig.
- [206] Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, Teil I: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, op. cit., § 16, pág. 70.
- [207] Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, Teil I: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, op. cit., § 16, pág. 70.
- [208] Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, Teil I: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, op. cit., § 16, págs. 70 y sig.
- [209] Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, Teil I: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, op. cit., § 6, pág. 54, § 10, pág. 62, § 14, pág. 66.
- [210] Sobre la teoría lockeana de la propiedad ver Locke, John, *Two treatises of government, in the former, the false principles and foundation of Sir Robert Filmer and his followers are detected and overthrown, the latter is an essay concerning the true original, extent, and end of civil government*, Printed for Awnsham Churchill, London, 1690, second essay, Chapág. V., págs. 243 sigs.
- [211] Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, Teil I: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, op. cit., § 15, pág. 68, § 17, pág. 72.
- [212] Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, Teil I: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, op. cit., § 12, pág. 65, § 17, pág. 72.
- [213] Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, Teil I: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, op. cit., § 4, pág. 49.
- [214] Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, Teil I: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, op. cit., § 10, pág. 63.
- [215] Rauscher, op. cit.
- [216] Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, Teil I: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, op. cit., § 4, pág. 49.
- [217] Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, Teil I: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, op. cit., § 4, pág. 49, §§ 22 y sigs., págs. 80 y sigs.
- [218] Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, Teil I: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, op. cit., § 10, pág. 63.
- [219] Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, Teil I: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, op. cit., § 29 y sig., págs. 86 y sigs.
- [220] Williams, op. cit., pág. 33; cfr. además Rauscher, op. cit.
- [221] Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, Teil I: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, op. cit., § 4, pág. 50.
- [222] Casas, Manuel Gonzalo/López Testa, Daniela, "Una 'dogmática deconstructiva' del Código Civil y Comercial", en: Suplemento Actualidad La Ley 11.05.2015, pág. 1.
- [223] Sobre los cambios de concepción del derecho, por ejemplo, del siglo pasado, respecto a la posición jurídica de la mujer y los niños y las niñas en general Casas/López Testa, op. cit., págs. 1 y sigs.
- [224] Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, Teil I: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, op. cit., § 18, pág. 74. En profundidad sobre la teoría kantiana del contrato Byrd/Hruschka, op. cit., págs. 53 y sigs.;Goyard-Fabre, op. cit., págs. 153 y sigs.;Unberath, op. cit., págs. 43 y sigs.;también Dedek, Helge, "A Particle of Freedom: Natural Law Thought and the Kantian Theory of Transfer by Contract", en: CILJ 2012, págs. 337 y 341;Hevia, op. cit., págs. 2510 y sigs.
- [225] AsíHruschka, op. cit., pág. 1091.
- [226] Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, Teil I: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, op. cit., §§ 18 y sigs., págs. 74 y sigs. Cfr. sobre estoDedek, op. cit., págs. 336 y sigs.
- [227] Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, Teil I: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, op. cit., § 20 y sig., págs. 77 y sigs. Cfr. sobre esto Hevia, op. cit., págs. 2510 y sigs.; Unberath, op. cit., pág. 46; Byrd/Hruschka, op. cit., pág. 69; Goyard-Fabre, op. cit., pág. 153.
- [228] Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, Teil I: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, op. cit., § 18, pág. 75.
- [229] Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, Teil I: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, op. cit., § 18, pág. 75.
- [230] Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, Teil I: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, op. cit., § 18, pág. 75. Cfr. mismo autor, "Kants Naturrecht...", op. cit., pág. 1350, N° de referencia 63.
- [231] Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, Teil I: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, op. cit., § 20, pág. 78.
- [232] Byrd/Hruschka, op. cit., pág. 61; Goyard-Fabre, op. cit., págs. 155 y sigs.
- [233] De estamanager Hevia, op. cit., pág. 2509; Rauscher, op. cit.
- [234] Byrd/Hruschka, op. cit., págs.65 y sig.
- [235] Guyer, op. cit., pág. 58.
- [236] Kant, "KantsNaturrecht...", op. cit., pág. 1319, N° de referencia 1.
- [237] Kant, "KantsNaturrecht...", op. cit., pág. 1319, N° de referencia 2.
- [238] Similar Byrd/Hruschka, op. cit., pág. 61; Williams, op. cit., pág. 33.
- [239] Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, Teil I: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, op. cit., § 4, pág. 50, § 18, pág. 75; ver además Byrd/Hruschka, op. cit., pág. 61;Dedek, op. cit., pág. 337, nota al pie N° 112;Hevia, op. cit., pág. 2510.
- [240] Goyard-Fabre, op. cit., pág. 157.
- [241] Dedek, op. cit., págs. 336 y sig., y allí también nota al pie N° 112.
- [242] Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, Teil I: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, op. cit., § 7, pág. 57. (Texto original: "(...) denn da wird meine Habe und Besitz an dem

Versprochenen dadurch nicht aufgehoben, daß der Versprechende zu einer Zeit sagte: diese Sache soll dein sein, eine Zeit hernach aber von ebenderselben Sache sagt: ich will jetzt die Sache solle nicht dein sein”).

[243] Byrd/Hruschka, op. cit., pág. 53.

[244] Kant, “KantsNaturrecht...”, op. cit., pág. 1321, N° de referencia 8, pág. 1350, N° de referencia 64.

[245] Ejemplo modificado extraído de Byrd/Hruschka, op. cit., pág. 52.

[246] Así Byrd/Hruschka, op. cit., pág. 72.

[247] Kant, “KantsNaturrecht...”, op. cit., pág. 1319, N° de referencia 2, pág. 1350, N° de referencia 64.

[248] Abarca Hernández, op. cit., pág. 16.

[249] Guyer, op. cit., pág. 32.

[250] Sobre la posibilidad de actuar de diversas formas del ser humano, afirma Yuval Noah Harari, en su célebre obra sobre macro-historia de la humanidad “Homo sapiens”: “El acalorado debate sobre el ‘modo de vida natural’ del *Homo sapiens* no tiene sentido. Desde la Revolución Cognitiva, no ha habido una única forma de vida para el *Sapiens*. Sólo hay *opciones culturales*, entre una asombrosa *paleta de posibilidades*”. (Destacado en el original de “Homo sapiens”, el resto de lo destacado nos pertenece). Harari, Yuval Noah, *Sapiens - A Brief History of Humankind*, Traducido por Harari, con ayuda de John Purcell y Haim Watzman, Vintage, London 2014, pág. 51 (Texto original en inglés: “*The heated debate about Homo sapiens’ natural way of life’ is missing the point. Ever since the Cognitive Revolution, there hasn’t been a single way of life for Sapiens. There are only cultural choices, from among a bewildering palette of possibilities*”).

[251] En esta dirección -influenciado por el idealismo kantiano- también Savigny, Friedrich Carl von, *System des heutigen Römischen Rechts*, Erster Band, Veit, Berlin, 1840, pág. 339.

[252] Gordillo, Agustín. Jornadas sobre *Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público*, Universidad Austral, Ediciones RAP, BsAs 2007, Exposición sobre *La responsabilidad del Estado en la práctica*, pág. 729.

[253] Gordillo, Agustín. Jornadas sobre *Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público*, op. cit, pág. 736.

[254] Montoro Chiner, M.J. y Hill Prados, M.C.: *Responsabilidad patrimonial de la Administración y contrato de seguro*, Atelier Administrativo, Barcelona, 2002, pág. 12.

[255] Huergo Lora, Alejandro, *El seguro de responsabilidad civil de las administraciones públicas*, Madrid, Marcial Pons, 2002, Pág. 21.

[256] Jornadas sobre *Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público*, Universidad Austral, Ediciones RAP, Bs As 2007, Exposición sobre *La contratación de seguros para casos de responsabilidad estatal*, pág. 806.

[257] Ley N° 25.172 arts. 2, 38 y cc; Ley N° 25.675, arts. 22, 28 y cc.

[258] Montoro Chiner, M.J. y Hill Prados, M.C.: op. cit. pág. 27.

[259] Montoro Chiner, M.J. y Hill Prados, M.C. op. cit. pág. 29.

[260] Hutchinson, Tomas, *Régimen de Procedimiento Administrativo - Ley N° 19.549*, Astrea, Bs As 2003.

[261] Gamero Casado, E.: *Los contratos de seguro de responsabilidad extracontractual*. REDA 103/1999, pág. 373.

[262] Franc-Valluet, F.-PÁG. *De la regle L’Etat est son propre assureur*, RGAT, 1998, pág. 608. El autor pone un ejemplo clásico relativo a un seguro marítimo. El Ministerio de Correos y Telecomunicaciones de Francia no solía asegurar los buques de que disponía para la colocación de cables submarinos, y comenzó a hacerlo a raíz de un accidente ocurrido en las Azores, no tanto para evitar las pérdidas patrimoniales derivadas de posibles accidentes, como para que el Lloyd’s se hiciera cargo de la gestión de los siniestros.

[263] Montoro Chiner, M.J. y Hill Prados, M.C. op. cit. pág. 32.

[264] Toller Fernando, “*El moderno derecho a la Tutela Judicial Efectiva*”, en *Revista de Derecho Administrativo*, Numero 15, 2003, Lexis- Nexis, Pág. 545.

[265] Fallos CSJN 327:4185.

[266] Montoro Chiner, M.J. y Hill Prados, M.C. op. cit. pág. 34.

[267] Montoro Chiner, M.J. y Hill Prados, M.C. op. cit. pág. 35

[268] Blanquier Criado, *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Ponencia especial de estudios del Consejo de Estado*, C.E. Madrid, 1997, pág.85.

[269] Gamero Casado, E.: op. cit, pág. 380.

[270] Gamero Casado, E., op. cit, Pág. 381.

[271] Huergo Lora, Alejandro, *op. cit*, Pág. 27. Además, ello indica que la traslación a terceros (seguro) puede ser total o parcial. Esto último sucede cuando se pacta una franquicia (es decir, el siniestro lo cubre el tomador del seguro hasta una determinada cuantía) o cuando se contrata un seguro “por capas”, de modo que, en función de la cuantía del siniestro, participan en su cobertura unos u otros sujetos.

[272] De La Riva Ignacio M., *La innecesidad del reclamo administrativo previo en la acción de daños y perjuicios contra el Estado Argentino*, en AAVV Derecho Procesal Administrativo, libro en homenaje al Profesor Jesus González Perez, bajo la dirección de Juan Carlos Cassagne, Hammurabi, Bs As, 2004, págs. 1210 y ss.

[273] CJSalta, Torno 64:695,65:591,84:207.

[274] Bianchi, Alberto *¿Tiene fundamentos constitucionales el agotamiento de la instancia administrativa?*, LL-1995-A-432 y 433. En el mismo sentido, Muñoz, Guillermo, *El reclamo administrativo previo*, LL-1988-A-1052 y 1053.

[275] Tawil, Guido, *Administración y Justicia (alcance del control judicial de la actividad administrativa)*, Depalma, Bs As 1993, t II, págs. 158 y 159.

[276] “El Poder Ejecutivo no admitirá por vía de gestión administrativa, la responsabilidad del Estado en las reclamaciones por daños y perjuicios que se promuevan con motivo de hechos o accidentes en que sean parte sus empleados o agentes, acaecidos en circunstancias en que estos realizan las funciones o tareas encomendadas; debiéndose dejar librada a la eventual contienda judicial, tanto lo relativo a la responsabilidad por las consecuencias de los hechos o accidentes como lo que se refiera al monto de la compensación a que hubiere lugar”.

[277] Carrillo, Pedro, “Demandas contra la Nación (decreto 28.211/44)”, LL, 91: 929.

[278] Incluso en los considerandos del Decreto N° 28.211/44 se alertaba del riesgo de que en casos dudosos se presten “a la intervención interesada y a veces perniciosas de personas influyentes”.

[279] García De Enterría, Eduardo, Y Fernández, Tomás Ramón, *Curso de derecho administrativo*, t. II, 9ª ed., 1ª ed. argentina, con notas de Agustín Gordillo, Thomson/Civitas- La Ley, Buenos Aires, 2006, págs. 524-B a 524-D.

[280] CSJN, *Pampuro, Genesio, Fallos*, 256: 513.

[281] PTN, *Dictámenes*, 78: 261.

[282] CJSalta 94:25/34: 103:809/820; 104:165/172; 106:31/38; 123:945/962; 107:227; entre otros.

[283] De la Riva Ignacio M., op. cit, págs. 1210 y ss.

[284] Cfr. Dictámenes, 61:217; 71:219; 84:145; 84:247; 86:124; 89:340; 94:306; 98:21; 104: 115; 117:87; 118: 197 y 119:280.

[285] Cfr. Dictámenes, 123:254 y 172:016.

[286] Cfr. Dictámenes, 117:87.

[287] Cfr. Dictámenes, 121:255.

[288] Cfr. Dictámenes, 123:19; 127:99; 133:493; 139:34; 172:74; 174:166; 181: 14; 181:97; 18833; 190:142; 192: 191; 193:73; 201: 148; 207: 1 y 231:334.

[289] Cfr. Dictámenes, 123:19; 139:34; 172:73 y 181:97.

[290] Cfr. Dictámenes, 121:255; 123: 19; 127:99; 128:150; 128:516; 128:573; 139:34; 190: 142 y 192:191.

[291] Cfr. Dictámenes, 181:14 y 207:1.

[292] Gordillo, Agustín, *La reclamación administrativa previa*, ED, 6-1067.

[293] De la Riva, Ignacio M., op. cit. pág. 1222.

[294] Hutchinson, Tomas, *Régimen de Procedimiento Administrativo - Ley N° 19.549*, Astrea, Bs As 2003, pág. 235.

[295] Montoro Chiner, M.J. y Hill Prados, M.C. *Responsabilidad patrimonial de la Administración y contrato de seguro*, Atelier Administrativo, Barcelona, 2002, pág. 12.

[296] Montoro Chiner, M.J. y Hill Prados, M.C. op. cit., pág. 93.

[297] Documento de sesión del Parlamento Europeo del 27/01/2017 con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica, disponible en <https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005>

[298] UCHA, Florencia, *Inteligencia Artificial*, sitio: Definición ABC, fecha 14/08/2013 URL: <https://www.definicionabc.com/tecnologia/inteligencia-artificial.php>

[299] Robótica e inteligencia artificial: nuevos desafíos jurídicos- Caber Derecho, Law And Trenes (2017), 15 de mayo de 2017, from <http://www.lawandtrends.com/noticias/tic/robotica-e-inteligencia-artificial-nuevos.html>

[300] Corvalán, Juan Gustavo, “La Primera Inteligencia Artificial predicativa al Servicio de la Justicia: *Prometea*”, LL AR/DOC/2520/2017.

[301] Gómez- Riesco Tabernero de Paz, Juan, “*Los Robots y la responsabilidad civil extracontractual*”, en BARRIO ANDRÉS, Moisés (dir.), *Derecho de los Robots*, Ed. Wolters Kluwer, Madrid, 2018, pág. 115.

- [302] Inteligencia Artificial. Grado en Derecho. Alumno: Carmen Vallejo de Hoyos. Director: Ramón Heras de las Heras. Facultad de Derecho. Universidad de Almería. Almería, junio de 2017. URL: <https://www.repositorio.ual.es>.
- [303] *The Rise of Robots and the Law of Humans* (2017).
- [304] Sunstein, Cass R., *Of Artificial Intelligence and Legal Reasoning*. University of Chicago Law School, Chicago Unbound, Public Law and Legal Theory Working Papers, 2001.
- [305] Dworkin, Ronald. *El imperio de la Ley* (1985).
- \* – Abogado (UNT). Doctor de la Universidad de Buenos Aires, área Derecho Constitucional. Relator de la Corte Suprema de Justicia de Tucumán. Profesor titular interino de la cátedra Derecho Constitucional "C" de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UNT). Investigador categorizado del CIUNT-Categoría 3. Director de la carrera de Doctorado en Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UNT). Miembro fundador del Centro de Investigaciones en Derecho Constitucional y Ciencia Política "José Benjamín Gorostiaga" de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UNT). Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional.
- [306] Empleo en este apartado algunas de las consideraciones expuestas por el Dr. Mario R. Velázquez, Juez Instrucción Penal y de Menores del Centro Judicial Monteros, Tucumán, en la causa "Defensoría Oficial Penal s/ Hábeas corpus", expediente N° 1017/20, sentencia del 03/4/2020.
- [307] La Vanguardia, "La ONU ante el Coronavirus: "El mundo se enfrenta a la peor crisis desde la Segunda Guerra Mundial", 01/4/2020. Disponible en: <https://www.lavanguardia.com/economia/20200401/48254415839/onu-coronavirus-peor-crisis-segunda-guerra-mundial-pib-antonio-guterres-secretario-general.html>
- [308] "Mapa del coronavirus en el mundo, en tiempo real hoy, 30 de mayo: casos y muertos", según el mapa elaborado por la Universidad John Hopkins. Whiting School of Engineering, 30/5/2020, disponible en [https://as.com/diarios/2020/05/30/actualidad/1590823450\\_076378.html](https://as.com/diarios/2020/05/30/actualidad/1590823450_076378.html)
- [309] Disponible en <https://www.boletinoficial.gob.ar/suplementos/2020031201NS.pdf>
- [310] Falke, Ignacio A., "Distintas dimensiones de la tutela de la salud pública en la emergencia", en *La Tutela de la Salud Pública - Capítulo I - La Emergencia, los Remedios Procesales y el Control de Constitucionalidad*, 09/4/2020, IJ-CMXV-256. Ver también: "Cuarentena obligatoria y constitucional", *diarijudicial.com* 23/3/2020, <https://www.diarijudicial.com/nota/85988>
- [311] El derecho a la información (DAF) surgió con el art. 19 de la Declaración de los Derechos Humanos, adoptada en París el 10/12/1948. Tal disposición establece: "Toda persona tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones y el de difundirlas sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión". Señala Loreti que el DAF se vincula con otros derechos humanos tales como la libertad de opinión, la libertad de expresión y la libertad de prensa. Sin embargo, "no son sinónimos entre sí ni equivalentes al DAF, que es más amplio y fruto de un proceso de evolución histórica y jurídica". El autor citado advierte que el DAF "es complejo porque encierra una gama de facultades y obligaciones tanto para quien produce y emite la información cuanto para quien la recibe, la reconoce y la resemaniza". Aparecen, así, como derechos del informador, los siguientes: derecho a no ser censurado directa o indirectamente; derecho a investigar, difundir y publicar informaciones u opiniones; derecho a contar con los instrumentos técnicos que le permitan hacerlo; derecho a que su mensaje no sea interferido; derecho a acceder y al secreto profesional; y derecho a la cláusula de conciencia. El informado, por su parte, en tanto sujeto universal del DAF, tiene derecho a recibir informaciones u opiniones; derecho a seleccionar los medios y la información a recibir (pluralismo informativo); derecho a ser informado verazmente; derecho a preservar la honra e intimidad; derecho a requerir la imposición de responsabilidades legales; y derecho de rectificación o respuesta (derecho de réplica). El DAF, explica Loreti, responde a una concepción más amplia y moderna que el concepto clásico de la "libertad de prensa", que no llega a cubrir las necesidades y expectativas del sujeto universal, titular del DAF. La sola libertad de prensa no garantiza, en una sociedad moderna, la información de los ciudadanos: "Hoy se afirma una necesidad nueva, el DAF" (cfr. LORETI, Damián M., "El derecho a la información", Ed. Paidós, 1995, cap. 1).
- [312] Fernández de Casadevante Mayordomo, Pablo, "El derecho de emergencia constitucional en España hacia una nueva taxonomía", *Revista de Derecho Político*, número 107 (2020) <http://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/27185>
- [313] Cfr. Rosatti, Horacio, "Tratado de Derecho Constitucional", 2ª edición ampliada y actualizada, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2017, tomo II, pág. 686/687.
- [314] Art. 23. En caso de conmoción interior o de ataque exterior que pongan en peligro el ejercicio de esta Constitución y de las autoridades creada por ella, se declarará en estado de sitio la provincia o territorio en donde exista la perturbación del orden, quedando suspensas allí las garantías constitucionales. Pero durante esta suspensión no podrá el presidente de la República condenar por sí ni aplicar penas. Su poder se limitará en tal caso respecto de las personas, a arrestar o trasladarlas de un punto a otro de la Nación, si ellas no prefiriesen salir fuera del territorio argentino.
- Art. 61. Corresponde también al Senado autorizar al Presidente de la Nación para que declare en estado de sitio, uno o varios puntos de la República en caso de ataque exterior.
- Art. 75. (...) 29. Declarar en estado de sitio uno o varios puntos de la Nación en caso de conmoción interior, y aprobar o suspender el estado de sitio declarado, durante su receso, por el Poder Ejecutivo.
- Art. 99. (...) 16. Declara en estado de sitio uno o varios puntos de la Nación, en caso de ataque exterior y por un término limitado, con acuerdo del Senado. En caso de conmoción interior sólo tiene esta facultad cuando el Congreso está en receso, porque es atribución que corresponde a este cuerpo, el Presidente la ejerce con las limitaciones prescriptas en el Art. 23.
- Art. 75. (...) 25. Autorizar al Poder Ejecutivo para declarar la guerra o hacer la paz.
- Art. 99 (...) 15. Declara la guerra y ordena represalias con autorización y aprobación del Congreso.
- [315] Art. 76. Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca (...).
- [316] Fallos, 141:271 (05/9/1924).
- [317] Fallos, 172: 21 (07/12/1934).
- [318] En relación a este requisito, cabe advertir que en el caso "Peralta, Luis A. y otro c. Estado nacional (Ministerio de Economía -B. C. R. A.- s/ amparo", anterior a la reforma de 1994, la CSJN avaló inclusive medidas de emergencia económica dispuestas por medio de un DNU, es decir, sin previa intervención del Congreso (PÁG. 137 XXIII, 27/12/1990).
- [319] Ruiz Moreno, Horacio J., "La emergencia a la luz de nuestra Constitución", *La Ley* 1990-E, 884. Cita Online: AR/DOC/13159/2001
- [320] Cfr. Rosatti, Horacio, "Tratado de Derecho Constitucional", 2ª edición ampliada y actualizada, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2017, tomo II, pág. 692.
- [321] Cfr. Rosatti, Horacio, "Tratado de Derecho Constitucional", 2ª edición ampliada y actualizada, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2017, tomo II, pág. 698.
- [322] "Guida, Liliana c/Poder Ejecutivo Nacional s/empleo público", Fallos: 323:1566 (02/6/2000).
- [323] Fallos, 172: 21 (07/12/1934).
- [324] Fallos, 240:228 (1958).
- [325] Fallos, 240:233 (1958).
- [326] Fallos, 160:104.
- [327] Colautti, Carlos E., "Las situaciones de emergencia y la libertad de expresión", *Boletín Informativo de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional*, año VI, N° 56, diciembre de 1990.
- [328] Fallos, 236:41 (1956).
- [329] Fallos, 241:59 (1959).
- [330] Fallos, 248:529 (1960).
- [331] Fallos, 250:196 (1961).
- [332] Colautti, Carlos E., "Las situaciones de emergencia y la libertad de expresión", *Boletín Informativo de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional*, año VI, N° 56, diciembre de 1990.
- [333] CADH. CAPITULO IV SUSPENSIÓN DE GARANTÍAS, INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN Art. 27. 1. En caso de guerra, de peligro público, o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social. 2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes arts.: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Nombre); 19 (Derechos del Niño); y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos (...).
- [334] <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf>
- [335] El evento "Conversación con expertos: COVID-19 y libertad de expresión" se encuentra disponible en el Canal de Youtube del Knight Center Courses, en <https://www.youtube.com/watch?v=aSDPxORKp0Y&t=2s>
- \* El presente trabajo trata de sintetizar las conferencias dadas en la Universidad Complutense de Madrid el 5 junio de 2019 "I International Workshop on Tax & Robotics" y del 28 de noviembre de 2019 "II International Workshop on Tax & Robotics" sobre "Big Data, Inteligencia Artificial y Administración tributaria. Para mayor información véase en línea: <https://www.ucom.es/taxrobot/presentacion> (recuperado, 27.01.2020).
- \*\* – Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid con tesis calificada con sobresaliente cum laude por unanimidad. Coordinador de la Comisión de Inteligencia Artificial de la Corte Suprema de Justicia de Tucumán - Argentina. Magistrado en el fuero de Ejecuciones Fiscales del Poder Judicial de Tucumán. Prof. Adjunto a Cargo de Cátedra por la Universidad Nacional de Tucumán. Profesor de postgrado - Universidad Austral y de otras Universidades de la Argentina y del extranjero. Investigador por la UCM y UNT. Director del Proyecto de Investigación PIUNT Tipo B, L613-PIUNT 2018/2022: "La tributación en la cuarta revolución industrial: estudio sobre los retos del derecho tributario en la era de la robotización y de la economía digital". Investigador del Proyecto dirigido Fernando Serrano Antón, financiado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad de España, DER 2017-87238 R - Programa Estatal de I+D+i, orientado a los Retos de la Sociedad, titulado: "Fiscalidad y robótica: los retos de las administraciones tributarias frente a los procesos de robotización de la sociedad actual y la supervivencia del estado de bienestar". Postdoctor - Certificación Universidad de Zaragoza, Especialización Postdoctoral en Derecho Público (Director: Prof. Dr. Antonio Embid Irujo). [airiarte@justucuman.gov.ar](mailto:airiarte@justucuman.gov.ar).
- [336] Puede verse el desarrollo y estudios relacionados con la línea de investigación "cuarta revolución industrial" (27.01.2020): <https://www.weforum.org/>. Ver: *The Fourth Industrial Revolution: what it means and how to respond*. "World Economic Forum".
- [337] CORVALÁN, Juan G.: PROMETEA: *Inteligencia Artificial para transformar organizaciones Públicas*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2019, pág. 6.
- [338] SAINZ DE BUJANDA, F.: *Notas de Derecho Financiero*, Tomo 1, vol. 2, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Madrid, 1967, pág. 197 y ss.: "Es lo cierto que las líneas fundamentales del Derecho tributario actual sólo se trazaron cuando, a partir de los primeros años de este siglo, se hizo del estudio de la relación jurídica tributaria el eje de la construcción dogmática de esta parcela del ordenamiento" [...] "La parte general del Derecho Tributario gira todo ello en torno a la Relación Jurídica Tributaria, cuyos aspectos, sustantivo y formal - por utilizar ahora la sistemática aceptada en el programa de esta cátedra - integran el objeto de estudio de las lecciones 33 - 48, ambos inclusive". Sainz de Bujanda, F.: *Notas de Derecho Financiero*, Tomo 1, vol. 2, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Madrid, 1967, pág. 197 y ss. Se puede ver al mismo autor para un análisis más profundo, sobre la



evolución histórica de la relación jurídica tributaria: *Sistema de Derecho Financiero*, Tomo I, vol. 2, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1985, págs. 26 y 210. En esta obra Sainz de Bujanda, resume, analiza y critica, las principales doctrinas que surgieron entorno a la relación jurídica en el área financiera, para al final del capítulo darnos su tesis que ha ayudado a aclarar y sintetizar doctrinas que se consideraban opuestas. Parte de la historia del pensamiento jurídico tributario y de las elaboraciones sistemáticas de esta rama jurídica corresponde un puesto de honor al profesor Blumenstein, de la Universidad de Berna. Comienza el análisis, recordando las diversas teorías proyectadas en función de las relaciones del Estado y del Contribuyente: "El tránsito de las relaciones de poder a la relación jurídica. Regulación normativa de la relación jurídica tributaria y de su ejecución"; "Teoría de las relaciones jurídicas concéntricas"; "Clasificación y robustecimiento de la distinción entre Derecho tributario material y Derecho tributario administrativo". "Ideas sistemáticas del Derecho tributario administrativo"; "Teoría de la relación jurídica tributaria de naturaleza compleja"; "El giro doctrinal hacia las denominadas tesis dinámicas o funcionales"; "Una visión actualizada e integradora del Derecho Tributario". Sainz de Bujanda, F.: *Sistema de Derecho Financiero*, Tomo I, vol. 2, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1985, págs. 26 y 210.

[339] PLAZAS VEGA, M.: "La relación jurídica tributaria. Reflexiones sobre el hecho imponible y la sujeción pasiva en general y en el IVA en particular", en: *Homenaje al Prof. Dr. Vicente Oscar Díaz*, Asociación Argentina de Estudios Fiscales, Bs. As., 2017, págs. 85 y ss. Desde su postura minimalista sobre el concepto de relación tributaria, nos deja, acertadamente la siguiente opinión: "...Mucho se ha advertido, al respecto, a propósito de los intercambios de información, las acciones BEPS y la colaboración de las administraciones tributarias en el ámbito de la llamada fiscalización internacional. Pero si bien nadie puede cuestionar esa decidida cruzada, lo que no se debe pasar por alto es que sería un verdadero retroceso caer, a nombre de la eficacia de las investigaciones y actuaciones de la Administración, en un resurgimiento de la fuerza, del poder imperial, en medio del cual reinen la discrecionalidad y la inseguridad jurídica...". La teoría de la relación jurídica tributaria, modernamente conceptualizada, sea simple o compleja, concebida dentro de la matriz del Estado de Derecho Constitucional, tienen un origen común, justamente luchar contra la concepción que la centralizaba como una relación exclusivamente de poder. Pensamos que, con el debido control judicial o arbitral, puede existir una relación colaborativa sin que implique, una sumisión en base a la discrecionalidad absoluta y arbitrariedad insostenible.

[340] Se establece que la relación jurídica tributaria principal es el vínculo jurídico obligatorio que se entabla entre el fisco, en su calidad de sujeto activo, y un sujeto pasivo. Incluso, la doctrina sostiene, que tal relación debe ser definida en un doble sentido: a) Como la vinculación establecida por una norma jurídica entre una circunstancia condicionante (la realización del hecho imponible) y una consecuencia jurídica (el mandato de pago); b) Como la vinculación establecida por esa norma legal entre la pretensión del fisco como sujeto activo y la obligación del contribuyente que la Ley lo designa como sujeto pasivo. Tanto esta pretensión como su correlativa, nos dice, integran la consecuencia jurídica de haberse producido el hecho imponible. La posición se resume de la siguiente manera: el derecho tributario material absorbe a la relación jurídica tributaria principal descripta, además prevalece los aspectos sustanciales de la relación jurídica que se establecen entre el Estado y los sujetos pasivos con motivo del tributo. Lo relaciona con el corazón de la disciplina. VILLEGAS, H. B.: *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario*, 10ª edición actualizada y ampliada, Astrea, Ciudad de Buenos Aires, 2016, pág. 254. También podemos recordar las reflexiones de LUQUI, en tanto mantenía el término obligación, pero infería que la doctrina no parece muy afecta a su uso. No se pronunció a favor del término relación jurídica tributaria, en tanto que según su parecer "todavía no tiene una entidad jurídica y su uso es consecuencia de la obligación tributaria". LUQUI J.C.: *Derecho Constitucional Tributario*, Depalma, Buenos Aires, 1993, págs. 328 y ss.;

[341] JARACH, D.: *El hecho imponible*, 2da Ed., Temis, Bs. As., 1971, págs. 13 y ss.; JARACH, D.: *Finanzas Públicas y Derecho Tributario*, Tercera Edición, Abeledo Perrot, Bs. As., 1996, págs. 366 y ss.

[342] LUQUI entendió que "La obligación tributaria es el vínculo legal que constriñe la voluntad particular, mandando entregar al Estado una suma de dinero desde el momento que se produce el acto o el hecho previsto en ella y que le sea imputable. Con su producto, el Estado costea los gastos de las funciones y servicios públicos". Continúa diciéndonos, "La obligación tributaria contiene, como toda obligación, la idea de ligamen o sujeción, como que ella liga o ata al deudor. La razón determinante de ese ligamen no es de la misma naturaleza jurídica que en otras obligaciones, especialmente las de naturaleza civil o privada. Aquí es el Estado quien impone ese ligamen; por eso en toda obligación tributaria predomina el elemento político, que constituye capítulo fundamental". LUQUI J.C.: *Derecho Constitucional Tributario*, Depalma, Buenos Aires, 1993, págs. 328 y ss.

[343] ALTAMIRANO, no hace mucho tiempo viene sosteniendo que, el Derecho tributario se ocupa del estudio de la obligación tributaria prevista en la Ley que tipifica un hecho o acto, el cual, acaecido, obliga a quien lo produce a pagar una cantidad de dinero al Estado. Indica, asimismo, que el Derecho tributario no se desvincula del estudio de una amplia gama de aspectos también sustanciales, como son las normas procesales necesarias para la aplicación de las normas materiales, pues sin la articulación del procedimiento quedaría en el plano de la abstracción el cumplimiento de la obligación tributaria. ALTAMIRANO, A.: *Derecho Tributario, teoría general*, Marcial Pons, Ciudad de Buenos Aires, 2012, pág. 37.

[344] GORDILLO A.: *Tratado de Derecho Administrativo*, Fundación de Derecho Administrativo, T. I, 5ª ed., Bs. As., 2000, pág. 28 y ss.

[345] La expresión relación jurídica puede ser utilizada en sentido amplio como también en sentido restringido. La falta de acuerdo en doctrina sobre este punto ha sido culpa, más allá de la posición filosófica jurídica que se adopte, del desencuentro metodológico desde el concepto mismo, la esencia y el sentido en que se trataba a la expresión, relación jurídica (López de Zavallía, F., *Derechos Reales*, T. I, Zavallía Editor, 1989, pág. 15). Es decir, encontramos a los que sostenían el contenido complejo de la relación, se referían a la misma como conjunto, dentro de ella a una serie de obligaciones variadas, entre las que se destaca la obligación de contribuir o de pago del impuesto como relación principal, sin descuidar un cúmulo de relaciones, situaciones y obligaciones, accesorias o no, al pago, pero considerándolas secundarias al mismo. Estaban también aquellos que le prestaban atención de manera restringida a una parte importante del conjunto, a la célula de la relación jurídica, a la obligación tributaria llamándola igual que el conjunto. La discrepancia metodológica ha confundido durante años a la doctrina, la ha enfrentado, la ha estancado, desatendiendo otros problemas también importantes de las relaciones entre el Fisco - Contribuyente. Durante mucho tiempo no se ha hecho más que sacralizar al hecho imponible o a la obligación tributaria de pago como aspectos sustanciales, fundamentales y materiales del Derecho tributario, desatendiendo otros problemas tan relevantes como los anunciados, relegando su naturaleza a situaciones puramente formales, de aplicación, procedimentales o administrativas, pretendiendo separar su naturaleza entre *dar y hacer*, dentro de la relación jurídica tributaria, o, incluso, relegándola de ella. Nos referimos a la posición activa del contribuyente, tanto del deber de contribuir como del deber de informar. El contribuyente tiene derecho, según la contracara del deber de contribuir o del impuesto, a la repetición y compensación automática, por un lado. Por el otro, a tener acceso y gobernanza sobre su información propia, sobre los datos, con y sin naturaleza tributaria, y acceso general a la información pública tributaria de interés público. Consideramos que esta relación bilateral, fundada en derechos, activa y pasiva, en igualdad horizontal, no se aleja demasiado de la conceptualizada por NAWIASKY en sus: "Cuestiones Fundamentales de Derecho Tributario", *Instituto de Estudios Fiscales*, Madrid, 1982, págs. 51 y ss. Puede verse dichas reflexiones en nuestro libro: IRIARTE YANICELLI, Adolfo A.: *El Derecho a la Información Tributaria: del Fisco y del Contribuyente: un estudio comparado sobre la dinámica de la relación jurídica tributaria entre Argentina y España*, Bibliotex, Tucumán - Argentina, 2009

[346] IRIARTE YANICELLI, Adolfo A.: *Ibidem*, pág. 24.

[347] Este paradigma es analizado por, O'DONNELL A.: "Transparencia, cooperación y nuevas tecnologías en materia de secreto fiscal", en AAVV: *Tributación de la Economía Digital*, dirigido por BRACCIA M., Ed. La Ley, Bs.As., 2019, pág. 485.

[348] Puede verse la línea de investigación sobre Derechos Humanos y Tributación, incluso en el marco del Plan de Acción BEPS: <https://www.ibfd.org/Academic/Observatory-Protection-Taxpayers-Rights> (recuperado 18.02.2020). El informe general: <https://www.ibfd.org/Academic/National-Reports-Observatory-Protection-Taxpayers-Rights> (recuperado, 10.02.2020). Existe una relación clara e innegable entre los derechos humanos y la fiscalidad con los derechos humanos que influyen directamente en diferentes facetas de la relación fiscal, tanto material como formalmente. Los derechos humanos influyen materialmente en el concepto de impuestos "justos" para equilibrar el disfrute efectivo de los derechos fundamentales de las personas, en condiciones de libertad y dignidad (como educación, salud, trabajo, etc.) contra el financiamiento adecuado de la actividad estatal dirigida en la contratación de servicios públicos esenciales. Los derechos humanos facilitan el reconocimiento formal de la posición de un contribuyente frente a las reclamaciones fiscales y, por lo tanto, su derecho a la participación y defensa en los procedimientos administrativos y judiciales relacionados con la evaluación de la responsabilidad fiscal. Véase: <https://www.ibfd.org/sites/ibfd.org/files/content/pdf/2018%20OPTR%20Report%20%28Final%29%20%28002%29.pdf> (recuperado, 18.02.2020)

[349] SERRAT ROMANI, M.: "Los efectos de la era digital en los Derechos de los Contribuyentes", en AAVV: *Tributación de la Economía Digital*, dirigido por BRACCIA M., Ed. La Ley, Bs.As., 2019, pág. 457.

[350] NAWIASKY, H.: *Cuestiones Fundamentales de Derecho Tributario*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1982, págs. 51 y ss.;

[351] AAVV: *Derechos Humanos y Tributación*, MORDEGLIA, R.: "Derecho a la privacidad e intimidad y tributación. La autodeterminación de los datos en materia fiscal", Bs. As, 2001, págs. 382 y ss.

[352] IRIARTE YANICELLI, Adolfo A.: *El Derecho a la Información Tributaria: del Fisco y del Contribuyente: un estudio comparado sobre la dinámica de la relación jurídica tributaria entre Argentina y España*, Bibliotex, Tucumán - Argentina, 2009, pág. 104 y ss.

[353] OBERSON, X.: *International Exchange of Information in Tax Matters. Towards Global Transparency*, 2da. Ed., EE, UK, 2018, Punto. 2.07.

[354] Porello, consideramos trascendentes la opinión de Rodríguez Bereijo cuando nos dice que al centrar el estudio de la dogmática tributaria en el *debitod'imposta* u obligación tributaria, se deja en la sombra toda una serie de situaciones jurídicas subjetivas, activas y pasivas (RODRÍGUEZ BEREIJO, A.: *Introducción al estudio del Derecho Financiero*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1976, pág. 278). A nuestro modo de ver son de vital importancia y forman parte de la relación jurídica tributaria, como lo es el derecho a la información tributaria, el intercambio de información, el acceso a la información de datos por parte del contribuyente y la transparencia del Estado, que surgen como obligaciones autónomas, sin tener que estar relacionadas con determinada comprobación o fiscalización de tributos.

[355] RODRÍGUEZ BEREIJO, A.: "El sistema tributario en la Constitución (los límites al poder tributario en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional)", *Revista Española de Derecho Tributario Constitucional*, Nro. 12, 1992, págs. 65 y ss. El autor sostiene que: "...en un sistema tributario de masas, sin la colaboración del contribuyente y de las personas que tienen relación con el hecho imponible, con la consiguiente aportación de datos e información, sería imposible llevar a cabo el proceso de aplicación de los tributos...".

[356] SAINZ DE BUJANDA, F.: *Hacienda y Derecho*, Vol. I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975, págs. 413 y ss.).

[357] SCHWAB, K.: *LA Cuarta Revolución Industrial*, Ed. Debate, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2017, pág. 19.

[358] Es un concepto usado para explicar el surgimiento de la ciencia durante la Edad moderna temprana, asociada con los siglos XVI y XVII, donde se observaron nuevas ideas y conocimientos en física, astronomía, biología, anatomía humana y química. Transformaron así visiones antiguas y medievales sobre la naturaleza y sentaron las bases de la ciencia clásica. La finalización de la revolución científica se atribuye a la gran síntesis de 1687 de los principios de Isaac Newton, que formuló las Leyes de movimiento y de la gravitación universal y completó, así, la síntesis de la nueva cosmología. A finales del siglo XVIII, la revolución científica había dado paso a la "Era de la Reflexión". Véase: [https://es.wikipedia.org/wiki/Revoluci%C3%B3n\\_cient%C3%ADfica](https://es.wikipedia.org/wiki/Revoluci%C3%B3n_cient%C3%ADfica) (recuperado 14.12.18).

[359] HARARI, Y. N.: *De Animales a dioses. Breve historia de la humanidad*, Ed. Debate, Ciudad de Buenos Aires, 2011, pág. 15.

[360] HARARI, Y. N.: *21 Lecciones para el siglo 21*, Debate, Ciudad de Buenos Aires, 2018, pág. 53.

[361] HECKMAN, J.J.; STIXRUD, J. and URZUA, S.: "The Effects of Cognitive and Noncognitive Abilities on Labor Market Outcomes and Social Behavior", *Journal of Labor Economic*, 2006 - 24(3), 411-482, 2006, pág. 411.

[362] RONANKI R. y STEIER D., "Cognitive Analytics", 2014, en: <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/us/Documents/consumer-business/us-cp-darwin-tech-trends-2014-cognitive-analytics.pdf> (recuperado, 18.02.2020). Los autores detallan: "La Inteligencia artificial, el aprendizaje automático y el procesamiento del lenguaje natural, han pasado de conceptos experimentales a posibles disruptores del comercio. Aprovechar la velocidad de Internet, la escala de la nube y el dominio adaptativo de los negocios posibilitan procesos para generar ideas que ayuden a la toma de decisiones en tiempo real, por diversas organizaciones que desean mejorar su capacidad de responder. El análisis cognitivo puede ser una forma poderosa de cerrar la brecha entre la intención del *big data* y la realidad de la toma práctica de decisiones".

[363] STIGLITZ, J. E.: *La gran brecha. Que hacer con las sociedades desiguales*. Taurus, Bs. As., 2015, págs. 441 y ss. STIGLITZ, J. E.: "Escasez en una era de abundancia", *Proyect Syndicate*, 6 de junio de 2008.

[364] Además, los desafíos asociados con la Cuarta Revolución Industrial coinciden con el rápido surgimiento de restricciones ecológicas, el advenimiento de un orden internacional cada vez más multipolar y la creciente desigualdad. Estos desarrollos integrados están marcando el comienzo de una nueva era de globalización. Si mejorará la condición humana dependerá de si la gobernabilidad corporativa, local, nacional e internacional se puede adaptar a tiempo. Véase: SCHWAB (2018) en <https://www.weforum.org/agenda/2018/11/globalization-4-what-does-it-mean-how-it-will-benefit-everyone/>

[365] Diccionario RAE, <http://dle.rae.es/srv/fetch?id=aJbn4er> (Recuperado, 14.12.18)

- [366] Fernández T. R., *De la Arbitrariedad de la Administración*, IV ed., Civitas, Madrid, 2002, pág. 6. Lo que ha llevado a Tomás R. Fernández, a sostener que el lastre de muchos y graves equívocos, sin lugar a dudas es la propia expresión de "Poder Discrecional" que supone de suyo una redundancia porque adjetivo discrecional, duplica en cierto modo el sustantivo poder al que pretende calificar. Se ha dicho del "poder discrecional", frase acuñada por el excelente jurista suizo Hans Huber, que es "el verdadero caballo de Troya en el seno del Derecho Administrativo de un Estado de Derecho", citado por García de Enterría, E., en: *La lucha contra las inmunidades del poder*, III Ed. 2004, Civitas, Madrid, pág. 29. Beltrán de Felipe M., *Discrecionalidad Administrativa y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1995, págs. 201 y ss.; Gómez Cabrera, C., *La discrecionalidad de la administración tributaria*, McGraw-Hill, Madrid, 1998, págs. 5 y ss. Moreno Fernández, J. I., *La discrecionalidad en el derecho tributario*, Lex Nova, Valladolid, 1998.
- [367] GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *La lucha contra las inmunidades del poder*, III Ed. Civitas, Madrid, 2004, pág. 29.
- [368] GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Revolución Francesa y Administración Contemporánea*, Civitas, Madrid, 1998.
- [369] Vigo, R. L.: "De la interpretación de la Ley a la argumentación desde la constitución" en AA.VV.: *Tratado de Derecho Judicial*, Abeledo Perrot, Bs. As., 2013.
- [370] Valdés Costa, R.: *Instituciones de Derecho Tributario*, Bs. As, Depalma, 1992, pág. 6.
- [371] En primer lugar, GIANNINI, considera que del conjunto de esas relaciones surgen "entre el Estado y los contribuyentes derechos y deberes recíprocos, que forman el contenido de una relación especial: la relación jurídica tributaria", cuyo contenido es complejo. El autor afirma que la relación jurídica "constituye la parte esencial y fundamental de la relación"; refiriéndose a que la misma contiene "la obligación del contribuyente de pagar la cantidad equivalente al impuesto debido en cada caso", a la que denomina "deuda tributaria". En estos términos, GIANNINI, al contemplar y asimilar las concepciones de nuestra materia, que otrora fueron plasmadas por SAVIGNY -quien como se sabe fue el primero en emplearla en su Sistema como elemento estructural de la ciencia del derecho y central de su teoría. GIANNINI: *Instituciones de Derecho Financiero*, Ed. Derecho Financiero, Madrid, 1957, pág. 67.
- [372] Berliri, A., *Principi di diritto tributario*, (1 ed.), vol. II, pág. 4.; *Corso Istituzionale di Diritto Tributario*, Giuffrè, Milano, 1985, vol. Primero, págs. 155 y ss.
- [373] JARACH, D.: *El Hecho Imponible*, 2da edición, Bs. As., 1971, págs. 13 a 19.
- [374] Berliri, A., *Principios de Derecho Tributario*; Vol. II (traducción de Narciso Amorós y Eusebio González García), *Editorial de Derecho Financiero*, Madrid, 1971, pág. 130. El autor citado lleva su pensamiento a los extremos de sostener que el concepto de obligación tributaria no debe polarizar la atención en detrimento de otras relaciones jurídicas que surgen con motivo de la aplicación de tributos, sobre todo cuando pueden existir deberes jurídicos sin obligación de pagar; es así que en la categoría genérica de relación jurídica-tributaria ubica como una de sus especies la obligación tributaria, que a su juicio en ciertos casos puede ser de hacer, y no solamente de dar. Es decir que las considera obligaciones jurídicas y no de otra índole.
- [375] En opinión de VANONI no existe una obligación principal y otras subordinadas o accesorias, sino que todas ellas son autónomas sin que la preeminencia de la obligación de dar y la circunstancia de que las distintas obligaciones concurren al desarrollo de aquella, deba inducir en el error de considerar que éstas son simples momentos o como obligaciones colaterales del vínculo fundamental de pagar el tributo. El autor establece que todas las obligaciones son autónomas de contenido variado y no pueden reducirse a una sola obligación de pagar. Vanoni, *Elementi di Diritto Tributario*, citado por: Fonrouge G., *Derecho Financiero*, vol. I, 7 ed., Depalma, Bs. As., 2001, pág. 426 y ss.
- [376] Jarach, D.: *Finanzas Públicas y Derecho Tributario*, Tercera edición, Bs. As, Abeledo-Perrot, 1996, págs. 366 y ss. También en: *El Hecho Imponible*, págs. 13 y ss.
- [377] Vigo, R. L.: "De la interpretación de la Ley a la argumentación desde la constitución" en AA.VV.: *Tratado de derecho judicial*, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 2013.
- [378] PÉREZ LUÑO, A. E.: *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2004.
- [379] PÉREZ LUÑO, A. E.: *Ibidem*, 2004.
- [380] Puede verse la voz "Estado de Bienestar" en: [https://es.wikipedia.org/wiki/Estado\\_del\\_bienestar](https://es.wikipedia.org/wiki/Estado_del_bienestar) (recuperado 04.12.18)
- [381] Serrat Romani, M.: "Los derechos y garantías de los contribuyentes en la era digital: transparencia e intercambio de la información tributaria", recuperada (13.12.18): [http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/121129/1/MSR\\_TESIS.pdf](http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/121129/1/MSR_TESIS.pdf)
- [382] IRIARTE YANICELLI, A.: *El Derecho a la información tributaria: del fisco y del contribuyente*, Bibliotex, Tucumán, Argentina, 2009, pág. 98.
- [383] OLIVARESOLIVARES, B. D., "Administración tributaria, transparencia y derecho de acceso a la información personal", en AA. VV.: *Tributación de la Economía Digital*, La Ley, Bs. As., 2019, págs. 432 y ss.
- [384] MALHERBE, J., TELLO C. Pág. y M. A. GRAURUIZ. (2014, 1). Puede verse: OECD, *Addressing the tax challenges of the digital economy*, en: <http://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions.htm>. OECD (2018), *Tax Challenges Arising from Digitalisation - Interim Report 2018: Inclusive Framework on BEPS*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/9789264293083-en>
- [385] BRACCIA, M.F.: *Derecho Internacional Tributario, El surgimiento de un nuevo orden de tributación internacional a partir del proyecto BEPS*, Thomson Reuters - La Ley, Ciudad de Buenos Aires, 2016, pág. 441.
- [386] Puede verse: WARRINGTON J.: "Se insta a los gigantes de la tecnología a recoger las facturas del IVA en la represión del Fraude", <https://www.cityam.com/tech-giants-urged-to-pick-up-vat-bills-in-fraud-crackdown/> (recuperado, 29.01.2020).
- [387] Pueden verse los informes referidos: <http://www.oecd.org/tax/beps/> (recuperado, 14.12.18); <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264293083-en.pdf?expires=1544996636&id=id&accname=quest&checksum=204A623D67CC0C590D30F2BCD8A3DB84> (recuperado, 14.12.18).
- [388] Puede verse el comunicado de la OCDE en: <http://www.oecd.org/tax/beps/statement-by-the-oecd-g20-inclusive-framework-on-beps-january-2020.pdf>; Puede verse el último informe y la acción 1 completa en: <http://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions/action1/>
- [389] Puede verse: <https://www.ft.com/content/9660b848-4414-11ea-a43a-c4b328d9061c>;
- [390] LANG M., "Prólogo", en: Serrano Antón, F.: *La resolución de conflictos en el Derecho internacional tributario: procedimiento amistoso y arbitraje*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2010, pág. 18.
- [391] Véase en línea: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/fichas/kichwasarayaku.pdf>, [http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha\\_tecnica.cfm?lang=en&nId\\_Ficha=206](http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?lang=en&nId_Ficha=206) (31.01.2020).
- [392] Corte IDH, 19/09/2006, "Claude Reyes y otros vs. Chile (Fondo, Reparaciones y Costas)"
- [393] Corte IDH, 15/11/2017, Opinión Consultiva OC-23/17, solicitada por la República de Colombia, considerando 217. Desde ésta perspectiva se hicieron investigaciones por ejemplo desde la óptica del Derecho del Consumidor: SAHIAN, J.: "Dimensión Constitucional y Convencional del Derecho a la Información de los Contribuyentes y Usuarios", Tesis Postdoctoral Universidad de Zaragoza, 2018, en prensa. También se puede ver nuestra investigación: IRIARTE YANICELLI, Adolfo A.: *El Derecho a la Información Tributaria: del Fisco y del Contribuyente: un estudio comparado sobre la dinámica de la relación jurídica tributaria entre Argentina y España*, Ed. Bibliotex - Tucumán - República Argentina, 2009.
- [394] Relatoría Especial para la Libertad de Expresión Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Organización de los Estados Americanos/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF. 1/09 30 diciembre 2009-2010, en: <http://www.cidh.org/relatoria/> (31.01.2020).
- [395] Relatoría Especial para la Libertad de Expresión - Comisión Interamericana de Derechos Humanos - Organización de los Estados Americanos/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF. 1/09 30 diciembre 2009-2010, Washington D. C. 2007, en: [www.cidh.oas.org/relatoria/](http://www.cidh.oas.org/relatoria/) (31.01.2020).
- [396] SAHIAN, J.: "Dimensión Constitucional y Convencional del Derecho a la Información de los Contribuyentes y Usuarios", Tesis Postdoctoral Universidad de Zaragoza, 2018.
- [397] TEDH, "Guerra y otros c. Italia" [GS], No. 14967/89, 19 de febrero de 1998, párr. 60; TEDH, "McGinley y Egan c. Reino Unido", N° 21825/93 y 23414/94, 9 de julio de 1998, párr. 101; TEDH, "Taskin y otros c. Turquía", N° 46117/99, 10 de noviembre de 2004, párr. 119; y TEDH, "Roche c. Reino Unido", N° 32555/96, 19 de octubre de 2005, párr. 162.
- [398] Puede verse: <https://www.irs.gov/es/taxpayer-bill-of-rights>, (recuperado, 14.12.18).
- [399] OLIVARESOLIVARES, B. D., "Administración tributaria, transparencia y derecho de acceso a la información personal", en AA. VV.: *Tributación de la Economía Digital*, LA LEY N°, Bs. As., 2019, págs. 431 y ss.
- [400] De lo que no nos cabe ya la menor duda es que en el medio y largo plazo la tecnología del *Blockchain* tendrá un gran impacto para las Administraciones tributarias. GÓMEZ REQUENA J.A.: "El Impacto de la tecnología *Blockchain* sobre los precios de transferencia en perspectiva Post - Beps", en AA.VV.: *Tributación de la Economía Digital*, La Ley, Bs. As., 2019, pág. 541; puede verse en línea: "Blockchain en impuestos", <http://taxandtechnology.com/post/blockchain-in-taxation> (recuperado, 18.02.2020).
- [401] TEMPEL, J. (2013), en: [https://www.ciat.org/Biblioteca/ConferenciasTécnicas/2013/Espanol/2013\\_Tema\\_1\\_Tempel\\_PB.pdf](https://www.ciat.org/Biblioteca/ConferenciasTécnicas/2013/Espanol/2013_Tema_1_Tempel_PB.pdf) (recuperado 14.12.18).
- [402] Resolución No. 72/257, Asamblea General de las Naciones Unidas: "Ciencia, tecnología e innovación para el desarrollo", Julio 31, 2017; disponible en: <http://undocs.org/es/A/72/257> (consultada en: 10/01/2020).
- [403] Serrat Romani, M.: *Los Derechos y garantías de los contribuyentes e la Era digital*, Aranzadi, Navarra, 2018, págs. 49 y ss.
- [404] Según la Real Academia Española es el movimiento filosófico y cultural del siglo XVII, que acentúa el predominio de la razón humana y la creencia en el progreso humano. Se puede ver el análisis desarrollado por HARARI, Y. N.: *Homo Deus. Breve historia del mañana*, Debate, Ciudad de Buenos Aires, 2015, págs. 400 y ss.
- [405] Puede verse una serie de arts. en el marco del CIAT: DIAZ YUBERO F. y PÁG. PORPORATO, "Las administraciones tributarias del siglo XXI", <https://www.ciat.org/las-administraciones-tributarias-en-el-siglo-xxi/> (recuperado, 18.02.2020). En idéntica línea con nuestra propuesta: COLLOSA A., "Digitalización de las Administraciones tributarias y los Derechos del Contribuyente", <https://www.ciat.org/digitalizacion-de-las-administraciones-tributarias-y-derechos-de-los-contribuyentes/>; [https://www.ciat.org/la-tecnologia-simplificara-los-impuestos/?utm\\_source=web&utm\\_medium=CIATBlog&utm\\_campaign=digitalizacion-de-las-administraciones-tributarias-y-derechos-de-los-contribuyentes&utm\\_content=febrero-2020](https://www.ciat.org/la-tecnologia-simplificara-los-impuestos/?utm_source=web&utm_medium=CIATBlog&utm_campaign=digitalizacion-de-las-administraciones-tributarias-y-derechos-de-los-contribuyentes&utm_content=febrero-2020).
- [406] El art. 3 de la Ley N° 11.683 reformada establece que: "Se considera domicilio fiscal electrónico el sitio informático seguro, personalizado y válido, registrado por los contribuyentes y responsables para el cumplimiento de sus obligaciones fiscales y para la entrega o recepción de comunicaciones de cualquier naturaleza que determine la reglamentación; ese domicilio será obligatorio y producirá en el ámbito administrativo los efectos del domicilio fiscal constituido, siendo válidos y plenamente eficaces todas las notificaciones, emplazamientos y comunicaciones que allí se practiquen. La Administración Federal de Ingresos Públicos establecerá la forma, requisitos y condiciones para su constitución, implementación y cambio, así como excepciones a su obligatoriedad basadas en razones de conectividad u otras circunstancias que obstaculicen o hagan desaconsejable su uso. En todos los casos deberá interoperar con la Plataforma de Trámites a Distancia del Sistema de Gestión Documental Electrónica", (Art. s/n sustituido por art. 176 de la Ley N° 27430 B.O. 29/12/2017)
- [407] Puede verse el análisis de la reforma tributaria argentina vinculada con el tema, en: VALENTINI, V.: (2018, 53). El nuevo art. 200 de la Ley de Procedimientos Tributarios en la República Argentina, establece: "Establécese la utilización de expedientes electrónicos, documentos electrónicos, firmas electrónicas, firmas digitales, comunicaciones electrónicas y domicilio fiscal electrónico, en todas las presentaciones, comunicaciones y procedimientos -administrativos y contenciosos administrativos- establecidos en esta Ley, con idéntica eficacia jurídica y valor probatorio que sus equivalentes convencionales, de conformidad con los lineamientos que fije el Poder Ejecutivo Nacional", (Art. sustituido por art. 243 de la Ley N° 27430 B.O. 29/12/2017).
- [408] O'DONNELL, A., "Transparencia, cooperación y nuevas tendencias en materia de secreto fiscal", en AA.VV.: *Tributación de la Economía Digital*, La Ley, Bs.As., 2019, pág. 487 y ss.

- [409] También llamados datos masivos, inteligencia de datos, datos a gran escala o *big data* (terminología en idioma inglés utilizada comúnmente) es un término que hace referencia al concepto relativo a conjuntos de datos tan grandes y complejos como para que hagan falta aplicaciones informáticas no tradicionales de procesamiento de datos para tratarlos adecuadamente. Por ende, los procedimientos usados para encontrar patrones repetitivos dentro de esos datos son más sofisticados y requieren *software* especializado. En textos científicos en español con frecuencia se usa directamente el término en inglés *big data*, tal como aparece en el ensayo de Viktor Schönberger *La revolución de los datos masivos*. Recuperado (10.12.18): [https://es.wikipedia.org/wiki/Macrodatos#cite\\_note-1](https://es.wikipedia.org/wiki/Macrodatos#cite_note-1)
- [410] La computación en la nube (del inglés *cloud computing*), conocida también como servicios en la nube, informática en la nube, nube de cómputo, nube de conceptos o simplemente "la nube", es un paradigma que permite ofrecer servicios de computación a través de una red, que usualmente es Internet. La computación en la nube son servidores desde Internet encargados de atender las peticiones en cualquier momento. Se puede tener acceso a su información o servicio, mediante una conexión a internet desde cualquier dispositivo móvil o fijo ubicado en cualquier lugar. Sirven a sus usuarios desde varios proveedores de alojamiento repartidos frecuentemente por todo el mundo. Esta medida reduce los costos, garantiza un mejor tiempo de actividad y que los sitios web sean invulnerables a los delincuentes informáticos, a los gobiernos locales y a sus redadas policiales pertenecientes. Recuperado (10.12.2018): [https://es.wikipedia.org/wiki/Computaci%C3%B3n\\_en\\_la\\_nube](https://es.wikipedia.org/wiki/Computaci%C3%B3n_en_la_nube)
- [411] Coloquialmente, el término inteligencia artificial se aplica cuando una máquina imita las funciones cognitivas que los humanos asocian con otras mentes humanas, como, por ejemplo: *aprender y resolver problemas*. A medida que las máquinas se vuelven cada vez más capaces, tecnología que alguna vez se pensó que requería de inteligencia se elimina de la definición. Por ejemplo, el reconocimiento óptico de caracteres ya no se percibe como un ejemplo de la inteligencia artificial habiéndose convertido en una tecnología común. Avances tecnológicos todavía clasificados como inteligencia artificial son los sistemas de conducción autónomos o los capaces de jugar al ajedrez o al Go. Recuperado (10.12.2018): [https://es.wikipedia.org/wiki/Inteligencia\\_artificial](https://es.wikipedia.org/wiki/Inteligencia_artificial)
- [412] El 1 de enero entró en vigor un nuevo sistema al que deben someterse todas aquellas empresas que trabajan con productos sujetos a estos tributos indirectos y que se llama Suministro Inmediato de Libros Contables sobre Impuestos Especiales (Silicic). Supone la remisión a la sede electrónica de la Agencia Tributaria de la contabilidad relativa a los procesos, movimientos y existencias de los productos objeto de dichos impuestos y, "en su caso, de las materias primas necesarias para obtenerlos, incluidas las diferencias que se pongan de manifiesto con ocasión del almacenamiento, fabricación o circulación", según informa la propia Agencia. Ver: [https://cincodias.elpais.com/cincodias/2020/02/11/companias/1581442461\\_101159.html](https://cincodias.elpais.com/cincodias/2020/02/11/companias/1581442461_101159.html) (recuperado, 18.02.2020).
- [413] CORBALAN, J.G.: "La primera inteligencia artificial predictiva al servicio de la Justicia: Prometea", Revista La Ley, Año LXXXI, Nro. 186, 2017-E. Ciudad de Buenos Aires, recuperado (13.12.18): <http://thomsonreuterslatam.com/2017/10/01/la-primer-inteligencia-artificial-predictiva-al-servicio-de-la-justicia-prometea/>
- [414] GARCÍA HERRERA BLANCO, C., "El uso de la Inteligencia Artificial por las Administraciones Fiscales, una cuestión de principios", marzo 2020, en: <https://www.ciat.org/el-uso-de-la-inteligencia-artificial-por-las-administraciones-fiscales-una-cuestion-de-principios/>, (recuperado, 06.03.2020).
- [415] FRAGA D. N. Y PESZKIN L.: "El uso de los medios electrónicos como herramienta de fiscalización e instrumento para hacer valer los medios de defensa de los contribuyentes en la República Argentina". En: *Fiscalización tiempo real*, Thomson Reuters, México, 2018, 96.
- [416] DOBELL, J.: "The future of tax technology is now", en: <http://www.internationaltaxreview.com/Article/3721378/The-future-of-tax-technology-is-now.html> (recuperado, 14.12.18)
- [417] A lo largo de los años, la explotación de los datos ha ido avanzando, en el siguiente sentido: a. *Indicadores Métricas*: en los comienzos, se empezó a trabajar en la generación de indicadores y métricas, cuyo objetivo principal era el de mostrar valores objetivamente medibles respecto de la performance de un proceso. Los *key performance indicators* (KPI) eran la forma de medir el logro de objetivos y la evolución en la mejora de procesos. b. *Data Mining (Business Intelligence)*: Por medio de la minería de datos -que surge en el campo de la estadística aplicada mediante herramientas computacionales- buscar la detección de patrones emergentes del procesamiento de grandes datos. Es el comienzo de la búsqueda de procesos automáticos que encuentren relaciones entre los datos captados y datos ocultos, desarrollándose conceptos como el aprendizaje automático o la inteligencia artificial. Luego nos dice que nos encontramos con tres estadíos que tienen que ver más con el proceso evolutivo de cada organización que con el momento histórico en que estas se encuentran: c. *La Analítica Descriptiva*: es la aplicación de un conjunto de herramientas estadísticas, matemáticas y algoritmos automatizados que permiten tener un panorama completo respecto de lo que pasó. Se establece aquí una descripción de eventos ocurridos en el pasado. d. *La Analítica Predictiva*: utiliza básicamente la misma tecnología y cuerpo de conocimiento, pero para poder establecer comportamientos futuros o tendencias. Lo que se busca es el hallazgo de patrones, que no es otra cosa que relaciones entre distintos tipos de datos. El valor agregado aquí es el patrón, la relación, y no necesariamente debemos entender la naturaleza de esas relaciones, sino simplemente aprovechar el conocimiento de aquellas. e. *La Analítica Prescriptiva*: por último, éste tipo de analítica, intenta ayudar a las Administraciones a comprender el impacto de sus decisiones sobre los contribuyentes, de modo tal de poder seleccionar el mejor curso de acción posible, vinculado con el control de los mismos. Puede verse: Ñiguez H.L.: "Herramientas tecnológicas para la recaudación y fiscalización de impuestos", en AA.VV.: *Reforma Tributaria*, Ed. Errius, Universidad Austral, Derecho, 2018, págs. 157 y ss. Un reciente trabajo: "El Impacto de la tecnología en la Administración Tributaria. Desafíos ante el cambio tecnológico y la necesidad de una reducción de la presión tributaria", en: <https://www.linkedin.com/feed/update/urn:li:activity:6629099647854002178?commentUrn=urn%3A%3Acomment%3A%3A%3A6627192426886942720%2C6629099561245827073>, publicado en el II Congreso Internacional de Derecho Tributario organizado por la Universidad Austral, noviembre de 2019, Ushuaia. AA.VV.: "Estatuto del contribuyente en el siglo XXI", Errius, Bs.As., 2019.
- [418] Véase: recuperado (11.12.18): <https://www.nytimes.com/es/2018/01/31/burbuja-bitcoin-inversion-criptomonedas/>; [https://elpais.com/economia/2018/01/23/actualidad/1516692604\\_933085.html](https://elpais.com/economia/2018/01/23/actualidad/1516692604_933085.html). Hacienda pone el foco en las nuevas tecnologías como el *blockchain* y las criptomonedas como el *bitcoin*. Así figura en el plan de control anual 2018 de la Agencia Tributaria Española, que fija las prioridades de lucha contra el fraude fiscal. Hacienda también marca como objetivos el uso de tarjetas de crédito y monederos electrónicos y las ventas por Internet. La inspección expresará herramientas de información como el Sistema Inmediato de Información (SII), un remedo del programa Padre para el IVA o el intercambio automático de datos fiscales con otros países promovido por la OCDE.
- [419] GÓMEZREQUENA J.A.: "El Impacto de la tecnología Blockchain sobre los precios de transferencia en perspectiva Post - Beps", en AA.VV.: *Tributación de la Economía Digital*, La Ley, Bs. As., 2019, pág. 520; puede verse en línea: "Blockchain en impuestos", <http://taxandtechnology.com/post/blockchain-in-taxation> (recuperado, 18.02.2020).
- [420] DOBELL, J.: "The future of tax technology is now", en: <http://www.internationaltaxreview.com/Article/3721378/The-future-of-tax-technology-is-now.html> (recuperado, 14.12.18)
- [421] WEF, recuperado (13.12.18): <https://www.weforum.org/agenda/2018/11/algorithms-court-criminals-jail-time-fair/>; puede verse: "Justicia predictiva: cuando los algoritmos invaden la Ley", *Paris Innovation Review*, recuperado (13.12.2018): <http://parisinnovationreview.com/articles-en/predictive-justice-when-algorithms-pervade-the-law/>. Un programa de computadoras fue utilizado para tomar decisiones del monto de la fianza y para el tiempo de la sentencia, fue cuestionado como parcial en contra de las personas de color en los Estados Unidos, en: *The Washington Post*, recuperado (14/12/2018): [https://www.washingtonpost.com/news/monkey-cage/wp/2016/10/17/can-an-algorithm-be-racist-our-analysis-is-more-cautious-than-propublicas/?noredirect=on&utm\\_term=.4c14b6165f49](https://www.washingtonpost.com/news/monkey-cage/wp/2016/10/17/can-an-algorithm-be-racist-our-analysis-is-more-cautious-than-propublicas/?noredirect=on&utm_term=.4c14b6165f49); "Robocop" software no better at predicting crimethan humans, studyfinds", en: [www.telegraph.co.uk](http://www.telegraph.co.uk), recuperado (14.12.18): <https://www.telegraph.co.uk/technology/2018/01/19/robocop-software-no-better-predicting-crime-humans-study-finds/>
- [422] Véase: <https://www.nytimes.com/2017/05/01/us/politics/sent-to-prison-by-a-software-programs-secret-algorithms.html>, (recuperado 14.12.2018)
- [423] Véase: WAYAR E. (2006). <https://www.lagaceta.com.ar/nota/213751/la-gaceta-literaria/juez-autentico-cualidades-acechanzas.html> (recuperado, 14.12.2020)
- [424] La tarea de administrar justicia, garantizando el acceso a la jurisdicción, tiene un componente infranqueable: el juicio humano. Ninguna sentencia es una ecuación, ningún juzgado, una máquina de producir fallos, no hay calculadora de justicia. Las personas que prestamos el servicio de justicia somos una pieza clave de la organización social, entonces no es solo cuestión de contar con más computadoras, sino de nuestro compromiso con la función judicial, nuestro deseo de trabajar cada vez mejor y de dar respuestas eficientes a la comunidad. Véase el mensaje de apertura del año judicial 2020, Corte Suprema de Justicia de Tucumán, Discurso de la señora Presidenta de la Corte Suprema de Justicia, doctora Claudia Sbdar: <https://www1.justucuman.gov.ar/archivos/noticias/219/1582284412.pdf> (recuperado, 27.02.2020).
- [425] Ver: <https://www.equivant.com/>.
- [426] Véase: <https://harvardlawreview.org/2017/03/state-v-loomis/>, (recuperado: 14.12.2018); Caso: 881 N.W.2d 749 (Wis. 2016). La Corte Suprema de Wisconsin sostuvo que el uso de una evaluación de riesgo algorítmica en la sentencia de primera instancia no violaba los derechos del debido proceso del demandado, aunque la metodología utilizada para producir la evaluación no fue divulgada ni a la corte ni al demandado. Pude verse el desarrollo del caso en: *Harvard Law Review* (2017): Mar 10, 130, 1530, en: [http://harvardlawreview.org/wp-content/uploads/2017/03/1530-1537\\_online.pdf](http://harvardlawreview.org/wp-content/uploads/2017/03/1530-1537_online.pdf) (recuperado, 14.12.2018).
- [427] Supreme Court of the United States, *Loomis vs. Wisconsin Cert Denied*. La Corte Suprema de los Estados Unidos negó el acceso en un caso que solicitó exponer el algoritmo de riesgo utilizado por el sistema COMPAS de Northpointe. Siguiendo el algoritmo COMPAS, el juez de la causa lo consideró potencialmente peligroso. "Cuando Eric L. Loomis fue condenado por eludir a la policía en La Crosse, Wisconsin, el juez le dijo que presentaba un" alto riesgo "para la comunidad y le impuso una condena de seis años de prisión. El juez dijo que había llegado a su decisión de sentencia en parte debido a la calificación del Sr. Loomis en la evaluación de Compas, un algoritmo secreto utilizado en el sistema de justicia de Wisconsin para calcular la probabilidad de que alguien cometa otro delito. El Sr. Loomis ha cuestionado la confianza del juez en la puntuación de Compas, y la Corte Suprema de Wisconsin, que escuchó los argumentos de su apelación en abril, podría decidir en los próximos días o semanas. La apelación del Sr. Loomis se centra en los criterios utilizados por el algoritmo de Compas, que es propietario y, como resultado, está protegido, y en las diferencias en su aplicación para hombres y mujeres". Puede verse: *The New York Times*, In Wisconsin, a Backlash Against Using Data to Foretell Defendants' Futures, en: <https://www.nytimes.com/2016/06/23/us/backlash-in-wisconsin-against-using-data-to-foretell-defendants-futures.html>.
- [428] <https://www.morelaw.com/verdicts/case.asp?n=116.027%20&s=KS&d=104721> (recuperado, 18.02.2020)
- [429] Ver: [https://elpais.com/tecnologia/2020/02/12/actualidad/1581512850\\_757564.html](https://elpais.com/tecnologia/2020/02/12/actualidad/1581512850_757564.html) (recuperado, 27.02.2020).
- [430] BOSTROM N., (2005) "History of transhumanist thought", recuperado (13.12.18): <https://nickbostrom.com/papers/history.pdf>; Originally published in *Journal of Evolution and Technology* - Vol. 14 Issue 1 - April 2005; reprinted (in its present slightly edited form) in *Academic Writing Across the Disciplines*, eds. Michael Rectenwald & Lisa Carl (New York: Pearson Longman, 2011).
- [431] Ver en línea: <https://oecd.ai/ai-principles>, (recuperado, 06.03.2020)
- [432] Puede verse una interesante posición crítica: TAFUR, K.: "¿La inteligencia artificial y sus "bias" en el sistema de justicia!", <https://adefinitivas.com/arboll-del-derecho/inteligencia-artificial/> (recuperado, 18.02.2020). El marco de regulación propuesto por Europa está relacionado con el principio de transparencia y la ética. Véase: <https://venturebeat.com/2020/02/17/eus-new-ai-rules-will-focus-on-ethics-and-transparency/> (recuperado, 18.02.2020)
- [433] CIPEK K. y S. BRIZENDINE: "The Importance of Tax Data", 2019, véase en línea: <https://www.linkedin.com/pulse/importance-tax-data-ksenija-cipek-dame-of-honour/>, (recuperado, 27.01.2020).
- [434] SERRAT ROMANI, M.: *Los derechos y garantías de los contribuyentes en la era digital*, Thomson Reuters - Aranzadi, Navarra, 2018, pág. 37.
- [435] AGRAWAL A., GANS J. Y A. GOLDFARS: *Máquinas Predictivas. La Sencilla Economía de la Inteligencia Artificial*, REM, Barcelona, 2019, pág. 15.
- \* Juez de Cámara. Ex Juez Civil y Comercial de 1ra Instancia. Doctor en Derecho. Especialista en Derecho Civil (U. de Salamanca, España). Especialista en Derecho de Daños (UBA). Posgraduado en Derecho Continental (En la U. de París-Francia). Posgraduado en Derechos Humanos y Justicia Constitucional (U. de Bolognia-Italia). Posgraduado en Derecho de los Contratos (UBA). Posgraduado en Derecho de la Salud (UBA). Profesor de grado y posgrado. Investigador. Autor de 11 obras jurídicas y de más de 100 arts. de doctrina.
- [436] Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Dolores, 28/08/2007, Acevedo Delia v. Guasti Luis s/ Liquidación y partición de sociedad, 14/117799.
- [437] Mosset Iturraspe, Jorge y Piedecasas, Miguel A., Código Civil comentado, Responsabilidad Civil. Arts. 1066 a 1136, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2003, pág.187
- [438] Melchiori, Franco, "La imagen, el honor y la identidad: su protección a la luz del Código Civil y Comercial", A., La Ley 05/09/2017, 3, AR/DOC/2294/2017. PIZARRO, Daniel, "Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1992, 347. Cifuentes, Santos, "Derechos Personalísimos", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1995, 320-324; Zavala de González, Matilde, "Resarcimiento de daños", Vol. 2c. Daños a las personas (integridad espiritual y social), Ed. Astrea, Buenos Aires 1999. Gregorini Cusellas, Eduardo, "La violación del derecho a la propia imagen y su reparación", La Ley 1996-D, 136 y ss. Rivera, Julio César, "Instituciones de derecho civil. Parte general", Ed. LexisNexis, Buenos Aires, 2004, t. II, 121-123. Fernández Sessarego, Carlos, "Derecho a la identidad personal", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1992, 113.

- [439] Tribunal de Gestión Asociada Nro. 3, 23/10/2019, D. E. PÁG. N. - PÁG. A. E. - PÁG. S. E. y PÁG. PÁG. N. R. c. M. M. B. s/ Acción preventiva, La Ley Online, AR/JUR/42056/2019.
- [440] CSJN, Fallo: "Campilly, Julio C. c/ La Razón y otros", 15/05/1986, La Ley 1986-C, 411 con nota de Atilio Aníbal Alterini; Aníbal Filippini, LLC1986, 650 - Colección de Análisis Jurisprudencial Derecho Civil - Parte General - Director: Julio César Rivera - Editorial La Ley, 2003, 41, con nota de Julio César Rivera; Colección de Análisis Jurisprudencial José W. TOBIAS, 308 - DJ1986-2, 242 - Colección de Análisis Jurisprudencial Teoría del Estado - Director: Mario Héctor Resnik - Editorial La Ley, 2004, 201, con nota de Jorge Bercholz; Colección de Análisis Jurisprudencial Derecho Civil - Parte General - Director: José W. Tobias, Editorial, La Ley, 2003, 308, con nota de José W. Tobias; Paula Feldman.
- [441] Voto del Juez, Pflieger en: Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut Sala Penal, 03/05/2017, R., M. en autos: A. B., J. A. N. s/ querrela, La Ley Online., AR/JUR/26605/2017
- [442] Molina Quiroga, Eduardo. "Conflicto entre la libertad de expresión y los derechos a la intimidad y al honor", La Ley 15/08/2019, 15/08/2019, 4, AR/DOC/2381/2019.
- [443] Tribunal de Gestión Asociada Nro. 3, 23/10/2019, D. E. PÁG. N. - PÁG. A. E. - PÁG. S. E. y PÁG. PÁG. N. R. c. M. M. B. s/ Acción preventiva, La Ley Online, AR/JUR/42056/2019.
- [444] Trib. de Gestión Asociada N° 3,23/10/2019, D. E. PÁG. N. - PÁG. A. E. - PÁG. S. E. y PÁG. PÁG. N. R. c. M. M. B. s/ Acción preventiva, La Ley Online, AR/JUR/42056/2019.
- [445] Juz. C y C de Esquina, 06/08/2019, T., A. H. c. D. L., R. R. s/ daños y perjuicios, RCCyC 2019 (octubre), 145, AR/JUR/27199/2019
- [446] CNac. Civil, sala A, 04/07/2018, F., R. H. c. B., M. s/ daños y perjuicios, La Ley Online, AR/JUR/36926/2018.
- [447] C. de Apel. en lo C. y C. de Azul, sala II,17/10/2017, D., N. c. M., M. A. s/ daños y perj. del. / cuas. (exc. uso aut. y estado), RCyS 2018-VIII, 99, AR/JUR/75641/2017.
- [448] CNac. Civil, sala H, 24/08/2017, Laverni, Saúl E. c. Caruso Lombardi, Ricardo s/ daños y perjuicios, RCyS 2018-II, 143, AR/JUR/60243/2017.
- [449] Juz. en lo Correccional N° 2 de La Plata, 05/12/2018, causa N° 3794/18 s/ calumnias e injurias, AR/JUR/83032/2018.
- [450] JALLI, Julián Emil. "Responsabilidad civil por daños a la dignidad padecidos por médicos, personal de la salud, y personas enfermas de COVID-19 ante conductas injuriosas", Ed. Hammurabi. Abril 2020. Hammurabi On line.
- [451] Reimundin, Ricardo: "Derecho Procesal Civil", Buenos Aires, Edit. Viracocha, 1956, tomo I, págs. 85 y 93; Couture, Eduardo J. "Fundamentos del Derecho Procesal Civil", Buenos Aires, Depalma, 1993, pág. 39, N° 24.
- [452] LASCANO, David: "Jurisdicción y Proceso" en *Estudios de Derecho Procesal en Honor de Hugo Alsina*, Buenos Aires, Ediar, 1946, págs. 369 y ss., específicamente págs. 372/373.
- [453] Vélez Mariconde: "La Jurisdicción Penal", en *Revista Argentina de Derecho Procesal*, Buenos Aires, La Ley, año 1969, N° 1, pág. 113, específicamente pág. 114.
- [454] Lo que caracteriza la función jurisdiccional, es la facultad-deber, que emana del ordenamiento jurídico en cuya cúspide se encuentra la Constitución Nacional, de dirimir conflictos contenciosos concretos determinando con certeza el derecho debatido entre partes adversas (CSJN, 27-9-2001, "Baterías Sil-Dar S.R.L. vs. Barbeito, Walter s/ sumario", Fallos: 324:3184). El hombre en soledad -dice Gozaini- no tiene más reglas que las de su propia costumbre, pues no tiene que compartir; en cambio, la interrelación humana produce efectos inevitables que bueno resulta sean solucionados en base a principios distintos de la fuerza brutal: en cierto sentido -dice- "la jurisdicción como medio pacífico de justicia y orden, es la imposición de una fuerza diferente que se legitima por la soberanía del poder". La idea de orden común -agrega- asume un rol trascendente con la prohibición de la autotutela, por los graves peligros que ésta encierra para la comunidad. La Constitución política del Estado obligó entonces, al individuo a postergar en favor de la comunidad el derecho de autosuficiencia; y de este modo, se canaliza hacia la función jurisdiccional el ejercicio pleno del derecho de juzgar los conflictos entre los hombres (Gozaini, Osvaldo A.: "Significado y alcance de las teorías que explican la función jurisdiccional", L.L. 1993-A-829).
- [455] Vigo, Rodolfo L.: "Integración de la Ley", Buenos Aires, Astrea, 1978, págs. 51-52.
- [456] Rocco, Ugo: "Tratado de Derecho Procesal civil", traduc. de Santiago Sentis Melendo y Marino Ayerra Redín, Buenos Aires -Depalma-, Bogotá -Temis-, 1969, tomo I, págs. 36 y ss.
- [457] Dice Ugo Rocco que la actuación del derecho debe estar necesariamente subordinada a determinados presupuestos, que constituyen exigencias imprescindibles de toda organización jurídica: a) Es necesario que la función de la actuación del derecho venga a escindir en dos fases o momentos lógicamente separados, de modo que al último de ellos, es decir, a la **actuación coactiva**, no se pueda y no se deba llegar sino cuando sea, en los casos singulares, legalmente cierta la tutela concedida por el derecho a un determinado interés. b) Es necesario, además, que la **actuación coactiva** (o sea, el **Estado**), es decir que llegado el derecho a su perfecta madurez y reforzada la autoridad del Estado, la realización de los intereses tutelados por las normas jurídicas pasó a ser una función pública que el Estado reclamó para sí, por aquellos motivos de interés social, un cometido exclusivo del órgano específico del derecho, esto es, del Estado (ROCCO, Ugo: "Tratado de Derecho Procesal Civil", traduc. de Santiago Sentis Melendo y Marino Ayerra Redín, Buenos Aires -Depalma-, Bogotá -Temis-, t. I, pág. 36/42). (Los resaltados corresponden al autor).
- [458] Dice Arturo Orgaz que "coacción" (de "cogere", constreñir, obligar) debe entenderse "esa cierta fuerza actuante en el campo jurídico, dirigida a asegurar la eficacia de las normas, la ejecución de los mandatos, el cumplimiento de las obligaciones, la fidelidad a las instituciones, en fin, la paz jurídica. Es sin duda fuerza incontrastable pero restringida, orgánica, orientada hacia un fin equitativo, calidades que la distinguen en grado y en sentido de la fuerza arbitraria. La ley condiciona el ejercicio de esa energía socialmente útil; crea funcionarios hábiles para manejarla; establece garantías a favor de los sujetos por eventuales abusos" (Orgaz, Arturo: "Introducción Enciclopédica al Derecho y las Ciencias Sociales", Córdoba, Editorial Assandri, 1959, pág. 63). También señala Orgaz que no deben confundirse "fuerza" y "coacción". La primera es arbitraria, egoísta, limitada sólo por su propia potencia; la segunda es una fuerza "espiritualizada", se realiza por medios o procedimientos compatibles con la libertad y la dignidad humanas; se funda en razones legítimas y tiende a la justicia" (Orgaz, Arturo: "Diccionario de Derecho y Ciencias Sociales", Córdoba, Editorial Assandri, 1961, pág. 61, voz "Coacción").
- [459] Ver "Diccionario de la Lengua Latina", Recopilado por LUIS MACCHI, Buenos Aires, Editorial Don Bosco, 1951.
- [460] "Jurisdicción", dice Bielsa, significa declarar derecho cuando se invoca su lesión. "Jurisdicción" significa establecer derecho positivo o dar normas de derecho, más propiamente "función de legislar", y no la de "juzgar" (BIELSA, Rafael: "Jurisdicción y competencia. Unidad de los conceptos", L.L. 116-837, I).
- [461] Lascano, David: "Jurisdicción y Competencia", Buenos Aires, Edit. Guillermo Kraft Ltda, 1941, pág. 28. La Jurisdicción es por naturaleza *contenciosa*, pues se ejerce cuando hay lesión o conflicto de derechos (Bielsa, Rafael: "Jurisdicción y competencia. Unidad de los conceptos", L.L. 116-837, apág. III, 2).
- [462] Lascano, David: "Jurisdicción y Proceso", en *Estudios de Derecho Procesal en honor de Hugo Alsina*, págs. 369 y ss., específicamente pág. 376. Lo que caracteriza la función jurisdiccional, es la facultad-deber, que emana del ordenamiento jurídico en cuya cúspide se encuentra la Constitución Nacional, de dirimir conflictos contenciosos concretos determinando con certeza el derecho debatido entre partes adversas (CSJN, 27-9-2001, Fallos 324:3184).
- [463] Di Iorio, Alfredo: "Aproximación al concepto de jurisdicción en el ordenamiento jurídico nacional", E.D. 104-975, N° 9. En otra oportunidad dijo este autor que en "el derecho argentino, para que los jueces puedan entender en su carácter de órganos jurisdiccionales, deben hacerlo respecto de causas en las cuales se plantee un conflicto, ámbito natural en que se desenvuelve el ejercicio de la jurisdicción. Y si bien la Ley confiere intervención a los jueces en algunos supuestos en los que no se encuentra planteado específicamente un conflicto o controversia, como es el caso de la jurisdicción "voluntaria" (que no constituye propiamente una actividad jurisdiccional *stricto sensu*), la intervención judicial en este tipo de supuestos presupone indefectiblemente la existencia de una *previsión legal específica* que asigne esa función, sin la cual no existe la posibilidad de la actuación judicial (Di Iorio, Alfredo: "Temas de Derecho Procesal", Buenos Aires, Depalma, 1985, pág. 19; conf. CApel.CC. Azul, Sala I, 12-8-99, E.D. 191-104, fallo N° 50.572; conf. CNCom., Sala C, 12-7-95, J.A. 1996-I-551, y L.L. 1996-E-52, con nota aprobatoria de Sirkin, Eduardo).
- Dice Palacio que "siempre que medie un conflicto entre particulares, o entre un particular y el Estado, referente a derechos subjetivos privados de aquéllos, o se encuentre en tela de juicio la aplicación de alguna sanción de naturaleza penal, la intervención de un órgano judicial resulta constitucionalmente ineludible" (arts. 18 y 95 Const. Nac.; art. 18 y 109 luego de la reforma de 1994). Y agrega luego que el cometido de los jueces y tribunales de justicia consiste en la resolución de los conflictos o litigios suscitados entre dos o más personas (Palacio, Lino E.: "Derecho Procesal Civil", Buenos Aires, Abeledo-Perrot, tomo I, 1975, págs. 351, 356). La resolución de "conflictos" que impidan la crisis social, dice Gozaini, es uno de los presentes inalterables en la Jurisdicción (Gozaini, Osvaldo A.: "Significado y alcance de las teorías que explican la función jurisdiccional", L.L. 1993-A-829). "Si no hay una controversia falta una condición de posibilidad para el ejercicio de la función judicial. Si el juez no puede emitir *juicio* sino ante una controversia, como contrapartida no puede ignorarla. El resolverla forma parte de su *officium*" (Corcuera, Santiago H. - Dugo, Sergio O. - Lugones, Narciso J.: "Actualidad en la jurisprudencia sobre cuestiones electorales", L.L. 1997-C-1238, apág. I). Existe un principio básico que informa la labor jurisdiccional: ésta no puede ejercerse sino ante la existencia de una "causa", un "caso" o "controversia", para utilizar los términos empleados por nuestras normas fundamentales (arts. 116 y 117, Constitución nacional; 2, Ley N° 27; 2, Ley N° 48; 161, 163, 166, 172 y 174, Const. prov.) (SC Buenos Aires, 4-5-2016, "Intendente Municipal de Coronel Pringles c/ Concejo Deliberante del Partido de Coronel Pringles s/ Conflicto art. 196, Constitución provincial", JUBA sum. B95332). Incurrir en absurdo y vulnera el principio de congruencia la sentencia del Tribunal del Trabajo que -desestimando la demanda con apoyo en consideraciones ajenas a las traba de la litis, no invocadas por los litigantes- omite resolver la controversia, resignando el ejercicio de las atribuciones que caracterizan ontológicamente a la función jurisdiccional: bondar una solución jurídica, con arreglo a las alegaciones de las partes, del conflicto sometido a decisión del órgano judicial (SC Buenos Aires, 26-6-2013, "Sampedro, Hugo Héctor c/Agua Bonaerenses S.A. s/Salarios caídos y reinstalación", JUBA sum. B57257). En el derecho argentino, para que los jueces puedan entender en su carácter de órganos jurisdiccionales, deben hacerlo respecto de causas en las cuales se plantee un "conflicto", ámbito natural en que se desenvuelve el ejercicio de la jurisdicción (CApel.Civ.Com.Lab. y de Minería - I Circunscripción Judicial - Sala I, Neuquén, 10-4-2018, "Bilbao, Daniela Alejandra vs. Moriconi Adolfo Claudio s/ Homologación de convenio", Legajo 519579, Interlocutoria).
- [464] López Mesa, Marcelo: en "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", Mardelo López Mesa Director, Ramiro Rosales Cuello Coordinador, Buenos Aires, La Ley, tomo V, 2012, pág. 1122.
- [465] Palacio, Lino E.: "Derecho Procesal Civil", Buenos Aires, Abeledo-Perrot, tomo I, 1975, pág. 361; Di Iorio, Alfredo: "Temas de Derecho Procesal", pág. 19. En el derecho argentino, los magistrados ejercen su jurisdicción en causas donde se planté un conflicto. Y si bien la ley confiere su intervención en algunos supuestos en los que no se encuentra planteada una controversia, como en los procesos voluntarios (que no constituyen propiamente una actividad jurisdiccional "stricto sensu"), ello presupone indefectiblemente la existencia de una *previsión normativa específica* (Di Iorio: "Temas de Derecho Procesal", Buenos Aires, Depalma, 1985, pág. 19; CApel.CC. Azul, sala I, 12-8-99, "Seguros Bernardino Rivadavia. Homologación de Convenio", E.D. 191-104, fallo N° 50.572; CNCom., Sala C, 12-7-95, "Banco Cooperativo de Caseros vs. Almad", J.A. 1966-I-551 o L.L. 1996-E-52; Díaz, Clemente A.: "Instituciones de Derecho Procesal", tomo II "Jurisdicción y Competencia", Vol. A "Teoría de la Jurisdicción", Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1972, págs. 80-81).
- [466] CSJN, 7-7-44, Fallos 199-213; id. 4-8-48, Fallos 211-1056; id. 19-11-51, Fallos 221-215; id. 23-12-81, Fallos 303-2022.
- [467] DI IORIO, Alfredo: "Aproximación al concepto de jurisdicción en el ordenamiento jurídico nacional", E.D. 104-975, N° 9.
- [468] CSJN, 28-8-84, "Baeza, Aníbal c. Estado Nacional", Fallos 306-1125, y E.D. 110-355, consid. 2º; Id., Id., 12-12-85, "Lorenzo, Constantino vs. Gobierno Nacional", Fallos 307:2384; L.L. 1994-C-294; J.A. 1986-IV-651, con nota de Morello, Augusto M.: "Estado actual de la Jurisdicción de la Corte Suprema acerca del control de constitucionalidad de las leyes"; Id., 29-8-86, "Klein", consid. 12, Fallos 308:1489; E.D. 120-455; L.L. 1987-A-496; y JA, 1986-IV-655; Id., 19-11-87, "Colombo Murúa" (Incidente promovido por la querrela s/inconstitucionalidad del decreto 2125/78 del PEN), Fallos 310:2342; E.D. 127-109, con nota de Bidart Campos, Germán J.: "Un incidente de inconstitucionalidad anexo a una denuncia penal"; J.A. 1988-1-522; Id., 20-4-99, "Droguería Aries S.A. vs. Provincia de Santa Fe", Fallos 322:678; Id., 14-8-2001, "Raimbault, Manuel", consid. 2º, Fallos 324:2381; La Ley Online, cita AR/JUR/4923/2001; Id., 21-8-2003, "Baliarda SA. vs. Provincia de Buenos Aires", Fallos 326:2931, y L.L. 2004-A-127; Id., 27-5-04, "Search Organización de Seguridad S.A. vs. Provincia de San Luis", Fallos 327:1813;

DJ 2004-D-484.

La justicia nacional sólo ejerce jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte (art. 2º, Ley N° 27), ya que su ausencia tornaría inoficiosa la consideración de las pretensiones formuladas. El ejercicio de la función jurisdiccional requiere que los litigantes demuestren la concurrencia de la afectación de un interés jurídicamente protegido o tutelado y susceptible de tratamiento judicial. Como lo ha sostenido la Corte Suprema, no existe causa en los términos de los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional, cuando lo que se procura es la declaración general y directa de inconstitucionalidad de normas y actos de los otros poderes (CNCont.-adm.Fed., Sala III, 24-10-2008, E.D. Administrativo 2009-75).

[469] CSJN, 10-2-1930, "Fiscal del Juzgado Federal de Salta", Fallos 156:318; Id., 28-8-84, "Baeza, Anibal c. Estado Nacional", Fallos 306:1125, y E.D. 110-355, consid. 2º; Id., Id., 12-12-85, "Lorenzo, Constantino vs. Gobierno Nacional", Fallos 307:2384; L.L. 1994-C-294; J.A. 1986-IV-651, con nota de Morello, Augusto M.: "Estado actual de la Jurisprudencia de la Corte Suprema acerca del control de constitucionalidad de las Leyes"; Id., 29-8-86, "Klein", consid. 12, Fallos 308:1489; E.D. 120-455; L.L. 1987-A-496; y J.A. 1986-IV-655; Id., 19-11-87, "Colombo Murúa" (Incidente promovido por la querrela s/inconstitucionalidad del decreto 2125/78 del PEN), Fallos 310:2342; E.D. 127-109, con nota de Bidart Campos, Germán J.: "Un incidente de inconstitucionalidad anexo a una denuncia penal", y J.A. 1988-I-522; Id., 20-4-99, "Droguería Aries S.A. vs. Provincia de Santa Fe", Fallos 322:678; Id., 14-8-2001, "Raimbault, Manuel", consid. 2º, Fallos 324:2381; La Ley Online, cita AR/JUR/4923/2001; Id., 21-8-2003, "Baliarda S.A. vs. Provincia de Buenos Aires", Fallos 326:2931, y L.L. 2004-A-127; Id. 27-5-04, "Search Organización de Seguridad S.A. vs. Provincia de San Luis", Fallos 327:1813; DJ 2004-D-484; Id., 10-12-2013, "Roquel, Héctor Alberto vs. Provincia de Santa Cruz (Estado nacional)", L.L. 2014-F, fallo N° 117.530. Ver Loutayf Ranea, Roberto G. - Colombo Murúa, Ignacio - Rueda, Roque - Solá, Ernesto: "Control de constitucionalidad y de convencionalidad", Buenos Aires, Astrea, 2018, págs. 382 y ss.

[470] CSJN, 10-2-1930, "Fiscal del Juzgado Federal de Salta", Fallos 156:318; Id., 26-8-2003, "Cámara de Comercio, Industria y Producción de Resistencia vs. AFIP", Fallos 326:3007; Id., 3-8-2010, "Asociación por los Derechos Civiles vs. Estado Nacional", Fallos 333:1217; Id., 15-6-2010, "Thomas", Fallos 333:1023; Id., 10-12-2013, "Roquel, Héctor Alberto vs. Provincia de Santa Cruz (Estado nacional)", L.L. 2014-F, fallo N° 117.530.

[471] CSJN, 1-12-58, "David Hogg S.A.", Fallos 242:353; Id., 28-8-84, "Baeza, Anibal Roque", Fallos 306:1125, y E.D. 110-355.

[472] CSJN, 29-3-88, "Colegio San Lucas SRL.", Fallos 311-421, consid. 3º.

[473] Los actos de la "Jurisdicción voluntaria" (u honoraria) civil, dice Manzini, son en realidad actos administrativos, encomendados a órganos jurisdiccionales porque requieren especiales aptitudes y garantías (Manzini, Vincenzo: "Tratado De Derecho Procesal Penal", tomo II, pág. 28 y nota 9, siguiendo la opinión de Chiovenda).

La denominada "Jurisdicción voluntaria" constituye una función ajena al normal cometido de los jueces y tribunales de justicia, el cual consiste en la resolución de los conflictos o litigios suscitados entre dos o más personas; y el hecho que sean los jueces quienes, tradicionalmente, conozcan en esta clase de asuntos no contenciosos, obedece, entre otras razones, a la índole estrictamente jurídica que presentan, a la facilidad con que pueden derivar en una verdadera contienda, y a la conveniencia de que ciertos actos realizados por particulares, en razón de la trascendencia de los efectos que están llamados a producir, sean objeto de una previa y segura comprobación o fiscalización (Palacio, Lino E.: "Derecho Procesal Civil", Buenos Aires, Abeledo-Perrot, tomo 1, 1975, págs. 356/357).

[474] Clariá Olmedo, Jorge A.: "Jurisdicción", J.A. 1975, Doctrina, pág. 309, N° 4 y 15.

Abrevaya desde la mira del derecho a la jurisdicción y atentatoria a la garantía del "juez natural", considera peligrosa la postura de considerar a la jurisdicción voluntaria como actividad administrativa. La función jurisdiccional, dice, no se agota en la composición del litigio. Con todas las diferencias que advierte, no le parece adecuado incluir a la jurisdicción voluntaria dentro de la actividad administrativa, sólo porque no encaja en la descripción limitada de actividad jurisdiccional y hay que colocarla en algún lugar. Considera esta jurista que es innegable la esencia jurisdiccional de las actuaciones involucradas en lo que se conoce como "jurisdicción voluntaria". Siempre -dice- importan, aun cuando no entrañen un conflicto, la manifestación de una decisión, que sólo puede ser adoptada por un juez, investido constitucionalmente del poder jurisdiccional. No pueden ser consideradas actuaciones administrativas en tanto en ellas están presentes las notas de imparcialidad y ajena a la función administrativa, aplicando el ordenamiento jurídico vigente. Significan una reclamación del ciudadano de acceder a la justicia para que le dé respuesta a una situación cuya eficacia condiciona la ley al cumplimiento de determinados requisitos afectando el sistema jurídico de un modo que no puede ser resuelto por él mismo. Si por razones de conveniencia y seguridad social se otorga a los jueces, que ese otorgamiento sea en la noción y porque forman parte de su actividad propia, porque integran su potestad; de otro modo la detracción que se hiciera de tales actuaciones hacia otros ámbitos, incluso el privado, podrá hacerse sin inconvenientes y sin derecho a reclamar, con todos los peligros que ello entraña. La garantía del "juez natural", concluye, peligra frente a la postura contraria que niega carácter jurisdiccional a la llamada "jurisdicción voluntaria": de allí la insistencia en defender y reclamar como parte de la actividad jurisdiccional a la misma (Abrevaya, Alejandra D.: "Jurisdicción voluntaria: ¿función administrativa o jurisdiccional?", E.D. 181-1350; Cita Digital: ED-DCCLXV-200).

Héctor Oscar Méndez también entiende que la llamada jurisdicción voluntaria, es jurisdicción o actividad jurisdiccional, tan jurisdiccional como la contenciosa, sea que se llegue en busca de la justicia porque se quiere o porque se debe, o que el acto haga o no cosa juzgada material, y fundamentalmente sea que se transite o no un proceso contencioso, contradictorio o adversarial. En ellas se declara y aplica el derecho (*juris-dictio*). La "cosa juzgada" no es factor dirimente del tema, tal como lo señala la presencia de las decisiones dictadas en los procesos ejecutivos o cautelares, donde ella está ausente. En ambos procesos, voluntario y contencioso, el Estado interviene como un "tercero imparcial", en tutela o defensa de un "interés privado" de la parte, pero aplicando siempre, previa interpretación, el derecho vigente, que en materia de jurisdicción voluntaria, preocupa generalmente al orden público (Méndez, Héctor Oscar: "La Jurisdicción voluntaria en el Proyecto de nuevo Código Procesal Civil, Comercial y Laboral de la Nación del Ministerio de Justicia. Una reforma peligrosa e inconveniente", E.D. 167-889, apág. III).

[475] Lascano, David: "Jurisdicción y Proceso", en Estudios de Derecho Procesal en Honor de Hugo Alsina, págs. 369 y ss., específicamente pág. 376.

[476] La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha resuelto que en materia criminal la garantía consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional exige la observancia de las formas sustanciales del juicio relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia dictada por los jueces naturales. No han sido respetadas esas formas, en la medida en que se ha dictado sentencia condenatoria sin que mediase acusación fiscal, ya que dispuesta la elevación a juicio, durante el debate sólo el actor civil peticionó la condena, pues el fiscal solicitó la absolución del imputado por imperio del beneficio de la duda, y pese a ello, el tribunal de juicio emitió la sentencia recurrida, por lo que corresponde decretar su nulidad y a la de las actuaciones posteriores que con esa consecuencia de ese acto inválido, conforme lo resuelto en la causa "Tarifeño, Francisco", el 28-12-89 (CSJN, 22-12-94, "García, José Armando", Fallos 313:2043; E.D. 162-616, con nota aprobatoria de Bidart Campos, Germán J.: "Condena penal sin acusación". Concluye el autor que "el principio de que no puede haber condena penal sin acusación es propio de la Constitución federal y desde ella expande su obligatoriedad vinculante a todos los casos, en todas partes" (cualquiera sea la jurisdicción donde tramite el juicio, o la legislación procesal que lo fija).

En sentido contrario, la Cámara Nacional de Casación Penal dijo que la acusación requerida como uno de los elementos fundamentales del juicio previo y del debido proceso es la contenida en el requerimiento fiscal o en la elevación de la causa a juicio, sin que puedan considerarse los alegatos establecidos en el art. 393 del cód. procesal penal como complemento de aquéllos. Además, y por cuanto la acusación es uno de los modos de ejercer la acción penal -a que no pierde ese carácter aunque su contenido sea discriminatorio- no puede condicionarse el ejercicio de la jurisdicción a un pedido expreso de pena por parte del fiscal en la oportunidad prevista por el art. 393 del cód. procesal penal. El requerimiento fiscal de elevación a juicio o acusación fija definitivamente la persona sometida a proceso y el hecho acerca del cual debe versar el debate; ambos elementos determinan la correlación de la acusación con la sentencia (voto de la mayoría) (CN Casación Penal, Sala I, 14-4-94, E.D. 159-81, con notas de González, Nemesio: "¿Puede condenarse a un procesado a quien la parte acusadora le pidió la absolución?"; y Bidart Campos, Germán J.: "La acusación en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación" -E.D. 159-86).

[477] Para el orden jurídico y el derecho procesal el "conflicto", elemento indispensable para la apertura de la jurisdicción contenciosa, subsiste hasta tanto se hayan dirimido los derechos que corresponden a las partes (mediante el dictado de la Sentencia) y las obligaciones establecidas en la misma hayan sido íntegramente cumplidas (mediante la ejecución de la Sentencia) (Capel.Civ.Com.Lab. y de Minería - I Circunscripción Judicial - Sala I, Neuquén, 10-4-2018, "Bilbao, Daniela Alejandra vs. Moriconi Adolfo Claudio s/ Homologación de convenio", Legajo 519579, Interlocutoria).

En el divorcio o nulidad del matrimonio, aun cuando ambos contrayentes tengan el interés común de la liberación del vínculo, sus voluntades están en pugna y existe una desavenencia de ellas, que es precisamen la causa del proceso (Devis Echandía, Hernando: "Teoría general del proceso", Buenos Aires, Edit. Universidad, 3ª edición, 1ª reimp., pág. 167, citado por López Mesa, Marcelo: en "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", Mardelo López Mesa Director, Ramiro Rosales Cuello Coordinador, Buenos Aires, La Ley tomo V, 2012, pág. 1125).

[478] Capel.Civ.Com.Lab. y de Minería - I Circunscripción Judicial - Sala I, Neuquén, 10-4-2018, "Bilbao, Daniela Alejandra vs. Moriconi Adolfo Claudio s/ Homologación de convenio", Legajo 519579, Interlocutoria.

[479] Di Iorio, Alfredo: "Aproximación al concepto de Jurisdicción en el ordenamiento jurídico nacional", E.D. 104-975, pág. 13.

[480] Eisner, Isidoro: "Acercas de la actividad judicial extracontenciosa (jurisdicción voluntaria)", LL, 110-496; Fassi, Santiago C. y Maurino, Alberto L., colaboración de Ferrer, Francisco A. M.: "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", Buenos Aires, Astrea, tomo 4, 2005, pág. 699. Ver también López Mesa, Marcelo: en "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", Marcelo López Mesa Director, Ramiro Rosales Cuello Coordinador, Buenos Aires, La Ley, tomo V, 2012, pág. 1126.

[481] Arazi, Roland: "Derecho Procesal Civil y Comercial", Santa Fe, Rubinzal y Culzoni Editores, tomo I, 2018, pág. 47

[482] Palacio, Lino E.: "Derecho Procesal Civil", Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1975, págs. 359-360; 2011, págs. 266; Arazi, Roland: "Derecho Procesal Civil y Comercial", Santa Fe, Rubinzal y Culzoni Editores, tomo II, 2018, pág. 431.

[483] Arazi, Roland: "Derecho Procesal Civil y Comercial", Santa Fe, Rubinzal y Culzoni Editores, tomo I, 2018, págs. 46-47

[484] Los actos de la "Jurisdicción voluntaria" (u honoraria) civil, dice Manzini, son en realidad actos administrativos, encomendados a órganos jurisdiccionales porque requieren especiales aptitudes y garantías (Manzini, Vincenzo: "Tratado De Derecho Procesal Penal", tomo II, pág. 28 y nota 9, siguiendo la opinión de Chiovenda).

Fix-Zamudio dice que en la jurisdicción voluntaria estamos ante procedimientos administrativos "a través de los cuales se solicita de una autoridad judicial que fiscalice, verifique o constituya una situación jurídica en beneficio de los solicitantes" (Fix-Zamudio, Héctor: "La eficacia de las resoluciones de la jurisdicción voluntaria en el derecho mexicano", Revista de la Facultad de Derecho de México, México, núm. 45, enero-marzo de 1962, t. XII, pág. 115).

Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, a su vez, señala que "en la jurisdicción voluntaria el litigio está ausente, a veces latente... pero nunca presente" (Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, "Premisas para determinar la índole de la llamada jurisdicción voluntaria", Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972), México, UNAM, 1974, t. I, págs. 157 y 158).

La denominada "Jurisdicción voluntaria" constituye una función ajena al normal cometido de los jueces y tribunales de justicia, el cual consiste en la resolución de los conflictos o litigios suscitados entre dos o más personas; y el hecho que sean los jueces quienes, tradicionalmente, conozcan en esta clase de asuntos no contenciosos, obedece, entre otras razones, a la índole estrictamente jurídica que presentan, a la facilidad con que pueden derivar en una verdadera contienda, y a la conveniencia de que ciertos actos realizados por particulares, en razón de la trascendencia de los efectos que están llamados a producir, sean objeto de una previa y segura comprobación o fiscalización (Palacio, Lino E.: "Derecho Procesal Civil", Buenos Aires, Abeledo-Perrot, tomo 1, 1975, págs. 356/357).

La jurisdicción voluntaria es ajena al normal cometido de los Jueces y Tribunales, que en principio, debe limitarse a la resolución de conflictos o litigios entre dos o más personas. Su intervención en los procesos voluntarios, debe reservarse sólo a los casos en que la ley expresamente lo autorice (Civ. en Doc. y Loc., Tucumán, Sala II,19-9-2014, "s/Homologación judicial de convenio", Sent. 313, Registro: 00039239-01).

[485] Lascano, David: "Jurisdicción y Proceso", en Estudios de Derecho Procesal en honor de Hugo Alsina, págs. 369 y ss., específicamente pág.372; Bielsa, Rafael: "Jurisdicción y competencia. Unidad de los conceptos", L.L. 116-837, pág. III, 3.

[486] Díaz, Clemente A.: "Instituciones de Derecho Procesal", tomo II "Jurisdicción y Competencia", Vol. A "Teoría de la Jurisdicción", Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1972, pág. 88. Señala este autor que el proceso sucesorio tiene, por lo menos, tres aspectos netamente administrativos: el "trámite de constatación" de la transmisión o devolución hereditaria; el "trámite de la regularidad impositiva", con la intervención de una entidad fiscal receptora del impuesto a la transmisión gratuita de bienes y el "trámite registral", para la inscripción de la transmisión hereditaria, también los procedimientos para la apertura de testamentos cerrados y la protocolización de testamentos ológrafos.

La jurisdicción voluntaria de los jueces es más administrativa que jurisdiccional (LÓPEZ MESA, Marcelo: en "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", Mardelo López Mesa Director, Ramiro Rosales Cuello Coordinador, Buenos Aires, La Ley, tomo V, 2012, pág. 1122).

Dice Héctor Fix-Zamudio que en la jurisdicción voluntaria estamos ante procedimientos administrativos "a través de los cuales se solicita de una autoridad judicial que fiscalice, verifique o constituya una situación jurídica en beneficio de los solicitantes" (Fix-Zamudio, Héctor: "La eficacia de las resoluciones de la jurisdicción voluntaria en el derecho mexicano", Revista de la Facultad de Derecho de México, México, núm. 45, enero-marzo de 1962, t. XII, pág. 115).

En contra, siguiendo la tesis revisionista, Ibáñez Frocham entiende que los actos de jurisdicción voluntaria son jurisdiccionales por su naturaleza y objeto: en la "jurisdicción voluntaria", se aplica el derecho privado, por lo que no hay diferencia alguna con el proceso contencioso; además, en el proceso voluntario va implícito el contencioso, en cuanto puede sufrir la transformación. También son jurisdiccionales por su forma, ya que están configurados por una legislación múltiple, pues su materia surge de los códigos civiles, procesales y de leyes complementarias de unos u otros, más allá de algunas diferencias formales que considera carentes de entidad para negar el carácter jurisdiccional. De igual manera, considera que que la distinta eficacia que puedan presentar las sentencias o resoluciones del proceso contencioso y del proceso voluntario no son suficientes para negar carácter jurisdiccional. Concluye que todo nos lleva a una única jurisdicción, con notas comunes en el proceso contencioso y en el voluntario: la tutela de un interés privado insatisfecho, la actuación del derecho objetivo en el

caso, y la imparcialidad del juez (Ibáñez Frocham, Manuel: "La Jurisdicción", Buenos Aires, Ediar, 1972, págs. 100-114). Abrevaya desde la mira del derecho a la jurisdicción, considera peligrosa y atentatoria a la garantía del "juez natural", la postura de considerar a la jurisdicción voluntaria como actividad administrativa. La función jurisdiccional, dice, no se agota en la composición del litigio. Con todas las diferencias que advierte, no le parece adecuado incluir a la jurisdicción voluntaria dentro de la actividad administrativa, sólo porque no encaja en la descripción limitada de actividad jurisdiccional y hay que colocarla en algún lugar (Abrevaya, Alejandra: "Jurisdicción voluntaria: ¿función administrativa o jurisdiccional?", ED, 181-1350, Cita Digital: ED-DCCLXV-200).

[487] López Mesa, Marcelo: en "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", Marcelo López Mesa Director, Ramiro Rosales Cuello Coordinador, Buenos Aires, La Ley, tomo V, 2012, pág. 1123. Indica este autor como ejemplo el pedido de autorización para contraer matrimonio -art. 774 CPCCN-: dice que la decisión que hace lugar al pedido, ante la negativa de los padres, es un acto que puede tener cuerpo administrativo, pero que -sin duda- tiene "alma" judicial, ya que involucra la decisión de aspectos que tocan las fibras más íntimas de las personas, tanto del peticionante como de sus padres, así como que involucra decisiones que pueden afectar la vida futura y la suerte de ese menor, si el matrimonio resultare inconveniente y hasta desastroso para él.

[488] Guasp, Jaime: "Derecho Procesal Civil", Madrid, Instituto de Estudios Políticos, tomo I, 1968, pág. 106.; tomo II, 1968, pág. 948.

[489] Sólo podría considerarse jurisdiccional a los actos de jurisdicción voluntaria si se utiliza un criterio meramente orgánico, es decir, que por el solo hecho de ser realizado por los jueces toda actividad es jurisdiccional.

[490] Lascano, David: "Jurisdicción y Proceso", en Estudios de Derecho Procesal en honor de Hugo Alsina, págs. 369 y ss., específicamente pág. 376. Conf. Palacio, Lino E.: "Derecho procesal civil", Buenos Aires, Abeledo-Perrot, tomo I, 1975, págs. 356/357.

Coincidentemente Palacio señala que el hecho que tradicionalmente sean los jueces quienes conozcan en los asuntos no contenciosos (dentro de la llamada "jurisdicción voluntaria"), obedece entre otras razones a la índole estrictamente jurídica que presentan, a la facilidad con que pueden derivar en una verdadera contienda y a la conveniencia de que ciertos actos realizados por particulares, en razón de la trascendencia de los efectos que están llamados a producir, sean objeto de una previa y segura comprobación o fiscalización. De ello se desprende -agrega- que tal función puede ser legalmente detraída del conocimiento de los jueces y transferida a organismos administrativos, sin que ello importe quebranto de ninguna norma constitucional (Palacio: "Derecho Procesal Civil", Buenos Aires, Abeledo-Perrot, tomo I, 1975, págs. 356/357).

Véscovi clasifica en tres grupos a las teorías que tratan de explicar la llamada "jurisdicción voluntaria": a) la que considera que es un jurisdicción especial; b) la que entiende que es una función administrativa (la que le parece la más acertada); y c) la que dice que es una función especial, ni administrativa ni jurisdiccional (teoría que no acepta Véscovi dado que crea una categoría inexistente de función estatal (Véscovi, Enrique: "Derecho Procesal Civil", Montevideo, Ediciones Idea, 1974, tomo I, pág. 157/160).

[491] Arazi, Roland: "Derecho Procesal Civil y Comercial", Santa Fe, Rubinzal y Culzoni Editores, tomo I, 2018, pág. 47

[492] López Mesa, Marcelo: en "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", Marcelo López Mesa Director, Ramiro Rosales Cuello Coordinador, Buenos Aires, La Ley, tomo V, 2012, pág. 1126.

[493] Prieto-Castro Ferrandiz, Leonardo: "Derecho Procesal Civil", Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, volumen I, 1968, pág. 28.

[494] Sentís Melendo, Santiago: "El proceso civil", Buenos Aires, EJE, 1957, págs. 360, 362-363.

[495] López Mesa, Marcelo: en "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", Marcelo López Mesa Director, Ramiro Rosales Cuello Coordinador, Buenos Aires, La Ley, tomo V, 2012, pág. 1122.

[496] Couture, Eduardo J.: "Fundamentos del Derecho Procesal Civil", Buenos Aires, Depalma, 1993, pág. 48; Palacio, Lino E.: "Derecho Procesal Civil", Buenos Aires, Abeledo-Perrot, tomo I, 1975, pág. 300.

[497] Palacio, Lino E.: "Derecho Procesal Civil", Buenos Aires, Abeledo-Perrot, tomo III, 1976, pág. 19; López Mesa, Marcelo: en "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", Marcelo López Mesa Director, Ramiro Rosales Cuello Coordinador, Buenos Aires, La Ley, tomo V, 2012, pág. 1126, con cita del siguiente fallo: SC Buenos Aires, 28-5-1974, "D. de M., A. M. F. vs. M., H. J. L." (Acuerdo 19.521), LL, 156-476;

[498] Arazi, Roland: "Derecho Procesal Civil y Comercial", Santa Fe, Rubinzal y Culzoni Editores, 2018, tomo II, pág. 431.

[499] Chiappini, Julio: "Ejecución hipotecaria luego cuestionada en un juicio ordinario", L.L. 2009-B-89, apág. V; Cortés Domínguez, Valentín - Gimeno Sendra, Vicente - Moreno Catena, Víctor: "Derecho Procesal Civil. Parte general", Madrid, Coles, 2003, pág. 351; López Mesa, Marcelo: en "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", Marcelo López Mesa Director, Ramiro Rosales Cuello Coordinador, Buenos Aires, La Ley, tomo V, 2012, pág. 1126; Loutayf Ranea, Roberto G. y Loutayf, María Alejandra: "Requisitos de la cosa juzgada", en: "Cosa Juzgada", San Miguel de Tucumán, Bibliotex, Virtudes, tomo II, 2019, págs. 119 y sigtes., pág. 126; CNCiv., Sala A, 26-5-1978, L.L. 1978-C-498; Id., Sala K, 15-5-2014, E.D. 260-386, fallo N° 58.578.

[500] CNCiv., Sala K, 30-6-2005, DJ 4-1-2006, 32, LA LEY Online cita ARJUR/3599/2005.

[501] CNCiv., Sala C, 8-11-2001, E.D. 196-564.

[502] CApel.CC.Salta, Sala III, 27-5-86, Protocolo año 1986, pág. 403; id. id. 28-7-98, Protocolo año 1998, pág. 456, citándose un fallo de la CConcepción del Uruguay, Sala C, publicado en ZEUS, revista del 7-11-84. Por ello se ha considerado que no cabe la homologación de un convenio de desocupación en caso de tratarse de comodato (CApel.CC.Salta, Sala III, 28-7-98, Protocolo año 1998, pág. 456).

No existiendo ninguna norma legal que establezca la intervención judicial para homologar un convenio como el presentado por la recurrente (en donde ella "accede a vender" el 50 % del inmueble que se detalla al comprador), al precio que se indica, pactándose también que en caso de que este último no cancele el monto convenido, la apelante procederá a requerir el lanzamiento por la fuerza del mismo y de su grupo familiar), corresponde rechazar la homologación judicial solicitada (CApel.Civ.Com. Salta, Sala III, 1-2-05, N° 106892, tomo año 2005, pág. 24/25).

[503] Ver: Vargas, Abraham Luis: "Excepción de transacción", en "Excepciones procesales, sustanciales y otras defensas. Doctrina y jurisprudencia", Directora Angelina Ferreyra de De La Rúa", Córdoba, Advocatus, 2009, pág. 515 y ss., específicamente pág. 533 y 537.

Al no ser requisito de la transacción la equivalencia de los sacrificios recíprocos, ella no puede fundar la impugnación por causa de lesión (CSJN, 5-4-1994, "Kestner SACI. vs. YPF. Sociedad del Estado", Fallos 317:263 y Repág.ED, 29-747).

Bajo la denominación genérica de transacción, se incluyen indistintamente obligaciones litigiosas (sujetas a controversia o decisión judicial) o dudosas (derechos controvertidos extrajudicialmente, según la posición subjetiva de cada titular) (Gagliardo, Mariano: "La transacción y su operatividad", ED, 167-274).

Obligación litigiosa es la que está sometida a juicio, o sea que para verificar su existencia basta con constatar la materialidad del pleito en el cual sea materia de controversia, aun cuando se trate de un reclamo de muy dudosa procedencia. Más difícil es precisar el concepto de obligación o derecho dudoso: existe coincidencia doctrinal y jurisprudencial en el sentido de que esta con una duda subjetiva de las partes, no siendo necesaria la incertidumbre objetiva y aunque aquélla para peritos o especialistas no hubiese existido, tratándose para ellos de un punto absolutamente cierto o incuestionable (Cazeau, Pedro N. y Trigo Represas. Félix A.: "Derecho de las obligaciones", La Plata, Platense, t. II, vol. 2, pág. 342; CNCiv., Sala E, 28-11-1991, ED, 145-674; CNCom., Sala A, 30-5-1997, ED, 176-153).

[504] Ver Loutayf Ranea, Roberto G. y Costas, Luis Félix: "La acción civil en sede penal", Buenos Aires, Astrea, 2002, pág. 386/387; Vargas, Abraham Luis: "Excepción de transacción", en "Excepciones procesales, sustanciales y otras defensas. Doctrina y jurisprudencia", Directora Angelina Ferreyra de De La Rúa", Córdoba, Advocatus, 2009, pág. 515 y ss., específicamente pág. 548.

[505] López Mesa, Marcelo: en "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", Marcelo López Mesa Director, Ramiro Rosales Cuello Coordinador, Buenos Aires, La Ley, tomo V, 2012, pág. 1118, con cita de la siguiente jurisprudencia CCiv.Com. y Cont.adm., San Francisco, Córdoba, 28-4-1997, LL Córdoba, 1997-641; CNCiv., Sala G, F, 10-11-1987, LL, 1988-A-102 y DJ, 1988-1-914.

[506] Córdoba, Marcos M. y Díaz Solimine, Omar Luis: "Las limitaciones a la indagación de la realidad", L.L. 2004-F-1253, ap. II.c.

[507] Couture, Eduardo J.: "Fundamentos del Derecho Procesal Civil", Buenos Aires, Depalma, 1993, pág. 183.

[508] Palacio, Lino E.: "Derecho Procesal Civil", Buenos Aires, Abeledo-Perrot, tomo I, 1975, pág. 263.

Alsina dice que de acuerdo con el principio constitucional que garantiza la defensa en juicio, nuestro código procesal ha establecido el régimen de bilateralidad, según el cual todos los actos de procedimiento deben ejecutarse con intervención de la parte contraria (ALSINA, Hugo: "Tratado...", Buenos Aires, Ediar, tomo I, 1963, pág. 457).

[509] Alsina, Hugo: "Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial", Buenos Aires, Ediar, tomo I, 1963, pág. 457. Conf. Sagüés, Néstor P.: "Algunos aspectos de la bilateralidad en el juicio de amparo", L.L. 155-102.

[510] En el derecho argentino, los magistrados ejercen su jurisdicción en causas donde se plantó un conflicto. Y si bien la ley confiere su intervención en algunos supuestos en los que no se encuentra planteada una controversia, como en los procesos voluntarios (que no constituyen propiamente una actividad jurisdiccional *stricto sensu*), ello presupone indefectiblemente la existencia de una previsión normativa específica (Di Iorio: "Temas de Derecho Procesal", Buenos Aires, Depalma, 1985, pág. 19; CApel.CC. Azul, sala I, 12-8-99, "Seguros Bernardino Rivadavia. Homologación de Convenio", E.D. 191-104, fallo N° 50.572, CNCom., Sala C, 12-7-95, "Banco Cooperativo de Caseros vs. Almad", JA, 1966-1-551 o L.L. 1996-E-52; Díaz, Clemente A.: "Instituciones de Derecho Procesal", tomo II "Jurisdicción y Competencia", Vol. A "Teoría de la Jurisdicción", Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1972, págs. 80-81: dice este último autor que es menester reservar la denominación de "jurisdicción voluntaria" solamente a aquellos casos que el legislador expresamente atribuye a la competencia del juez u órgano jurisdiccional aunque no exista en ellos contenciosidad. Y agrega que para que el órgano jurisdiccional sea competente en los casos no contenciosos es menester una expresa disposición del legislador, el que puede igualmente sustraer esa competencia.

El pedido de homologación de un convenio de desocupación relacionado con un contrato de arrendamiento rural vencido se relaciona con un acto específico de jurisdicción voluntaria acerca del cual la intervención judicial no es exigida (art.823 CPC) y en tales condiciones la justicia civil -a la que se acude en instancia apelatoria- no posee la investidura legal necesaria para ejercer facultades convalidatorias de actos privados procesales o extrajudiciales, sin que sea viable la aplicación analógica de otros preceptos legales (C1°Civ.Com., San Nicolás, 12-5-1994, "Ricardi Eduardo A. Dapra Luis C. y Dapra Juan O. y Coop.Agrícola de Conesa Ltda. s/Homologación convenio", JUBAsum. B853894).

La pretensión genérica de homologación judicial de un convenio de desocupación para hacerle adquirir la categoría de título ejecutivo (art. 498 inc. 1° Cód. Proc.), no puede llevar a habilitar la jurisdicción donde no hay controversia, salvo que la propia ley lo determine por razones de conveniencia, como en los casos de jurisdicción voluntaria (art. 823 Cód. proc.) o en los convenios de desocupación legislados en las Leyes de emergencia, con la necesaria presencia de los recaudos establecidos por art. 47 de La Ley N° 21342 (CApel.Civ.Com., Sala 2°, San Martín, Provincia de Buenos Aires, 9-9-2003, "Romano, Héctor Ricardo c/Sagazán, Javier Esteban s/Homologación de convenio", JUBA, sum. B2002764).

La jurisdicción voluntaria es ajena al normal cometido de los Jueces y Tribunales, que en principio, debe limitarse a la resolución de conflictos o litigios entre dos o más personas. Su intervención en los procesos voluntarios, debe reservarse sólo a los casos en que la ley expresamente lo autorice (CCiv. en Doc. y Loc., Sala II,19-9-2014, s/Homologación judicial de convenio, Sent. 313, Registro: 00039239-01).

[511] CSJalta, Sala II, voto del doctor Manuel Pecci, 7-5-75, "Boletín Judicial - Provincia de Salta", año 1975, N° XVI, pág. 120 y citado por CApel.Civ.Com. Salta, Sala III, 27-6-2006, Protocolo año 2006, pág. 623. En el citado fallo de la Corte de Salta, el Dr. Pecci dice que el ejercicio de la llamada jurisdicción voluntaria o no contenciosa está restringido a los supuestos taxativamente fijados por la ley, pues sólo razones de orden circunstancial determinan la competencia judicial cuando no se da la situación de intereses en conflicto. Y el Dr. Reimundín expone que la "información *ad perpetuam*" tiene por finalidad la demostración o constatación de una circunstancia que se hace judicialmente, con tal que no se refiera a hechos de que pueda resultar perjuicio a persona reconocida o determinada.

[512] CApel.CC Salta, Sala III, Protocolo año 1996, pág. 906; Id. Id., Protocolo año 2000, pág. 655; Id. Id., 4-12-01, Protocolo año 2001, pág. 946; Id. Id., 6-6-05, Flores, expte. N° 107468, Protocolo año 2005, pág. 581.

[513] Di Iorio, Alfredo: "Temas de Derecho Procesal", Buenos Aires, Depalma, 1985, pág. 19; López Mesa, Marcelo: en "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", Marcelo López Mesa Director, Ramiro Rosales Cuello Coordinador, Buenos Aires, La Ley, tomo II, 2012, pág. 415; Abrevaya, Alejandra: "Jurisdicción voluntaria: ¿función administrativa o jurisdiccional?", ED, 181-1350, Cita Digital: ED-DCCLXV-200; Loutayf Ranea, Roberto G. y Villada Valdéz, Nelda: "Desalojo y la cosa juzgada", en Loutayf Ranea, Roberto Director: "Cosa Juzgada, San

Miguel de Tucumán, Bibliotex - Virtudes, tomo II, 2019, págs. 831 y sigtes, específicamente pág. 837; Loutayf Ranea, Roberto G y Romero Lorenzo, Isabel: "Transacción y cosa juzgada", en Loutayf Ranea, Roberto Director: "Cosa Juzgada, San Miguel de Tucumán, Bibliotex - Virtudes, tomo II, 2019, págs. 333 y sigtes, específicamente págs. 363-364; CAPEL.CC. Azul, Sala I, 12-8-99, "Seguros Bernardino Rivadavia. Homologación de Convenio", E.D. 191-104, fallo 50.572; CNCom., Sala C, 12-7-95, "Banco Cooperativo de Caseros vs. Almad", ED, 170-532, J.A. 1966-I-551 y L.L. 1996-E-52; CJSalta, Sala II, 7-5-1975, "Boletín Judicial - Provincia de Salta", año 1975, N° XVI, pág. 120; CAPEL.Civ.Com., Salta, Sala III 6-6-2005, Protocolo año 2005, expte. N° 107468/04, pág. 581, Id. Id. 30-5-2006, Protocolo año 2006, pág. 499, expte. N° 142872/05; CNFed. Cont.-Adm., Sala 3º, 10-5-2005, "Comisión Nacional de Regulación del Transporte vs. Transporte Villa María S.R.L."; Id., Sala 1º, 15-7-1997, "San Cristóbal Sociedad Mutual de Seguros Generales vs. Indrer"; Id., Sala 5º, 21-3-2005, "Comisión Nacional de Regulación del Transporte vs. Autotransporte Colprim S.A.", estos tres últimos fallos citados por López Mesa, Marcelo, en "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", Marcelo López Mesa Director, Ramiro Rosales Cuello, Coordinador, Buenos Aires, La Ley, tomo II, 2012, pág. 410 y 411, y nota 1534 y 1538.

La solicitud de homologación de un convenio procede únicamente cuando se trata de supuestos previstos en los arts. 305, 308 y 309 del CPCC de la Provincia de Buenos Aires, pues la facultad homologatoria acordada por el art. 162 del citado cuerpo legal solo es factible dentro del proceso que se ha desistido, o al que las partes han decidido poner fin mediante transacción o acuerdo conciliatorio. En tal sentido, la existencia de un proceso anterior resulta imprescindible para la procedencia de la vía homologatoria (C1ªApel.Civ.Com., Mar del Plata, Sala 3ª, 17-2-2018, "Guglielmi, Jorge Luis vs. Castellidardo, Mariano Ernesto", JUBA sum. B5032030).

En nuestra ley adjetiva las sentencias homologatorias solo están previstas para los supuestos contemplados en los art. 200 (transacción) y 202 (conciliación) del CPCC de la Provincia de Tucumán. De ello se sigue que, para que procedan los modos anormales de terminación de un proceso, debe existir un trámite judicial previo, con un conflicto pendiente (conf. Sirkin, H. Eduardo, "Impropiedad de la homologación judicial de un convenio privado ajeno a la locación", La Ley, 1996-B, 52), fuera del cual, no cabe admitir el trámite de homologación de convenio (CCiv. en Documentos y Locaciones, Tucumán, Sala 3ª, 25-3-2013, Sent. 128, s/Homologación judicial de convenio s/Incidente", Registro: 00033920-02).

No existiendo ninguna norma legal que establezca la intervención judicial para homologar un convenio como el presentado por la recurrente (en donde ella "accede a vender" el 50 % del inmueble que se detalla al comprador), al precio que se indica, pactándose también que en caso de que este último no cancele el monto convenido, la apelante procederá a requerir el lanzamiento por la fuerza del mismo y de su grupo familiar), corresponde el rechazo del pedido de homologación judicial del citado convenio (CAPEL.Civ.Com., Salta, Sala III, 1-2-05, Expte. N° 106892, Protocolo año 2005, pág. 24/25).

En sentido contrario al expuesto se ha entendido que la circunstancia de que los convenios extrajudiciales no se hallen explícitamente previstos en el ordenamiento similar no comporta óbice a su homologación judicial y a la aplicación de tales normas (Palacio, Lino E. y Alvarado Velloso, Adolfo: "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, tomo 4º, 1989, pág. 391; CCiv.Com. 1º, La Plata, Sala 1º, 26-2-2002, JUBA, sum. B101556).

[514] Díaz, Clemente A.: "Instituciones de Derecho Procesal", tomo II "Jurisdicción y Competencia", Vol. A "Teoría de la Jurisdicción", Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1972, pág. 81 y 99-101, con cita de García-Coni, V: "La jurisdicción voluntaria y la magistratura notarial", en Revista del Colegio de Abogados de La Plata, N° 13, pág. 149 y sigtes.

[515] Palacio, Lino E.: "Derecho Procesal Civil", Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1975, pág. 358; 2011, págs. 265-266; Bourguignon, Marcelo: "Jurisdicción voluntaria", en Revista de Derecho Procesal, 2014-2, "Jurisdicción y competencia - I", Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, 2014, págs. 211 y ss., específicamente págs. 220-221; Morello, Augusto M. - Passi Lanza, Miguel A. - Sosa, Gualberto L. - Berizonce, Roberto: "Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación", Buenos Aires - Abeledo-Perrot, La Plata - Editora Platense, tomo I, 1969, pág. 672-673; ABREVAYA, Alejandra: "Jurisdicción voluntaria: ¿función administrativa o jurisdiccional?", ED, 181-1350, Cita Digital: ED-DCCLXV-200. Sobre el tema ver también la completa clasificación que realiza Díaz, Clemente A.: "Instituciones de Derecho Procesal", tomo II "Jurisdicción y Competencia", Vol. A "Teoría de la Jurisdicción", Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1972, págs. 89-97.

[516] Morello, Augusto M. - Passi Lanza, Miguel A. - Sosa, Gualberto L. - Berizonce, Roberto: "Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación", Buenos Aires - Abeledo-Perrot, La Plata - Editora Platense, tomo I, 1969, pág. 673

[517] STJ Corrientes, 11-2-2015, Expt. 90712/13, Interlocutorio 7, "Ortiz, Miguel Ángel s/Información sumaria (especial)".

La información ad perpetuum tiene por finalidad la demostración o constatación de un hecho, que se hace judicialmente, con tal que no se refieran a hechos de que pueda resultar perjuicio a persona reconocida o determinada (CJ Salta, Sala II, voto del doctor Ricardo A. Reimundín, 7-5-1975, "Bañasta, Paula Liberata - Información sumaria", Boletín Judicial - Provincia de Salta, Publicación oficial de la Corte de Justicia de la Provincia de Salta, t. XVI, pág. 120).

[518] FASSI, Santiago C. y Mauro, Alberto L., colaboración de Ferrer, Francisco A. M.: "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", Buenos Aires, Astrea, tomo 4, 2005, pág. 699; Fenochietto, Carlos E.: en Fenochietto, Carlos E. y Arazi, Roland: "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", Buenos Aires, Astrea, tomo 3, 1993, pág. 336.

CAPEL.Civ.Com. 9ª Nom. Córdoba, 18-12-2017, "Romero, Jorge - Declaratoria de Herederos", Expediente N° 5577249, Auto N° 342; CCiv.Doc. y Loc. y Fam. y Suces., Concepción - Tucumán, Sala en lo Civil en Familia y Sucesiones, 20-9-2016, Nro. Sent: 80, Registro: 00046140-01; CCiv.Fam. y Suc., Sala 2ª, Tucumán, 13-8-2014, N° Sent: 364, Registro 00038736-02.

[519] C1ªCiv.Com. Mar del Plata, Sala 3ª, 14-7-2015, "Olivera, Carlos H. s/sucesión ab intestato", JUBA sum. B5031978.

El proceso de jurisdicción voluntaria es aquel en que no corresponde decidir entre pretensiones contradictorias. Y el juicio sucesorio, como tal, no está destinado a resolver ninguna controversia, sino a dar certeza a determinadas situaciones jurídicas, concretamente sobre la calidad de heredero, sobre la composición del patrimonio y sobre la partición del haber neto partible. De tal modo, queda claro que tramitan por juicio ordinario separado cuestiones como la planteada aquí respecto de la inconstitucionalidad de la Ley N° 26.425 ( arts. 3423, 3428 y cc. Cód. Civ; 319, 737, 738 Cód. Proc.). A mayor abundamiento, señálese que la controversia de intereses sucitada, merece un amplio debate y no puede ser dada en el marco del proceso sucesorio, el cual queda acotado a los lineamientos dados en el párrafo anterior (CCiv.Com., Sala 1ª, Lomas de Zamora, 21-5-2009, "Campa Jose Luis s/Sucesión Ab- Intestato", JUBA sum. B2551373).

El proceso de jurisdicción voluntaria es aquel en que no corresponde decidir entre pretensiones contradictorias. Y el juicio sucesorio, como tal, no está destinado a resolver ninguna controversia sino a dar certeza a determinadas situaciones jurídicas, concretamente sobre la calidad de heredero, sobre la composición del patrimonio y sobre la partición del haber neto partible. De tal modo, queda claro que tramitan por juicio ordinario separado cuestiones como la planteada aquí respecto a la mala fe en la posesión de la herencia (arts. 3423, 3428 y cc. CC.; 319, 737, 738 CPC) (C1ªApel.Civ.Com., Sala 1ª Mar del Plata, 16-2-2006, "Ch., E. A.s/Sucesión", JUBA sum. B1352877).

Siendo que el proceso sucesorio se desenvuelve en un marco no contradictorio, las decisiones son adoptadas "en cuanto hubiese lugar por derecho", por tanto los pronunciamientos dictados en materia de jurisdicción voluntaria no son sentencias y, por consiguiente, no producen los efectos inherentes a la cosa juzgada (CCiv., Sala IV, Corrientes, del voto del Dr. Carlos A. Rodríguez, 6-7-2011, Interlocutorio 124. "Sosa, Alfonso La Cruz s/ Sucesorio").

El proceso sucesorio es un proceso de jurisdicción voluntaria caracterizado por la ausencia de pretensiones contradictorias, a diferencia de lo que sucede con el proceso contencioso diseñado, particularmente, para dirimir conflictos. Esta característica confiere un cariz particular a las figuras procesales que, como sucede con la intervención de terceros, están previstas para procesos de naturaleza contenciosa. (CCiv., Sala IV, Corrientes, del voto de la doctora María Eugenia Sierra de Desimoni, 22-12-2010, Interlocutorio 308, "Incidente de Intervención de tercero en autos: Alarcón, Inocencio s/ Sucesión ab-intestato").

[520] Arazi, Roland: "Derecho Procesal Civil y Comercial", Santa Fe, Rubinzal y Culzoni Editores, tomo II, 2018, pág. 394.

[521] Reimundín, Ricardo: "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", Buenos Aires, Víctor P. de Zavalía Editor, 1970, págs. 930-931.

[522] CAPEL.Civ.Com. Dolores, 25-2-2005, "García Corado, Alfredo J. y otra c/Maldonado, Angel s/Acción de Deslinde y Mensura", JUBA sum. B950866.

Si bien el de mensura es un proceso típicamente voluntario, a diferencia de lo que ocurre con el proceso de deslinde, ya que no involucra la existencia de conflicto alguno con los propietarios colindantes, en el caso no se ha iniciado demanda por mensura sino también por deslinde y amojonamiento, supuesto en que puede operar la caducidad de la instancia (CAPEL.Civ.Com. Salta, Sala I, 21-10-1987, Protocolo año 1987, pág. 460, citado por Loutayf Ranea, Roberto G. y Montalbeti De Marinario, María C.: "Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Salta anotado con Jurisprudencia local", Salta, Ediciones Noroeste Argentino, tomo V, 1995, pág. 100).

[523] Dice Kielmanovich que el de adopción es un proceso esencialmente *extracontractioso* en el que no existe, en rigor de verdad, un previo *conflicto* entre el o los adoptantes y el adoptando, ni con el Ministerio Pupilar, quien puede incluso adherir al planteo; y ello por más que la ley se refiere al "juicio", a la "acción" (arts. 316 y 321, Cód. Civil), o a las "partes" (art. 321 del Cód. Civil), cual si se tratase de un proceso contencioso, desde que el vocablo "demanda" a que se refería la Ley N° 13.252 era interpretado en sentido lato, comprensivo entonces de toda petición judicial que exteriorizara el propósito de constituirse en adoptante de otra persona, pues en los procedimientos de adopción no se demanda nada ni a nadie (Kielmanovich, Jorge L.: "Derecho Procesal de Familia", Buenos Aires, LexisNexis - Abeledo Perrot, 2007, pág. 150).

El Código Civil y Comercial, en el Libro II, Título VI, Capítulo 4 alude al "juicio de adopción"; también se refiere a quienes son "parte" (arts. 608 617).

[524] Palacio, Lino E.: "Derecho Procesal Civil", Buenos Aires, Abeledo-Perrot, tomo I, 1975, pág. 359-360; año 2011, pág. 266-267; DÍAZ, Clemente A.: "Instituciones de Derecho Procesal", tomo II "Jurisdicción y Competencia", Vol. A "Teoría de la Jurisdicción", Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1972, págs. 93-94; Eisner, Isidoro: "Naturaleza del procedimiento de adopción", LL, 123-49; Cortés Domínguez, Valentín - Gimeno Sendra, Vicente y Moreno Catena, Víctor: "Derecho Procesal Civil. Parte general", Madrid, Colex, 2003, pág. 351.

El proceso de adopción es un proceso voluntario y las normas procesales deben adecuarse a las sustanciales (CSJN, "Torres, Alejandro Daniel s/ adopción.", Fallos: 323:91; Id., 14-2-2012, "E. J. E. s/Adopción", Fallos: 335:30). Conf. CN Civ., Sala K, 15-5-2014, ED, 260-386.

Cabe dejar sin efecto por arbitrariedad, la sentencia que estableció el carácter simple de la adopción del hijo adoptivo de la cónyuge, pues se trata de un asunto de carácter voluntario, en cuyo marco -con posterioridad a la presentación inicial- el postulante y la madre del niño expresaron personal y enfáticamente su voluntad de conseguir el otorgamiento de la adopción plena, y aun el consentimiento de la sentencia de adopción no constituye impedimento para variar sus alcances, habida cuenta de que este tema se ventila dentro de un proceso en el que las normas rituales deben adecuarse a las sustanciales, sobre todo mediante conformidad de los interesados en cuanto al sentido de la alteración propuesta (CSJN, del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema, 14-2-2012, "E.J.E. s/Adopción -causa N° 12389-, Fallos 335:30).

El legislador atribuye al organismo jurisdiccional el conocimiento de los asuntos de la llamada "jurisdicción voluntaria" por razones de oportunidad y conveniencia, no por razones jurídicas, pues se considera que circunstancialmente es el organismo más capacitado, dentro de un ordenamiento legal determinado, para apreciar la existencia o inexistencia de las condiciones jurídicas exigidas por la ley; además es el organismo más adecuado para organizar la tramitación de la solicitud del interesado (DÍAZ, Clemente A.: "Instituciones de Derecho Procesal", tomo II "Jurisdicción y Competencia", Vol. A "Teoría de la Jurisdicción", Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1972, pág. 81).

[525] Rivera, Julio César: en "Código Civil y Leyes complementarias", Director Augusto C. Belluscio, Coordinador Eduardo A. Zannoni, Buenos Aires, Astrea, tomo 1, 1993, pág. 481 § 1, con las siguientes citas: Cfed. Mendoza, 11-7-1945, JA, 1945-III-754 t LL, 39-662; STJ Santa Fe, Sala II Civ. y Com., 1-7-1958, Dig.LL, 1, pág. 152, sum. 44 y Juris, N° 13, pág. 41. PALACIO, Lino E.: "Derecho Procesal Civil", Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1975, pág. 358; 2011, págs. 265-266.

Destaca Rivera que, en sentido contrario, hay quienes consideran que se trata de un juicio contradictorio, pues, como contenido del proceso aflora un verdadero conflicto de intereses. Cita a MORELLO, Augusto M.: "Declaración de ausencia y fallecimiento presunto", Buenos Aires, 1962, N° 50, pág. 87, y N° 29; Sentis Melendo, Santiago: "El proceso civil", Buenos Aires, EJE, 1957, págs. 360-366.

[526] Guasp, Jaime: "Derecho Procesal Civil", Madrid, Instituto de Estudios Políticos", tomo II, 1968, págs. 953 y ss.

[527] Couture, Eduardo J.: "Fundamentos del Derecho Procesal Civil", Buenos Aires, Depalma, 1993, pág. 49; Palacio, Lino E.: "Derecho Procesal Civil", Buenos Aires, Abeledo-Perrot, tomo I, 1975, pág. 300.

Si bien en la jurisdicción voluntaria las decisiones judiciales se dictan, eventualmente, en favor del peticionario pero no en contra o frente a un tercero, ello no excluye la posibilidad de que en razón de suscitarse alguna discrepancia entre los propios peticionarios o de plantearse oposición por parte de un tercero o del Ministerio Público, los procesos voluntario se transformen total o parcialmente en contenciosos (Abrevaya, Alejandra: "Jurisdicción voluntaria: ¿función administrativa o jurisdiccional?", ED, 181-1350, Cita Digital: ED-DCCLXV-200). Promovida oposición a un deslinde practicado ante la justicia ordinaria, el juicio de jurisdicción voluntaria se vuelve contencioso o contradictorio, en el que el oponente asume el carácter de actor y el solicitante de la mensura, el de demandado (CSJN, 1928, "Banco de La Nación Argentina solicita el deslinde de la Finca denominada Targatall ubicada en el Departamento de Orán, Provincia de Salta", Fallos 153:9).

Si bien el de mensura es un proceso típicamente voluntario, a diferencia de lo que ocurre con el proceso de deslinde, ya que no involucra la existencia de conflicto alguno con los propietarios colindantes, en el caso no se ha iniciado demanda por mensura sino también por deslinde y amojonamiento, supuesto en que puede operar la caducidad de la instancia (CAPEL.Civ.Com. Salta, Sala I, 21-10-1987, Protocolo año 1987, pág. 460, citado por Loutayf Ranea, Roberto G. y Montalbeti De Marinario, María C.: "Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Salta anotado con Jurisprudencia local", Salta, Ediciones Noroeste Argentino, tomo V, 1995, pág. 100).

[528] Falcón, Enrique M.: "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y Leyes complementarias", Buenos Aires, Astrea, tomo 2, 2006, pág. 838.

[529] Kielmanovich, Jorge L.: "Derecho Procesal de Familia", Buenos Aires, Lexis Nexis - Abeledo Perrot, 2007, págs. 29, 150 y 175-176. Sobre el tema ver: Loutayf Ranea, Roberto G. y Ovejero López, Julio: "Caducidad de la instancia", Buenos Aires, Astrea, 2005, pág. 45; Loutayf Ranea, Roberto: "Cosa Juzgada", San Miguel de Tucumán, Bibliotex, Virtudes, tomo II, 2019, págs. 803-804.

Las decisiones emitidas en ejercicio de la jurisdicción voluntaria, no causan agravio. En ella, "el peticionante o pretensor no pide nada contra nadie. Le falta, pues, un adversario. El no es parte, porque no es contraparte de nadie. Tampoco tiene controversia. Si ésta apareciera, si a la pretensión del peticionante se opusiese alguien que se considera lesionado por ella, el acto judicial no jurisdiccional se transforma en contencioso y, por lo tanto, en jurisdiccional (CCiv. Sala IV, Corrientes, del voto del doctor Carlos Alfredo Benítez Meabe, 16-2-2011,

Interlocutorio 13, "Incidente de nulidad en autos: Silva, Ramón e Ignacia Zárate (cónyuges) s/ sucesión").

[530] CC.C., 7-9-1944, LL, 35-910; CC.C., 30-7-1945, JA, 1947-II-411.

[531] ARAZI, Roland: "Derecho Procesal Civil y Comercial", Santa Fe, Rubinzal y Culzoni Editores, tomo II, 2018, pág. 394.

[532] CNCiv., Sala A, 19-5-1981, LL, 1981-D-41.

[533] CNCiv., Sala F, 30-4-1984, citado por Gozafín, Osvaldo A., en "Caducidad de instancia", Eisner, Isidoro director, Colerio, Juan P. coordinador, Buenos Aires, Depalma, 2000, pág. 348; Fassi, Santiago C. y Maurino, Alberto L., colaboración de Ferrer, Francisco A. M.: "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", Buenos Aires, Astrea, tomo 4, 2005, pág. 719.

[534] CSJN, 14-9-1989, "Herlitzka de Kudnac, Jacqueline Sofia Susana vs. Blair de Herlitzka, Jacqueline s/ ampliación del cuerpo de bienes en el sucesorio de Mauro Livio José Herlitzka e inoponibilidad y reducción de las sociedades de familia", Fallos 312:1625 y LL, 1990-A-539.

[535] Fassi, Santiago C. y Maurino, Alberto L., colaboración de Ferrer, Francisco A. M.: "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", Buenos Aires, Astrea, tomo 4, 2005, pág. 719, con cita de los siguientes fallos: CNCiv., Sala A, 7-8-1970, LL, 144-621; Id., Sala B, 9-3-1994, LL, 1994-E-127 CCiv.Com. San Isidro, Sala I, 29-12-1998, LL Buenos Aires 1999-861 y JA, 2001-II-747.

[536] Fassi, Santiago C. y Maurino, Alberto L., colaboración de Ferrer, Francisco A. M.: "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", Buenos Aires, Astrea, tomo 4, 2005, pág. 719, con cita de los siguientes fallos: CCYC., 10-12-1936, GF, 126-205; CCYC., 10-11-1922, GF, 41-222.

[537] Fassi, Santiago C. y Maurino, Alberto L., colaboración de Ferrer, Francisco A. M.: "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", Buenos Aires, Astrea, tomo 4, 2005, pág. 719, con cita del siguiente fallo: CNCiv., Sala F, 17-7-1997, LL, 1995-E-387 y DJ, 1996-1-910; CNCiv., Sala A, 18-8-1975, LL, 1975-D-127

[538] CNCiv., Sala E, 11-5-1978, RJA, 1978-468, N° 41; C.Civ.Com. Corrientes, 21-4-1999, LL, 2000-D-881, 42.911-S y LL Litoral 2000-380

[539] FASSI, Santiago C. y Maurino, Alberto L., colaboración de FERRER, Francisco A. M.: "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", Buenos Aires, Astrea, tomo 4, 2005, pág. 700, citando a Mercader, Amílcar A.: "El tercero en el proceso", Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1960, pág. 199

[540] Loutayf Ranea, Roberto G. y Ovejero López, Julio: "Caducidad de la instancia", Buenos Aires, Astrea, 2005, págs. 472 y ss.

Están sujetos a caducidad de instancia todos los incidentes contenciosos que se promovieren en las sucesiones (CNCiv., Sala A, 19-5-1981, ED, 94-775 y LL, 1981-D-511).

En un sucesorio no permiten las actuaciones propias del mismo, tales como las tendientes a obtener la declaratoria de herederos, o la declaración de validez del testamento en cuanto a su forma, y la determinación, liquidación y partición del acervo hereditario. Pero pueden permitirse el pedido de nombramiento de administrador, de rendición de cuentas o remoción de administrador o del albacea, de reconocimiento y declaración de legítimo abono, de créditos contra la sucesión y otros análogos (CApel., Civ.Com., Sala I, 11-5-1989, Protocolo año 1989, pág. 117, citado por Loutayf Ranea, Roberto G. y Montalbetti De Marinario, María C.: "Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Salta anotado con Jurisprudencia local", Salta, Ediciones Noroeste Argentino, tomo V, 1995, pág. 99).

El juicio de adopción puede transformarse en contradictorio, en cuyo caso las disposiciones sobre la caducidad de instancia son de aplicación (CNCiv., Sala F, 8-6-1965, ED, 13-356 y LL, 119-843).

[541] C1ªApel.Civ.Com., Sala 2ª, Mar del Plata, 7-2-2019, "Pérez, Sergio Gustavo s/acción declarativa", JUBA sum. B5057761; SC Buenos Aires, 2-4-1974, LL, 155-72; CNCiv., Sala A, 30-4-1968, ED, 23-468 y LL, 131-1160, 18.026.S; Id., Sala F, 16-12-1965, LL, 123-949, 13.756-S y ED, 19-608, N° 24.

[542] CApel.Civ.Com.Lab. y de Minería - I Circunscripción Judicial - Sala III, Neuquén, 2-7-2019, "M. F. G. A. s/ autorización para viajar", Legajo: 93106/2018, Interlocutoria, con la siguiente cita: JNQFA3 85888/2017, SALA III.

[543] Chiappini, Julio: "Ejecución hipotecaria luego cuestionada en un juicio ordinario", L.L. 2009-B-89, apág. V; Cortés Domínguez, Valentín - Gimeno Sendra, Vicente - Moreno Catena, Víctor: "Derecho Procesal Civil. Parte general", Madrid, Coles, 2003, pág. 351; Loutayf Ranea, Roberto G. y Loutayf, María Alejandra: "Requisitos de la cosa juzgada", en "Cosa Juzgada", Roberto Loutayf Ranea Director, San Miguel de Tucumán, Bibliotex - Virtudes, 2019, pág. 126; Arazí, Roland: "Derecho Procesal Civil y Comercial", Santa Fe, Rubinzal y Culzoni Editores, tomo II, 2018, pág. 431; CNCiv., Sala A, 26-5-1978, L.L. 1978-C-498; Id., Sala K, 15-5-2014, E.D. 260-386, fallo N° 58.578; Id., Sala F, 30-8-1982, LL, 1983-B-244.

[544] CNCiv., Sala K, 30-6-2005, DJ 4-1-2006, 32, La Ley Online cita AR/JUR/3599/2005. En este caso, el locador había denunciado el abandono del inmueble por parte del locatario. Se ha resuelto que si el proceso antecedente tramitó de conformidad con lo dispuesto en el art. 49 de la Ley N° 21.342, lo resuelto en aquél no constituye cosa juzgada en el nuevo proceso iniciado por resolución de contrato pues, toda vez que la información sumaria que deriva de la normativa aludida no constituye un procedimiento contradictorio, limitándose a verificar una situación de hecho -el abandono- y a restituir en mérito a la misma la tenencia al locador, mal puede oponerse preclusión procesal alguna al locatario, ahora actor, sin conculcarse derechos y garantías de neto corte constitucional.

[545] CNCiv., Sala C, 8-11-2001, E.D. 196-564, con cita de Rivera, Julio César, en "Código Civil y Leyes complementarias", Buenos Aires, Astrea, tomo I, 1993, págs. 483-484, N° 2.

[546] Palacio, Lino E.: "Derecho Procesal Civil", Buenos Aires, Abeledo-Perrot, tomo I, 1975, pág. 359-360; año 2011, pág. 266-267; DÍAZ, Clemente A.: "Instituciones de Derecho Procesal", tomo II "Jurisdicción y Competencia", Madrid, Coles, 2003, pág. 351; Loutayf Ranea, Roberto G. y Loutayf, María Alejandra: "Naturaleza del procedimiento de adopción", LL, 123-49; Cortés Domínguez, Valentín - Gimeno Sendra, Vicente y Moreno Catena, Víctor: "Derecho Procesal Civil. Parte general", Madrid, Colex, 2003, pág. 351.

El proceso de adopción es un proceso voluntario y las normas procesales deben adecuarse a las sustanciales (CSJN, 15-2-2000, "Torres, Alejandro Daniel s/ adopción.", Fallos: 323:91; Id., 14-2-2012, "E. J. E. s/Adopción", Fallos: 335:30). Conf. CNCiv., Sala K, 15-5-2014, ED, 260-386.

Cabe dejar sin efecto por arbitrariedad, la sentencia que estableció el carácter simple de la adopción del hijo adoptivo de la cónyuge, pues se trata de un asunto de carácter voluntario, en cuyo marco -con posterioridad a la presentación inicial- el postulante y la madre del niño expresaron personal y enfáticamente su voluntad de conseguir el otorgamiento de la adopción plena, y aun el consentimiento de la sentencia de adopción no constituye impedimento para variar sus alcances, habida cuenta de que este tema se ventila dentro de un proceso en el que las normas rituales deben adecuarse a las sustanciales, sobre todo mediando conformidad de los interesados en cuanto al sentido de la alteración propuesta (CSJN, del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema, 14-2-2012, "E.J.E. s/Adopción -causa N° 12389-, Fallos 335:30)

El legislador atribuye al organismo jurisdiccional el conocimiento de los asuntos de la llamada "jurisdicción voluntaria" por razones de oportunidad y conveniencia, no por razones jurídicas, pues se considera que circunstantialmente es el organismo más capacitado, dentro de un ordenamiento legal determinado, para apreciar la existencia o inexistencia de las condiciones jurídicas exigidas por la Ley; además es el organismo más adecuado para organizar la tramitación de la solicitud del interesado (Díaz, Clemente A.: "Instituciones de Derecho Procesal", tomo II "Jurisdicción y Competencia", Vol. A "Teoría de la Jurisdicción", Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1972, pág. 81).

[547] CNCiv., Sala L., 22-2-2007, L.L. 2007-C-102.

Siendo que el proceso sucesorio se desenvuelve en un marco no contradictorio, las decisiones son adoptadas "en cuanto hubiese lugar por derecho", por tanto los pronunciamientos dictados en materia de jurisdicción voluntaria no son sentencias y, por consiguiente, no producen los efectos inherentes a la cosa juzgada (CCiv., Sala IV, Corrientes, del voto del Dr. Carlos A. Rodríguez, 6-7-2011, Interlocutorio 124. "Sosa, Alfonso La Cruz s/ Sucesorio").

[548] López Mesa, Marcelo, en "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", Marcelo López Mesa Director, Ramiro Rosales Cuello Coordinador, Buenos Aires, La Ley, tomo V, 2012, págs.1127-1128.

[549] Un fallo de la Corte de Justicia de Mendoza ha resuelto lo siguiente:

En relación con el trámite de homologación establecido en el art. 100 del C.P.L., el mismo es un típico supuesto de jurisdicción voluntaria, donde no resulta necesaria la comparencia de la contraria por no mediar controversia en cuanto a los términos y alcance del convenio celebrado, el que por otra parte no es desconocido por la empleadora.

Se ha definido la jurisdicción voluntaria o no contenciosa como la función que legislativamente se atribuyen a los órganos jurisdiccionales para la fiscalización o contralor de las condiciones legales exigidas por el ordenamiento jurídico para la existencia o inexistencia de determinadas situaciones jurídicas cuya eficacia depende de su autenticidad o publicidad (Livellara-Porras: "Código Procesal Laboral de Mendoza", T. II, pág.367. Este tipo de procedimiento se realiza sin la intervención de la contraparte lo que justifica la necesaria intervención del Sr. Fiscal de Cámara - art. 101 del C.PÁG.L.).

A mayor abundamiento se verifica que ante la notificación de la resolución homologatoria el Banco consintió la misma ya que sólo dedujo recurso de reposición en relación a la imposición de costas, confirmando y convalidando el resto de la decisión judicial.

El trámite de homologación establecido en el Código Procesal Laboral, es un típico supuesto de jurisdicción voluntaria, donde no resulta necesaria la comparencia de la contraria por no mediar controversia en cuanto a los términos y alcance del convenio celebrado, lo que justifica la necesaria intervención del Sr. Fiscal de Cámara (CJ Mendoza, Sala 2ª, 9-5-2006, Expte.: 83313, "Bankboston National Association en J. 11992 Castro Roberto Manuel Francisco c/ Bankboston National a p/ ejec. de convenio s/ incidente de casación", Ubicación: LS365-061.

\* Coordinador Académico (Titular) de la Cátedra Libre de Derecho y Gobierno de las Aguas (Universidad Católica de Santiago del Estero).

\* Abogado, Mg. en Sistemas Jurídicos Comparados, Universidad Complutense de Madrid. Prof. Titular de Derecho Procesal Parte General y de Concursos y Privilegios, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Tucumán. Ex Vice Decano de dicha unidad académica, periodo 2006/2014.

[550] Cordeiro Álvarez, Ernesto, *Tratado de los privilegios*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1969, pág. 2/16.

[551] Martorell, Ernesto, *Tratado de concursos y quiebras*, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004, T. 3, pág. 599.

[552] Villanueva, Julia, *Privilegios*, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2004, pág. 22/25.

[553] Bielsa, Rafael, *Los conceptos jurídicos y su terminología*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1954, pág. 117.

[554] Alegría, Héctor, *Los privilegios en LA LEY concursal. Aspectos generales*, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2011-2, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2011, pág. 11.

[555] Rivera, Julio C., *Instituciones de derecho concursal*, T. 2, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2003, pág. 253.

[556] Molinaro, Alberto D., *Los privilegios en el derecho argentino. Teoría de los privilegios. Estudio de los privilegios y preferencias en particular*. Ed. Abeledo, Buenos Aires, 1945, pág. 102/105.

[557] Mariani De Vidal, Marina, *Apuntes sobre privilegios*, L.L., 137-932.

[558] C.S.J.N., 02/08/1988, L.L., 1989-B, Pág. 579.

[559] Mariani De Vidal, Marina Y Highton, Elena: *Privilegios en el código civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2001, T. 6B, Pág. 227/229.

[560] Fernández, Raymundo L: *Tratado teórico práctico de la hipoteca, prenda y demás privilegios*, Ed. Rubino, Buenos Aires, 1941, T. 1, Pág. 21.

[561] Allende, Guillermo y Marina Mariani De Vidal, *Los privilegios en la Ley de Concursos y en el Código Civil*. Ed. Zavallá, Buenos Aires, 1974, pág. 25.

\* El presente trabajo es una versión abreviada del capítulo original publicado en "Negocios Processuais", Coordinadores Antonio do Passo Cabral y Pedro Henrique Nogueira, Autores Varios, Tomo 2, Editorial JusPodium, Rio de Janeiro, 2019.

[562] Autor citado, Revista de Derecho Procesal, Los contratos y el negocio jurídico procesal, 2017-2, Rubinzal Culzoni, págs. 72/73.

[563] FALCÓN Enrique, Revista de Derecho Procesal, Los contratos y el negocio jurídico procesal, 2017-2, Rubinzal Culzoni, pág.52.



- [564] PEYRANO, Jorge W., Estado de situación del instituto de los negocios jurídicos procesales, Revista de Derecho Procesal, Rubinzal Culzoni, pág. 53.
- [565] CABRAL, Antonio do Passo, Convenciones procesales, Editora LusPodium, 2° edición ampliada, 2018, pág. 94
- [566] Loutayf Ranea, Roberto G.: "Condona en costas en el proceso civil", Buenos Aires, Astrea, 1998, págs. 18 y 165; CNCiv, Sala F, 7-8-1992, E.D. 149-337, con nota de Wetzler Malbrán, Alfredo R.: "Correcta aplicación de la doctrina de los propios actos"; Id., Sala B, 26-12-1986, E.D. 125-329.
- [567] <https://www.justicia2020.gob.ar/institucional/>
- [568] <https://www.erreius.com/actualidad/15/procesal/Nota/541/presentaron-el-anteproyecto-de-reforma-de-codigo-procesal-civil-y-comercial-de-la-nacion>
- [569] Bases para la reforma procesal civil y comercial," Biblioteca Digital, consulta 22 de julio de 2019, <http://www.bibliotecadigital.gob.ar/items/show/1689>.
- [570] Presentado el 1° de julio de 2019 al Ministro de Justicia y Derechos Humanos Germán C. Garavano por la Comisión Redactora designada por RESOL-2017-496-APN-MJ y RESOL-2017-829-APN-MJ
- [571] Bases para la reforma procesal civil y comercial," Biblioteca Digital, consulta 22 de julio de 2019, <http://www.bibliotecadigital.gob.ar/items/show/1689>.
- [572] <https://www.justicia2020.gob.ar/wp-content/uploads/2017/06/Bases-para-la-Reforma-de-la-Justicia-Civil-y-Comercial.pdf>. "Bases", Capítulo III, 2., 3.
- [573] <https://www.justicia2020.gob.ar/eje-civil/codigo-procesal-civil-comercial-la-nacion/>
- [574] En el derecho comparado Latinoamericano resulta una referencia ineludible la regulación realizada por el Código Procesal Civil de Brasil del año 2015 en tanto resulta pionera la incorporación de las convenciones procesales allí realizada, motivo por el cual a lo largo del presente trabajo nos referiremos reiteradamente a su texto y a la doctrina que a él se refiere.
- [575] CABRAL, Antonio do Passo, Convenciones procesales, Editora LusPodium, 2° edición ampliada, 2018, pág. 74
- [576] Marinoni, Luis G., Teoría Geral do Processo, vol. 1, Editora Dos Tribunais, San Pablo, 2006, pág. 269
- [577] Díaz Cafferata, Santiago, "El derecho de acceso a la información pública: situación actual y propuestas para una ley", en Lecciones y Ensayos N°. 86, 2009, pág. 151-185, disponible en <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/86/06-ensayo-diaz-cafferata.pdf>.
- [578] Buteler, Alfonso, "Derecho de acceso a la información pública", en Palacio de Caeiro, Silvia B. (dir.) - Caeiro Palacio, María Victoria (coord.), Tratados de derechos humanos y su influencia en el derecho argentino, La Ley, Buenos Aires, 2015, t. II, pág. 1757.
- [579] Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (C.I.D.H) del año 2013, disponible en página <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/2013%2005%2020%20JURISPRUDENCIA%20DOMESTICA%20SOBRE%20LIBERTAD%20DE%20EXPRESION%20Y%20AI.pdf>.
- [580] Art. 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948).
- [581] Grillo, Iríde I. M., "El derecho de acceso a la información para oxigenar la democracia", La Ley 2013-B, 17.
- [582] Art. 13. **Libertad de Pensamiento y de Expresión** 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.
- [583] Carta Democrática Interamericana. Art. 4. Son componentes fundamentales del ejercicio de la democracia la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa.
- [584] Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Art. IV. Toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio.
- [585] Art. 19.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas. Toda persona tiene derecho a la libertad 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.
- [586] CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, "Una agenda hemisférica para la defensa de la libertad de expresión", 25 de febrero de 2009, disponible en: <http://www.cidh.org/pdf%20files/Un%20agenda%20Hemisferica%20espanol.pdf>.
- [587] <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/2013%2005%2020%20JURISPRUDENCIA%20DOMESTICA%20SOBRE%20LIBERTAD%20DE%20EXPRESION%20Y%20AI.pdf>.
- [588] A partir del dictado del fallo "Kimel" si bien no fue el primero en el que la CIDH declaró la invalidez de las restricciones estatales al derecho de la libre expresión, se representó una tendencia nueva en la Corte en el sentido de establecer una doctrina de contornos bastante definidos acerca del alcance de este derecho: Gullico, H., "Nuevos desarrollos en materia de libertad de expresión en el sistema interamericano de Derechos Humanos (acerca del caso 'Kimel v. Argentina')", en Revista Argentina de Teoría Jurídica, 9 (2), 45-65.
- [589] Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), caso Claude Reyes y otros vs. Chile, sentencia del 19 de septiembre de 2006 (fondo, reparaciones y costas), disponible en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_151\\_espág.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_espág.pdf).
- [590] Hirschmann, Pablo G., El derecho de acceso a la información pública, la regulación legal de sus aspectos sustantivos, Su. Es. Const. 2019 (noviembre), 12/11/2019, 117, AR/DOC/3771/2019.
- [591] Sancionada en fecha 14 de septiembre de 2016, publicada en Boletín Oficial el 29 de septiembre de 2016.
- [592] Al 31 de diciembre de 2019 se contabilizaron 4862 solicitudes de acceso a la información según el Informe Estadístico 2019 de la Agencia Nacional de Información, disponible en [https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/informe2019\\_web.pdf](https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/informe2019_web.pdf).
- [593] "Informe de Política del Banco Mundial sobre "Índice de Acceso a la Información Pública en las Provincias Argentinas: un análisis de la calidad normativa" (en <http://www.gajuuy.gov.ar/indice-de-acceso-a-la-informacion-publica-en-las-provincias-argentinas/>).
- [594] A la fecha hay provincias que no cuentan con una legislación protectoria del acceso a la información pública. En Tucumán, se planteó la opción de que la Provincia no adhiera a la ley nacional sino un proyecto diferente, con el órgano de aplicación dentro de la estructura de la administración pública (ver <https://www.lagaceta.com.ar/nota/706136/11/politica/pe-quiero-hacer-ley-acceso-informacion.html>). Asimismo, se presentaron una decena de iniciativas parlamentarias que no tuvieron tratamiento. Podemos citar, a título de ejemplo, el elaborado por los legisladores Sergio Ariel García, Federico Romano Norri, Roberto Sánchez y Fernando Valdez (expediente 194 PL-14) con anterioridad a la sanción de la ley nacional. No obstante, la ausencia de ley especial no impidió que en el marco de una acción declarativa planteada por un ciudadano se hubiera admitido el pedido de acceso a la información pública, con sustento en la normativa constitucional, pactos internacionales y en los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (sentencia N° 100 del 15 de marzo de 2016, en autos "Robles, Juan Roberto vs. Provincia de Tucumán s/ acción meramente declarativa (expte. N° 512/11, Cámara en lo Contencioso Administrativo - Sala III); cabe aclarar que esta sentencia fue revocada por la Corte Suprema de Justicia de Tucumán y se ordenó, por vía de recurso de casación, dictar un nuevo pronunciamiento.
- [595] Andía, María G. - Kissner, Ariana, Derecho de acceso a la información pública. Reflexiones sobre el diseño institucional del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, RDA 2020-127, 06/02/2020, 15, AR/DOC/5/2020.
- [596] Cám. Apelaciones Civil y Com. de Salta, Sala III, 28/5/2010, "Cornejo, Virginia vs. Secretaría General de la Gobernación de la Provincia de Salta s/ Acción de Amparo", disponible en <http://sistemax01.justiciasalta.gov.ar:8080/juriscamext/servlet/com.juris.verdocumentos?124758>.
- [597] "(...) la libertad de expresión es un elemento fundamental sobre el cual se basa la existencia de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública"; CIDH, Opinión Consultiva OC 5/85 del 13 de noviembre de 1985, La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Serie A N° 5, pág. 30.
- [598] Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso "Herrera Ulloa Vs. Costa Rica", sentencia de 2 de julio de 2004 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), disponible en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_107\\_espág.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_espág.pdf).
- [599] Departamento para la Gestión Pública Efectiva de la Organización de los Estados Americanos, "El Acceso a la Información Pública, un Derecho para ejercer otros Derechos", mayo de 2013.
- [600] Baena Olabe, Paloma - Vieyra, Juan C., "Acceso a la información y políticas de transparencia focalizada", Banco Interamericano de Desarrollo, Sector de Capacidad Institucional y Finanzas, Notas técnicas #IDB-TN-321, noviembre de 2011, consultado en <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Acceso-a-la-informaci%C3%B3n-y-pol%C3%ADticas-de-transparencia-focalizada.pdf>
- [601] Así lo ha reconocido la CIDH al considerar que el derecho de acceso a la información no solo es un derecho humano fundamental, sino que también tiene una naturaleza instrumental en tanto su pleno ejercicio es a la vez garantía para el ejercicio de otros derechos. Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2009. Vol. III. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, 2010.
- [602] Información disponible en página web <https://www.unesco.org/mew/es/unesco/events/prizes-and-celebrations/celebrations/international-days/world-press-freedom-day/previous-celebrations/worldpressfreedomday2009001/themes/access-to-information/>
- [603] Ver en materia de salud pública, el Plan de clasificación de higiene de los alimentos (Food Hygiene Rating Scheme) llevado a cabo por la Agencia de Estándares Alimenticios del Reino Unido, referenciado en el informe sobre "El Acceso a la Información Pública, un Derecho para ejercer otros Derechos" citado.
- [604] Salgan Ruiz, Leandro G., Alcance y contenido del principio de máxima divulgación: nuevas proyecciones en la dimensión individual y colectiva de derecho a la información pública, RDA 124, 07/08/2019, 623, AR/DOC/1873/2019.
- [605] Roberto Gargarella destaca, al estudiar las iniciativas políticas favorables a la democracia deliberativa que se han llevado a cabo en otros países, la importancia de pensar, discutir y decidir colectivamente sobre temas públicos. Va de suyo que, para este tipo de prácticas de participación democrática, el acceso a la información es crucial. Gargarella, Roberto, "De la democracia participativa a la deliberación inclusiva: "mini públicos", loterías y constituciones elaboradas por la ciudadanía (crowdsourced constitutions). Comentarios muy preliminares", en Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Centro de Estudios Constitucionales, México, Año V, Num. 9, Jul/Dic. 2019, págs. 39-63.
- [606] Hirschmann, Pablo G., El derecho de acceso a la información pública, la regulación legal de sus aspectos sustantivos, Supág. Espág. Const. 2019 (noviembre), 12/11/2019, 117, AR/DOC/3771/2019.
- [607] Sagüés, Néstor Pedro, Constituciones Iberoamericanas. Argentina, UNAM (México), 2006, cap. 5, págs. 67 y ss.
- [608] En cuanto al acceso a datos personales hay un interesante pronunciamiento reciente y de gran actualidad de la Agencia Nacional de Acceso a la Información Pública que trata aspectos vinculados con la competencia del órgano, la actuación de empresas subsidiarias y los responsables de brindar información. Los hechos brevemente son los siguientes: una

usuaria presentó denuncia contra la empresa Google Argentina SRL a raíz de que un tercero no autorizado ingresó en su cuenta de correo electrónico, modificó su contraseña y eliminó el historial de acceso a todos los dispositivos que se encontraban vinculados a dicha cuenta; como consecuencia de ello, la denunciante perdió el acceso a un conjunto de información valiosa que obraba en el correo electrónico y en otras aplicaciones relacionadas, motivo por el cual solicitó el acceso a los datos personales contenidos en su correo electrónico, invocando el art. 14 de la Ley N° 25.326. El personal de la mencionada empresa le habría indicado que derivase su reclamo a la matriz Google LLC, la sociedad responsable del funcionamiento del servicio de correo, que se encuentra radicada en California, Estados Unidos. Iniciado el procedimiento ante la AAIP se incorporó a la empresa matriz quien informó que la plataforma provee una herramienta *online* específica para recuperar el acceso a una cuenta de correo y sostuvo que, por fuera de ese procedimiento, no podría dar información sobre la cuenta en cuestión de no mediar una orden judicial emanada de tribunal competente. La autoridad de aplicación determinó que Google Argentina SRL es corresponsable por la administración del servicio de correo que presta su matriz, Google LLC, en virtud de la interdependencia económica que existe entre las empresas mencionadas. La promoción de servicios publicitarios de Google Argentina SRL guarda estricta relación con los servicios primarios prestados por Google LLC. Se consideró que los servicios publicitarios que ofrece Google Argentina SRL en tanto agente comercial de Google LLC dependen de la existencia y disponibilidad de los productos de Google LLC, que o bien funcionan como plataformas de avisos o bien como herramientas para extraer datos personales de los usuarios. Asimismo, se consideró que una relación similar podía establecerse entre el servicio de correos electrónicos y la oferta de avisos de publicidad dirigida. En efecto, los servicios publicitarios promovidos por filiales rentabilizan la recolección y tratamiento de datos personales efectuados por la casa matriz a través de, por ejemplo, Gmail, un servicio que Google LLC declaró haber utilizado al menos hasta el año 2017 para obtener información de los usuarios y luego vender avisos con *microtargeting* publicitario. Habida cuenta de la interdependencia económica que existe entre el servicio de correo administrado por Google y la venta de avisos publicitarios en Argentina realizada por Google Argentina SRL, la autoridad estimó que esta última es corresponsable por la administración del servicio de correo que presta su matriz y que es legítimamente pasiva de la acción interpuesta por la denunciante. Se requirió a ambas empresas a satisfacer la solicitud de acceso de la usuaria y frente a su incumplimiento se resolvió aplicarles una sanción pecuniaria por la comisión de infracción grave (resolución 2020-69-APN-AAIP del 13 de abril de 2020, disponible en <https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/rs-2020-25457045-apn-aaip-google.pdf>).

**[6699]** Publicado en boletín oficial el 4/12/2003. En los considerandos del decreto se sostuvo “Que el derecho de Acceso a la Información Pública es un prerrequisito de la participación que permite controlar la corrupción, optimizar la eficiencia de las instancias gubernamentales y mejorar la calidad de vida de las personas al darle a éstas la posibilidad de conocer los contenidos de las decisiones que se toman día a día para ayudar a definir y sustentar los propósitos para una mejor comunidad”.

**[6191]** En el art. 2° se define información ambiental como toda aquella “en cualquier forma de expresión o soporte relacionada con el ambiente, los recursos naturales o culturales y el desarrollo sustentable” y, en particular al estado del ambiente o alguno de sus componentes naturales o culturales, incluidas sus interacciones recíprocas, así como las actividades y obras que los afecten o puedan afectarles significativamente y las políticas, planes, programas y acciones referidas a la gestión del ambiente.

**[6141]** “Urteaga, Facundo Raúl c. Estado Nacional—Estado Mayor Conjunto de las FFAA. s/amparo”, Fallos 321:2767-16/9/1999. El caso presentaba particularidades porque el actor había planteado una acción de *hábeas data*, la cual fue rechazada tanto en primera como en segunda instancia argumentando falta de legitimación (activa y procesal) y la diferencia de objeto en el instituto constitucional utilizado: ello por cuanto dicha acción, según el art. 43 de la Constitución Nacional, sólo puede ser interpuesta para conocer datos referidos a la persona que la interpone, lo que, en este caso, se voría desvirtuada su finalidad. La Corte Suprema de Justicia de la Nación hizo lugar al pedido del accionante, pero bajo dos recursos diferentes: recurso de amparo genérico y recurso de *hábeas data*. Similar a este caso fue la sentencia en la causa “Ganora” en donde se requirió información obrante en registros públicos por vía del *hábeas data*; la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que en principio, la obtención de información sobre datos personales obrantes en los organismos y fuerzas de seguridad halla adecuación legal en la acción de *hábeas data* ello sin perjuicio de que el suministro de esa información pueda, eventualmente afectar la seguridad, la defensa nacional, las relaciones exteriores o una investigación criminal (“Ganora, Mario Fernando y otra s/hábeas corpus”, Fallos 322:2139 (22), 4/12/2012).

**[6124]** Debe destacarse el voto del Dr. Fayt que reconoce la existencia del derecho de acceso a la información pública como un derecho a la información sobre los asuntos públicos, con base en los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional, el cual es un derecho inherente al sistema republicano y a la publicidad de los actos de gobierno y, por lo tanto, independiente y anterior a la incorporación constitucional del *hábeas data*.

**[6131]** “Asociación de Derechos Civiles c. EN PAMI s/Amparo Ley N° 16.986” (CSJN, sentencia del 4/12/2012, Fallos 335:2393).

**[6144]** “CIPPEC c/ Estado Nacional—Min de Desarrollo Social—dto. 1172/03 s/ amparo Ley N° 16.986” (sentencia del 26/03/2014, Fallos 337:256).

**[6151]** Saigan Ruiz, Leandro G., Alcance y contenido del principio de máxima divulgación: nuevas proyecciones en la dimensión individual y colectiva de derecho a la información pública, RDA 124, 07/08/2019, 623, AR/DOC/1873/2019.

**[6146]** Sabián, José H., “Derecho de acceso al consumo” en Müller, Germán (et al.), Cuestiones de Derecho del Consumidor II, Bibliotex, Tucumán, 2018, págs. 41-91. El autor realiza un profundo análisis del derecho de acceso al consumo, con revisión de la doctrina y jurisprudencia y con referencias al derecho internacional y comparado, de lectura imprescindible en esta temática.

**[6171]** El art. 1094 del Cód. Civ. y Com. establece que “[l]as normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable”.

**[6181]** Convención Nacional Constituyente de 1994, Diario de Sesiones, versión provisoria, pág. 4172 y 4173. Sagiús, Néstor Pedro, Constituciones Iberoamericanas. Argentina, UNAM (México), 2006, capág. 5, pág. 85.

**[6191]** El Decreto reglamentario 1798/1994 (B.O. 18/10/1994) hace referencia al deber de los proveedores de comunicar la peligrosidad sobreviniente de un producto o servicio, con posterioridad a su introducción en el mercado, aspecto que permite introducir, de manera indirecta, la noción de los “riesgos del desarrollo”.

**[6201]** El art. 4° de la Ley N° 24.240 ha sido el que mayores modificaciones ha experimentado a lo largo de sus años de vigencia.

**[6211]** Además de la publicidad engañosa y comparativa, el nuevo Código introduce en nuestro derecho la prohibición de la publicidad abusiva (art. 1101 inc. e.) o discriminatoria, o que induzca al consumidor a comportarse de forma perjudicial o peligrosa para su salud o seguridad. El art. 1102, al otorgar las acciones judiciales correspondientes, incluye expresamente aquellas tendientes a la cesación de la publicidad ilícita y a la publicación de “anuncios rectificatorios” a cargo del demandado.

**[6221]** Por esta razón es que se regula la publicidad, ya que en realidad ésta, atendiendo a su finalidad de colocar un producto en el mercado, apunta a disminuir la capacidad de raciocinio del sujeto.

**[6231]** Díaz Cafferata, Santiago, “El derecho de acceso a la información pública: situación actual y propuestas para una ley”, en Lecciones y Ensayos N° 86, 2009, pág. 151-185, disponible en <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/86/06-ensayo-diaz-cafferata.pdf>.

**[6241]** Lorenzetti, Ricardo L., “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2015, t. VI, pág. 255.

**[6251]** Es un deber de hacer en los términos del art. 774 inc. c) del Código Civil y Comercial y su incumplimiento total, parcial o defectuoso genera responsabilidad objetiva de acuerdo a lo establecido en el art. 1723 del mismo cuerpo.

**[6261]** Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “Herrera Ulloa Vs. Costa Rica”, sentencia de 2 de julio de 2004 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), disponible en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_107\\_esp.pptf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pptf).

**[6271]** Proyecto de ley S-2576/19, presentado por la senadora Olga I. Brizuela y Doria de Cara y otros. Puede consultarse en [www.senado.gov.ar](http://www.senado.gov.ar).

**[6281]** En su elaboración se tuvo como base el Anteproyecto de la Comisión de Reforma de Ley de Defensa del Consumidor constituida a instancias de la Dirección Nacional de Defensa del Consumidor y del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, integrada por los académicos Carlos A. Hernández, Gabriel A. Stiglitz, Fernando Blanco Muiño, María E. D’Archivio, Belén Japaza, Leonardo Lepisco, Federico A. Ossola, Sebastián Picasso, Gonzalo Sozzo, Carlos E. Tambussi, Roberto Vázquez Ferreyra y Javier H. Wajntraub, que trabajó durante los años 2017 y 2018. El Anteproyecto mereció una mirada favorable de organismos internacionales y fue sometido a diferentes instancias de democratización y debate a través de audiencias públicas a lo largo de todo el país.

**[6291]** Texto proyectado, arts. 2°, 3°, 31, entre otros. Consideramos muy propicias estas disposiciones, en especial porque se recoge expresamente la tutela diferenciada hacia los consumidores hiposuficientes.

**[6301]** Lorenzetti, Pablo, Reexplorando los vínculos entre consumo y ambiente a partir del paradigma ecocéntrico, RDAMB 60, 12/12/2019, AR/DOC/2563/2019.

**[6311]** La brecha entre ricos y pobres, llamada también desigualdad económica, según el informe anual “Time to care” elaborado por la organización no gubernamental Oxfam-Internacional (Comité Oxford contra el hambre) presentado en enero de 2020, sigue acentuándose cada vez más. Estimaciones del Banco Mundial dan cuenta que prácticamente la mitad de la población mundial vive con menos de 5,50 dólares al día, mientras que el ritmo de reducción de la pobreza ha caído a la mitad desde 2013. La brecha entre los más ricos del mundo y el resto de la sociedad es abismal: el 1% más rico de la población posee más del doble de riqueza que 6900 millones de personas. En 2019, los 2153 multimillonarios que hay en el mundo poseían más riqueza que 4600 millones de personas, es decir, el 60 por ciento de la población mundial. Espinosa Revollo, PAG., Tiempo para el cuidado (2020), disponible en <http://dx.doi.org/10.21201/2020.5419>; Banco Mundial, La pobreza y la prosperidad compartida: Piecing Together the Poverty Puzzle, 2018, disponible en <https://www.worldbank.org/en/publication/poverty-and-shared-prosperity>.

**[6321]** El proveedor de bienes y servicios cuenta con medios técnicos y experiencia muy superiores a las del consumidor. Entre ellos, dispone por ejemplo de asesoramiento legal cualificado y experto que le permite configurar la relación jurídica de tal modo que la conmutación resulta genéticamente desbalanceada.

**[6331]** La previsión del art. 12 del proyecto mejora a nuestro juicio la redacción del art. 4° de la Ley N° 24.240 porque dispone que la obligación de informar no sólo se extiende a las características esenciales de los bienes y servicios, las condiciones de su comercialización y demás circunstancias relevantes en razón de su naturaleza y particularidades sino que debe informarse “sobre riesgos, incertidumbres y cuestiones ambientales” que sean de interés para la seguridad de los consumidores, en consonancia con la disposición del art. 11.

**[6341]** Basterra, Marcela I., El acceso a la información pública en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor: un nivel avanzado en materia de protección en las relaciones de consumo, Supág. Especial Comentarios al Anteproyecto de LDC, 27/03/2019, 221, AR/DOC/605/2019.

**[6351]** Un interesante análisis sobre la información “secreta” o “reservada” que escapa a la obligación de publicidad podemos encontrar en el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos “Savoia, Claudio Martín c. EN—Secretaría Legal y Técnica (dto. 1172/03) s/ amparo Ley N° 16.986”, del 7/3/2019, comentado por Basterra, Marcela I., La CSJN consolida los estándares de la Ley N° 27.275 de acceso a la información pública. El caso Savoia, RDA 2020-127, 06/02/2020, 3, AR/DOC/4139/2019.

**[6361]** Basterra, Marcela I., Acceso a la información pública y transparencia. Ley N° 27.275 y decreto reglamentario 206/17. Comentarios, anotados y concordados, Astrea, Buenos Aires, 2017, págs. 40-41.

**[6371]** El Anteproyecto de la Comisión se refería a situaciones de “hipervulnerabilidad”, las que se individualizan ahora en el proyecto como “vulnerabilidad agravada” en sintonía con las Directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor. Ver fundamentos del proyecto en [www.senado.gov.ar](http://www.senado.gov.ar)

**[6381]** Con la expresión “riesgos de desarrollo” se hace referencia al riesgo de daños como consecuencia del insuficiente desarrollo de la ciencia o de la técnica en el momento en que el producto ha sido puesto en circulación; en otros términos, se alude a “los supuestos de daños ocasionados por productos como consecuencia de defectos que, al tiempo de la puesta en circulación, eran imposibles de ser detectados por estar más allá de las posibilidades del conocimiento científico y técnico existente en aquel momento”. Prieto Molinero, Ramiro J., Riesgo de desarrollo e innovación tecnológica, RCYS 2005, 102, AR/DOC/740/2005.

**[6391]** En este punto, vinculado con la obligación del estado de poner disposición del público la información “de manera sistemática, proactiva, oportuna, regular, accesible, comprensible y a actualizarla de manera periódica” pero también con la necesidad de tener en cuenta las situaciones de “vulnerabilidad agravada” a que hicimos mención anteriormente, es preciso citar un pronunciamiento reciente del Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 24 de Ciudad Autónoma de Buenos Aires, secretaria N° 47, autos “Álvarez, Ignacio y otros c/GCBA s/Amparo” (Expte. 3429/2020). El juez Darío Reynoso hizo lugar a la medida cautelar en fecha 21/5/2020 solicitada por los presidentes de las Juntas Comunales 4 y 8 y dispuso que en el plazo de cinco días el gobierno porteño elabore un Protocolo Específico de Análisis, Acción y Prevención en materia de COVID 19 para aplicar, difundir y publicitar en villas, asentamientos y barrios vulnerables localizados en las comunas referidas; que brinde información sobre los espacios apropiados, oportunos y suficientes para el tratamiento de pacientes sospechosos o confirmados, sobre la higienización y desinfección de espacios comunes y públicos y sobre las alternativas de abordaje de situaciones de violencia de género;

asimismo que adopte medidas de comunicación y difusión adecuadas para informar a la población en cuestión sobre las acciones de cuidado y formas de funcionamiento de los operativos, entre otras cuestiones de importancia. Se constituyó una mesa de trabajo y se dispuso la realización de audiencias públicas. En fecha 29/5/2020 se hizo lugar a una ampliación de la medida. Para el magistrado, teniendo en cuenta los derechos involucrados (garantías tales como el derecho a la vida, a la salud, a la dignidad y a la igualdad) y considerando especialmente el contexto de emergencia sanitaria que padecen con motivos del COVID-19 las villas y asentamientos localizados en la Ciudad, se extendió el alcance de la tutela a todos aquellos barrios vulnerables que no estén comprendidos en las comunas 4 y 8. Se sostuvo que la pandemia requiere que los poderes del Estado adopten medidas inmediatas para hacer frente a la crisis sanitaria, máxime cuando se encuentran en riesgo inminente la satisfacción de los derechos fundamentales de las personas y en especial, de aquellas en situación de vulnerabilidad por su condición socio-económica. Puede consultarse el texto completo de ambas resoluciones en <https://judicial.gob.ar/wp-content/uploads/2020/05/Alvarez-y-otro-c-CCBA-amparo.pdf> y <https://judicial.gob.ar/2020/covid-19-ampliaron-a-toda-la-ciudad-la-cautelar-que-ordeno-protocolos-en-los-barrios-vulnerables/>

[640] Directrices para la Protección del Consumidor, aprobadas por Resolución N° 70/186 de la Asamblea General de las Naciones Unidas en fecha 22/12/2015.

[641] Art. 37 Ley N° 7324/04 y Deto. 4901/08.

[642] Art. 22 Ley N° 7324/04—Deto. 3456/09.

[643] Art. 20—Ley N° 7324/04.

[644] Art. 36—Ley N° 7324/04 y reglamentación.

[645] Art. 36 y 37—Ley N° 7324/04.

[646] Art. 24—Ley N° 7324/04.

[647] Art. 11—Ley N° 7324/04.

[648] Acordadas 8568 y 8603.

[649] Art. 25 Ley N° 7324/04.

[650] Acordadas N° 8568, 8603, 9812 y 10120 disponibles en [www.justiciasalta.gov.ar/mediacion](http://www.justiciasalta.gov.ar/mediacion)

[651] Art. 21—Ley N° 7324/04.

[652] Art. 235—Ley N° 7690/11.

[653] Art. 79—Código Procesal Penal de la Provincia de Salta.

[654] Resolución N° 251—Ministerio Público de Salta—05/06/2012.

[655] Art. 235—Código Procesal Penal de la Provincia de Salta.

[656] Giannini, Leandro J.—La Mediación en Argentina—Rubinzal-Culzoni 2015—nota de pág. 32.

[657] [www.turismosalta.gov.ar](http://www.turismosalta.gov.ar)

[658] [www.salta.gob.ar/prensa/noticias-eleccion-del-ippis-433-comunidades-originarias](http://www.salta.gob.ar/prensa/noticias-eleccion-del-ippis-433-comunidades-originarias)

[659] Acordada N° 8998 Poder Judicial de la Provincia de Salta.

[660] Publicación de la Cámara de Senadores de Salta, 25 de marzo de 2004: “Jornadas sobre Mediación”.

[661] Resolución N° 121/04—pág. 7—de la citada publicación.

[662] Publicación de la Cámara de Senadores de Salta, 25 de marzo de 2004: “Jornadas sobre Mediación”

Pág. 27.

[663] Publicación de la Cámara de Senadores de Salta, 25 de marzo de 2004: “Jornadas sobre Mediación”—pág. 72.

[664] Publicación de la Cámara de Senadores de Salta, 25 de marzo de 2004: “Jornadas sobre Mediación”—Pág. 50.

[665] Publicación de la Cámara de Senadores de Salta, 25 de marzo de 2004: “Jornadas sobre Mediación”—pág. 96/97

[666] Diario de Sesiones—Cámara de Senadores de la Provincia de Salta—Sesión de fecha 30 de septiembre de 2004—pág. 1112/1113.

[667] Cappelletti, Mauro y Garth, Bryant, 1996.

[668] Alvarez, Gladys Stella—La mediación y el acceso a justicia—Rubinzal-Culzoni 2003—pág. 31.

[669] Morello, Mario Augusto—El proceso justo en el marco del modelo del acceso a justicia. El Derecho T.1661—Págs. 1041-1049—1995.

[670] <http://www.cnaj.gob.ar/cnaj/docs/mapa>

[671] Entelman, Remo F.—Teoría de Conflictos—Gedisa 2002—pág. 54

[672] Entelman, Remo—Lo permitido vs. Lo prohibido. Conflicto en busca de mediadores—Revista digital La Trama.

[673] Evaluación del Sistema Judicial—Primer diagnóstico desde la perspectiva del ciudadano y abogado, primer diagnóstico desde la perspectiva de Jueces, Secretarios y Empleados, Escuela de la Magistratura Poder Judicial, Provincia de Salta.

[674] Evaluación del Sistema Judicial—Primer diagnóstico desde la perspectiva del ciudadano y abogado, pág. 21—Figura 3.

[675] “Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad” texto oficial puede consultarse en [www.cumbrejudicial.org/web/guest/110](http://www.cumbrejudicial.org/web/guest/110)

[676] Art. 51 Ley N° 7324/04.

[677] Evaluación del Sistema Judicial—Primer diagnóstico desde la perspectiva del ciudadano y abogado, pág. 42—Figura 38.

[678] Evaluación del Sistema Judicial—Primer diagnóstico desde la perspectiva del ciudadano y abogado, pág. 40—Figura 37.

[679] Evaluación del Sistema Judicial—Primer diagnóstico desde la perspectiva del ciudadano y abogado, pág. 85—Figura 28.

[680] Evaluación del Sistema Judicial—Primer diagnóstico desde la perspectiva de Jueces, Secretarios y Empleados, pág. 57—Figura 34.

[681] Evaluación del Sistema Judicial—Primer diagnóstico desde la perspectiva de Jueces, Secretarios y Empleados, pág. 40—Figura 123.

[682] Evaluación del Sistema Judicial—Primer diagnóstico desde la perspectiva del ciudadano y abogado, pág. 83/84—Figura 27.

[683] Amartya Sen—*La idea de la justicia*—Taurus 2011—págs. 15 y 17

\* Abogado Litigante (Univ. Nac. de Córdoba), Diplomado en Magistratura y Análisis del Caso Judicial (Escuela de Capacitación Judicial de Catamarca y Fundación para el Desarrollo de las Ciencias Jurídicas), Magister en Derecho Procesal (Univ. Nac. de Rosario), Doctorando en Derecho y Cs. Sociales (Univ. Nac. de Rosario), Ex Asesor Legal de la Dirección de Inspección Laboral y de la Subsecretaría de Trabajo de la Peía. de Catamarca, Asesor Legal de la Subsecretaría de Asuntos Institucionales de la Peía. de Catamarca, Ex Director de Asesoramiento y Colegiación de la Asesoría Gral de Gobierno de Catamarca, Ex Vocal de la Junta de Disciplina del Poder Ejecutivo de Catamarca, Miembro del Instituto de Derecho Procesal de la Academia Nac. de Derecho y Cs. Sociales de Córdoba, Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Procesal, Miembro de la Academia Virtual Iberoamericana de Derecho y Altos Estudios Judiciales, Miembro de la Cátedra de Derecho Procesal II de la Fac. de Derecho de la Univ. Nac. de Catamarca., Delegado en Catamarca del Instituto Argentino de Derecho Procesal Informático, Miembro Académico del Foro de Derecho Procesal Electrónico, Ex Presidente de la Comisión de Jóvenes Abogados y actual Director del Instituto de Investigación y Formación Jurídica del Colegio de Abogados de Catamarca, Disertante y Autor de múltiples Publicaciones Científicas relacionadas con el Derecho Procesal.

[684] Algunos de los ideales políticos clásicos corresponden a la idea de igualdad entre ciudadanos, libertad, respecto a la ley y a la justicia. Sin embargo, otras ideas, como la noción liberal de ser humano individuo con derechos, no corresponde a la experiencia de Atenas.

[685] Pericles (495 a.C. 429 a.C.) fue un político y orador ateniense. Fue un hombre influyente en la vida de Atenas. Gobernó Atenas en dos ocasiones. Dentro de sus escritos encontramos “la oración fúnebre de Pericles, en Tucídides, Historia de la Guerra del Peloponeso”.

[686] Léase al respecto a Held, David, “Modelos de democracia”—Segunda Edición—1996. Editorial Alianza. Madrid, España. Esta virtud cívica correspondía a la ciudad-estado republicana y a la subordinación de la vida privada a los asuntos públicos y al bien general.

[687] Encontramos en Benjamin Arditi la posibilidad de identificar a la democracia como: 1—Escandalosa, es decir, al ser de carácter público, siempre está bajo el escrutinio y opinión de los ciudadanos. 2—Un espacio donde el poder no es vitalicio, sino que rotativo. 3—Permite la conquista de derechos paulatinos basado en derechos performativos vinculados a la ética y moral. 4—Es un concepto que se construye y al cual no existe un punto de llegada definitivo. Véase Arditi, Benjamin. “Los límites de la democracia liberal”. En <http://www.youtube.com/watch?v=IYBF2eahXM0> recuperado 29 de noviembre de 2013

[688] Altamira Gigena, Julio I., “Derecho Administrativo. Balance Y Perspectivas”, págs. 8/9, extraído de <http://www.acaderec.org.ar/doctrina/derecho-administrativo-balances-y-perspectivas>

[689] Altamira Gigena, Julio I., “Límites a la aplicación del derecho administrativo”, pág. 1, extraído de <http://www.acaderec.org.ar/academia/limites-a-la-aplicacion-del-derecho-administrativo>.

[690] Véase Rodríguez Arana Muñoz, Jaime. 2009. Aproximación al Derecho Administrativo Constitucional. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia. Primera Edición, pág. 40

[691] Rey Vasquez, Luis E., “Estado, administración y realidad. La participación del ciudadano en la gestión pública”, Revista digital de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo, N°1, Año, 2016, Enero/Junio 2016, Pág. 131/132

[692] La Audiencia Pública habilita la participación ciudadana en el proceso de toma de decisiones a través de un espacio institucional en el que todos aquellos que puedan sentirse

afectados por una decisión de la Administración, manifiesten su conocimiento o experiencia y presenten su perspectiva individual, grupal o colectiva con relación a la medida que habrá de adoptarse. Aunque se las encuentra en el Derecho de Francia bajo el nombre de “Enquêtes Publiques”, este tipo de reuniones reconoce como antecedente a las llamadas “Public Hearings”, que forman parte del Derecho y la vida institucional anglo norteamericana. La Constitución Nacional de 1994 garantiza el principio de publicidad de los actos de Gobierno y el derecho de acceso a la información pública a través del art. 1º de los arts. 33, 41, 42 y concordantes del Capítulo Segundo que establece nuevos Derechos y Garantías y del art. 75 inciso 22, que incorpora con jerarquía constitucional diversos Tratados Internacionales.

[693] Al respecto apunta SESIN, Domingo, en su obra “Control judicial del ejercicio de la discrecionalidad y de los actos políticos” que: “Si actualmente el acto político forma parte del orden jurídico, el control judicial debe revisar si efectivamente tal accionar ha sido correctamente ejercido “dentro” de ese universo jurídico. Esto no implica revisar su esencia (elección de opción entre otras igualmente válidas) sino solo su contorno externo e inserción en el sistema ordinario. El control de los jueces termina al comprobar con el fondo de la cuestión que se ha elegido una solución correcta entre otras de igual condición dentro del mundo jurídico. Por ello en lugar de hablar de control judicial de los actos políticos se debería hablar de control del “ejercicio” del accionar político discrecional dentro de la juridicidad.” (Cassagne, Juan Carlos – Director, “Tratado de Der. Proc. Adm.”, Tº 1, Edit. La Ley, 2007, pág. 719).

[694] Altamira Gigena, Julio I., “Límites a la aplicación del derecho administrativo”, pág. 9, extraído de <http://www.acadere.org.ar/academia/limites-a-la-aplicacion-del-derecho-administrativo>.

[695] Al respecto claramente enseña la doctrina que: “El orden normativo establece una serie de trámites, formalidades y procedimientos que deben cumplirse antes de emitir la voluntad administrativa (...) En su caso, el incumplimiento de tal procedimiento vicia la voluntad administrativa, porque esta no se ha preparado según el orden normativo” (Dromi Jose Roberto, “Derecho Administrativo”, Tº 1, Editorial Astrea, Bs As-1992, pág. 176); “El proceso creador previo no puede identificarse como similar a la voluntad natural. La expresión correcta aplicada a la realización cultural de actos jurídicos de la Administración pública deberá ser de procesos administrativos realizados por procedimientos que contienen juicios, comprobaciones, impulsos, ejecuciones, finalidades realizados todos bajo la potestad estatal. (...) El procedimiento administrativo como el proceso de las formas que tiene la llamada voluntad para crear el acto administrativo supera al simple capítulo garantía a favor del administrado. El procedimiento es algo más, es la integración del elemento lógico jurídico donde se exterioriza y realiza la voluntad creadora de actos administrativos. (...) Los actos que integran el proceso administrativo son tan importantes como los de la manifestación exterior, especialmente en los actos unilaterales referidos a intereses públicos y de los administrados. Todo acto representa el proceso antecedente y su determinación como consecuente. (...) Este procedimiento, a través de sus distintas formas se presenta como un presupuesto necesario reglado por diversos actos antecedentes que justificará la existencia del acto definitivo que se emite como su consecuencia. Solo así puede destacarse su carácter institucional.” (FIORINI, Bartolomeo A., “Derecho Administrativo”, Tº 1, 2da edic. actualizada, Edit Abeledo Perrot, Bs As, pág. 406/407)

[696] Conforme lo sostuvo la Corte de Justicia de Catamarca, en autos Corte N° 06/06 “Federación Económica de Ctea. c/ Edecat – s/ Acción de Amparo Judicial de Intereses Difusos o Derechos Difusos s/ Int. RECURSO DE CASACION”, Sentencia Def. N° 4 de fecha 19/03/2007, “Vale la oportunidad para destacar que la tendencia mayoritaria, tanto en doctrina como en jurisprudencia, sostiene que “El hecho de que la Ley N° 24.240 (Adla. LIIID 4125) posea carácter de norma supletoria respecto de los servicios públicos domiciliarios, no implica su inaplicabilidad, sino que primero se deben aplicar las normas contenidas en las regulaciones específicas y la Ley de Defensa del Consumidor, cuando en las normas específicas no existan disposiciones que protejan los derechos de los usuarios. (...) Sin embargo, otorgar el carácter de normas supletorias para estos servicios a las disposiciones de la Ley N° 24.240 no implica su inaplicabilidad, sino que primero se deben aplicar las normas contenidas en dichas regulaciones específicas, en cuanto tutelan a los usuarios, y esta Ley cada vez que no existan en las regulaciones específicas normas expresas tuteladoras de los derechos de los usuarios o se trate de disposiciones que entren en colisión con los derechos otorgados por esta Ley. De otro modo se lo dejaría sin la tutela básica que brinda la Ley y que tiene su fundamento constitucional en el art. 42 de la Constitución Nacional.”. En la causa precitada se ordenaba a la Concesionaria del Servicio de Electricidad la devolución de lo sobrefacturado ilegítimamente en discordancia del cuadro tarifario vigente.

[697] Sostiene Sarmiento García Jorge H. en su art. “Servicios Públicos: distintas relaciones, contratos y sujetos” que: “El usuario debe ser considerado como débil jurídico frente al concesionario. Esto impone aplicar un orden público económico de protección (Ley N° 24240 de Defensa del Consumidor). El orden de prolación de los estatutos particulares o de las normas de la Ley N° 24240 se basará en la solución que resulte más beneficiosa para el usuario (...). Se ha sustentado que, si el ente de regular no cumple satisfactoriamente su función de control, el usuario puede forzarlo a ejercer la misma, pero no obtener de él el resarcimiento del daño. Mas también se ha opinado que los entes reguladores son responsables frente al usuario por el daño derivado del incumplimiento de los deberes que le impone la normativa vigente; que dicha responsabilidad es extracontractual y, en su caso, concurrente con la que pueda pesar sobre el proveedor de servicios públicos domiciliarios.” (Cassagne Juan Carlos – Rivero Ysern Enrique, Dirección, “La Contratación Pública”, Tº 1, Edit Hammurabi, pág. 500/501).

[698] Cfr. Navarro, Gastón Andrés, “De la importancia de la Democracia Participativa y los procedimientos para la actuación ciudadana”, LLNOA2016 (julio), 377; Cita Online: [AR/DOC/2007/2016](http://www.arjdoc.org/AR/DOC/2007/2016)

[699] López Olivera, Miguel. “participación ciudadana y acceso a la información pública”; Recuperado de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2404/25.pdf> 1 de diciembre de 2013.

[700] Rodríguez Arana, Jaime, “Derecho administrativo global y derecho fundamental a la buena administración pública”, pág. 18, extraído de <http://www.acadere.org.ar/doctrina/articulos/derecho-administrativo-global-y-derecho>

[701] Rodríguez Arana, Jaime, “Derecho administrativo global y derecho fundamental a la buena administración pública”, pág. 21, 24/25, extraído de <http://www.acadere.org.ar/doctrina/articulos/derecho-administrativo-global-y-derecho>.

[702] Cfr. Navarro, Gastón Andrés, “De la importancia de la Democracia Participativa y los procedimientos para la actuación ciudadana”, LLNOA2016 (julio), 377; Cita Online: [AR/DOC/2007/2016](http://www.arjdoc.org/AR/DOC/2007/2016)

\* Becario de la Junta de Castilla y León- Curso de Estudios Superiores (en el marco del Doctorado), Grado, DEA y Suficiencia Investigadora en la Universidad de Salamanca- Director y Coordinador de diversos Cursos de posgrado. Ex Profesor Titular de Derecho Privado II (Obligaciones) y Derecho Privado IV (Derechos Reales) de la USPT; actual Profesor Titular de Derecho Registral (UNSTA). Autor de 9 libros, decenas de colaboraciones, arts. y conferencista en el país y en el exterior. Académico.

[703] Villalba Welsh, Alberto, El Estado y el escribano. Naturaleza jurídica de la relación funcional, en *Revista del Notariado*, N° 529, pág. 608 y s.s. Ver, además, Padilla, Rodrigo, *Cuestiones sobre Derecho Registral, Notarial y Responsabilidad del Escribano*. 2ª edición corregida, aumentada y actualizada con el nuevo Código Civil y Comercial, UNSTA, Tucumán, 2016, págs. 203 y s.s.

[704] Bueres, Alberto J. *Responsabilidad civil del escribano*, Hammurabi, Buenos Aires, 1984, pág. 4.

[705] Bueres, Alberto J. *Responsabilidad civil del escribano*, Hammurabi, Buenos Aires, 1984, pág. 5.

[706] Este Congreso fue realizado en Buenos Aires en el año 1948, y dio lugar posteriormente a la formación de la Unión Internacional del Notariado Latino.

[707] Todos estos datos los tomamos de Radkiewicz, Rubén, “Naturaleza jurídica de la función notarial”, en *Revista de Derecho de Daños*, 2005-1, *Responsabilidad de los profesionales del Derecho (abogados y escribanos)*, Jorge Mosset Iturraspe – Ricardo Luis Lorenzetti (Directores), Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2005, págs. 223 y 224.

[708] Fallo del 1/8/56, CSJN, “Guinzburg”, LL, 85-605 y JA, 1957-III-364. Ver. Trigo Represas, Félix A., “La responsabilidad del escribano público”, en *Las responsabilidades profesionales: libro homenaje al Dr. Luis O. Adorno*, Augusto Morello, María M. Agoglio, Juan P.A.G. Boragina y Jorge A. Meza (coordinadores), Librería Editora Platense S.R.L., La Plata, 1992, pág. 342.

[709] Sentencia del 18/12/84, CSJN, “Vadell c/Peña de Buenos Aires”, LL, 1985-B-3 y ED, 114-217. Ver Trigo Represas, ob. cit., pág. 342.

[710] Sentencia del 19/8/69, CSBA, “Aguirrezabal de Lamiariano c/Arruú”, LL, 136-693, DJBA, 88-174. Ver TRIGO-REPRESAS, ob. cit., pág. 342.

[711] Misión relevante que tiene en primer principal su función fedatario. Al respecto tienen dicho nuestros tribunales que “El escribano público cuando obra dando fe de los actos y negocios pasados ante él, *desempeña una función extremadamente delicada y solemne*, o como lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación, *actúa en la función pública por concesión del Estado otorgada en tal calidad*”, C19CCom. de La Plata, Sala II, 3-3-98, “Galán de Heguy, Ada s/Reg. Cont. Púb. N° 391”, Juba B152042. La cursiva nos pertenece.

[712] Conf. Bustamante Alsina, Jorge, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, 6ª ed. actualizada, Abeledo Perrot, Bs. As., 1989, N° 1457, pág. 478.

[713] Debe tenerse presente que la función fedataria es la principal que realiza un notario. Al respecto es muy ilustrativa una sentencia emanada de la Corte bonaerense que determina que “El escribano se halla ligado al Estado por una relación en virtud de la cual él confía o delega una potestad que aquél asume como su *actividad profesional principal*, cuando no exclusiva; de manera tal que para los notarios, el ejercicio de una función pública constituye su *profesión habitual*”, conf. SCJBA, 23-12-97, “Causanel, Elvira María s/Inconstitucionalidad art. 22, inc. 1, Ley N° 9020/78”, Juba B86236. La cursiva es nuestra.

[714] Otra cosa sucedería si en el caso en particular se demanda a un “Registro” en especial por brindar un informe inexacto. Frente a tal situación sí habrá responsabilidad estatal (vg. de la Provincia, en cuestión), pero derivada de un “error registral”.

[715] En el nuevo Código se hace referencia al contrato de “locación” aplicable solamente a las cosas (arts. 1187 y s.s.); al tanto que trata sobre los contratos de “obra” y “servicios” a partir del art. 1251.

[716] Entre tantos autores que sostienen ello, ver Bueres, Alberto J., *Responsabilidad civil del escribano*, ob. cit., pág. 39. Bustamante Alsina, Jorge, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, 6ª ed. actualizada, Abeledo Perrot, Bs. As., 1989, pág. 481.

[717] “Por ejemplo, cuando recibe los intereses pertenecientes al acreedor hipotecario, las cuotas del saldo de precio de una compra y venta, etcétera”, conf. Bueres, Alberto J., *Responsabilidad civil del escribano*, ob. cit., pág. 39.

[718] Colombo, Leonardo A., *Culpa aquiliana (cuasidelitos)*, t. I, 3ª ed., La Ley, Buenos Aires, 1965, pág. 293.

[719] Lloveras De Resk, María Emilia, “La responsabilidad civil del escribano público”, en ED, 105-941, Trigo Represas, Félix A., “La responsabilidad del escribano público”, ob. cit., pág. 346.

[720] Conf. Mazeaud, Henri, “*Essai et classification des obligations: Obligations contractuelles et extra contractuelles, obligations déterminées et obligations générale de prudence et diligence*”, Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1935, N° 28.

[721] Conf. Cabanillas Sánchez, Antonio, *Las obligaciones de actividad y de resultado*, Bosch, Barcelona, 1993, pág. 16.

[722] Cabanillas Sánchez, Antonio, ob. cit., pág. 16.

[723] Alterini, Jorge Horacio, “Obligaciones de resultado y de medios”, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. XX, pág. 702.

[724] Demogue, René, *Traité des obligations en général. T. I (parte préliminaire)* y T.V. Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1921 y 1925, respectivamente. Concretamente aborda este tema en el *Chapitre XIX*, cuando trata lo atinente a “Rapports de la responsabilité délictuelle avec la responsabilité contractuelle”, Tomo V de su tratado, N° 1230 y s.s., págs. 523 y s.s.

[725] Preferimos llamarlas con ese nombre puesto que ya tiene carta de ciudadanía en la doctrina universal. Otros, en cambio, optan por denominarlas obligaciones de actividad- Cabanillas Sánchez, u obligaciones generales de prudencia y diligencia -Mazeaud y Tunc-

[726] Exactamente por la misma razón expresada en la nota anterior preferimos llamarlas de esa forma.

[727] Alterini, Atilio A., Ameal, Oscar J. y López Cabana, Roberto M., *Derecho de las Obligaciones. Civiles y Comerciales*, 4ª edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995, pág. 498.

- [728] Padilla, René A., *Responsabilidad civil por mora*, Astrea, Buenos Aires, 1996, pág. 138.
- [729] Wayar, Ernesto C., *Derecho Civil. Obligaciones*, t. I, Depalma, Buenos Aires, 1990, pág. 129.
- [730] Citado por Cabanillas Sánchez, ob. cit., pág. 144.
- [731] "Derrida objeto que la distinción es demasiado neta y no corresponde a la realidad social, que es mucho más matizada", ver: Belluscio, Augusto César, "Obligaciones de medios y de resultado. Responsabilidad de los sanatorios", en *La Ley*, t. 1979 C, pág. 25.
- [732] En efecto nos dicen las autorizadas juristas que "Les deux catégories ne sont pas absolument homogènes" y esto lleva à relativiser la distinction, hablándonos de *les gredes des obligations de moyens*, que serían las *obligations de moyens renforcées et les obligations de moyens allégées*, por una parte, mientras que *les degrés des obligations de résultat* serían las *obligations de résultat atténuées y las obligations de résultat aggravées*, respectivamente. Ver: Viney, Genevieve - Jourdain, Patrice, "Les conditions de la responsabilité", en *Traité de Droit Civil*, sous la direction de Jacques Chéstin, 2<sup>e</sup> Edition, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, E.J.A., 1998, N° 532 y s.s., págs. 451 y s.s.
- [733] Con especial referencia a la mala praxis de los abogados ha señalado la autora citada que "en la mayoría de los supuestos de prestaciones de servicios ejecutadas por profesionales nos hallamos ante una complejidad de obligaciones de resultados y de medios, teniendo presente, además, que todo servicio, en cuanto utilidad derivada del comportamiento ajeno, puede ser concebido como un resultado en sí mismo, lo cual pone de relieve la relativa trascendencia práctica de esta distinción", Serra Rodríguez, Adela, *La Responsabilidad Civil del Abogado*, 2<sup>a</sup> ed., Aranzadi S.A., Navarra, 2001, pág. 170. Por cierto, esta clasificación binaria de obligaciones ha tenido un eco muy importante en España.
- [734] Señala el mencionado jurista que "la doctrina actual distingue entre obligaciones de resultados ordinarias o de régimen normal, y obligaciones de resultados atenuadas o aligeradas, por una parte; y agravadas, absolutas o de régimen severo, por la otra. En las obligaciones de resultado ordinarias, el deudor contractual se libera únicamente si prueba el caso fortuito... En las obligaciones de resultado atenuadas, en cambio, la prueba de la falta de culpa o sea de la conducta diligente resulta bastante para la liberación del deudor... En las obligaciones de resultado agravadas, la causa extraña útilmente invocable es calificada: La Ley describe con puntualidad los únicos hechos relevantes para la liberación del deudor; a cuyo efecto es insuficiente el caso fortuito genérico". Ver: Alterini, Atilio Anibal, "El caso fortuito como causal de liberación del deudor contractual", publicado en Atilio A. Alterini y Roberto M. López Cabana, *Derrocho de Daños*, La Ley, Bs. As., 1992, págs. 160 y 161. También nos enseña Alterini que la tendencia actual en la doctrina francesa es "aceptar la existencia de presunciones de culpabilidad del deudor en ciertas obligaciones de medios, a las cuales se las rotula como reforzadas", art. cit., pág. 163.
- [735] Creemos apropiado fijar los límites de las ideas de Demogue. Para ello nada mejor que sus palabras. Pues comienza afirmando que "*Une autre différence, et ce serait la plus importante, tiendrait à la charge de la preuve. Dans la responsabilité délictuelle, le demandeur devrait prouver la faute de son adversaire. En cas de contrat, la faute se présuumerait. Plus exactement, jusqu'à ce que le défendeur prouve le cas fortuit ou la force majeure, la responsabilité résulte de l'exécution même de l'obligation*", conf. *Traité...*, t. V, cit., N° 1237, págs. 536 in fine y 537. No obstante, después sostiene que "*Nous croyons en effet que le système de preuve est le même dans le cas de faute délictuelle ou contractuelle...* (Ahora bien) *L'obligation qui peut peser sur un débiteur n'est pas toujours de même nature. Ce peut être une obligation de résultat ou une obligation de moyen*", conf. *Traité...*, t. V, cit., pág. 538. Y concibe el mencionado jurista luego a analizar cómo funcionaría esa clasificación en distintos deudores o diferentes contratos, que "*Notre conclusion est donc qu'à défaut de différence rationnelle, il existe dans le droit positif quelques différences assez minimes entre la responsabilité délictuelle et la responsabilité contractuelle*" (error tipográfico quiso decir "contractuelle"), *Traité...*, t. V, cit., pág. 544. Lo escrito entre paréntesis es nuestro.
- [736] Ver nuestra *Visión crítica a las cuestiones centrales de la Responsabilidad Civil*, El Graduado, Tucumán, 2001, pág. 42, nota 50, en donde expresamos que "ha llegado la hora de despedir a esta ingeniosa clasificación, por la sencilla razón de que ya no existen motivos que la justifiquen".
- [737] Piénsese que a la época del nacimiento y apogeo de esta clasificación de obligaciones la responsabilidad aún estaba cimentada en sus presupuestos clásicos, y se exigía como regla culpa en el deudor si es que se le pretendía imputar un daño.
- [738] Ver Lorenzetti, Ricardo Luis, *Responsabilidad civil de los médicos*, Tomo I, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 1997, págs. 468 y s.s.
- [739] En tal sentido ver Wayar, ob. cit., pág. 128.
- [740] Debemos recordar un famoso art. publicado en el año 1984 por los reconocidos procesalistas argentinos Jorge A. Peyrano y Julio O. Chiappini, titulado justamente "Lineamientos de las cargas probatorias dinámicas", publicado en *El Derecho*, T. 107, págs. 1005 a 1007. En tal trabajo los juristas siguen las sabias enseñanzas de James Goldschmidt quien en su "teoría de la situación jurídica procesal" logró acuñar varios conceptos como los de posibilidades y expectativas procesales, y sobre todo el de "carga procesal". Pues, "dentro del vasto repertorio de cargas procesales, le incumbe un papel de especial relevancia a la carga probatoria; carga probatoria que determina, recordamos, las llamadas "reglas de la prueba"; es decir las reglas identificatorias acerca de quién debe probar cierto hecho o circunstancia... Ahora bien, durante un largo lapso y aun luego de haber sido plenamente incorporado al lenguaje procesal el concepto de "carga probatoria", se diseñaron las reglas de la carga de la prueba como algo estático, conculeando así, a nuestro entender, el espíritu de su primer mentor (se refieren a GOLDSCHMIDT); quien siempre concibió a su teoría del proceso como si fuera una consideración dinámica de los fenómenos procedimentales... (No obstante) En los ejemplos aportados (un accidente de tránsito y un problema de familia), se ve claro estimamos el carácter 'dinámico' de las reglas en cuestión; en tanto y en cuanto no se atan a preceptos rígidos, sino que, más bien, dependen de las circunstancias del caso concreto... dicho ello en el sentido de que según fueren las circunstancias del caso puedan desplazarse hacia una u otra de las partes, en mira e insistimos en el punto a servir mejor a la justicia del caso llevado a los estrados judiciales; servicio, y bien sabemos, que es la meta del proceso civil contemporáneo", art. cit. pág. 1005 a 1007. Lo marcado entre paréntesis nos pertenece. Ver el desarrollo de esta doctrina en Peyrano, Jorge W. y Chiappini, Julio O., "El derecho probatorio posible y su realización judicial", en *Tácticas en el proceso civil*, t. III, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1990, pág. 39.
- [741] En nuestra *Visión crítica...*, citada, pág. 41, nota 49, nos hacíamos eco de las enseñanzas del mentado profesor argentino. Ver: Lorenzetti, Ricardo Luis, "Teoría general de la distribución de la carga probatoria", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario N° 13, Prueba I*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 1997, págs. 61 y s.s.
- [742] Por supuesto que normalmente se resalta que este instituto debe aplicarse en forma excepcional o *in extremis*. Vg. Peyrano-Chiappini, *obras citadas*; Lorenzetti, *art. cit.*; Díaz, Eduardo A., "Responsabilidad del abogado por la confección de escritos. Casística jurisprudencial", en *eDial.com*, Biblioteca jurídica online, Suplemento de práctica profesional, 03-02-2010, año XII, Gregorini Cusellas, Eduardo L., "Responsabilidad de abogados y procuradores por pérdida de chance", publicado en *RCyS*, 2002, págs. 409 y s.s. y en *La Ley on line*.
- [743] El art. 1554 del Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de la Nación Argentina del Poder Ejecutivo de 1993 (comisión creada por decreto N° 468/92), determina que "*Salvo disposición legal en contrario, la carga de acreditar los hechos constitutivos de la culpa, pesa sobre ambas partes, en especial sobre aquella que se encuentra en situación más favorable para probarlos*". El Proyecto de Código Civil para la República Argentina del año 1998 dice en su art. 1619 "*Prueba de los factores de atribución. Salvo disposición legal, la carga de la prueba de los factores de atribución de la responsabilidad, así como de las circunstancias que la excluyen, corresponde a quien los alega. Si las circunstancias especiales del caso lo justifican, el tribunal puede distribuir la carga de la prueba de la culpa, o de haber actuado con diligencia, ponderando cuál de las partes está en mejor situación para aportarla*".
- [744] El XII Congreso de Derecho Procesal, realizado en Río Hondo, Santiago del Estero, Argentina, en mayo de 1993, aprobó la teoría de las cargas probatorias dinámicas estableciendo que ésta hace "recaer el onus probandi sobre la parte que está en mejores condiciones profesionales, técnicas o fácticas para producir la prueba respectiva".
- [745] Citada por De Ángel Yáguez, Ricardo, *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*, Civitas, Madrid, 1995, pág. 145.
- [746] Conf. Bustamante Alsina, Jorge, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, 6<sup>a</sup> ed. actualizada, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1989, N° 1471, pág. 482.
- [747] Trigo Represas, Félix A., "La responsabilidad del escribano público", ob. cit., pág. 350.
- [748] Bueros, Alberto J., *Responsabilidad civil del escribano*, ob. cit., pág. 83.
- [749] *Ibidem* nota anterior, pág. 84.
- [750] *Ibidem* nota anterior, pág. 105. Ver también: Bueros, Alberto J. —calvo costa, Carlos A., "La responsabilidad de los escribanos por infracción a la fe de conocimiento", en *Revista de Derecho de Daños*, 2005 I, *Responsabilidad de los profesionales del Derecho (abogados y escribanos)*, Jorge Mosset Iturraspe —Ricardo Luis Lorenzetti (Directores), Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2005, págs. 185 y s.s.
- [751] Bueros, *ibidem* nota anterior, pág. 110. También comparten este parecer de consagrar como obligación de fines al estudio de títulos, entre otros, Alterini, Atilio A., "Estudio de títulos", publicado en *LL 1980 B*, pág. 809; Lloveras De Resk, art. cit., pág. 941; Trigo Represas, Félix A., "La responsabilidad del escribano público", *cit.*, pág. 357.
- [752] Conf. Bustamante Alsina, Jorge, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, 6<sup>a</sup> ed. actualizada, Abeledo Perrot, Bs. As., 1989, N° 1472, pág. 482. En el mismo sentido, entendiendo que el estudio de títulos importa una obligación de medios. Llamadas, Jorge Joaquín, ob. cit., *tomo IV B*, N° 1841-b), pág. 167, nota 143.
- [753] Trigo Represas, art. cit., pág. 350; Lloveras De Resk, art. cit., pág. 942, entre tantos otros.
- [754] Badosa Coll, Ferrán, "La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil", *Studia Albornotiana* dirigidos por Evelio Verdera y Tuells, N° LI, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1987, pág. 121.
- [755] Ver Mazeaud, Henri y León - Tunc, André, *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*, t. 1ero, vol. 2, traducción de la 5ª edición por Luis Alcalá Zamora y Castillo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1962, N° 429, pág. 80, y N° 508, pág. 164.
- [756] Decía Domat "Hay que poner en el número de los daños causados por las culpas aquellos que suceden por la ignorancia de las cosas que se deben saber. Así, cuando un artesano, por no saber lo que es de su profesión, incurre en una culpa que causa algún daño, quedará obligado a ello. Imperitia quoque culpa adnumeratur. Veluti si medicus ideo servum tuum occiderit, quia male cum secuerit, aut perperam ei medicamentum dederit: & 7, ins. de leg. Aquil., l. 7, & ult., l. 8, ad leg. Aquil.", conf. *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, ed. de Héricourt, 1777, lib. II, tit. VIII, sec. III, & 5. Ver, además, la obra de los Mazeaud Tunc cuya traducción tomamos citada en la nota anterior.
- [757] Badosa Coll, Ferrán, "La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil", *Studia Albornotiana* dirigidos por Evelio Verdera y Tuells, N° LI, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1987, págs. 122 y 123.
- [758] Ver, Padilla, Rodrigo, *Misión, derechos, deberes y responsabilidad del abogado*, Biblioteca Iberoamericana de Derecho, Reus - Madrid, Ubijus - D.F. México - 2013, págs. 163 y 164.
- [759] También en las disposiciones comunes a los contratos de obras y servicios se alude a esta tipología binaria de obligaciones. Ver, en ese sentido, el art. 1252 del nuevo Código.
- [760] Por cierto, que estas últimas dos categorías ya se asemejan más a la prestación de una "obra", antes que de un "servicio", ello por el opus comprometido.
- [761] Conf. Trigo Represas, Félix A., "La exigencia de un nexo adecuado de causalidad entre el obrar profesional y el daño, como recaudo de la responsabilidad civil del abogado", *RCyS*, 2006, págs. 562 y s.s.
- [762] STS (Sala I), del 26 de septiembre de 1989, (RJ 1989, 6379). Allí se rechaza la demanda de responsabilidad civil contra un abogado y un procurador, por no constatar la presencia del requisito de la antijudicialidad o ilegitimidad de la acción.
- [763] STS (Sala I), 23 de mayo de 2001 (RJ 2001, 3372). En dicha sentencia se enumeran, a título ejemplificativo, los deberes profesionales a cargo del abogado. También se resalta que el mismo está sujeto a una obligación de medios contrato de arrendamiento de servicios, razón por la cual no opera la inversión de la carga de la prueba de la culpa. A nosotros ahora sólo nos interesa que dicho precedente exige, para hacer nacer la responsabilidad del letrado, que se pruebe su culpa, el nexo de causalidad entre dicha conducta y el daño la realidad del daño, expresa, presupuestos que no se constataron en autos y que motivaron que la sentencia fuere "no estimatoria".
- [764] STS (Sala I), 3 de julio de 2001 (RJ 2001, 1701). Esta sentencia es muy gráfica de lo que estamos señalando en el texto. Además, nos refiere de la responsabilidad característica del abogado frente a su cliente, es decir la naturaleza contractual de la misma. Así, dijo el Supremo esta vez para responsabilizar al letrado que "Los requisitos necesarios para la aplicación del art. 1101 Ce son la preexistencia de una obligación, su incumplimiento debido a culpa o negligencia o falta de diligencia del demandado y no a caso fortuito o fuerza mayor, la realidad de los perjuicios y el nexo causal eficiente entre aquella conducta y los daños producidos, todos cuyos presupuestos concurren en el supuesto del debate".

- [765] Remitimos a Padilla, René A., "Sistema de la responsabilidad civil", ob. cit.; Padilla, Rodrigo, "Visión crítica a las cuestiones centrales de la responsabilidad civil", ob. cit.; Padilla, Rodrigo, *Curso de Responsabilidad Civil. Teoría general, presupuestos, conferencias, jurisprudencia y nuevo Código Civil y Comercial*, UNSTA, 2014.
- [766] En contra de esta tendencia mayoritaria, se ha afirmado que no necesariamente los cuatro requisitos o elementos tradicionalmente expresados deben darse en todos los casos de responsabilidad civil, en especial "habría que comenzar a revisar aquel criterio que reclama la existencia de conducta (u omisión) antijurídica y del factor de atribución", conf. Aroza, José M., "Aspectos de la responsabilidad civil de los abogados", *LLBA*, 2003, págs. 1103 y s.s. En pocas palabras entiende este autor que con dos requisitos bastaría para que el letrado brinde respuestas patrimoniales, siendo éstos: el daño causado y la relación de causalidad adecuada. Nos preguntamos cómo relacionamos a la relación de causalidad si es que le quitamos un extremo o punto de conexión? Además, no nos convence esta cuasi imputación objetiva, menos aún cuando de responsabilidad profesional tratamos. Por otro lado, no es cierto que recién ahora habría que revisar los típicos requisitos referidos al factor atributivo clásico culpa y a la antijuridicidad de la conducta, pues los mismos están siendo objeto de bombardeo desde hace más de medio siglo, ya en Francia (cuando del nacimiento de la "responsabilidad objetiva moderna"), ya en Italia (desde 1942 que se habla de un "daño injusto"), sea en España o Argentina. De todas formas, es muy interesante el art. que citamos, más allá de nuestro diseño en este punto. En puridad no estamos contentos con gran parte de la doctrina por la forma de encajar a la responsabilidad civil de una manera puramente estática y no como "sistema" pero esta es otra cuestión y remitimos a otros lugares, en particular a las obras nombradas en la cita anterior.
- [767] *Ibidem* cita anterior; y también ver en Trigo Represas, Félix A., "La noción clásica de culpa - Domat. Código Civil francés- Código Civil argentino", *Revista de Derecho de Daños*, 2009-1, *La culpa - I*, Jorge Mosset Iturraspe - Ricardo Luis Lorenzetti (Directores), Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2009, pág. 49. DIAZ, Eduardo A., "Responsabilidad del abogado por la confección de escritos - Casística jurisprudencial" - en *eDial.com*. Biblioteca Jurídica Online, Suplemento de práctica profesional, 03-02-2010, año XII, Kemelmajer de Carlucci, Aida, "Daños causados por abogados y procuradores", *J.A.*, 1993-III, pág. 711; Wierzbka, Sandra M., "Responsabilidad civil del abogado por prescripción de la acción intentada", *RCyS*, 2007, págs. 598 y s.s.
- [768] Entre otros, Trigo Represas, Félix A., "Falta de legitimación 'ad causam' del actor y responsabilidad civil del abogado", *La Ley* 2007-B, págs. 570 y s.s.
- [769] *Los mandamientos del abogado*, cit., mandamiento primero.
- [770] Planiol, Marcelo y Ripert, Jorge, *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, Tomo sexto, Las Obligaciones, primera parte*, con el concurso de Pablo Esmein, traducción española de Mario Díaz Cruz con la colaboración de Eduardo Le Riverend Brusone, Cultural S. A., Habana, 1936, N° 523, pág. 721. También POTHIER al tratar sobre los daños y perjuicios que resultan del incumplimiento o retardo en el cumplimiento de las obligaciones - hace expresa referencia al profesional. Con los conocidos ejemplos que brinda se sirve para hacer una distinción según se trate de personas legas o, por el contrario, entendidas en los asuntos implicados. Así, refiere el ejemplo de la ruina de una casa producto de piezas de maderas defectuosas que han servido para apuntalarla. Entonces, si dicho vendedor no era un hombre entendido en el asunto y por lo tanto no era de su oficio conocer la calidad de los maderos, cuyos defectos los ignoraba, los daños y perjuicios solamente consistirán en una deducción del precio de lo que se ha pagado de más al comprar por bueno lo que era defectuoso. En cambio, si el que ha vendido era un hombre del oficio - vg. un carpintero, - vendrá obligado al pago de los daños y perjuicios que resulten de la ruina y "no será admitida su disculpa de que él los creía buenos y suficientes; pues aún cuando dijera verdad, esta ignorancia de su parte no podría excusarse en un hombre que hace profesión pública de un estado y de un arte: *Imperitia culpa annumeratur* (L. 132, D. de R. I.)", conf. Pothier, Roberto José, *Tratado de las Obligaciones*, traducido al español con notas de derecho patrio por una sociedad de amigos colaboradores, parte primera, Barcelona, Imprenta Roger, 1839, N° 163, pág. 97.
- [771] Conf. Andorno, Luis O., "La responsabilidad de los abogados", en *Derecho de Daños*, Félix A. Trigo Represas y Rubén S. Stiglitz (Directores), La Rocca, Bs. As., 1989, pág. 473.
- [772] Conf. Boragina, Juan Carlos y Meza, Jorge Alfredo, "La responsabilidad del abogado frente al cliente en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación", en *Revista de Derecho de Daños*, 2016-3, *Responsabilidad de los profesionales*, Jorge Mosset Iturraspe y Ricardo Luis Lorenzetti (Directores), Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2017, págs. 207 y 208.
- [773] La única diferencia radicaría en que la culpa profesional o culpa del profesional es siempre *impericia*, según nuestro modesto entender. Es decir, lo que representa la *diligencia* en el ámbito normal o general, es "reemplazada" por la *pericia* en el campo profesional. De allí que exista una directa vinculación entre la relación que guarda la *diligencia* con la *culpa*, y la referida a la *pericia* con la *impericia*. La primera con relevancia en el campo no profesional y cuyo parámetro general de comparación - modelo - será el archiconocido del *bonus pater familias*. La que nos ocupa tendrá como referencia y criterio de comparación - con la finalidad de poder imputar una conducta realizada en contravención por lo dispuesto por la *lex artis* - el del *buen profesional*. Con ello no queremos significar que el modelo del buen profesional equivaiga a alguna de las graduaciones de la culpa, sino simplemente se trata de otro "distinto", válido para un campo o área especial. En este sentido el nuevo CCyC argentino determina, en su art. 1724, que la culpa "en general" "Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión".
- [774] Parellada, Carlos Alberto, *Daños en la actividad judicial e informática desde la responsabilidad profesional*, Astrea, Bs. As., 1990, pág. 79.
- [775] *Ob. cit.*, N° 523, pág. 721. Es digno resaltar que estos juristas franceses ya pensaban que "Tal opinión ha de ser rechazada. El control previo de la capacidad no es más que una garantía primera, los propios hechos revelan su insuficiencia y no parece que la consagración de una responsabilidad civil pueda ser obstáculo al progreso, siempre que en la apreciación de la existencia de la culpa se tengan en cuenta las necesidades de la actividad y de los usos", conf. *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*, cit., N° 523, pág. 722.
- [776] *Cadm.*, 21-07-1862, Sirey, 1862, 1ª parte, pág. 818. Es cierto que esta "paradójica" sentencia también es usada por los partidarios de la culpa grave. Veamos, entonces - de la mano de los MAZEAUD - qué dice la misma: Comienza sentando el principio que los médicos están sujetos a las reglas del derecho común. En efecto señala "Que toda persona, cualquiera que sea su situación o profesión, está sometida a esta regla (responsabilidad por simple culpa), que no lleva consigo excepciones sino aquellas que están formuladas nominativamente por La Ley, que no existe ninguna excepción de esa naturaleza a favor de los médicos". Pero dicha resolución añade "Que, sin duda, corresponde a la prudencia del juez no injerirse temerariamente en el examen de las teorías o de los métodos médicos, y pretender discutir sobre cuestiones de pura ciencia; pero que existen reglas generales de buen sentido y de prudencia a las cuales hay que ajustarse, ante todo, en el ejercicio de cada profesión; y que, dentro de esa relación, los médicos siguen sometidos al derecho común - como todos los demás ciudadanos". Como se puede apreciar con nitidez, la Corte de Casación dio un mero consejo a los jueces, "los recomienda no tomar partido en las controversias médicas, no pronunciarse por tal escuela contra la otra... (como dijo DUPIN) no transformarse en Sorbona de la medicina, evitarse el ridículo de terciar entre HIPÓCRATES y GALENO", conf. Mafezal, Henri y Léon - TUNG, André, *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*, t. 1ero, vol. 2, traducción de la 5ª edición por Luis Alcalá Zamora y Castillo. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1962, N° 510, pág. 169. Coincidimos plenamente con la apreciación que realizaron los hermanos Mafezal quienes agregan que la Corte no prohíbe a los jueces que condenen a un médico que haya incurrido en culpa "leve", al contrario, se declara con claridad que el galeno está sometido al Derecho común, como todos. Les recuerda, simplemente, que la culpa debe acreditarse, para lo cual, en cuestiones de esta naturaleza, lo más aconsejable es valerse de pericias, no muy usadas entonces, pero de práctica corriente en la actualidad.
- [777] Conf. Compiani, María Fabiana y Stiglitz, Rubén S., "De algunas responsabilidades profesionales y su cobertura asegurativa", publicado en *RCyS*, 2007, págs. 205 y s.s.
- [778] Dicho maestro santafecino hace más de treinta y cinco años ya señalaba que la crisis del servicio de Justicia tiene mucho que ver con el modo de cumplir su función por parte de abogados y jueces y que el desconocimiento del saber jurídico o la negligencia o imprudencia en su aplicación redundan en graves fallas en aquel servicio. Además, sostuvo entonces (luego de recordar a Leemans cuando hablaba de la "irresponsabilidad" del abogado) que "debe admitirse que de esta irresponsabilidad absoluta se ha pasado a un cierto reconocimiento del deber de resarcir los perjuicios nacidos de comportamientos francamente reprochables. La doctrina y la jurisprudencia, van, poco a poco, señalando, entre nosotros, aquellas situaciones que comprometen civilmente a los abogados", Mosset Iturraspe, Jorge, "Responsabilidad profesional del abogado por daños en el ejercicio de su misión", en *La Ley*, 1980-C, págs. 488 y s.s.; Ver, también de su autoría "Las chances. Responsabilidad del abogado", en *Revista de Derecho de Daños*, 2008-1, *Chances*, Jorge Mosset Iturraspe y Ricardo Luis Lorenzetti (Directores), Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2008, págs. 69 y s.s. y "El rol social de los abogados en el juicio de daños" en Leiva Fernández, Luis F. PAG. (Director), René E. Padilla, Rodrigo Padilla, Esteban Javier Arias Cáu y Luciano Angelini (Coordinadores), *Responsabilidad Civil, homenaje al doctor profesor René A. Padilla*, La Ley, Buenos Aires, 2010, págs. 379 y s.s.
- [779] Recuérdese la máxima que enseña que en medicina no hay enfermedades, sino enfermos.
- [780] Conf. Compiani, María Fabiana y Stiglitz, Rubén S., "De algunas responsabilidades profesionales y su cobertura asegurativa", publicado en *RCyS*, 2007, págs. 205 y s.s. y en *La Ley on-line*. Recordemos el caso fallado por la Corte de Casación francesa. Cámara de Admisión, de 1862 citado páginas atrás:
- [781] Conf. Bielsa, Rafael, "La abogacía", ob. cit., pág. 262. Es dable destacar que tal autor sostenía tamaña afirmación en la década del 60. Por otro lado, cierta doctrina entiende aún hoy hacer responsables a los magistrados judiciales sólo ante casos donde se compruebe su conducta dolosa, o al menos su culpa grave, creando una suerte de privilegio a favor de los jueces que en los tiempos que corren no tiene razón de existir.
- [782] Conf. Parellada, ob. cit., pág. 84.
- [783] En esta línea ha resuelto Tribunal Supremo español que, si la cuestión jurídica es "discutible" y por lo tanto atendible, no cabe responsabilizar al letrado en cuestión. Ver STS (Sala I), del 8 de junio de 2000 (RJ 2000, 5098).
- [784] Con acierto se ha señalado que no existe una culpa profesional distinta a la culpa general, y que "hay culpa cuando se sale de la órbita de la opinabilidad, una conducta es imperita, negligente, cuando desconoce lo comprobado", conf. Kemelmajer De Carlucci, Aida, "Daños causados por abogados y procuradores", *J.A.*, 1993-III, pág. 711.
- [785] Si no existe en la especie una solución clara, en principio no será válido atribuir al letrado la falta de consecución del resultado esperado por el cliente. Cierta jurisprudencia habla de vía elegida "opinable" y estamos de acuerdo con no responsabilizar al abogado si en el caso no existía una salida o solución segura. Además, debe informar de ello al cliente de la probabilidad de no triunfar debido a la existencia de opiniones encontradas en el asunto que se trate. En este sentido se ha resuelto que "A fin de valorar la existencia de un incumplimiento por parte del letrado, debe tenerse en cuenta que en la actividad profesional del derecho no siempre existen soluciones claras y únicas razón por la cual, cuando la vía elegida por el abogado es opinable debe descartarse la presencia de culpa o negligencia", Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, 13-12-2006, "Fainberg, Jorge O. c/ C., E. A.", *La Ley* del 28/03/2007, 6, con nota de Félix A. Trigo Represas, fallo recopilado por PREVOT, Juan Manuel, *Manuales de jurisprudencia. Daños y Perjuicios. Parte especial*, *La Ley*, Buenos Aires, 2008, N° 2015, pág. 453.
- [786] Siebeneichler De Andrade, Fabio, "La responsabilidad civil de los abogados: la culpa y causas de exclusión", en *Los nuevos daños. Soluciones modernas de reparación*, Carlos A. Chersi (Coordinador), 2ª ed. renovada y ampliada, Hammurabi, Bs. As., 2000, pág. 307.
- [787] Puede ejemplificarse, en este sentido, con la STS (Sala I) del 16 de junio de 2004 (RJ 2004, 3612), en la cual se declara la inexistencia de la responsabilidad civil del abogado, estimando que entra en su cometido profesional, "optar entre vías de actuación racionales" y en la especie no se apreció ninguna inhibición o negligencia profesional de la que derivan daños.
- [788] Morello, Augusto M., "La responsabilidad civil del abogado. Perspectivas modernas desde la óptica procesal" en *Revista de Derecho de Daños*, 2005-1, *Responsabilidad de los profesionales del Derecho (abogados y escribanos)*, Jorge Mosset Iturraspe - Ricardo Luis Lorenzetti (Directores), Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2005, pág. 35.
- [789] Conf. Siebeneichler De Andrade, Fabio, "La responsabilidad civil de los abogados: la culpa y causas de exclusión", en *Los nuevos daños*, cit., pág. 398. La cursiva es nuestra.
- [790] El Tribunal Supremo español expresamente hace referencia a la "doctrina jurisprudencial consolidada" para imputar responsabilidad al letrado en la sentencia 334/2003, del 8 de abril de ese año (RJ 2003, 2956).
- [791] En Francia debe estarle al tanto, por lo menos, de lo que decide la *Cour de Cassation* con competencia nacional y la *Cour d'Appeal*, cuya competencia es, lógicamente, de menor alcance - vg. la C. A. de París, Lyon, Rennes, Reims, Bordeaux, etc. -.
- [792] C.N.Fed. C.C., Sala III, 21-10-2004. "Viñas de Ortiz, María C. y otros c/ Instituto de Servicios Sociales Bancarios", caso citado por BARBADO, Patricia Viviana, "La culpa. Jurisprudencia Nacional", *Revista de Derecho de Daños*, 2009-1, *La culpa - I*, Jorge Mosset Iturraspe - Ricardo Luis Lorenzetti (Directores), Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2009, pág. 309.
- [793] C.N.Fed. C.C., Sala I, 27-08-1996. "Ferrare, Luis G. c/ Universidad Nacional de Buenos Aires y otro", juicio citado por Barbado, Patricia Viviana, "La culpa. Jurisprudencia Nacional", ob. cit., pág. 309.
- [794] Bueros, Alberto J., "La culpa profesional", cit., págs. 89 y s.s.
- [795] Trigo Represas, Félix A., "La noción clásica de culpa. Domat... cit., pág. 43.

- [796] En el fondo ambas disposiciones –las del Código de Vélez y la del nuevo Código– son similares. Las diferencias son meramente formales y gramaticales. Por ejemplo, el nuevo Código no hace mención a la culpa en el cumplimiento de la “obligación”, como sí lo hacía Vélez Sársfield pues trataba sobre la culpa precisamente en el ámbito obligacional. Ahora, como la tendencia pasa acertadamente por unificar ambos regímenes responsabilizantes, no hace falta mencionar a la culpa “obligacional” (o contractual) para diferenciarla de la extracontractual (delitos/ cuasidelitos). No obstante ser única la culpa, en el nuevo Código ni siquiera se plantea esa disputa, pues los sistemas de responsabilidad lucen fundidos, unificados, a pesar de quedar aún vigentes algunas diferencias, tal como lo pusimos de resalto varias veces. Por otro lado, es correcto hablar de “diligencia” (pericia, cuidados) y no de “diligencias” (tramitaciones). En fin, también se elimina el “correspondiesen” que en todo caso debiera de ser “correspondiera” como expresa el Código Español. En lo demás, en lo sustancial, las definiciones lucen idénticas.
- [797] Visintini, Giovanna, *Tratado de la responsabilidad civil, t. I, cit.*, pág. 321.
- [798] Mazeaud, Henri y Léon – TUNC, André, *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*, t. 1ero, vol. 2, traducción de la 5ª edición por Luis Alcalá Zamora y Castillo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1962, N° 515, pág. 190.
- [799] Bustamante Alsina, Jorge, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, 5 ed., Abeledo-Perrot, Bs. As., 1987, págs. 440 y 441.
- [800] Highton, Elena I., “Responsabilidad médica. ¿Contractual o extracontractual?”, *Jurisprudencia Argentina*, 1983-III-659.
- [801] Casieello, Juan José, “La extensión del deber de reparar en la responsabilidad profesional”, en *Las responsabilidades profesionales, libro homenaje al Dr. Luis O. Andorno, cit.*, pág. 172.
- [802] En España también se remarcó que aunque el cliente no pueda elegir al abogado y no le abone, en principio, sus honorarios, no obsta que la responsabilidad de éste sea de naturaleza contractual. conf. Álvarez Sánchez, José Ignacio, “La responsabilidad civil de jueces y magistrados, abogados y procuradores”, en *La responsabilidad civil profesional*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2003, pág. 32, y Cervera Martínez, Marta, “Responsabilidad civil del abogado”, publicado en RCyS, 2006, págs. 340 y s.s.; y en LA LEY on-line.
- [803] *Ibidem* cita 576, pág. 173.
- [804] Además se remarca que “La doctrina jurisprudencial coincide en encuadrar la relación Abogado-cliente en una relación contractual, en la que una de las partes, en este caso el Abogado, se compromete a prestar un servicio de asesoramiento o dirección letrada a la otra parte, cliente, contra el pago de unos honorarios”. conf. Álvarez Sánchez, José Ignacio, “La responsabilidad civil de jueces y magistrados, abogados y procuradores”, en *La responsabilidad civil profesional*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2003, págs. 29 y 30.
- [805] Conf. Padilla, Rodrigo, *Cuestiones sobre Derecho Registral, Notarial y Responsabilidad del Escribano...ob. cit.*, pág. 279.
- [806] En cuanto a la temática de la sociedad de abogados, estudiada con especial atención a lo que sucede en Europa, en particular en España, recomendamos a Albiez Dohrmann, Klaus Joehen, García Pérez, Rosa, *La Sociedad Profesional de Abogados*, Thomson/Aranzadi, Navarra, 2005.
- [807] Conf. Montés Penadés, Vicente L., “Perfiles jurídicos de la relación de gestión”, en *Contratos de gestión, Cuadernos de Derecho Judicial*, Separata, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, s.d., pág. 34 y en el Prólogo a Serra Rodríguez, Adela, *La Responsabilidad Civil del Abogado, cit.*, pág. 26.
- [808] \*Profesor e investigador externo Universidad Católica del Norte (Antofagasta/Chile); Profesor Titular de Derecho Procesal Civil Instituto de Estudios Sociales, Política y Cultura Universidad de San Pablo-Tucumán (Tucumán) alvaro.perez01@uen.cl
- [808] Trocker, N. (2011). *The Right to Effective Enforcement of Civil Judgments and Orders: Lessons from the Case Law of the European Court of Human Rights*, in: Stürmer/Kawano (ed.), *Comparative Studies on Enforcement and Provisional Measures*, pág. 21.
- [809] Hess, B. (2009). *Rechtspolitische Perspektiven der Zwangsvollstreckung*, *Juristenzeitung* 662, 664.
- [810] Gietmann, W. (2018): *Akteure in der Zwangsvollstreckung*, Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, Berlin, págs. 45-47.
- [811] Alsfasser, A. (2018): *Sachaufklärung in der Einzelzwangsvollstreckung*, Tübingen: Mohr Siebeck, págs. 1-10.
- [812] <https://www.unidroit.org/civil-procedure#PrinciplesofTransnationalCivilProcedure>
- [813] Schmidt, B. (2015). *Die Reform der Sachaufklärung in der Zwangsvollstreckung*, *Das Juristische Büro*, v. 66, issue 8, págs. 395-397.
- [814] Kilborn, J. (2019). *Eyes on the Prize. Procedures and Strategies for Collecting Money Judgements and Shielding Assets*, Durham NC: Carolina U. Press, pág. 17.
- [815] Stürmer, R. (2016): *Preliminary feasibility study on possible additional work on the development of Principles of Transnational Civil Procedure relating to effective enforcement*, Disponible en: <https://www.unidroit.org/english/governments/councildocuments/2016session/cd-95-13add-02-e.pdf>; Weiss, U. (2014). *Selbstbeziehungsfreiheit und vollstreckungsrechtliche Vermögensauskunft*, NJW, 503
- [816] Garrote (h), Á. F. (2017), “El principio de la buena fe en el Código Civil y Comercial y su proyección en el proceso”, *Revista de Derecho Procesal*, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2017, pág. 168; Bermejo, P.A.G. (2018). *Carra y deber de decir la verdad: su impacto en la reforma e interpretación de las instituciones procesales*. AAVV. Jornada de Profesores de Derecho Procesal, Mendoza, 2018, Buenos Aires- Rubinzal-Culzoni; Beckhaus, Gerrit (2010): *Die Bewältigung von Informationsdefiziten bei der Sachverhaltsaufklärung*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- [817] Longo, D. (2016): *La ricerca telematica dei beni da pignorare e l'efficacia nel tempo dell'atto di precetto*. *Rivista di diritto processuale*, N° 2, 2016, pág. 454 y ss.

[818]

Sbert Pérez, H. (2008): *La investigación del patrimonio del ejecutado*, Barcelona: Atelier, pág. 31 y ss.; Cordon Moreno, F. (2013): *Tratado de proceso de ejecución civil*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1644-1645; Fuentes, F. (2013): *Responsabilidad patrimonial universal y proceso de ejecución civil. La indagación del patrimonio del deudor*, Tesis doctoral, U. de Valladolid, págs. 10-50.

[819]

Picó i Junoy, J. (2014): *Hacia una gestión moderna y eficaz de la ejecución procesal*, en: Ramos Méndez, Francisco (director) Barcelona: Atelier, pág. 146

[820]

Ruiz de la Fuente, C. (2011): *Las intimaciones judiciales en el proceso civil*, Barcelona: Atelier, págs. 507-513; Gómez Martínez, Y. (2018): *La localización de los bienes del ejecutado a los efectos de la ejecución y del embargo*, Revista de Castilla y León, n. 45, págs. 147-187.

[821]

Cabral, A. (2019): *Execution and Enforcement Proceedings in Brazilian Law*, Ritsumeikan Law Review No. 37, págs. 95-109.

[822]

Kilborn, J. (2019): *Eyes on the Prize. Procedures and Strategies for Collecting Money Judgements and Shielding Assets*, Durham NC: Carolina U. Press, págs. 26-31.

[823]

Pereira Campos, Santiago, *Declaración y averiguación de bienes y derechos del ejecutado*: arts. 379.6 y 379.7 del Código General del Proceso, Revista CADE: Doctrina y Jurisprudencia, N° 28, 2014, págs. 5-14.

[824]

Valentin, G. (2014): *“Modificaciones a la vía de apremio (primera parte)”* en <http://gabrielvalentin-derechoprosesal.blogspot.com/2014/01/modificaciones-la-via-de-apremio>

[825]

Ya existía en el Código de 1877 la incorporación del “juramento de manifestación” (*Offenbarungseid*) (ver detalle en Huyke, W. (1930): *Offenbarungseid und haft in Zivilprozess*, Berlín-Leipzig: Walter de Gruyter, págs. 10-25.

[826]

Wagner, C. (2016): *Münchener Kommentar Zivilprozessordnung*, AAVV, München: Beck, §§ 802a-1; Würdinger, M. (2011): *Die Sachaufklärung in der Einzelzwangsvollstreckung: Informationsgewinnung des Vollstreckungsgläubiger de lege feranda*, en: *JuristenZeitung*, 66, N° 4, págs. 177-187.

[827]

Regulation (EU) N° 655/2014 of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 establishing a European Account Preservation Order procedure to facilitate cross-border debt recovery in civil and commercial matters, OJ 2014 L 189 (EAPO Regulation).

[828]

The Maintenance Regulation, Articles 51 (2), 61 - 63 Reg. (EC) 4/2009

[829]

Compág. Ponce, C. (2000): *Estudio de los Procesos Civiles-Ejecución Procesal Forzada, Juicio Ejecutivo*, Buenos aires: Ed. Depalma, 2000, To. 3, *passim*; Falcón, E. M. (1998): *Procesos de Ejecución*, Buenos Aires: Ed. Rubinzal-Culzoni, 1998, To. I., *passim*.

[830]

Pérez Ragone, A. (2019), *Ejecución civil*, Buenos Aires: Astrea, págs. 117-184.

[831]

Keller, U. (2000): *Die eidesstattliche Versicherung nach §§ 807, 899 ZPO*, Bielefeld: Giesecking, págs. 10-34; Schnigula, J. (2001): *Das Offenbarungs-verfahren -Darstellung und Reform der Sachaufklärung in der Zwangsvollstreckung*. Remscheid: Gardez, págs. 2-20.

[832]

Carnelutti, F. (1942): *Istituzioni del processo civile italiano*. Roma: Foro Italiano, págs. 32-48; Compág. con Wagner, C. (2016): *Münchener Kommentar Zivilprozessordnung*, AAVV, München: Beck, §§ 802a-1.

[833]

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, 1997, 18357/91; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, 1998, 24550/94; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, 2002, 59498/2000; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, 2003, 41510/98.

[834]

Pérez Ragone, Á. & Silva Álvarez, O. (2009): *El imperativo de transparencia patrimonial del deudor como requisito funcional para una ejecución eficiente*, En: *Revista Ius et Praxis*, año 15, N° 2, págs. 105-115; Jäger, U. & Schatz, J. (2008): *Etwas Licht und viel Schatten. Der Entwurf eines Gesetzes zur Reform der Sachaufklärung in der Zwangsvollstreckung; Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*. En: *Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, págs. 143-147; Holzapl, C. (2009): *Sachaufklärung und Zwangsvollstreckung in Europa*, Baden-Baden: Nomos, págs. 15-35).

[835]

Capponi, R. (2001): *Alcuni problemi sul contraddittorio e processo esecutivo (alla luce del nuovo art. Ili della Costituzione)*, en: *Rivista dell'Esecuzione Forzata*, vol.1, pág. 28 y siguientes.

[836]

Green Paper (2008): *Effective enforcement of judgments in the European Union: the transparency of debtors' assets*. COM, 128 final.

[837]

Stürmer, R. (1981): *Strafrechtliche Selbstbelastung und verfahrensförmige Wahrheitsermittlung*, en: *Neue Juristische Wochenschrift*, págs. 1757 y 1760.; Würdinger, M. (2011): *Die Sachaufklärung in der Einzelzwangsvollstreckung:Informationsgewinnung des Vollstreckungsgläubiger de lege feranda*, en: *JuristenZeitung*, 66, N° 4, págs. 177-187.

[838]

Leroy, E. (2000):*L'efficacité des procédures judiciaires au sein de l'union Européenne et les garanties des droits de la défense. Transparence patrimoniale*, en LEVAL - CAUPAIN (ed.), *L'efficacité de la justice civile en Europe*, Parin: Litec, págs. 273 a 402.

[839]

Correa del Casso, J. (2004): *La manifestación de bienes del deudor en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, en: *Boletín de la Facultad de Derecho*, núm. 25, UNED.

[840]

ENGLAND AND WALES HIGH COURT, 2011, 2163.

[841]

Kengyel, M. (2014):*Transparency of assets and enforcement*, “Unif. Law Review”, pág. 1 a 14.

[842]

Anzenberger, P. & Ivanc, T. (2017): *Provisional Account Preservation Measures in European Civil Procedure Law*, en: *Austrian Law Journal*, págs. 57 a 70.

[843]

BGH, 2018, 120/17.

[844]

Merlin, E. (1993): *L'individuazione dei beni da pignorare e la <trasparenza> dei patrimoni: riflessioni de iure condendo*, en: *Giurisprudenza Italiana*, vol. IV, págs. 205 a 210; Deboissy, F & Saint -Pau, J. (2000): *La divulgation d'une information patrimoniale*. D. 2000, Chron, pág. 267 y ss.; Wagner, G. (2007): *Urkundenedition durch Prozessparteien - Auskunftspflicht und Weigerungsrechte*, en: *Juristen Zeitung*, págs. 706 a 710; Leval, G. (2003): *Éléments de procédure civile*, págs. 5-18.



- [845] Lupoi, M. (2012): *Enforcement of the Claim with the Support of New Information Technologies*, en: Kengyel - Nemessany (ed.), *Electronic Technology and Civil Procedure: New Paths to Justice from Around the World*, Netherland: Springer, págs. 181 a 211.
- [846] Amodio, E. (1974): *Diritto al silenzio o dovere di collaborazione?*, Rivista di Diritto Processuale, vol. XXIX (II serie), N° 3, págs. 418 a 419.
- [847] Domej, T. (2015): *Internationale Zwangsvollstreckung und Haftungsverwirklichung (am Beispiel der Forderungspfändung)*. Tübingen: Mohr Siebeck, págs. 10-35.
- [848] Rink, F. (2006): *Die Sicherheit von Grundpfandrechten in Deutschland und England*. Tübingen: Mohr Siebeck, págs. 7-60.
- [849] Verbeke, A. (2002): *Quelhuissier de justice pour l'Europe?*, en: ISNARD - NORMAND (coord.), *Le droit processuel et le droit de l'exécution*, Paris: Editions Juridiques et techniques, págs. 309 a 314; Heese, M. (2008): *Gläubigerinformation in der Insolvenz*. Tübingen: Mohr Siebeck, págs. 10-33.
- [850] Ortells Ramos, M. (2005): *La ejecución de condenas no dinerarias en la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Madrid: La Ley, págs. 37-39)
- [851] Couchez, G. (2017): *Voiesd'exécution*. Paris: Sirey Université, págs. 12-34; Donnier, M. & Donnier, J. (2016): *Voiesd'exécution et procédures de distribution*. Paris: Litec, págs. 30-56; Guinchard S. & Moussa, T. (2018-2019), *Droit et pratique des voiesd'exécution*, Paris, Dalloz, 2018-2019, págs. 5-25.
- [852] Huber, S. (2008): *Entwicklung transnationaler Modellregeln für Zivilverfahrens*. Tübingen: Mohr Siebeck, págs. 158-169.
- [853] Barnett, R. (1986): *A Consent Theory of Contract*, Colum Law Review, vol. 86, pág. 269; Benson, PÁG. (2001): *The Unity of Contract Law*, en: *The theory of Contract Law: New Essays*. New York: Cambirdge U. Press, pág. 118 a 120.
- [854] Kerameus, K. (1999): *Sanctions Against Non-compliance With Enforceability*, en: *Wege zur Globalisierung des Rechts*, pág. 359 a 375.; Armenta Deu, T. (2015): *Ejecución y medidas conminativas personales. un estudio comparado*, Revista de Derecho Universidad Católica del Norte Sección: Estudios Año 22 - N° 2, 2015 págs. 23-54
- [855] Tarzia, G. (2002): *Il giusto processo di esecuzione*, en: Riv. Dir. Proc., págs. 329 a 350; Andolina, I. (2008): *Cognición y ejecución forzada en el sistema de la tutela jurisdiccional*, Lima: Communitas, págs. 85-110.
- [856] Fricéro, N. (2005): *Les exigeance actuelles du droit européen: une execution effective et humaine*, en: AAVV *L'exécution immobilière en Europe. Entre Tradition et modernité*. Paris: Editions Juridiques et techniques, pág. 9 a 19; Tarzia, G. (2002): *Il giusto processo di esecuzione*, en: Riv. Dir. Proc., págs. 329 a 350.
- [857] Así, para Comoglio, la individualización tanto puede consistir en la identificación material o espacial de bienes como en la identificación jurídica u ontológica de bienes embargables, (equivalente a la determinación de su aptitud jurídica abstracta para ser embargados). Comoglio, L. (1992): *L'individuazione dei beni da pignorare*, "Rivista di Diritto Processuale", vol. XLVII (segunda serie), N° 1, pág. 83 a 134. Le sigue Merlin, E. (1993): *L'individuazione dei beni da pignorare e la «trasparenza» dei patrimoni: riflessioni «de iure condendo»*, Giurisprudenza italiana, 4, págs. 205 a 228. Compág. por cierto con Satta, S. (1965): *La ricerca delle cose da pignorare*, "Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile", vol. XIX, pág. 151; Satta, S. (1968): *Cose e beni nell'esecuzione forzata*, en: *Soliloqui e colloqui di un giurista*. Padova: CEDAM, pág. 361; para un estudio detallado Holzapfl, C. (2009): *Sachaufklärung und Zwangsvollstreckung in Europa*, Baden-Baden: Nomos, págs. 90 a 110.
- [858] Capponi, B. (2001): *Alcuni problemi sul contraddittorio e processo esecutivo (alla luce del nuovo art. Ili della Costituzione)*, en: Rivista dell'Esecuzione Forzata, vol. 1, pág. 28 y siguientes.
- [859] Kilborn, J. (2019): *Eyes on the Prize. Procedures and Strategies for Collecting Money Judgements and Shielding Assets*, Durham NC: Carolina U. Press, págs. 17-24.
- [860] Ver el caso *JST BTA Bank v. Solodchenko* (no2) 2011 in (2011) EWHC 2163 (Ch)
- [861] For example, the provisions of Directive 95/46/EC.
- [862] Kengyel, M. (2014): *Transparency of assets and enforcement*, Unif. Law Review, págs. 1 a 14.
- [863] Lupoi (2012), o. cit., pág. 181.
- [864] Para mayor detalle sobre el embargo de cuenta y activo bancario puede verse Pérez Ragone, A., Hormazábal, D. (2015): *El embargo de cuentas bancarias*, Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte, vol. 22, N°1, págs.307-350.
- [865] En la explicación de la doctrina francesa, el saldo acreedor constituiría un crédito que titulariza el cuentacorrentista a sazón ejecutado y que no es sino concretización de la embargabilidad de los créditos del deudor que en este caso merece mayor detalle regulativo por lo que se dirá más adelante, ver al respecto el art. 45 de la ley francesa del 9/7/1991 que regula los requisitos para el embargo de una cuenta corriente. Mayor detalle en Piedelièvre, S. (2009): *Droit de l'exécution*, Paris, Thémis, págs. 248-251; RIEBOLD, JULIA (2014) *Die Europäische Kontopfändung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2009, págs. 10-50; igualmente Donnier, M. - Donnier, J.B. (2016): *Vois d'exécution et procédures de distribution*, Paris: Litec, 2016, pág. 326 a 329.
- [866] Como destaca Cachón Cadenas, el proceso de ejecución queda simplificado al máximo pues el bien reclamado coincide con el bien trabado. Cachón Cadenas, M. (1991): *El embargo*, Barcelona: Editorial J.M. Bosch, pág. 391.
- [867] Pereira Campos, S, *Código General del Proceso - Reformas de la Ley N° 19.090 - Comparadas y Comentadas*, Segunda Edición: Montevideo, 2014, comentarios al art. 380
- [868] Castillo Lilian del, en "La gestión del Agua en Argentina", Ciudad Argentina, 2007 , Bs. As, Pág. 70.
- [869] Marienhoff, Miguel S. en "Legislación de Aguas, La Irrigación", Abeledo Editor, 1942, Bs. As., Pág. 9.
- [870] Barra Rodolfo Carlos, en Tratado de Derecho Administrativo, T. 3, Pág. 607, Abaco- Depalma, 2006. El citado autor, se refiere a la delegación que supone el ejercicio de actividades públicas por sujetos ajenos al sector público, o en este caso estatal, y que no debe confundirse con la delegación de competencias administrativas.
- [871] La postura a desarrollar, se desprende de la doctrina expuesta por el Profesor Miguel Marienhoff en "Régimen y Legislación de las Aguas Públicas y Privada", Abeledo Editor, 1939, Bs. As.
- [872] Castillo, Ob. Cit. Pág. 287
- [873] -La citada Ley N° 7017, toma la estructura básicamente de Ley N° 775, que era el Código de Aguas de la Provincia de Salta sancionado ene. Año 1947. A su vez este ultimo recepta tempranas regulaciones municipales del uso del agua para riego, como las Ordenanzas de Campo Santo (1865), de Cerrillos (1866), de la Quebrada del Toro (1914) y los proyectos de Ley de irrigación de 1901, 1925, 1938.

La ley N° 775, resultado de gran importancia en su momento, ya que implemento conceptos novedosos como el carácter público de las aguas, la figura del consorcio de riego, y además conformo una institución hoy desaparecida a causa de sus propios errores, pero de gran importancia durante mucho tiempo, como la Administración General de Agua (AGAS). Para ampliar información, Atilio Cornejo, en "Contribución a la Historia del Derecho de Aguas de Salta", Publicación del Instituto San Felipe y Santiago, 1980, Salta.

[874]

Fiorentino Raúl, en "La agricultura irrigada en la Argentina y su contribución al desarrollo de las economías regionales", Banco Mundial - Documento de Trabajo, Bs. As., 2005, Pág. 69.

[875]

Modelo tomado de Fiorentino, Ob. Cit., Pág. 97

[876]

Fiorentino, Ob. Cit. Pág. 100.

[877]

Para la exposición de las mismas se tomo conceptos de Fiorentino, Ob. Cit. Pág. 134.

\* - Profesor Emérito UNC. Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Director de su Instituto de la Empresa.

[878]

Zingaretti, Griselda "La responsabilidad civil del Funcionario Público: El nuevo Código Civil, versus la Ley de Responsabilidad del Estado", en Revista de Derecho Público, Rubinzal-Culzoni Editores T.I 2015-1, pág. 303 y sgts, con cita de Gordillo, Agustín *Problemas del control de la administración Pública en América Latina*, Ed. Civitas, Madrid, 1982, Cap.V.

[879]

Citando a Alejandro Dalmacio Andrada "Responsabilidad del Estado de los Funcionarios Públicos", La Ley Bs.As.2008, págs.478-479.

[880]

No creemos que se corresponda a un desliz del legislador, y menos aún a una travesura de los jusprivatistas.

[881]

"Eficiencia en la lucha contra la corrupción público-privada" José Daniel Cesano- Carlos Julio Lascano - Efraín Hugo Richard.

[882]

Moeremans, Daniel "Extensión de la responsabilidad de los socios en las sociedades de capital en virtud del disregard of the legal entity" en RDCO N° 131, 1989, pág. 713/723.

[883]

RICHARD, Efraín Hugo "¿Acotar la corrupción? Responsabilidad de funcionarios públicos y el art. 144 del Código Civil y Comercial de la República Argentina", Comunicación al X Congreso de las Academias Jurídicas de Iberoamérica, Madrid, España, 22, 23 y 24 de noviembre de 2018, realizado por la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España, en la Sección 1 "Estado de Derecho: defensa frente al populismo y la corrupción", que puede verse en [www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar)

[884]

Salvo el art. 142 CCC que expresamente se limita a las personas jurídicas privadas para determinar que se las considera tal desde su constitución.

[885]

Hemos analizado el sistema "¿Inoponibilidad de la personalidad jurídica?" ponencia al Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, t. II, pág. 619; "Personalidad jurídica. Inoponibilidad" en capág. III pág. 91 a 155 de su libro *Relaciones de Organización - Sistema Societario*, Edición de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba 2007. "Abuso del medio técnico de imputación personalidad. La llamada inoponibilidad de la personalidad" en Cap. VIII pág. 305 y ss. de su libro *Las relaciones de organización. El sistema jurídico del Derecho Privado*, 2ª edición Advocatus, Córdoba 2002.

[886]

Ntos. libros: *Las relaciones de organización y el sistema jurídico del derecho privado*, 610 páginas, editado en Córdoba 2000 por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias sociales de Córdoba, por la Editorial Advocatus; "Las relaciones de organización. El sistema jurídico del derecho privado". 2ª edición corregida, Córdoba 2002, Editorial Advocatus; *ORGANIZACION ASOCIATIVA*, Ed. Zavalía, en colección que dirigen los Profesores Luis Moisset de Espanés y López de Zavalía. Buenos Aires junio 1994, libro individual de 344 págs. Ed. Zavalía; *Relaciones de Organización - Sistema de Derecho Societario*, Ed. Academia Nacional de Derecho y Cs. Sociales de Córdoba, Córdoba 2007; *Relaciones de Organización - Sistema de Contratos De Colaboración* Ed. Academia Nacional de Derecho y Cs. Sociales de Córdoba, Córdoba 2007.

[887]

*Court of Appeal for the Fifth Circuit*, con fecha 29 de enero de 1990 sostuvo que el recurso de la personalidad jurídica no puede ser superado para afirmar la responsabilidad de la sociedad controlante en relación a los costos relativos a la bonificación de un área en la que actúa una sociedad totalmente controlada... A criterio de la corte el superamiento del recurso de la personalidad jurídica debe ser limitado a la situación en la que la forma de la sociedad PERSONIFICADA es usada como una función preordenada a un fin fraudulento o al efecto de no incurrir en responsabilidad personal (cfr. *Corporate Veil Cannot Be pierced To impose Superfund Liability On Parent, in Securities Regulation and Law Reports*, vol. 22, 2 febbraio 1990, pág. 158 y ss.).

[888]

Manovil, Rafael M. "¿Hacia un nuevo derecho de las sociedades en la Ley N° 26994? en *Revista de las Sociedades y Concursos*, Director Ricardo A. Nissen, Ed. Fidas, año 17, 2016-2, pág. 3 y ss., específicamente pág. 6 y ss., punto C, donde también hace referencia a las fuentes de la norma.

[889]

En reciente reunión conjunta de las Academias Nacionales de Argentina.

[890]

"Las personas jurídicas en el nuevo Código Civil", en *El Derecho* 263-583, Buenos Aires.

[891]

"Estudio sobre el Código Civil y Comercial de la Nación. Las personas jurídicas", *El Derecho* 263-782, Buenos Aires.

[892]

Sobre el punto expresan: sobre el punto "28. En otro orden, ... se incorpora como Art. 54 bis una norma de avanzada ...Esta cuidadosa innovación constituye un relevante paso delante de importancia comparable con la creación en 1983 de la primera regla escrita en el derecho comparado sobre **inoponibilidad de la personalidad jurídica**. 29. En lo relativo a este último instituto es sabido que, con criterio discutido por la doctrina en cuanto a su razonabilidad, fue copiado con texto similar pero no idéntico en el Art. 144 del Código Civil y Comercial para extender su aplicación a todas las personas jurídicas, incluso las públicas. ...".

[893]

Zingaretti, Giselda "La responsabilidad civil del Funcionario Público: El nuevo Código Civil, versus Ley de Responsabilidad del Estado" en Revista de Derecho Público, Rubinzal-Culzoni Editores T.I 2015-1, pág. 303 y sgts, con cita de GORDILLO, Agustín *Problemas del control de la administración Pública en América Latina*, Ed. Civitas, Madrid, 1982, Cap.V.

[894]

Citando a Alejandro Dalmacio Andrada "Responsabilidad del Estado de los Funcionarios Públicos", La Ley Bs.As. 2008, págs. 478-479.

[895]

Publicado en: La Ley 2002-E, 863.

[896]

Accini, Giovanni Paolo "Operazioni di leveraged buy out ed un preteso caso di illiceità penale" pág. 193 *Rivista delle Società* enero febrero 2001.

[897]

"Justicia y Derecho", págs. 419 a 430 para la Comisión N° 3 "Justicia y Derecho, en libro *Congreso de Academias Iberoamericanas de Derecho. Córdoba 1998*. En la causa penal se investigaba una supuesta estafa de los demandados, que habían sido administradores de la sociedad anónima de la cual los actores eran accionistas. Los demandantes también iniciaron una acción civil para determinar la responsabilidad de los procesados en el marco de una locación de servicios, y si realizaron un ardid para

inducir a la damnificada a “realizar actos de disposición patrimonial” ruinosos a sus intereses “y en beneficio de los administradores de sus bienes”. Sin embargo, el juez de Primera Instancia entendió que en ambos procesos había “comunidad de causa” dada “la coincidencia de imputaciones respecto de la vulneración del derecho a la información, doble contabilidad y afectación del patrimonio de los accionistas que no participaban en la administración de la sociedad”.

[898]

En la causa penal se investigaba una supuesta estafa de los demandados que habían sido administradores de la sociedad anónima de la cual los actores eran accionistas. Lo demandantes también iniciaron una acción civil para determinar la responsabilidad de los procesados en el marco de una locación de servicios, y si realizaron un ardid para inducir a la damnificada a “realizar actos de disposición patrimonial” ruinosos a sus intereses “y en beneficio de los administradores de sus bienes”. Sin embargo, el juez de Primera Instancia entendió que en ambos procesos había “comunidad de causa” dada “la coincidencia de imputaciones respecto de la vulneración del derecho a la información, doble contabilidad y afectación del patrimonio de los accionistas que no participaban en la administración de la sociedad”.

[899]

Puede verse en Permalink: <http://www.diariojudicial.com/nota/75819>

[900]

Si bien es descartable por razones prácticas, porque la condena ha previsto la ejecución del daño al Estado.

[901]

“Depositos Pesificados: ¿Responsabilidad De Los Bancos? (La denuncia de Zaffaroni y su relación con tía Rosa y Pedro)” en El Derecho diario del 7 de marzo de 2005, pág. 1 y ss.

[902]

Sostenida con el Catedrático Dr. José Luis Palazzo, Director del Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba en “EL ART. 144 CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL (inoponibilidad de la personalidad jurídica)”, publicado en La Ley año LXXX N° 54, TOMO 2016-B-diario del lunes 21 de marzo de 2016.

[903]

“Inoponibilidad de La Personalidad Jurídica: Imputabilidad Y Responsabilidad”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2009, N° 2008 - 3 pág. 191 a 246. Reproducido por Microjuris, 2010. Obviamente no se había formalizado aún el Anteproyecto cuando escribimos ese ensayo, pero la terminología es similar.

[904]

OTAEGUI, JULIO “Inoponibilidad de la Persona Jurídica” en AAVV, de nuestra dirección, *Anomalías Societarias*, de nuestra Coordinación, Ed. Advocatus, Córdoba, pág. 110.

[905]

Panuccio, Vincenzo *La fantasia nel diritto*, Milano 1984, Giuffrè Editores: “24. Fatto ormai, se pur in largo senso, lo status quaestionis può ora riprenderis, con pú meditato discorso, el quesito sul comi si collochi la fantasi del soggetto nell’ambito del quell’insieme di atti teleologicamente orientati verso il risltao interpretativo, chque constituye appunto la interpretazione giuridica” pág. 65...la scienza giuridica, come scienza ermeneutica tende alla conoscenza della realtà empirica e storica dello spirito umano; se è vero aque ogni scienza ermeneutica cerca de interpretarae un linguaggio, é anche vero che uesta interpretaciones vuele esse conoscezza. Solo ue in alcuni delle sue forme piú complesse queda realtà rientra nel quadro delle scienze dello spirituo, e aquince partecipa del caratteri generali dell’interpretazione soprandicati. ... Questo profilo genera un altro aspetto importante per il controllo della fantasia: la interpretazione non può condurere a norme impossibili, irrealizzabili, inattuabili, e debe por nell’ambito del realizzabile, dell’attuale, dare la preferencia a ciò que meliio risponde alle esigenze pratiche dell’azione (pág. 73) (...) inoltre, como sappiamo, la fantasia intellettuale tende alla conoscenza, questa come ogni saapere debe essere logicamente apprendibile. Il controllo logico (formale o non) e reale, non resta dunque inerte difronte alle acquisizioni fantastiche. Ma certo non basta: podrá spiegare la coerenza interna, ma non acora la validità sul piano della realtà della conoscenza acquisita....Questa reazione emozionale che realizza una sorta di controllo di plausibilità può sesignarsi in vario modo, ma significa in definitiva il senso comune, o especificamente poer la nostra materia, il senso giuridico -que es una cualidad de intuición, agregamos-, elemento emozionale che fa parte del sentimento comune, del sentimento giuridico, di cui el senso comune, il senso giuridico constituye una componente” (págs. 132 y ss..).

[906]

Cárcova, Carlos María *Las teorías jurídicas Post Positivistas*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2009, págs. 262 y ss.

[907]

Richard, Efraín Hugo “Sobre El Título Preliminar el Proyecto de Código Civil y Comercial” en El Derecho, diario del 5 de abril de 2013, Buenos Aires.

\* Doctor en Derecho (U. Complutense de Madrid). Post Doctor en Derecho (U. de Zaragoza). Master en Derecho Privado (U.N. Rosario). Especialista en Derecho de Daños (U.N. Litoral). Profesor Adjunto de Derecho del Consumidor y de Defensa de la Competencia (U.N. Tucumán). Relator (Civil) Corte Suprema de Justicia de Tucumán. Co Secretario de la Sede Tucumán del Instituto de Ciencias jurídicas en Región Noroeste de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

[908]

García Vitoria, Ignacio, *La libertad de empresa: ¿un terrible derecho?*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, pág. 193.

[909]

Sentencia Tribunal Constitucional de España 88/1986 del 1 de julio.

[910]

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-228/10, del 24/03/2010.

[911]

Shina, Fernando, “El abuso de posición dominante”, 12 de mayo de 2020, [www.saij.gov.ar](http://www.saij.gov.ar), Id SAIJ: DACF200091.

[912]

La sección 2 de la *Sherman Act* establece: “Toda persona que monopolice, o intente monopolizar, o se combine, o conspire con cualquier otra persona, o personas, para monopolizar cualquier parte del comercio o de la industria entre los diversos Estados, o con naciones extranjeras, será considerado culpable de una falta, y convicto de la misma será penado con una multa (...) o con prisión hasta un año o con ambas penas a discreción del tribunal”.

[913]

Cabanellas De Las Cuevas, Guillermo, *Derecho Antimonopólico y Defensa de la Competencia*, Buenos Aires, 2° ed. Heliasta, 2005, t. II, pág. 177.

[914]

“En Estados Unidos, luego del crecimiento de ciertas ramas industriales bajo la dirección de los que se conocieron como los capitanes de industria, comenzó la lucha por la eliminación y absorción de los competidores a través de distintos nexos orgánicos - fusiones, pactos y acuerdos de variada índole-. Así, después de que en 1870 Rockefeller fundara la Standard Oil Company, que absorbió numerosas empresas del ramo petrolero, ya en 1879/1882, por iniciativa de su abogado Doll, creó el Standard Oil Trust, construido sobre la transferencia fiduciaria del dominio de otras empresas petroleras que eran administradas conjuntamente y respondiendo a una política común, pero por cuenta de cada uno de sus propietarios. Esto sumado a prácticas desleales, como las tarifas diferencialmente bajas que una filial de Standard Oil, la SothImprovement Co. aplicaba a los transportes ferroviarios de petróleo hacia las refinerías controladas por el grupo, contravenía principios enraizados en el Common Law y sentidos por la comunidad, como la equidad y la libre competencia. Y ello determinó que en distintos estados comenzaran a dictarse fallos e, incluso dictarse leyes locales, procurando contener los abusos. A partir de 1890 el Estado Federal tomó el tema en sus manos y, en ese mismo año, dictó la conocida Ley Sherman...” (Manóvil, Rafael M., *Grupos de Sociedades en el derecho comparado*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 1998, págs. 80-81.) Como consecuencia de esta Ley nacida por el proyecto del Senador Sherman del estado de Ohio (la cual fue aprobada con un solo voto en contra) se disolvieron varios *trust* y las empresas buscaron otras formas de “asociarse” y muchas recurrieron a los *holdings*, incentivadas por las decisiones de la Corte Suprema (sobre todo en los casos “*U.S. vs. E.C. Knight*” y “*People vsNorth RiverSugarRefining Co*” de los años 1895 y 1890 respectivamente.) y sobre todo, por la interpretación que se hizo en dichos pronunciamientos en los que se entendió que la Ley *Sherman* no se aplicaba a los *holdings* ni tampoco a la producción, sino sólo al comercio. Esto fue así por lo menos hasta comienzos del siglo XX cuando la Corte Norteamericana cambió su posición y disolvió *holdings* en los casos “*U.S. vs. NothernSecurities Co. ...*” y en 1911 “*Standard Oil Company of New Jersey vs.*

*United State*". Como consecuencia de ello, en 1914 se dictó la Ley Clayton, que tipificó cuatro figuras como prácticas restrictivas de la competencia: discriminación en los precios, contratos de vinculación exclusiva, inter locking directorates, o sea vinculación a través de miembros comunes en los directorios y, en su art. 7, la adquisición directa o indirecta de participación accionaria de una sociedad con actividad comercial en otra.

[915]

Vid. Pascual y Vicente, Julio, "El abuso de posición dominante", en *RDM*, Madrid, Julio-Septiembre, 2002, núm. 245, pág. 1296.

[916]

Cfr. Carbajales, Mariano O. y Marchesini, Dardo, *Teoría y Práctica de la defensa de la competencia*, Buenos Aires, ed. Ad Hoc, 2002, págs. 59-60.

[917]

"Será incompatible con el mercado interior y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo. Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en: a) imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas; b) limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores; c) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva; d) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos".

[918]

Font Galán, Juan I., *La libre competencia en la Comunidad europea*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1986, págs. 247 y 248.

[919]

BO 15/05/2018.

[920]

Christensen, Roberto, "La Nueva Ley de Monopolio", en *Revista del Derecho Comercial*, 1980, Año 13, ed. Depalma, Buenos Aires, 1980, pág. 526

[921]

Frick, Pablo, "Comentario al art. 11", Curá, José M. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, 2da. Edición, La Ley, Buenos Aires, 2016, pág. 100.

[922]

En ese sentido puede verse: Lorenzetti, Ricardo, "Comentario al art. 11", en Lorenzetti, Ricardo (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, RubinzalCulzoni, Santa Fe, 2015, t. I, pág. 66.

[923]

Así Santarelli, Fulvio, *Contrato y Mercado*, La Ley, Buenos Aires, 2018, págs. 234 y 235.

[924]

Lorenzetti, Ricardo L., "Nuevas fronteras del abuso de derecho", *La Ley*, 1995-E, 593

[925]

Cámara Nacional Penal Económico, Sala II, Julio 5-1983. *ED*, 107-459. punto 163.

[926]

La Comisión Nacional de Defensa de la Competencia en los siguientes pronunciamientos administrativos ha admitido el mismo criterio: "Asociación de Ayuda Mutua El Dorado c. Centro Médico Alto Paraná" (12/07/00), SADIT c. Massalin Particulares S.A. y otro (4/12/00); "A. Lafalla c. Juan A. Minetti S.A. (22/12/00)", "Odima S.A. c. Repsol YPF (4/01/01).

[927]

TJCE: "*United Brands* c. Comisión", asunto 22/76, Rec. 1978, pág. 286; "*Hoffmann-La Roche* (Vitaminas) c. Comisión", asunto 85/76, Rec. 1979 pág. 520; "*L'Oréal*", asunto 31/80, Rec. 1980, pág. 3793; "*Michelin* c. Comisión", asunto 322/81, Rec. 1983, pág. 3505; "*Bodson /Pompas Fúnebres*", asunto 30/87, Rec. 1988, pág. 2514; "*Alsatel/Novasam*", asunto 247/86, Rec. 1988 pág. 6008.

[928]

TJUE: sentencias: "*Sirena*" del 18 de febrero de 1971 y "*Deutsche Grammophon*" del 8 de Junio de 1971.

[929]

"No es necesario que una empresa haya eliminado toda posibilidad de competencia para estar en situación de posición dominante" (Considerando 113 de la sentencia *United Brands*. Ídem considerando 70 de la sentencia *Hoffmann-La Roche -Vitaminas*).

[930]

Ver Taján, Guillermina, *El abuso de la posición dominante y el control de las concentraciones económicas*, en "Boletín Latinoamericano de Competencia N° 10", junio 2.001, pág. 45; Sánchez Calero, Fernando. *Instituciones de Derecho Mercantil*, Madrid, 22° ed. McGrawHill, 1999, t. 1, pág. 120. Ídem: Tribunal de Defensa de la Competencia de España en "*Tecnocrón*" del 3 de febrero de 1992; "*Cofradía de Pescadores Nuestra Sra. del Carmen*" del 29 de Julio de 1993. Ídem Supremo Tribunal Español, resoluciones: "*Aluminios Navarra*" de 10 de mayo de 1999; *Electra Avellana* de 7 de julio de 1999; *Baccardí* del 30 de septiembre de 1999; *Propiedad Intelectual Audiovisual* de 27 de julio de 2000.

[931]

"1. Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional. 2. El abuso podrá consistir, en particular, en: a) La imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos. b) La limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de las empresas o de los consumidores. c) La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios. d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicios, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio no guarden relación con el objeto de dichos contratos. 3. La prohibición prevista en el presente art. se aplicará en los casos en los que la posición de dominio en el mercado de una o varias empresas haya sido establecida por disposición legal".

[932]

El art. 66.7 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón disponía que mediaba posición dominante si: la empresa de hecho o de derecho, en el mercado de uno de los productos de su competencia tiene una posición que la sustrae a una competencia efectiva en una parte importante del mercado común. El TCECA es el antecedente normativo y político del Tratado de la Comunidad Europea.

[933]

La Ley alemana de 27 de Julio de 1957, en el art. 22.1, prescribía que una empresa está en posición dominante cuando: "*para un cierto género de productos o servicios comerciales o industriales no tiene competidores o no está expuesta a una competencia sustancial*". En similar sentido, la ley belga de 27 de mayo de 1960 y la francesa de 2 de Julio de 1963.

[934]

Art. 5°- "A los efectos de esta Ley se entiende que una o más personas goza de posición dominante cuando para un determinado tipo de producto o servicio es la única oferente o demandante dentro del mercado nacional o en una o varias partes del mundo o, cuando sin ser única, no está expuesta a una competencia sustancial o, cuando por el grado de integración vertical u horizontal está en condiciones de determinar la viabilidad económica de un competidor participante en el mercado, en perjuicio de éstos".

Art. 6°- "A fin de establecer la existencia de posición dominante en un mercado, deberán considerarse las siguientes circunstancias:

a) El grado en que el bien o servicio de que se trate es sustituible por otros, ya sea de origen nacional como extranjero; las condiciones de tal sustitución y el tiempo requerido para la misma; b) El grado en que las restricciones normativas limiten el acceso de productos u oferentes o demandantes al mercado de que se trate; c) El grado en que el presunto responsable pueda influir unilateralmente en la formación de precios o restringir el abastecimiento o demanda en el mercado y el grado en que sus competidores puedan contrarrestar dicho poder".

[935]

La ley española de 20 de Julio de 1963 transcribía, casi en su totalidad, el texto de la antigua Ley alemana, al decir en su art. 2.2. a): "*una empresa goza de posición de dominio cuando para un determinado tipo de producto o servicio es la única oferente o demandante dentro del mercado nacional, o cuando sin ser la única, no está expuesta a una competencia sustancial. b) Que dos o más empresas gozan de posición de dominio, para un determinado tipo de producto o servicio, cuando no existe competencia efectiva entre ellas o sustancial por parte de terceros en todo el mercado nacional o en una parte de él*".

- [936] La posición dominante colectiva es aceptada en sentencia del Tribunal de la Unión Europea del 31/03/1998 (Asuntos: C-68/94 y C39/95 Rec. 1998, Pág. I-1375).
- [937] Así Cabanellas, Guillermo (h) y Hewko, John PÁG., *Las empresas conjuntas y la legislación de defensa de la competencia*, en "Revista de Derecho Comercial", Año 19, Buenos Aires, ed. Depalma, 1986, pág. 686.
- [938] Uno de los mayores aciertos de la novel Ley N° 27.442 viene dado por la consideración de 4 "prácticas absolutamente restrictivas de la competencia", respecto de las cuales se presume que producen perjuicio al interés económico general.
- [939] BO 20/09/1999.
- [940] BO 06/08/1980.
- [941] Concepto tomado de las pautas para la evaluación de fusiones horizontales del Departamento de Justicia y de la Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos de 1992. Ver Coloma, Germán, *Defensa de la Competencia*, Ciudad, Buenos Aires - Madrid, 2003, pág. 69. Una definición similar de mercado relevante encontramos en la Resolución 164/2001 de la Secretaría de la Competencia (Lineamientos para el control de concentraciones económicas, capítulo 2). En un sentido más sencillo y con una orientación más funcional para entender la relación entre "mercado relevante" y "posición dominante" se ha definido al primero como: "El espacio comercial en cuyo interior debe evaluarse la potencia económica de la empresa en cuestión en relación con sus competidores" (Martínez Medrano, Gabriel, *Control de los Monopolios y Defensa de la Competencia*, Lexis Nexis Depalma, 2002, Buenos Aires, pág. 123).
- [942] La Comisión Nacional de Defensa de la Competencia ha establecido cuáles son los indicadores que deben tenerse en cuenta a la hora de analizar productos sustitutivos importados: "...aranceles aduaneros, costos de transporte, regulaciones que implican estándares de calidad, problemas logísticos o de distribución, problemas de obtención de repuestos o servicios postventa, Leyes de propiedad intelectual, Leyes de «compre nacional», incertidumbres sobre fluctuaciones del tipo de cambio, contratos de licencia o franquicia y en general cualquier característica del mercado interno que desincentive las importaciones"(Ver CNDC, "Lineamientos para el control de concentraciones económicas", 1999, pág. 24, en www.cndc.gov.ar).
- [943] Vid. Quevedo, María V. G., "Apuntes sobre el régimen de notificación obligatoria de concentraciones", *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Depalma, Buenos Aires, 2000, págs. 273 y siguientes.
- [944] Se utiliza un método denominado SSNIP (de sus siglas en inglés "Small but Significant Non-Transitory Increase in Price"). Utilizado por primera vez en 1982 en las Directrices de Fusión del Departamento de Justicia de los Estados Unidos. La prueba SSNIP busca identificar el mercado más pequeño dentro del cual un hipotético monopolista podría imponer un pequeño aumento significativo no transitorio en el precio. Generalmente se define como un aumento de precio del 5 % durante al menos 12 meses.
- [945] Vg. "... las habilitaciones municipales, los derechos de patentes, los títulos universitarios habilitantes, las Leyes de compra nacional en cuanto a empresas extranjeras, las concesiones o licencias administrativas para explotar..." (Martínez Medrano, Gabriel A. y Socasse, Gabriela, "El abuso de posición dominante en la Ley de defensa de la competencia", *Jurisprudencia Argentina*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 03/07/2002, (JA 2002-III, fascículo n. 1, pág. 30).
- [946] Waelbroeck, M. y Frignani, A, *Derecho Europeo de la Competencia*, trad Saenz-Cortabarría Fdez Ignacio y Morales Isasi Marta, t. I, Bosch, Barcelona, 1998, pág. 309.
- [947] TJUE, "United Brands", asunto 27/76 Rec., 1978, pág. 207. Aunque, en rigor, se aclaró que la cuota de mercado de entre 40 y 45 por ciento del mercado "... no permite la conclusión de que UBC controle automáticamente el mercado..." La prueba de la fuerza preponderante de United Brands provino de la relación de ésta con sus competidores.
- [948] TJUE, "Akzo Chemie. Comisión", asunto C-62/86, Rec., 1991, pág. 3359.
- [949] La Comisión Europea en el Décimo Informe sobre Política de competencia ha dejado abierta la posibilidad de que una posición dominante se constituya con una cuota de entre 20 y 40 por ciento (1981) punto 150, y en igual sentido en el Noveno informe (1980) punto 22.
- [950] TJUE, del 25 de octubre de 1977, considerando 17.
- [951] Briones, Juan y otros, *El control de concentraciones en la Unión Europea*, Madrid-Barcelona, ed. Marcial Pons, 1999, pág. 162.
- [952] Comisión Europea en "Rhone Poulenc Rorer/Fisons", decisión de 21-9-1996, asunto IV/M. 632.
- [953] La constante entrada y salida de competidores es un elemento que le permite a una empresa "domesticar" más fácilmente el mercado. Ver Informe de Política de Competencia de 1991, Anexo III, pág. 395.
- [954] Cuanto más numerosos, débiles y de menores dimensiones sean los competidores, menos importante debe ser la cuota de mercado de una empresa para que sea considerada que detiene una posición dominante (TJUE, sentencia "United Brands", considerandos 40 a 112).
- [955] TJUE, considerandos 51 y 58.
- [956] TJUE, considerando 60.
- [957] Del 18 de diciembre de 1991.
- [958] Del 12 de noviembre de 1992.
- [959] Al respecto pueden verse los siguientes asuntos de la Comisión Europea: "Texaco/Norsk Hydro", decisión de 9-1-1995; Fortis/CGER, decisión de 15-11-1992; UAP/Vinci, decisión de 1-12-1996; Varta/Bosch, decisión de 31-7-1991; entre otros.
- [960] En esta inteligencia, puede confrontarse con los pronunciamientos de la Comisión Europea en Ciba-Geygi/Sandoz decisión de 17-7-1996; Kesho/Tuko decisión de 20-11-1996, entre otros.
- [961] La Comisión Europea ha utilizado este discernimiento en: "Unilever France/Ortiz Miko", decisión de 15-3-1994; "BSN/Euralin", decisión de 7-6-1994; y especialmente "KimberLey N° -Clark/Scott", decisión de 16-1-1996 y "McCormick/CPC/Rabobank/Ostermann", decisión de 29-10-1993.
- [962] Vg. de la Comisión Europea: "Cable & Wireless/Schlumberger", decisión de 21-11-1994; "Rhone-Ppoulenc/SNIA/Nordfaser", decisión de 3-2-1994; "Solvay-Laporte/Interox", decisión de 30-4-1992, entre otros.
- [963] Según Porter, M., *Estrategia Competitiva. Técnicas para el análisis de los sectores industriales y de la competencia*, 2000, Cía. Editorial Continental México; citado por Martínez Medrano, Gabriel A. y Socasse, Gabriela, ob. cit., JA 2002-III, fascículo N° 1, pág. 28-29.
- [964] En "Nestlé/Perrier" de fecha 22 de Julio de 1992, la Comisión consideró que la "notoriedad de las marcas" de los productos franceses constituía un obstáculo al acceso de nuevas empresas.

- [965] Ver “Eridania/ISI” decisión de 30-7-1991, de la Comisión Europea.
- [966] Ver “Elf/BC/Cepsa” decisión de 18-6-1991, de la Comisión Europea.
- [967] Ver “Orkla/Vvolvo” decisión de 20-9-1995, de la Comisión Europea.
- [968] Ver en materia de telecomunicaciones la decisión de la Comisión Europea en “GTS-Hermes Inc/HIT Rail BV” decisión de 5-3-1996, asunto IV/M.683.
- [969] Ver “Saint Gobain/Wacker-Chemie/NOM” decisión de 4-12-1996
- [970] “Accor/Wagons-Lits” decisión de 28-4-1992 DOCE 1992 L 204/1, donde se determinó que la concesión previa necesaria para explotar los peajes de la carretera constituía una barrera de entrada.
- [971] BRIONES, Juan y otros, *op. cit.*, pág. 256-257
- [972] Entre otras de la Comisión Europea: “Viag/EB Bruhl”, decisión de 19-12-1991; “ICI/Tioxide” decisión de 22-11-1991, “Metallgesellschaft/Feldmuhlek” decisión de 23-9-1991.
- [973] Baden Fuller, C.W.F., *Article 86: Economic Analysis of the Existence of a Dominant Position*, en “ELR”, 1979, pág. 423.
- [974] Vítolo, Daniel R., *Manual Económico Jurídico de la Empresa y de las Inversiones Extranjeras*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003, pág. 322.
- [975] En esta sentencia, de fecha 27 de marzo de 1974, el Tribunal de Justicia Europeo afirmó que las cláusulas de los contratos entre una sociedad de gestión colectiva de derechos de autor y sus miembros eran abusivas cuando restringían la libertad de los miembros más de lo que exigía una gestión eficaz de sus derechos.
- [976] En esta sentencia se condena el hecho de que una empresa dominante imponga a sus representantes comerciales una cláusula de no competencia de un alcance que “va más allá de lo que corresponde a la naturaleza de la relación jurídica y económica de que se trata”.
- [977] El tribunal de Justicia Europeo en este fallo ha reconocido que la búsqueda de una política de calidad, en especial mediante la selección de los revendedores, es legítima si no establece obstáculos cuyo resultado supere el objetivo a alcanzar.
- [978] Seguimos en el tema la enumeración de: Waelbroeck, M. y Frignani, A, *op. cit.*, pág. 365.
- [979] Ver Bellamy, Christopher y Child, Graham, *Derecho de la Competencia en el Mercado Común*, trad. Picañol, Enric, Madrid, ed. Civitas, 1992, pág. 533-556.
- [980] Por ejemplo, pueden verse del TJUE, los ya mencionados: “Comercial Solvens”, “United Brands”, “Hugin y Telemarketing”.
- [981] DOCE 1985 L 374/1.
- [982] (1975) Repág. 1663,2003.
- [983] Vg. “Eurofix-Bauco/Hilti”, DOCE 1988 L 65/19.
- [984] DOCE 1971 I 134/15.
- [985] Bellamy, Christopher y Child, Graham, *op. cit.*, pág. 554.
- [986] Pascual y Vicente, Julio, “El abuso de posición dominante”, en *RDM*, Madrid, Julio-Septiembre, 2002, Núm. 245, pág. 1318.
- [987] En la decisión “General Motors” de 19 de diciembre de 1974, la Comisión estimó que la empresa en cuestión ocupaba una posición dominante en la medida en que todo importador paralelo de un vehículo *General Motors* en Bélgica estaba legalmente obligado a dirigirse a ella para obtener el certificado de conformidad necesario para que tal vehículo pudiera circular por la red de carreteras belgas. Con idéntico criterio, la Comisión, en el asunto “Hugin/Lipton” de 8 de diciembre de 1977, declaró que Hugin ostentaba una posición dominante en sus relaciones con las empresas especializadas en el mantenimiento y la reparación de sus máquinas, al no disponer tales empresas de otra fuente de abastecimiento de piezas de recambio destinadas a esas empresas que la propia Hugin. En la decisión “Magill TV Guide” de 21 de diciembre de 1988, la Comisión estima que la situación de dependencia económica existente entre las empresas deseosas de publicar guías de programación televisada y las organizaciones de televisión, lo que le confería a cada una de estas últimas una posición dominante respecto a los editores de guías.
- [988] “El abuso podrá consistir en: a) La imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativas. b) La limitación de la producción o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de las empresas o de los consumidores. c) La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios. d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de los contratos. f) La ruptura, aunque sea de forma parcial, de una relación comercial establecida sin que haya existido preaviso escrito y preciso con una antelación mínima de seis meses, salvo que se deba a incumplimientos graves de las condiciones pactadas por el proveedor o en caso de fuerza mayor. g) Obtener o intentar obtener, bajo la amenaza de ruptura de las relaciones comerciales, precios, condiciones de pago, modalidades de venta, pago de cargos adicionales y otras condiciones de cooperación comercial no recogidas en las condiciones generales de venta que se tengan pactadas”.
- [989] “d) Abuso de situación de dependencia económica: Explotar la situación de dependencia económica en que pueda encontrarse una empresa cliente o proveedora que no disponga de una alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad en el mercado. Esta situación se presumirá cuando un proveedor, además de los descuentos o condiciones habituales, deba conceder a su cliente, de forma regular, otras ventajas adicionales que no se conceden a compradores similares”.
- [990] Nacida de la norma alemana de 1957; pasó también a Francia, Portugal e Italia.
- [991] La regulación italiana del abuso de posición dominante sigue exactamente el modelo comunitario (art. 3º, Ley N° 287).
- [992] “Abuso de dependencia económica. 1. El abuso por parte de una o más empresas del estado de dependencia económica en el que, en sus respectivas, en un respecto o en su caso, se prohíbe una empresa cliente o proveedor. La situación económica en la que una empresa puede determinar, en las relaciones comerciales con otra empresa, un desequilibrio excesivo de derechos y obligaciones se considera una dependencia económica. La dependencia económica se evalúa también teniendo en cuenta la posibilidad real de que la parte que ha sufrido el abuso encuentre alternativas satisfactorias en el mercado. 2. El abuso también puede consistir en la negativa a vender o en la negativa a comprar, en la imposición de condiciones contractuales injustificablemente gravosas o discriminatorias, en la interrupción arbitraria de las relaciones comerciales en curso. 3. El pacto a través del cual se realiza el abuso de la dependencia económica es nulo. El juez ordinario competente conoce acciones en materia de abuso de dependencia económica, incluidas las inhibitorias y de indemnización por daños. 3-bis. Sin perjuicio de la posible aplicación del art. 3 de ley de 10 de octubre de 1990, N° 287, la Autoridad Antimonopolio puede, si considera que un abuso de dependencia económica tiene relevancia para la

protección de la competencia y el mercado, también por recomendación de terceros y tras la activación de sus poderes de investigación y experimentación. de la investigación preliminar, proceda con las advertencias y sanciones previstas en el art. 15 de ley de 10 de octubre de 1990, N° 287, con respecto a la empresa o empresas que han cometido dicho abuso. En caso de una violación generalizada y reiterada de las regulaciones establecidas en el Decreto Legislativo del 9 de octubre de 2002, N° 231(+), puesto en detrimento de las empresas, con especial referencia a las pequeñas y medianas, el abuso toma forma independientemente de la determinación de la dependencia económica”.

[1993] Molina Sandoval, Carlos A., “Abuso de posición dominante”, RDCO 288, 21/02/2018, 25 (cuya íntegra lectura se recomienda).

\* – Doctora en Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Postdoctora en Derecho de la Universidad de Bolonia. Presidenta de la Excma. Corte Suprema de Justicia de Tucumán. Titular Regular de la Cátedra de Derecho procesal II de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Tucumán.

[1994] Hamilton, Alexander; Madison, James; Jay, John, “El Federalista”, Fondo de Cultura Económica, México, 1943, pág. 35.

[1995] Alberdi, Juan B., “Bases”, capítulo XXIII.

[1996] Cfr. Maraniello, Patricio, “Federalismo judicial”, El Dial, 07/10/2013, elDial.com - DC1B72.

[1997] Spota (h), Alberto A., “Las constituciones de provincia y el control de constitucionalidad”, en “Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial - Arts. 1/35 Declaraciones, derechos y garantías” - Daniel A. Sabsay (Dirección) Pablo L. Manili (Coordinación) primera edición, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2009, pág. 274.

[1998] Cfr. Hernández, Antonio M., “El Federalismo judicial y la protección de los derechos fundamentales en la República Argentina”, Revista d'estudis autonòmics i federals, REAF, núm. 9, octubre 2009, pág. 92 disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3079469.pdf>

[1999] Cfr. Sagüés, Néstor. PÁG., Derecho Constitucional, 1ra ed., Astrea, Buenos Aires, 2017, pág. 507.

[1000] Sbdar, Claudia B., Prólogo “Los recursos extraordinarios en las provincias argentinas y CABA”, JUFEJUS, 2019, pág. 2.

[1001] Cfr. Serra Cristobal, Rosario, “El federalismo judicial estadounidense”, [http://dx.doi.org/10.18543/ed-65\(1\)-2017](http://dx.doi.org/10.18543/ed-65(1)-2017) pág. 301-330.

[1002] Fallos, 300:1282 (1978).

[1003] Cfr. Gelli, María A., “Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada”, Tercera edición Ampliada y actualizada, La Ley, Buenos Aires, 2005, pág. 50.

[1004] Sbdar, Claudia B., Prólogo “Los recursos extraordinarios en las provincias argentinas y CABA”, JUFEJUS, 2019, pág. 3.

[1005] “Hachiche”, Fallos, 232:17.

[1006] Cfr. Hernández, Antonio M., “El Federalismo judicial y la protección de los derechos fundamentales en la República Argentina”, Revista d'estudis autonòmics i federals, REAF, núm. 9, octubre 2009, pág. 93 disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3079469.pdf>

[1007] “Carattoli, Walter H. vs. Universidad Católica de la Plata”, Fallos 306:1363 (1984).

[1008] “Tepetrol S.A. s/inhibitoria en los autos caratulados Provincia del Neuquén vs. Tepetrol SA s/cobro ejecutivo”, Fallos 328:1580 (2005).

[1009] Sbdar, Claudia B., Prólogo “Los recursos extraordinarios en las provincias argentinas y CABA”, JUFEJUS, 2019, pág. 4.

[1010] Ley N° 24.588, art.1º.

[1011] *New State Ice Co. v. Liebmann*, 285 U.S.D. 262 (1932).

[1012] Cfr. Sola, Juan V., “Manual de Derecho Constitucional”, La Ley, Buenos Aires, 2010, pág. 352.

[1013] Cfr. Hernández, Antonio M., “El Federalismo judicial y la protección de los derechos fundamentales en la República Argentina”, Revista d'estudis autonòmics i federals, REAF, núm. 9, octubre 2009, pág. 96 disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3079469.pdf>

[1014] “Bruno, Raúl O.”, Fallos, 311:460 (1988).

[1015] Cfr. Hernández, Antonio M., “El Federalismo judicial y la protección de los derechos fundamentales en la República Argentina”, Revista d'estudis autonòmics i federals, REAF, núm. 9, octubre 2009, pág. 94 disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3079469.pdf>

[1016] Cfr. Serra Cristobal, Rosario, “El federalismo judicial estadounidense”, [http://dx.doi.org/10.18543/ed-65\(1\)-2017pp301-330](http://dx.doi.org/10.18543/ed-65(1)-2017pp301-330)

[1017] Bidart Campos, Germán J., “Manual de la Constitución reformada”, Ediar, Bs. As., 1994, tomo 1, pág. 94.

[1018] Sbdar, Claudia B., Prólogo “Los recursos extraordinarios en las provincias argentinas y CABA”, JUFEJUS, 2019, pág. 5.

\* – Juez de la Cámara Federal de Apelaciones de Salta. Miembro de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba - Instituto Noroeste - Salta.

\*\* – Abogado. Lic. En Comercialización. Diplomado en Derecho Procesal Penal. Relator Penal de la Cámara Federal de Apelaciones de Salta.

[1019] Que tramitó bajo el expediente PE-363/14.

[1020] Promulgada el 4 de noviembre de 1991 y que entró en vigencia en septiembre de 1992.

[1021] Ferrajoli, Luigi, “Derecho y razón: Teoría del garantismo penal”, Trotta, Madrid, 1995, pág. 567.

[1022] Prólogo de Alberto Binder en la obra “Bases del nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Ley N° 27.063” de Marcelo A. Solimine - Ed. Ad Hoc - Bs. As. - 2015.

[1023] Que, como es sabido, preveía un sistema caracterizado por la acusación popular y de una jurisdicción también popular, habiéndose destacado el famoso consejo de los “Heliastas”.

[1024] Conforme los arts. 24, 64 inciso 11 y 99 de la Constitución “Histórica” de 1853.

[1025] Fallos: 328:3399.

- [1026] De acuerdo con el actual art. 75 inciso 22 de la Constitución Nacional.
- [1027] “El juez de instrucción deberá proceder directa e inmediatamente a investigar los hechos que aparezcan cometidos en su circunscripción judicial” señala el art. 194 del CPPN, salvo los supuestos de delegación en el Ministerio Público Fiscal incorporados a ese sistema por Ley N° 25.406 (versión Ley N° 25.760) que representaban la excepción.
- [1028] Como lo reconoce expresamente la Constitución Nacional en su art. 120.
- [1029] Tal como ya lo manifestara Thomas Hobbes el enviar a Francis Godolphin de Godolphin su “ensayo” sobre la república -que era nada menos que su obra “El Leviathán”-, en cuanto catalogó a la sociedad en la que vivía (en 1651) como “un camino amenazado por quienes de una parte luchan por un exceso de libertad, y de otra por un exceso de autoridad”.
- [1030] Denominación sustituida por el art. 1° de La Ley N° 27.482 que reformó parcialmente el proyecto original.
- [1031] Que tiene a su cargo controlar la investigación y adoptar todas las decisiones jurisdiccionales que se deban tomar durante la etapa preparatoria (art. 56 del CPPF).
- [1032] Cuya naturaleza y funciones se detallan más adelante.
- [1033] Que tienen por competencia esencial intervenir en las impugnaciones (o recursos) en contra de las resoluciones dictadas por los jueces con funciones de garantías y los jueces con funciones de ejecución, además de llevar a cabo el control de acusación (conforme también se detalla más abajo).
- [1034] Incorporadas por las leyes N° 27.722 y N° 27.482.
- [1035] Art. 195 del CPPN.
- [1036] Arts. 306, 308 y 346 del CPPN.
- [1037] Que debe ejecutar mediante criterios objetivos de actuación, procurando la obtención de elementos tanto de cargo como de descargo.
- [1038] No obstante, el art. 65 señala, por su inciso “k” que el imputado cuenta con el derecho a acceder a toda la información disponible “desde el momento en que tenga noticia de la existencia del proceso”, lo que bien puede tener lugar antes de la Formalización de la Investigación.
- [1039] Como ocurre, por ejemplo (aún bajo un sistema de investigación fiscal) en la provincia de Salta, desde que toda proposición de diligencias de las partes debe ser solicitada al fiscal, y en caso de denegatoria pueden acudir ante el juez de garantías para que ordene al fiscal su producción y, en caso de rechazo, se trata de una decisión inapelable (art. 253 del CPPS, versión Ley N° 8156).
- [1040] Mediante el proceso establecido por el Libro II, Título I del CPPF (procesos de acción privada).
- [1041] Texto incorporado por el art. 15 de la ley N° 27.482, originalmente numerado como 82 bis, numeración actual según Decreto 118/2019. Ver su comentario en “La facultad de querellar de los pueblos originarios en el nuevo Código Procesal Penal Federal (Ley N° 27.063)” por Patricia Pistoni Sanz y Marcos Ovejero en “Justicia Social” director Patricio Maraniello, Albremática, 2019, Buenos Aires, págs. 268 y siguientes.
- [1042] Art. 347 de la Ley N° 23.984.
- [1043] Art. 347, último párrafo del CPPN.
- [1044] Sin perjuicio de advertirse una posible contradicción con el art. 55 en tanto define la forma de actuación del Tribunal de Juicio en función de la pena conminada en abstracto y no de acuerdo a la estimación que hace el fiscal en su acusación.
- [1045] En el denominado “plazo de citación a juicio” del art. 354 y al ofrecimiento de pruebas, durante dicho plazo, previsto por el art. 355, cuya admisibilidad decidía el propio Tribunal de juicio, cfr. art. 356, así como también la unión o separación de juicios, cfr. arts. 360 y 376, todos del CPPN.
- [1046] Sin perjuicio de su posible intervención en la misma causa como juez de revisión en la sustanciación de las impugnaciones que pudieran deducirse previamente.
- [1047] En caso de que se rechacen las excepciones preliminares y la oposición a la acusación.
- [1048] Como lo indicaba el art. 381 del CPPN.
- [1049] Art. 383 del CPPN.
- [1050] Como sí lo permitía el art. 389 del CPPN.
- [1051] Arts. 387 y 388 del CPPN.
- [1052] Art. 397 del CPPN.
- [1053] Debiendo recordarse que el art. 401 del CPPN permitía que el tribunal diera al hecho una calificación jurídica distinta a la contenida en el auto de remisión a juicio o en el requerimiento fiscal, aunque deba aplicar penas más graves, con no pocas controversias en torno a la violación de la máxima “sentencia *debet eses conformislibello*”.
- [1054] Con no pocas discusiones sobre su constitucionalidad y que, no obstante, se incorporó al CPPN como Título II del Libro III (Ley N° 24.825).
- [1055] En particular, por su art. 8°.
- [1056] Lo que también podría albergar alguna contradicción en casos del procedimiento de flagrancia que limita la presentación de este acuerdo hasta la finalización de la audiencia de clausura, cfr. art. 332, “bajo pena de caducidad”, tal como se puso de manifiesto *in re* Luis Miguel Zárate s/audiencia de sustanciación de impugnación (art. 362), carpeta judicial N° 17400/2019, audiencia del 4/12/19 resuelta por el Vocal II de la Sala I de la Cámara Federal de Apelaciones de Salta.
- [1057] Aquí también se encuentra una contradicción con el art. 56 inciso “b” desde que sólo prevé la competencia del juez de Garantías (el que actúa durante la investigación preparatoria) “cuando se presenten acuerdos plenos”, sin ninguna referencia a los acuerdos parciales.
- [1058] Esto nuevamente producto de la incursión textual y disarmónica de la Ley N° 27.272 en el CPPF.
- [1059] Al modificar el art. 454 del CPPN.
- [1060] Art. 52 de la Ley N° 27.482.



[1061] Entre otras funciones que les asigna el art. 54 del CPPF, como ser la revisión de la sentencia condenatoria firme, las cuestiones de excusación, recusación y conflictos de competencia entre los jueces de juicio.

[1062] Avalado por la CSJN el 26/12/19 en CSJ 005207/2014/RH001 al referirse a la casación horizontal.

[1063] Art. 493 del CPPN.

[1064] En este aspecto se advierte una nueva contradicción, en tanto en el art. citado se indica que las “impugnaciones” interpuestas en contra de las decisiones de los jueces con funciones de ejecución son resueltas por los jueces con funciones de revisión en forma unipersonal, mientras que el art. 381 prevé el instituto de la “revisión” (que se equipara, según la mayoría de los autores, a la impugnación en este sistema), que indica que las resoluciones del juez de ejecución podrán ser revisadas en audiencia ante tres jueces a ser sorteados por la Oficina Judicial.

[1065] Art. 481, inciso 1°.

[1066] Se estima que para mantener la sintonía con el reconocimiento de efectos jurídicos a este tipo de relaciones que ya había efectuado la Ley N° 26.994.

[1067] Arts. 485 y 486 del CPPN.

[1068] Lo que no impide, claro está, una acción civil autónoma por la reparación de los daños ocasionados en contra del Estado.

[1069] Se cuestiona de qué manera un juez, con un sistema que prevé su intervención exclusivamente en audiencias o a instancia de parte, puede advertir la existencia de un vicio en algún acto del proceso y sanarlo de oficio, si su única forma de conocer los hechos es mediante las alegaciones de los intervinientes.

[1070] Art. 170 del CPPN.

[1071] Circunstancia de trascendencia no menor actualmente en nuestro país, desde que el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación declaró la emergencia carcelaria (Res. N° 184/19).

[1072] Cfr. los arts. 312, 316 y 319 del CPPN.

[1073] Si bien el código anterior establecía que la restricción de la libertad debía ser “absolutamente indispensable” para asegurar el descubrimiento de la verdad y la aplicación de la Ley (art. 280 del CPPN), no brindaba mayores variantes a la detención intramuros que la detención domiciliaria, por remisión a las normas de fondo del CP y de la Ley N° 24.660 (cfr. art. 314).

[1074] Siempre que no afecte el derecho de defensa.

[1075] Cuyos pormenores en relación al proceso se abordan más abajo.

[1076] Mediante la Acordada 14/08 del 10/12/08, emitida a raíz de la sanción de la Ley N° 26.374.

[1077] De acuerdo a lo dispuesto por el art. 375 del CPPF y 43 inciso “a” de la Ley N° 27.146.

[1078] Esto en consonancia con lo previsto por el art. 380 del CPPF que encomienda a la Oficina Judicial ser la recipiendaria de todos los informes por parte del Servicio Penitenciario legalmente previstos para resolver los pedidos de egresos transitorios o definitivos, siendo que, en caso de no ser remitidos, es la Oficina Judicial la que debe requerirlos (art. 380 del CPPF).

[1079] El art. 332 del CPPF se refiere a las potestades con los planteos que pueden esgrimir las partes durante el procedimiento de flagrancia y nada tiene que ver con la ejecución de la pena. Se estima que la disposición se refiere al art. 380 (según Decreto 118/2019) relativo a los planteos que las partes consideren necesarios durante la ejecución de la pena, cuya enumeración no fue reemplazada en la Ley N° 27.146.

[1080] Arts. 29 y 30 de la Ley N° 27.150.

[1081] También promulgada el 17 de junio de 2015.

[1082] Y una reforma del proyecto original mediante (Ley N° 27.482).

[1083] Capítulo I del Libro V de “El espíritu de las Leyes”.

[1084] Capítulo VII del Libro VI de “El espíritu de las Leyes”. En este capítulo, Montesquieu criticaba la acción popular en materia criminal que imperó en la república romana, puesto que sus móviles iniciales -que estaban inspirados en un “celo ilimitado” de los ciudadanos por el bien público, lo que llevaba a que cualquiera podía acusar a otro por el bien de la comunidad- se corrompieron en tiempos del imperio, en tanto apareció la figura funesta de los “delatores”, quienes buscaban delinquentes cuya condena pudiera agradar al príncipe, a fin de obtener fortunas y honores.

[1085] El delito genera una “alarma social”, y es esa alarma la que genera la correlativa exigencia social para que se reprima, decía Ricardo Núñez en su clásico “Manual de Derecho Penal parte General”, Lerner, Córdoba, 1975, Pág. 243

[1086] De acuerdo a los informes estadísticos proporcionados por la Oficina Judicial Penal Federal de Salta.

[1087] Véase, por ejemplo, la nota del diario digital “expreso judicial” en la que se detalla un caso de la provincia de Jujuy en el que, desde la comisión del hecho hasta la sentencia condenatoria, transcurrieron tan sólo 13 días. Cita online: <https://expresojudicial.com.ar/contenido/3283/se-dicto-una-condena-en-solo-13-dias>.

\* - Abogada. Doctora en Derecho. Premio Dalmacio Vélez Sársfield a tesis sobresalientes por la Academia Nacional de Derecho y Cs. Sociales de Córdoba. Docente e investigadora categorizada CIUNT.

[1088] Véase, Altamira Gigena, Julio Isidro, “La nueva Ley de Responsabilidad del Estado y del funcionario”, en <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/la-nueva-Ley-de-responsabilidad-del-estado-y-del-funcionario>

[1089] Ampliar en Bazán, Víctor, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos y las cortes nacionales: acerca del control de convencionalidad y la necesidad de un diálogo interjurisdiccional sustentable”, Ponencia presentada en el VIII Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional “Constituciones y Principios”, México, 2010, pág. 3, en [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx)

[1090] **Caso Fontevicchia y D`Amico Vs. Argentina, 2011; Caso Furlán y familiares Vs. Argentina, 2012; Caso Mohamed Vs. Argentina, 2012; Caso Mémoli Vs. Argentina, 2013; Caso Mendoza y otros Vs. Argentina, 2013; Caso Argüelles y otros Vs. Argentina, 2014; Caso Jenkins Vs. Argentina, 2019; Caso López y otros Vs. Argentina, 2019; Caso Hernández Vs. Argentina, 2019;** para citar algunos.

[1091] Bajo el mismo espíritu, Graciela B. Ritto, “Un fallo ejemplificador sobre la responsabilidad del Estado por omisión. A mayor responsabilidad del Estado, mayor seguridad jurídica”, Revista Jurídica LA LEY, suplemento Córdoba, marzo, 2007, pág. 133,

considera que a través del instituto de la responsabilidad se reafirma el rol del Estado como garante de la seguridad jurídica.

[1092] Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada*, La Ley, 5ta. edición ampliada y actualizada, t. II, págs. 265 y 266.

[1093] Kelsen, Hans, *Teoría pura del Derecho*, traducción a cargo de Moisés Nilve, Buenos Aires, Eudeba, 1960, pág. 189: "El Estado es, pues, un orden jurídico, pero no todo orden jurídico es un Estado, puesto que no llega a serlo hasta el momento que establece ciertos órganos especializados para la creación y aplicación de las normas que lo constituyen"; pág. 199: "El Estado es un orden jurídico de especie particular, aunque no se distingue cualitativamente de los otros órdenes jurídicos. Encontramos la confirmación de lo expuesto en el hecho de que toda su actividad se presenta necesariamente bajo la forma de actos jurídicos, de actos que crean o aplican normas jurídicas. El acto de un individuo no es un acto estatal, salvo si una norma jurídica le otorga tal calificación".

[1094] Merkl, Adolfo, *Teoría general del Derecho Administrativo*, edición al cuidado de José Luis Monero Pérez, catedrático de la Universidad de Granada, Comares, 2004, pág. 205.

[1095] Conf. Merkl, *Teoría general ... ob. cit.*, pág. 206.

[1096] Fiorini, Bartolomé, *Qué es el contencioso*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1965, pág. 16.

[1097] Comadira, Julio Rodolfo, *Derecho Administrativo. Acto Administrativo. Procedimiento Administrativo. Otros estudios*, 2ª ed. Actualizada y ampliada, Buenos Aires, Lexis Nexis, Abeledo-Perrot, 2003, pág. 493

[1098] Véase Sesin, Domingo Juan, *Administración Pública. Actividad reglada, discreción y técnica, nuevos mecanismos de control judicial*, Buenos Aires, Depalma, 1994, págs. 341 y 342.

[1099] Fallos 323:1339 (2000).

[1100] Fallos 327:2413 (2004).

[1101] Fallos 329:548 (2006).

[1102] Fallos 329:2316 (2006).

[1103] Fallos 331:2691 (2008).

[1104] Fallos 335:452 (2012).

[1105] Fallos 335:2333 (2012).

[1106] Fallos 336:2333 (2013).

[1107] Fallos 337:191 (2014).

[1108] Fallos 337:471 (2014).

[1109] 12/11/2019.

[1110] Fallos 315:1492 (1992).

[1111] Fallos 330:3248 (2007).

[1112] Ya alertó la CSJN en "Badín, Rubén c/Provincia de Buenos Aires s/daños y perjuicios", Fallos 318:2002 (1995), que "las carencias presupuestarias, aunque dignas de tener en cuenta, no pueden justificar transgresiones de este tipo [respecto a las condiciones de las cárceles]. Privilegiarlas sería tanto como subvertir el estado de derecho y dejar de cumplir los principios de la Constitución y los convenios internacionales.

[1113] Ampliar, Tenreiro, Pamela, *Técnicas de tutela frente a la inactividad administrativa*, Advocatus, 2012

[1114] Con anterioridad, el juez Sergio García Ramírez, en sus votos de los casos Myrna Mack y Tibi, había realizado una aproximación conceptual al control de convencionalidad. Ampliar con el Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte IDH N° 7, 2015

[1115] Esto, guarda concordancia con lo postulado en el art. 75 inc. 22 CN cuando alude "en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional". Es decir, debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

[1116] Sentencia del 24 de septiembre de 2006. Exponiéndose en los siguientes puntos la doctrina sentada en "Almonacid": a) Consiste en verificar la compatibilidad de las normas y demás prácticas internas con la CADH, la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte; b) Es una obligación que corresponde a toda autoridad pública en el ámbito de sus competencias; c) Para efectos de determinar la compatibilidad con la CADH, no sólo se debe tomar en consideración el tratado, sino que también la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte; d) Es un control que debe ser realizado ex officio por toda autoridad pública; y e) Su ejecución puede implicar la supresión de normas contrarias a la CADH o bien su interpretación conforme a la CADH, dependiendo de las facultades de cada autoridad pública.

[1117] Sentencia de 29 de noviembre de 2006, párr. 1732.

[1118] Corte IDH "Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia", 30/11/2012.

[1119] Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. II, cap. XXII, 9ª edición, Buenos Aires, FDA, 2009.

[1120] Véase. Corte IDH. "Caso Furlan y Familiares vs. Argentina", 31/08/2012; "Caso Mejía Idrovo vs. Ecuador", 05/07/2011; "Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador", 27/06/2012.

[1121] "La Corte someterá a la consideración de la Asamblea General de la Organización en cada período ordinario de sesiones un informe sobre su labor en el año anterior. De manera especial y con las recomendaciones pertinentes, señalará los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos".

[1122] "1. Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes. 2. La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado".

[1123] "1. Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes. 2. La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado".

[1124] "1. Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención. 2. La declaración puede ser hecha

incondicionalmente, o bajo condición de reciprocidad, por un plazo determinado o para casos específicos. Deberá ser *presentada al Secretario General de la Organización, quien transmitirá copias de la misma a los otros Estados miembros de la Organización y al Secretario de la Corte*. 3. La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial”.

[1125] Corte IDH, “Barrios Altos -Chumbipuma Aguirre y otros- vs. Perú”, 14/03/2001.

[1126] Ampliar, Pinto, Mónica, “El valor de las decisiones de los órganos de control en materia de derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia”, *La aplicación de los tratados de derechos humanos en el ámbito local: la experiencia de una década*, Editorial del Puerto, Buenos Aires, 2007.

[1127] Sentencia del 4 de julio de 2006.

[1128] Sentencia del 24 de noviembre de 2006.

[1129] Sentencia del 26 de noviembre de 2010.

[1130] Sentencia del 28 de agosto de 2014.

[1131] Sentencia del 14 de octubre de 2014.

[1132] Sentencia del 24 de febrero de 2011.

[1133] En el mismo sentido: “Caso AtalaRiffo y Niñas vs. Chile”, 24/02/2012 y “Caso Furlan y Familiares vs. Argentina”, 31/8/2012.

[1134] 20/11/2012.

[1135] 30/01/2014.

[1136] Resolución de fecha 18 de octubre de 2017 deservisión de cumplimiento de sentencia, consid. N° 25: “La posición asumida en esta oportunidad por la Corte Suprema de Justicia de la Nación de cuestionar la obligatoriedad de los fallos de la Corte Interamericana bajo determinados supuestos (*supra* Considerando 6) contrasta ampliamente con su línea jurisprudencial anterior, la cual había sido destacada por este Tribunal como un ejemplo positivo en cuanto al reconocimiento que han hecho tribunales de la más alta jerarquía de la región sobre el carácter vinculante de las Sentencias de la Corte Interamericana y a la aplicación del control de convencionalidad teniendo en cuenta interpretaciones efectuadas por ésta”.

[1137] Resolución de fecha 17 de octubre de 2014 de supervisión de cumplimiento de sentencia, consid. N° 19.

[1138] Ver CSJN “Astorga Bracht, Sergio y otro c/ COMFER - Decreto N° 310/1998 s/ amparo Ley N° 16.986”, Fallos 327: 4185 (2004).

[1139] Así lo demuestra la intervención llevada a cabo por la Procuración del Tesoro de la Nación, en ocasión de emitir el Dictamen N° 274 con fecha 12/11/2008 en el Expte. N° 58.456/05 y agreg. Expte. N° 538/08 del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos, con relación a un proyecto de decreto por el cual se propiciaba la aprobación de la reglamentación de los arts. 70 y 163 de la Ley N° 24.660 -Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad- referida, entre otros aspectos, al registro de los visitantes. En esa oportunidad, sostuvo que “corresponde ingresar al análisis del proyecto en curso, a la luz de la recomendación realizada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la normativa internacional que rige la materia y las obligaciones asumidas por el Estado nacional en el ámbito internacional”. Al respecto, cabe acotar que a tenor de la denuncia presentada ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en la que se alegó que las autoridades penitenciarias federales habían comunicado a la esposa de un interno que para poder realizar una visita de contacto personal, ella y su hija de 13 años debían someterse a una revisión vaginal; aquella emitió el Informe N° 38/96 y se pronunció respecto a la facultad del Estado para efectuar ese tipo de exámenes a las visitantes a establecimientos carcelarios, cuestionando el, por entonces, proyecto de Ley de Ejecución de Pena Privativa de la Libertad. Por esta razón, el Órgano Asesor concluyó: “(...) previo a la continuación del trámite del proyecto de decreto, corresponde: a) determinar si existen otros métodos alternativos capaces de reemplazar el registro manual de las personas; b) revisar las opiniones vertidas en estas actuaciones a la luz de los principios que emanan de la Resolución CIDH N° 1/08 y finalmente, c) valorar, en caso de así corresponder, lo manifestado en el punto 11 del Capítulo anterior (posibilidad de propiciar la modificación legislativa correspondiente)”. *Dictámenes* 267:273.

[1140] “1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable. 2. Este derecho incluye en particular: - el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente, - el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial, - la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones. 3. Toda persona tiene derecho a la reparación por la Comunidad de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros. 4. Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y deberá recibir una contestación en esa misma lengua”.

[1141] Aprobado el 6 de septiembre de 2001.

[1142] Cuyo preámbulo determina que es “...preciso que un buen gobierno reconozca, respete y promueva todos los derechos humanos -civiles, políticos, sociales, culturales y económicos-, en su naturaleza interdependiente y universalidad”.

[1143] Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime, *El ciudadano y el poder público: el principio y el derecho al buen gobierno y a la buena administración*, Ed. Reus, Zaragoza, 2012, pág. 25.

[1144] Tanto que ha llevado a Cassese a hablar del “siglo de la buena administración” (Sabino Cassese. “Il diritto alla buona amministrazione”, en: *European Review of Public Law*, Vol. 21, N° 3, otoño de 2009, pág. 1037 y ss.).

[1145] Ivanega, Miriam M., “La Administración del siglo XXI: entre la utopía y la realidad”, *Revista Jurídica La Ley*, 2011-B, pág. 676

[1146] Conf. Tenreiro, Pamela, *Técnicas ... ob. cit.*, pág. 73.

[1147] “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el art. 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”.

[1148] Sentencia de 29 de julio de 1988.

[1149] Sentencia de 16 de noviembre de 2009.

[1150] “Toda persona que por cualquier omisión hubiese ocasionado un perjuicio a otro, será responsable solamente cuando una disposición de la ley le impusiere la obligación de cumplir el hecho omitido”.

[1151] “Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera

irregular las obligaciones legales que les están impuestas, son comprendidos en las disposiciones de este título”.

[1152] Fallos 307: 824 (1985).

[1153] Publicada BON 8/8/2014.

[1154] Altamira Gigena, Julio I., *Responsabilidad del Estado*, Astrea, 1973, págs. 102 y 103.

[1155] Cuadros, Oscar Álvaro, *Responsabilidad por daños y Estado*, Astrea, Buenos Aires, 2018, pág. 185.

[1156] Fallos 306:1413 (1984).

[1157] “Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la Ley”.

[1158] Disposición de la que se opina que no supera el test de convencionalidad previsto por el art. 21.2. CADH.

[1159] En este sentido, la Corte IDH a tenor de lo establecido por el art. 63.1 CADH, estableció en los casos “Juan Humberto Sánchez vs. Honduras”, 2003; “Bulacio vs. Argentina”, 2003; “El Caracazo vs. Venezuela”, 2002, que; “Al producirse un hecho ilícito imputable a un Estado, surge la responsabilidad internacional de éste por la violación de la norma internacional, con el consecuente deber de reparar y hacer cesar las consecuencias de la violación”.

[1160] Tal es así que la CSJN en “Rodríguez Pereyra” y “Aquino” ha declarado la inconstitucionalidad y realizado un control de convencionalidad de regímenes especiales que de alguna manera menguaban la reparación completa del afectado.

[1161] Caso “Bámaca Velásquez Vs. Guatemala”, 2000.

\*  
– Abogado. Doctor en Derecho. Magíster en Derecho Procesal. Docente en las Cátedras de Derecho Procesal II “B” y Derechos Humanos de la Facultad de Derecho y Cs. Sociales de la UNT, docente en carreras de postgrado y Relator de la Corte Suprema de Justicia de Tucumán. Mail: pabl roberto toledo@hotmail.com

[1162] Más allá de aplicación que puede proyectar del derecho al recurso respecto de sentencias distintas a la de condena. Vid. Toledo, Pablo R., *El proceso judicial según los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, 1ª ed., Buenos Aires, Ad-Hoc, 2017, págs. 172-174.

[1163] Conf. Corte IDH. *Caso Mohamed vs. Argentina*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 noviembre de 2012. Serie C No. 255, párr. 96.

[1164] Medina Quiroga, Cecilia, *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia*, 1ª Edición, San José de Costa Rica, Editorial Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2003, ps. 338 y ss.

[1165] CIDH. Informe N° 55/97, Caso N° 11.137, *Abella y Otros - Argentina*, de fecha 18 de noviembre de 1997, párrs. 251 y ss.

[1166] Conf. Cafferata Nores, José I., *La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino*, 1ª Edición, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000, pág. 158.

[1167] Corte IDH. *Caso Mohamed vs. Argentina*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 noviembre de 2012. Serie C No. 255, párrs. 97 y 98.

[1168] 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, párrs. 164 a 168.

[1169] Corte IDH. *Caso Mohamed vs. Argentina*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 noviembre de 2012. Serie C N° 255, párrs. 100 y 101.

[1170] Corte IDH. *Caso Mohamed vs. Argentina*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 noviembre de 2012. Serie C No. 255, párr. 99.

[1171] Medina Quiroga, Cecilia, *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia*, 1ª Edición, San José de Costa Rica, Editorial Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2003, ps. 339 y ss.

[1172] CSJN, “Casal, Matías E. y otro”, 20/09/2005, *Fallos* 328:3399, *JA* 2006-I, 779.

[1173] CSJN, “Casal, Matías E. y otro”, 20/09/2005, *Fallos* 328:3399, *JA* 2006-I, 779.

[1174] Rodríguez Jordán, Marcelo, *Tratados internacionales de derechos humanos*, 1ª Edición, Buenos Aires - Madrid, Ciudad Argentina, 2005, pág. 78.

[1175] Corte IDH. *Caso Mohamed vs. Argentina*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 noviembre de 2012. Serie C N° 255, párrs. 91 y 96.

- [1176] Corte IDH. *Caso Mohamed vs. Argentina*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 noviembre de 2012. Serie C N° 255, párrs. 89, 92 y 93.
- [1177] Conf. Corte IDH. *Caso Mohamed vs. Argentina*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 noviembre de 2012. Serie C N° 255, párr. 95.
- [1178] Conf. Corte IDH. *Caso Mohamed vs. Argentina*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 noviembre de 2012. Serie C N° 255, párrs. 114, 116 y 117.
- [1179] CSJN, “Duarte, Felicia s/ recurso de casación”, 0508/2014, Fallos 337:901.
- [1180] CSJN, “Duarte, Felicia s/ recurso de casación”, 0508/2014, Fallos 337:901.
- [1181] CSJN, “Duarte, Felicia s/ recurso de casación”, 0508/2014, Fallos 337:901.
- [1182] Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C N° 206, párrs. 89 y 90.
- [1183] Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C N° 206, párr. 85.
- [1184] Podemos mencionar como excepción de ese modelo poco contemplativo, la jurisprudencia de la CSJN respecto de presentaciones *in pauperis* (Vid. CSJN, in re “S.R.R.”, 18/12/2012, LA LEY 2013-D, 286).
- [1185] Conf. Maier, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal argentino: Fundamentos*, 1ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 1989, T. Iº, Vol. B, pág. 363.
- [1186] Conf. CREUS, Carlos, “Las ‘pretensiones de las partes’ en los procedimientos impugnatorios y las garantías del debido proceso”, La Ley 1993-A, 861.
- [1187] Vid. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, “Carrascosa, Carlos Alberto”, 07/09/2012, La Ley 2012-F, 396.
- [1188] Corte IDH. *Caso Mohamed vs. Argentina*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 noviembre de 2012. Serie C N° 255, párr. 99.
- [1189] Sin perjuicio del supuesto de casación horizontal cuando la condena revoca una absolución.
- [1190] Conf. Devis Echandía, Hernando, *Teoría General del Proceso*, 2ª ed., Buenos Aires, Editorial Universidad, 1997, pág. 512.
- [1191] Conf. Bacre, Aldo, *Recursos ordinarios y extraordinarios. Teoría y práctica*, 1ª ed., Buenos Aires, La Rocca, 1999, págs. 379-380.
- [1192] Conf. Bacre, Aldo, *Recursos ordinarios y extraordinarios. Teoría y práctica*, 1ª ed., Buenos Aires, La Rocca, 1999, págs. 381-382.
- [1193] “No se considera conveniente hacer una enumeración de principios ni de valores, por su carácter dinámico.” <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>
- [1194] La técnica jurídica, por Rafael Bielsa Profesor Titular de Derecho Administrativo <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/21-22/la-tecnica-juridica.pdf>
- [1195] El código establece la necesidad de una decisión judicial razonablemente fundada mencionando una pluralidad de fuentes que exceden su propio texto, lo cual lleva a un necesario diálogo entre ellas. Estos textos, conjugados, dan curso a un nuevo modelo en la decisión judicial muy trabajado por la doctrina nacional y extranjera, que constituye un enorme avance en el derecho argentino. Lorenzetti, Ricardo; *Fundamentos de Derecho privado. Código Civil y Comercial de la Nación Argentina*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2016, 442 págs.
- [1196] Fundamentos del CCyCN <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>
- [1197] Fundamentos del CCyCN <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>
- [1198] Fundamentos del CCyCN <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>
- [1199] <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/Introduccion-al-Codigo-Civil-y-Comercial.Por-Ricardo-L.-Lorenzetti.pdf>
- [1200] Lorenzetti, op cit, *Fundamentos ..* <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/Introduccion-al-Codigo-Civil-y-Comercial.Por-Ricardo-L.-Lorenzetti.pdf>
- [1201] Fundamentos del CCyCN <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>
- [1202] <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/Introduccion-al-Codigo-Civil-y-Comercial.Por-Ricardo-L.-Lorenzetti.pdf>
- [1203] Fundamentos del CCyCN <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>
- [1204] Destaca Lorenzetti en la op. cit “Sin embargo, la potencialidad de los principios irá reformulando el sentido de cada uno de los microsistemas, tarea que incumbe a la doctrina y jurisprudencia. Sin perjuicio de ello, se mantuvieron una serie de reglas de extensa tradición en el derecho privado porque constituyen una plataforma conocida, a partir de la cual se producen las mudanzas hacia los nuevos tiempos.”
- [1205] ([http://www.vatican.va/roman\\_curia/pontifical\\_councils/justpeace/documents/rc\\_pc\\_justpeace\\_doc\\_20060526\\_compendio-dot-soc\\_spág.htm](http://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_councils/justpeace/documents/rc_pc_justpeace_doc_20060526_compendio-dot-soc_spág.htm)) y Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas | 22 (2009.2) Publicación Electrónica de la Universidad Complutense | ISSN 1578-6730 La Religión como una dimensión de la Cultura, María Elena Camarena Adame, Universidad Nacional Autónoma de México Gerardo Tunal Santiago Universidad Autónoma Metropolitana-Xochimilco <https://www.redalyc.org/pdf/181/18111430003.pdf>
- [1206] [http://www.saij.gov.ar/doctrina/dasc050028-miquel-principio\\_esfuerzo\\_compartido\\_como.htm](http://www.saij.gov.ar/doctrina/dasc050028-miquel-principio_esfuerzo_compartido_como.htm)
- [1207] CSJN entre numerosos casos fallo de fecha 08/10/2013, L. 337. XL. ORI, Fallos: 336:1689, LA PAMPA, PROVINCIA DE c/ FONDO FIDUCIARIO FEDERAL DE INFRAESTRUCTURA REGIONAL Y OTROS s/INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL.
- [1208] Secretaría de Comercio Interior, Resolución 86/2020, RESOL -2020-86-APN-SCI#MDP luego calificado como insumo crítico por DNU 260/2020.

[1209] DNU 260/2020 que suspende vuelos, impone nuevos corredores o medidas de seguridad de cumplimiento obligatorio, Resolución 64/2020 Ministerio de Transporte y modificatorias.

[1210] DNU 260/2020 y modificatorias.

[1211] Resolución 60/2020 RESOL-2020-60-APN-DE#AND y modificatorias RESOL-2020-126-APN-MTYD y modificatorias que suspende temporalmente las prestaciones básicas de atención integral a favor de las personas con discapacidad.

[1212] DNU 260/2020 y Resolución 131/2020 Ministerio de Turismo y Deportes que ordena el reintegro de reservas no usufructuado o la prohibición de alojamiento a determinadas personas.

[1213] Entre los que se encuentran tratados en igualdad de condiciones los servicios de energía eléctrica, gas por redes y agua corriente, telefonía fija o móvil e Internet y TV por cable, por vínculo radioeléctrico o satelital ver Decreto 311/2020 DECNU-2020-311-APN-PTE - Abstención de corte de Servicios en caso de mora o falta de pago.

[1214] Decreto 312/2020 DECNU-2020-312-APN-PTE - BCRA - Suspende cierre de cuentas bancarias o Resolución 8/2020 RESFC-2020-8-APN-CD#INTI que resuelve la suspensión de intereses.

[1215] Y continúa la norma que la situación "exige extremar esfuerzos para enfrentar no solo la emergencia sanitaria, sino también la problemática económica y social." Decreto 320/2020 DECNU-2020-320-APN-PTE - Alquileres.

[1216] Dice Decreto 320/2020 DECNU-2020-320-APN-PTE - Alquileres: "Que, asimismo, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ha reconocido la constitucionalidad de las Leyes que suspenden temporaria y razonablemente los efectos de los contratos como los de las sentencias firmes, siempre que no se altere la sustancia de unos y otras (CSJN Fallos 243:467), con el fin de proteger el interés público en presencia de desastres o graves perturbaciones de carácter físico, económico o de otra índole (CSJN Fallos 238:76). En estos casos, el gobierno está facultado para sancionar las Leyes que considere conveniente, con el límite que tal legislación sea razonable, y no desconozca las garantías o las restricciones que impone la Constitución. No debe darse a las limitaciones constitucionales una extensión que trabaje el ejercicio eficaz de los poderes del Estado (CSJN Fallos 171:79) toda vez que acontecimientos extraordinarios justifican remedios extraordinarios (CSJN Fallos 238:76)."

[1217] Dice Decreto 320/2020 DECNU-2020-320-APN-PTE - Alquileres. Que las medidas adoptadas por el presente decreto son razonables, proporcionadas con relación a la amenaza existente, y destinadas a paliar una situación social afectada por la epidemia, para evitar que se agrave y provoque un mayor deterioro en la salud de la población y en la situación social... Que, en este contexto, se implementan decisiones necesarias y urgentes, de manera temporaria y razonable, con el objeto de contener una grave situación de emergencia social que puede llevar a que una parte de la población se vea privada del derecho a la vivienda.

[1218] DECNU-2020-319-APN-PTE - Hipotecas. "la doctrina imperante en nuestro país ha reconocido la necesidad de revisión legal y judicial del contenido de los mutuos hipotecarios, estableciendo criterios de equidad para establecer el equilibrio en las contraprestaciones. (arg. María Angélica Gelli "Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada, Tomo I" La Ley, Provincia de Buenos Aires, 2018, página 151 y 152.)". Análisis del derecho extranjero en la materia para validar la decisión.

[1219] DECNU-2020-319-APN-PTE - Hipotecas. Donde se hace un recuento de las decisiones tomadas en EE. UU., España, Italia o Francia.

[1220] Por citar algunos 311/2020, 312/290202, 319/2020, 320/2020, ...

[1221] Véase como ejemplo de ello Decreto 320/2020 DECNU-2020-320-APN-PTE - Alquileres que solo refiere a determinados inmuebles como ser los de a vivienda única urbana o rural. 2. De habitaciones destinadas a vivienda familiar o personal en pensiones, hoteles u otros alojamientos similares. 3. De inmuebles destinados a actividades culturales o comunitarias. 4. De inmuebles rurales destinados a pequeñas producciones familiares y pequeñas producciones agropecuarias. 5. De inmuebles alquilados por personas adheridas al régimen de Monotributo, destinados a la prestación de servicios, al comercio o a la industria. 6. De inmuebles alquilados por profesionales autónomos para el ejercicio de su profesión. 7. De inmuebles alquilados por Micro, Pequeñas y Medianas Empresas (MiPyMES) conforme lo dispuesto en la Ley N° 24.467 y modificatorias, destinados a la prestación de servicios, al comercio o a la industria. 8. De inmuebles alquilados por Cooperativas de Trabajo o Empresas Recuperadas inscriptas en el (INAES).

[1222] Véase como ejemplo de ello Decreto 320/2020 DECNU-2020-320-APN-PTE - Alquileres Art. 10: "Excepción - Vulnerabilidad del Locador: Quedan excluidos de lo dispuesto en el art. 4° del presente decreto los contratos de locación cuya parte locadora dependa del canon convenido en el contrato de locación para cubrir sus necesidades básicas o las de su grupo familiar primario y conviviente, debiéndose acreditar debidamente tales extremos."

[1223] Decreto 311/2020 DECNU-2020-311-APN-PTE y Decreto 319/2020.

[1224] Los ejemplos son numerosos: la protección de la vivienda (Art. 244), de otros bienes que quedan excluidos de la garantía común de los acreedores (Art. 744). PRESENTACIÓN DEL PROYECTO CCyC.

[1225] Decreto 311/2020 DECNU-2020-311-APN-PTE - Abstención de corte de Servicios en caso de mora o falta de pago.

[1226] Decreto 311/2020 DECNU-2020-311-APN-PTE - Abstención de corte de Servicios en caso de mora o falta de pago.

\* - Doctor en Derecho (Universidad Complutense de Madrid). Profesor Emérito (Universidad Nacional de Tucumán).

[1227] Bonfanti Mario: Derecho y Empresa. Rosario 1995.

[1228] Anaya Jaime Luis: El Marco Jurídico de la Empresa en " Tratado de la Empresa". Dir. Ana I. Piaggi. Abeledo Perrot. Buenos Aires 2009.

[1229] Richard Efrain Hugo: Sociedad y Contratos Asociativos. Zavalía. Buenos Aires 1987.

[1230] Fundamentos del Código Civil y Comercial de la Nación, Ed. Zavalía, Buenos Aires, 2012.

[1231] Raspall Miguel Ángel: Un sistema para Emprendedores. L.L.12.06.17.

[1232] Raspall Miguel Ángel, ob.cit.

[1233] Vitolo Daniel Roque: "El Nuevo Régimen del Capital Emprendedor y los Emprendedores" L.L. 20.04.17.

[1234] Ver Moreno Serrano Enrique- Cazorla González Serrano Luis y otros. "Crowdfunding". Aranzadi. Pamplona 2016.

[1235] Peschiera Rebagliati José Manuel: Financiamiento Participativo Financiero. Congreso Internacional de Derecho Corporativo. Universidad de Lima. Mayo 2019.

[1236] Mercado De Sala María Cristina: Empresa y Emprendedor en "Empresa y Sociedad" Lerner. Córdoba 2018.

\* - Miembro del Instituto Noroeste de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Abogada de la Universidad

Nacional de Tucumán (UNT), docente de la Cátedra de Derecho Parlamentario (UNT), autora de varios artículos jurídicos, algunos de ellos en coautoría con Rodrigo Padilla.

[1237]

Hobbes, Thomas, *Opera philosophica, quae latine scripsit, omnia in unum corpus nunc primum collecta studio et labore Gulielmi Molesworth*, Volumen III, Editorial Londini, Londres, MDCCCXLI, pág. 69, párrafo 10. Aforismo latino que significa “el conocimiento es poder”. La frase exacta “*scientia potentia est*”, fue escrita por primera vez en 1668 en la edición Latina de Leviathan de Thomas Hobbes, en donde el autor realiza mención de varios atributos del hombre que lo constituyen en el poder (“poder” en sentido amplio).

[1238]

Entre los Tratados Internacionales Europeos pueden mencionarse: el El Tratado de Maastricht, el cual marca el punto de partida de la información del ciudadano al seno de la Unión Europea; el Tratado de Ámsterdam, que estableció que “*todo ciudadano de la Unión puede escribir a toda institución u órgano... en uno de los idiomas determinados en él... y recibir una respuesta redactada en el mismo idioma*”; y el “Convenio sobre acceso a la información, participación del público en la toma de decisiones y acceso a la justicia en materia de medio ambiente”, más conocido como Convenio de Aarhus.

[1239]

Díaz Cafferata, Santiago, *El Derecho de Acceso a la Información Pública: Situación Actual y Propuestas para una Ley*, Lecciones y Ensayos, nro. 86, 2009, pág. 158.

[1240]

González Calderón, Juan A., *Derecho Constitucional Argentino - Historia, Teoría y Jurisprudencia de la Constitución*, Tomo I, Editorial Lajouane y Cía., Buenos Aires, 1930, pág. 428.

[1241]

Basterra, Marcela I., *El derecho fundamental de acceso a la información pública*, Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, pág. 11.

[1242]

Fallo completo: “Claude Reyes y otros Vs. Chile”: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_151\\_espág.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_espág.pdf).

[1243]

Díaz Cafferata, Santiago, *El Derecho de Acceso a la Información Pública: Situación Actual y Propuestas para una Ley*, Lecciones y Ensayos N° 86, Facultad de Derecho UBA, 2009, Buenos Aires, pág. 170.

[1244]

Fallo Completo: “Giustiniani, Rubén Héctor c/ Y.PÁG.F. S.A. s/ amparo por mora”, <https://oapág.mpd.gov.ar/files/Fallo%20CSJN%20%20Giustiniani%20Ruben%20Hector%20c%20YPF%20SA.pdf>.

[1245]

Fallo Completo “Garrido, Carlos Manuel c/AFIP s/ amparo Ley N° 16.986”, <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSPAG.html?idDocumento=7314852&cache=1501891215000>.

[1246]

La Ley Modelo de la OEA establece en su art. 1, inc. c) que “Documento” se refiere a cualquier información escrita, independientemente de su forma, origen, fecha de creación o carácter oficial, de si fue o no fue creada por la autoridad pública que la mantiene, y de si fue clasificada como confidencial o no; y d), que “Información” se refiere a cualquier tipo de dato en custodia o control de una autoridad pública.

[1247]

Claude Reyes y otros c/ Chile.

[1248]

El art. 16 ter sostiene: Para cada grado de clasificación de seguridad se dispondrá un plazo para la desclasificación y acceso a la información. Las condiciones del acceso y de la desclasificación se fijarán en la reglamentación de la presente. En ningún caso el plazo para la desclasificación de información, documentos o material podrá ser inferior a los quince (15) años a partir de la decisión que originó su clasificación de seguridad efectuada por alguno de los organismos integrantes del Sistema de Inteligencia Nacional. Toda persona u organización que acredite interés legítimo, podrá iniciar una petición de desclasificación ante el Poder Ejecutivo nacional, destinada a acceder a cualquier clase de información, documentos, o material, que se encuentre en poder de uno de los organismos que componen el Sistema de Inteligencia Nacional. La forma, plazos y vías administrativas serán reglamentadas por el Poder Ejecutivo nacional. Sin perjuicio de lo establecido en los párrafos anteriores y la reglamentación respectiva, el Poder Ejecutivo nacional podrá ordenar la desclasificación de cualquier tipo de información y determinar el acceso total o parcial a la misma por acto fundado si lo estimare conveniente para los intereses y seguridad de la Nación y sus habitantes.

[1249]

La Ley N° 24.766, en su art. 1, menciona las condiciones que debe reunir la información cuya divulgación puede ser impedida por sus titulares. Este art. estatuye: Las personas físicas o jurídicas podrán impedir que la información que esté legítimamente bajo su control se divulgue a terceros o sea adquirida o utilizada por terceros sin su consentimiento de manera contraria a los usos comerciales honestos, mientras dicha información reúna las siguientes condiciones: a) Sea secreta en el sentido de que no sea, como cuerpo o en la configuración, reunión precisa de sus componentes, generalmente conocida ni fácilmente accesible para personas introducidas en los círculos en que normalmente se utiliza el tipo de información en cuestión; y b) Tenga un valor comercial por ser secreta; y c) Haya sido objeto de medidas razonables, en las circunstancias, para mantenerla, secreta, tomadas por la persona que legítimamente la controla. Se considerará que es contrario a los usos comerciales honestos el incumplimiento de contratos, el abuso de confianza, la instigación a la infracción y adquisición de información no divulgada por terceros que supieran o no, por negligencia grave, que la adquisición implicaba tales prácticas.

[1250]

El art. 85 prescribe que: El trabajador debe observar todos aquellos deberes de fidelidad que deriven de la índole de las tareas que tenga asignadas, guardando reserva o secreto de las informaciones a que tenga acceso y que exijan tal comportamiento de su parte.

[1251]

En cuanto a la función del notario relacionada, precisamente, con el cumplimiento de las exigencias que prevé la U.I.F. (concretamente, de denunciar operaciones que se consideren “sospechosas”), la Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció sobre tal temática, fallo que fue motivo de un comentario por mi parte en co-autoría con Rodrigo Padilla. Ver: Padilla, Rodrigo y Villagra Vélez, Macarena María, “El narcotráfico, el lavado de dinero, el terrorismo y la función del notario”, *La Ley*, 17/10/2018, págs. 4 y ss.

[1252]

Respecto de la responsabilidad del abogado, ver: Padilla, Rodrigo y Villagra Vélez, Macarena María, “Responsabilidad civil del abogado. El daño moral por el que debe responder un abogado imperito”, *La Ley*, 15/8/2018, págs. 7 y ss.

[1253]

Ver: Padilla, Rodrigo, *Temas Fundamentales de Derecho Civil en el Nuevo Código de Derecho Privado*, Editorial Bibliotex, Tucumán, 2016, pág.114 y ss.

[1254]

Fallo Completo “CIPPEC C/ Ministerio de Desarrollo Social dto. 1172/03 s/ amparo Ley N° 16.986” [file:///C:/Users/macav/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosoftEdge\\_8wekyb3d8bbwe/TempState/Downloads/14000040%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/macav/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosoftEdge_8wekyb3d8bbwe/TempState/Downloads/14000040%20(1).pdf).

[1255]

Díaz Cafferata, Santiago, *El Derecho de Acceso a la Información Pública: Situación Actual y Propuestas para una Ley*, Lecciones y Ensayos N° 86, Facultad de Derecho UBA, 2009, Buenos Aires, pág. 182 y ss.

[1256]

LA LEY Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información, en su capítulo VI, describe a LA COMISIÓN DE INFORMACIÓN. La misma establece (1) que tendrá a su cargo la promoción de la efectiva implementación de esta Ley; (2) La Comisión de Información deberá tener personalidad jurídica completa, incluyendo poderes para adquirir y disponer de propiedad, y el poder de demandar y ser demandada; (3) La Comisión de Información deberá tener autonomía operativa, de presupuesto y de decisión, y deberá entregar informes periódicos al Poder Legislativo; (4) El Poder Legislativo deberá aprobar el presupuesto de la Comisión de Información, el que deberá ser suficiente para que la Comisión de Información pueda cumplir con sus facultades de manera adecuada.

- [1257] Del Campo, Agustina y Serra, Franco, *Los guardianes de La Ley de Acceso a la Información Pública: análisis sobre la implementación de los órganos garantes*, CELE, Bs. As., 2019, pág. 5.
- [1258] Cassagne, Juan Carlos, *Curso de derecho Administrativo*, Décima Edición actualizada y ampliada, LA LEY, Buenos Aires, 2011, pág. 279.
- [1259] Del Campo, Agustina y Serra, Franco, *Los guardianes de la Ley de Acceso a la Información Pública: análisis sobre la implementación de los órganos garantes*, CELE, Bs. As., 2019, pág. 4.
- [1260] Del Campo, Agustina y Serra, Franco, *ob. cit.*, pág. 6.
- [1261] Ver: <https://www.argentina.gob.ar/aaip>.
- [1262] Considero bastante interesante y mucho más transparente la propuesta desarrollada en la ley modelo interamericana sobre acceso a la información que establece que: Los Comisionados serán designados por el [Poder Ejecutivo] luego de haber sido nominados por una mayoría de dos tercios de los miembros del -Poder Legislativo- y en un proceso que cumpla con los siguientes principios: a) participación del público en el proceso de nominación; b) transparencia y apertura; y c) publicación de una lista de los candidatos que se consideren más idóneos para el cargo". Además, agrega que, "A fin de aumentar la confianza en la institución, es preferible que tanto el ejecutivo como la legislatura participen en el proceso de selección; que cualquier decisión de la legislatura sea por una mayoría calificada suficiente para garantizar el apoyo bipartidista o multipartidista (ej.: 60 por ciento o 2/3); que el público tenga la oportunidad de participar en el proceso de nominación; y que el proceso sea transparente. Hay dos enfoques principales: nombramiento ejecutivo, con la nominación y aprobación de la legislatura; y nombramiento legislativo, con la nominación o aprobación del ejecutivo".
- [1263] Del Campo, Agustina y Serra, Franco, *ob. cit.*, pág. 11.
- [1264] Del Campo, Agustina y Serra, Franco, *ob. cit.*, pág. 16.
- [1265] Según figura en página de web del Gobierno Argentino, El Consejo Federal para la Transparencia, se encuentra conformado por miembros de las provincias argentinas. No obstante, las provincias de Tucumán, Formosa, La Pampa, Catamarca y Corrientes carecen de miembros en el ente. Fuente: <https://www.argentina.gob.ar/aaip/consejo-federal-transparencia/conformación>.
- [1266] Guichot Reina, Emilio, *Transparencia y Acceso a la Información Pública en España: análisis y propuestas legislativas*, Laboratorio de Alternativas, 2011, pág. 52.
- [1267] En el caso de Tucumán recomiendo leer el art. "El derecho al acceso a la información pública recibe un espaldarazo", el cual ilustra la situación del Derecho de Acceso a la Información Pública en la provincia. El art. documenta lo desarrollado en el evento "El Derecho de Acceso a la Información Pública en Tucumán". El evento estuvo organizado por la Clínica Jurídica de Interés Público de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UNT) y el Colegio de Abogados de la Provincia. En el mismo participaron representantes de los organizadores y legisladores provinciales, quienes firmaron la denominada "Acta Compromiso", en el que se comprometen en bregar por la aplicación del derecho a la información pública. Ver: <https://www.lagaceta.com.ar/nota/772533/actualidad/derecho-al-acceso-informacion-publicarecibe-espaldarazo.html>.
- [1268] Madison, James, Carta del cuarto presidente de los Estados Unidos, James Madison, dirigida a W. T. Berry, 4 de agosto de 1822, reproducida en Kurland, Phillip B. - Lerner, Ralph (eds.), *The Founders' Constitution*, The University of Chicago Press, Chicago y Londres, 1987, t. I, págs. 690/691, espág. pág. 690: "A popular Government with out popular informatio northemeans of acquiringit, is but a Prologue to a Farceor a Traged yor perhapsboth. Knowledge will forever governign orance, and a people who mean to be their own Governors, mustar mthem selves with the power know ledge gives".
- [1269] Podetti, J. Ramiro, "Derecho Procesal Civil, Comercial y Laboral", Buenos Aires, 1969, T. IV, Tratado de las Medidas Cautelares, 2ª edición actualizada por el Dr. Víctor A. Guerrero Laconte, EDIAR, pág. 33.
- [1270] MIDÓN, Marcelo, "Introducción a la Teoría Cautelar", en Tratado de Medidas Cautelares y Procesos Urgentes, Chaco, 2019, Ed. ConTexto, T I, pág. 40.
- [1271] CNCivil, Sala B, 28/12/11, "Santillán, José Armando vs. Calderone, Rubén Francisco s/Medidas precautorias".
- [1272] Loutayf Ranea, Roberto G. "El Recurso Ordinario de Apelación en el Proceso Civil", Buenos Aires, 2009, Ed. Astrea, T. I, pág. 65.
- [1273] López Mesa, Marcelo (Director), "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", comentado, concordado con los códigos procesales de las provincias argentinas y anotado con jurisprudencia de todo el país, Buenos Aires, 2012, Ed. La Ley, T. II, pág. 667.
- [1274] Mosmann, María Victoria, "Medidas Cautelares: Recursos", en Tratado de Medidas Cautelares y Procesos Urgentes, dirigido por Marcelo S. Midón, Chaco, 2019, Ed. Contexto, T. I, pág. 288.
- [1275] Aunque ya existían antecedentes jurisprudenciales en ese sentido (Cam2da. de La Plata, sala III, causa B-31466, reg. Int. 43/71).
- [1276] Falcón, Enrique M., "Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial", Santa Fé, 2013, Ed. Rubinzal Culzoni, T IV, pág. 144.
- [1277] PalaciO, Lino E., "Derecho Procesal Civil", Buenos Aires, 1985, Abeledo Perrot, T. VIII, págs. 73-74.
- [1278] Kaminker, Mario E., "Algunas Reflexiones sobre los Recursos y las Medidas Cautelares", en Revista de Derecho Procesal, N° 2, 1999, págs. 119 y sig.
- [1279] Loutayf Ranea, Roberto G. "Medidas precautorias", JA 1977-II 657; CJ Salta, 27/91965, LL 121-202; CNCiv., Sala A, 11/2/1972, ED 42-678.
- [1280] López Mesa, Marcelo (Director), *ob. cit.*, T. II, pág. 747.
- [1281] Conf. Falcón, Enrique M., *ob. cit.*, T. IV, pág. 146.
- [1282] Kaminker, Mario E., "Algunas Reflexiones sobre los Recursos y las Medidas Cautelares", en Revista de Derecho Procesal, Medios de Impugnación, Recursos I. Tomo: 1999-2. Cita: RC D 1286/2012.
- [1283] "Las apelaciones contra medidas cautelares se conceden en relación (art. 243 CPCCN), efecto que obsta tanto la apertura a prueba como la alegación de hechos nuevos en esta instancia (art. 275 segundo párrafo CPCCN). En tales casos, el examen del tribunal de alzada, por principio, se circunscribe a las cuestiones propuestas al juez de primera instancia, con exclusión de nuevas pretensiones, defensas y pruebas, en tanto la labor que emprende el órgano de apelación está destinada a la verificación del material fáctico y jurídico ya incorporado a la instancia de origen (GUASP, J. "Derecho Procesal Civil", Pág. 1400, y esta Sala, Causa N° 22.110/2012. José Pablo César c/UBA - acto 14-III 16-III 1-V/12 s/empleo público, resol. del 8 de noviembre de 2012". CNCAF, Sala IV, 28/06/16, "AFIP DGI c/Macere, Carlos Horacio s/medida cautelar AFIP" (Expte. 62.686/2015).
- [1284] El efecto devolutivo solo procede en el supuesto que establece la norma (providencia que hace lugar a la medida precautoria) y



no aquellos casos donde se resuelven temas relacionados, como ser sustituciones, modificaciones, contracautelas, etc. Es que el art. 243 del Código Procesal es claro al prescribir que el recurso de apelación procederá siempre con efecto suspensivo, a menos que LA LEY N° disponga lo contrario (LÓPEZ MESA, Marcelo, ob. cit. pág. 751).

[1285] Debe tenerse en cuenta que el apelado también puede presentar copias de las partes del expediente que considere debe tener en cuenta el Tribunal de Alzada para analizar el recurso, y que en caso de que el apelante no acompañe esas copias dentro del 5to. día de concedido el recurso, se lo declarará desierto.

[1286] López Mesa, Marcelo, ob. cit., T II, pág. 751.

[1287] Conf. Loutayf Ranea, Roberto G., "Aspectos Generales del Procedimiento en las Medidas Cautelares", en Tratado de las Medidas Cautelares y Procesos Urgentes, Chaco, 2019, Ed. ConTexto, T. I, pág. 177.

[1288] Falcón, Enrique M., ob. cit., T. IV, pág. 146.

[1289] RIVAS, Adolfo A., ob. cit., pág. 133.

[1290] Kaminker, Mario E., "Algunas Reflexiones sobre los Recursos y las Medidas Cautelares, en Revista de Derecho Procesal, Medios de Impugnación, Recursos I. Tomo: 1999-2. Cita: RC D 1286/2012.

[1291] La contracautela es la manera de asegurar la efectividad del resarcimiento de los daños sufridos por quien sufre o se ve afectado por una medida precautoria, para el caso en que el peticionante hubiera abusado o se excediese en el derecho que la Ley otorga para obtenerla, debiendo ser suficiente para afianzar el perjuicio que se pueda ocasionar en caso de haberse solicitado sin derecho (CNCiv., Sala A, 20/2/2008, LOnline cita AR/JUR/1227/2008).

[1292] Ver Morello, Augusto M., "El Proceso Justo", Buenos Aires, 1996, Ed. Abeledo-Perrot, pág. 262.

[1293] CNCom., Sala A, 30/9/1981, Repág. LL, XLII, J-Z, 1620, sum. 24.

[1294] Por vía del recurso de reposición o del de apelación.

[1295] CSJN, 10/12/1998, "La Austral Cia. de Seguros S.A. vs. LADE", Fallos 321:3384.

[1296] Incidente de Levantamiento de Medida Cautelar.

[1297] Figura procesal a través de la cual se busca una resolución respecto de temas que, si bien están vinculados con el objeto principal de la causa, no está previsto que su sustanciación se produzca dentro de ese continente y sí siguiendo las pautas que se establecen en forma especial en los arts. 175 a 187. López Mesa, Marcelo, ob. cit., T. II, pág. 667.

[1298] Cám. Civ. Y Com. 1ra. La Plata, Sala 1ra., 26/3/2002, Banco Fabril de La Plata Coop. Ltda. Vs. García, Miguel o otros s/cobro de pesos.

[1299] Mosmann, M. V., ob. cit., T. I, pág. 296.

[1300] Cám. Civ. y Com. 1° Mar del Plata, Sala 1, 13/12/1994, Calderín, Juan José s/Incidente de ejecución de honorarios en autos: "Fuentes vs. Barroso s/Desalojo".

[1301] El art. 180 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Salta establece la forma en que el incidentista queda notificado de la providencia (según lo dispuesto por el art. 133 CPCC; vale decir, en forma automática), y además dispone una sanción para el que no cumple con ese mandato, tenerlo por desistido de la demanda incidental si no presenta la cédula en ese plazo y no existiere notificación personal anterior.

[1302] Loutayf Ranea, Roberto G., "Medidas precautorias", JA, 1977-II-657.

[1303] CSJN, Fallos: 269:131.

[1304] Ramírez, Orlando, "Medidas cautelares", Buenos Aires, 1976, Ed. Depalma, pág. 35.

[1305] Mosmann, M. V., ob. cit., pág. 290.

[1306] CSJN, 17-2-2004, "Leiva, Carlos Edmundo y otros c/Santiago del Estero, Provincia s/Acción declarativa de certeza".

[1307] Wetzler Malbrán, Alfredo Ricardo, "Provisionalidad de las medidas cautelares y cosa juzgada formal", ED, 136-255.

[1308] El art. 202 del CPCCN, dicen Palacio y Alvarado Velloso, se extiende a la hipótesis de acreditarse la falsedad de las circunstancias de hecho invocadas en oportunidad de requerirse el dictado de la medida (Palacio, Lino E. y Alvarado Velloso, Adolfo, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", Santa Fe, Rubinzal Culzoni, T. 5, 1990, pág. 88).

[1309] Conf., López Mesa, Marcelo, ob. cit., T II, pág. 686.

[1310] CCiv.Com. Salta, Sala III, 11/11/88, Fallos, 1988-1177.

[1311] Para la mayoría de la doctrina esta clase de embargo no se trata de una medida cautelar.

[1312] Falcon, Enrique M., ob. cit., T. IV, pág. 99.

[1313] Rivas, Adolfo A. "Medidas Cautelares", Buenos Aires, 2007, Ed. Lexis-Nexis, pág. 69.

[1314] Conf. Loutayf Ranea, Roberto G., "Aspectos Generales del Procedimiento en las Medidas Cautelares", en Tratado de Medidas Cautelares y Procesos Urgentes, dirigido por Marcelo S. Midón, Chaco 2019, Ed. ConTexto, T. I, págs. 239-241.

[1315] Conf. Loutayf Ranea, Roberto G., "Aspectos Generales del Procedimiento en las Medidas Cautelares", en Tratado de Medidas Cautelares y Procesos Urgentes, dirigido por Marcelo S. Midón, Chaco 2019, Ed. ConTexto, T. I, págs. 239-241.

[1316] Arazi, Ronald, en Fenocchietto, Carlos y Arazi, Ronald, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", Buenos Aires, 1993, Ed. Astrea, T. I, págs. 763-764.

[1317] Conf. Loutayf Ranea, Roberto G., "Aspectos Generales del Procedimiento en las Medidas Cautelares", en Tratado de Medidas Cautelares y Procesos Urgentes, dirigido por Marcelo S. Midón, Chaco 2019, Ed. ConTexto, T. I, pág. 241.

[1318] Según lo dispuesto por el último párrafo del art. 203 CPCCN "la resolución se dictará previo traslado a la otra parte por el plazo de CINCO (5) días, que el juez podrá abreviar según las circunstancias".

[1319] Conf. Novellino, Norberto J., "Embargo y Desembargo y demás Medidas Cautelares", Buenos Aires, 2006, Ed. La Ley, págs. 112 y sig.

[1320] Kaminker, Kaminker, Mario E., "Algunas Reflexiones sobre los Recursos y las Medidas Cautelares, en Revista de Derecho

Procesal, Medios de Impugnación, Recursos I. Tomo: 1999-2. Cita: RC D 1286/2012.

- [1321] CNFed.CC, sala I, 26-11-85, D.J. 1986-2-169.
- [1322] CNCiv., sala E, 23-3-94, "Sanseau, Horacio C. c/Vilcher, Jorge", J.A. 1998-I.
- [1323] CNCom., Sala D, 13/06/17, "Guerrero, Adriana y otro vs. Nuñez, Ricardo José s/Ejecutivo", Expte. N° 20761/16/CA 1.
- [1324] López Mesa, Marcelo (Director), ob. cit., T. II, pág. 771.
- [1325] Midon, Marcelo, "Medidas Autosatisfactivas", en Tratado de Medidas Cautelares y Procesos Urgentes, Chaco, 2019, Ed. ConTexto, T. II, pág. 447.
- [1326] Loutayf Ranea, Roberto G., "El Recurso Ordinario de Apelación en el Proceso Civil", Buenos Aires, 2009, Ed. Astrea, Tomo I, pág. 417.
- [1327] CNCivil, Sala C, 2/6/92, "Papel del Tucumán S.A. c/ Asociación de Fabricantes de Celulosa Papel", LL 1992-E-403.
- [1328] Kielmanovich, Jorge, "Código Procesal. Comentado y Anotado", Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, T. I, pág. 479; en similar sentido Morello, Sosa, Berizonce, "Códigos Procesales. Comentados y Anotados", Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, T. II. C, pág. 556.
- [1329] Highton- Areán, "Código Procesal. Análisis Doctrinal y Jurisprudencial", Buenos Aires, 2008, Edit. Hammurabi, T. IV, pág. 121.
- [1330] Mosmann, M. V., ob. cit., T I, pág. 301.
- [1331] Loutayf Ranea, Roberto G., "El Recurso Ordinario de Apelación en el Proceso Civil", T. I, pág. 418.
- [1332] CNCyCF, Sala 3, 30/05/17, "Asociación Civil Club Atlético Obras Sanitarias de la Nación vs. Estado Nacional Poder Ejecutivo Nacional s/Medidas Cautelares", Expte. 71.202/16.
- [1333] Rodríguez, María Fabiola, "Tutela Anticipatoria. Oportunidad para su solicitud y despacho. Provisionalidad y Mutabilidad. Recursos", en Tratado de Medidas Cautelares y Procesos Urgentes, Chaco, 2019, Ed. ConTexto, T. II, pág. 621.
- [1334] Arazi, Roland, "Tutela anticipada", en Revista de Derecho Procesal, 1 Medidas Cautelares, Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni, 1998, págs. 385 y ss., específicamente pág. 391.
- [1335] Apel.Civ.Com. Azul, sala II, 15/05/2018, ED, Diarios de enero de 2019, fallo 60.020.
- [1336] Conforme lo sostiene Rodríguez, María Fabiola, ob. cit., T II, pág. 640.
- [1337] Rodríguez, María Fabiola, ob. cit., T II, pág. 640.
- [1338] Peyrano, Jorge W., "La medida autosatisfactiva: solución urgente no cautelar", en "Nuevas Apostillas Procesales", Santa Fe 2003, Panamericana, pág. 155 y ss.
- [1339] Corte de Justicia de Salta, 28/03/2006, "Rojas, Miguel Ángel vs. Municipalidad de la Ciudad de Metán s/Amparo - Recurso de Apelación".
- [1340] Peyrano, Jorge W., "La Medida Autosatisfactiva: forma diferenciada de tutela que constituye una expresión privilegiada del proceso urgente. Génesis y evolución, en el libro colectivo "Medidas autosatisfactivas", Santa Fe 1999, Ed. Rubinzal Culzoni, pág. 13.
- [1341] Peyrano, Jorge W., "Medida autosatisfactiva y tutela anticipada de urgencia", LL 21/09/2012, LL 2012-E, 1110, Cita Online: AR/DOC/3753/2012.
- [1342] Conf. Midon, Marcelo S., "Medidas Autosatisfactivas", Tratado de Medidas Cautelares y Procesos Urgentes, Chaco, 2019, Ed. ConTexto, TII, págs. 466-467.
- [1343] Autor a quien se atribuye la creación de este instituto procesal (ver: Peyrano, Jorge W., Reformulación de la teoría de las medidas cautelares: tutela de urgencia. Medidas autosatisfactivas, JA 1997-II-927).
- [1344] Peyrano, Jorge W., "La medida autosatisfactiva, hoy", LL 09/06/2014, LL 2014-C, 1134, Cita Online: AR/DOC/1538/2014.
- [1345] CSJN, 19/2/1990, "Díaz Lynch, César vs. Estado Nacional", Fallos 313:116. Loutayf Ranea, Roberto G., "Aspectos Generales del Procedimiento en las Medidas Cautelares", en Tratado de Medidas Cautelares y Procesos Urgentes", dirigido por Marcelo S. Midon, Chaco 2019, Ed. ConTexto, TI, pág. 231.
- [1346] CSJN, 4-5-95, "Provincia de Tucumán", J.A., 1999-II, sint. La sola existencia de cuestión federal, por regla no equipara a sentencia definitiva una medida cautelar (CSJN, 10-10-2000, "Compañía Azucarera Concepción S.A.", J.A. 2002-II, sint.).
- [1347] CSJN, 7-8-97, "Camacho Acosta, Maximiliano s/Grafi Graf SRL y otro", J.A. 1998-I-465.
- [1348] Falcón, Enrique M., ob. cit., T IV, pág. 149.
- [1349] TSJ, Ciudad Autónoma de Buenos Aires; 15-3-2006; Rubinzal Online; RC J 1712/06, "Arcos Dorados S.A. s. Queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Arcos Dorados S.A. vs. GCBA s. Impugnación de actos administrativos".

\* - El presente trabajo en un extracto del TFM presentado para acceder al título de "Master en Innovación Social y Economía Solidaria" Universidad de Salamanca. España

\*\* - Abogado UNT. Mg. En Finanzas UCEMA. Dr. En Finanzas UCEMA. Mg. En Innov. Social y Ec. Solidaria. Salamanca. Maestrando en Compliance IEF Business Scholl/ Univ. Nebrija (España).