





**Anuario.  
Principales  
actividades  
de la Facultad  
de Derecho y  
Ciencias Sociales  
de la Universidad  
del Este  
Año 2019**



# Anuario

Principales actividades de la  
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales  
de la Universidad del Este

**Año 2019**



UNIVERSIDAD  
DEL ESTE  
LA PLATA

**Director:**  
Prof. Mauro Fernando Leturia

FDCS

*Edición al cuidado de  
Enrique Horacio Bonatto*

© *Librería Editora Platense S.R.L.*  
*Calle 15 n° 644 - 1900 - La Plata - Buenos Aires - Argentina*  
*Telefax: (0221) 482-8070*  
*info@editoraplatense.com.ar // www.editoraplatense.com.ar*

*Diseño de tapa, armado y paginación electrónica*  
*Juan Bonatto Seoane*  
*bottproducciones@hotmail.com*

Leturia, Mauro Fernando  
Anuario. Principales actividades de la Facultad de Derecho y Ciencias  
Sociales de la Universidad del Este: Año 2019 / Mauro Fernando Letu-  
ria.  
1a ed . - La Plata: Librería Editora Platense, 2020.  
380 p.; 23 x 16 cm.  
1. Derecho. I. Título.  
CDD 340.0711

ISBN 978-950-536-547-0



LIBRERIA  
EDITORIA  
PLATENSE

## Indice

Palabras de señor Decano.....	17
Resumen de actividades de Investigación. Dr. Mauro Leturia.....	21
Proyecto: “La protección penal de los Derechos Intelectuales en la Argentina”.....	21
Proyecto: “Implicancias de los cambios del Código Civil y Comercial, en el Derecho del Consumidor, aplicado a los contratos de transporte de personas y mercaderías”.....	65
Trabajos del Primer Concurso de Artículos de Divulgación Científica- UDE 2019. “La doble moral sexual a la luz del fallo ‘Soria’ de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires desde una perspectiva interdisciplinaria” María Lis Amaya y Ana Clara D’Ovidio.....	125
“Trenzar y deshilar el discurso jurídico. Estudio desde la Filosofía del Derecho” Gonzalo Ana Dobratinich.....	146
“Procesos Colectivos: la imperiosa necesidad de precisar su finalidad” Diego Guillermo Martínez.....	168
“Perdurabilidad del dato, internet e intimidad. La construcción del derecho al olvido a partir	



de la revolución informacional” Ricardo Sebastián Piana.....	194
“Agencias Norteamericanas y los Entes Reguladores Argentinos ¿Funcionan de la misma manera?” Francisco López Simpson.....	214
“La etapa preliminar y la reforma Procesal Civil” Pedro Sebastián Villa.....	230
“Hábeas Data vs. Big Data” Marcelo Gabriel Musarra.....	252
“La convicción razonada, el veredicto del Jurado y algunas consideraciones sobre estándares probatorios” Santiago Irisarri.....	265
“Ambiente y territorio. Aspectos relacionales jurídico-ambientales en clave comparada entre Argentina y España”. Marina Lanfranco Vázquez.....	280
“El contrato de locación de inmuebles como contrato de consumo” Adrián Emir Gochicoa - Victoria Antonella Mongelos.....	298
“Artículo de Investigación sobre la prueba digital en las causas de violencia familiar y de género en los Juzgados de Familia de la Ciudad de La Plata” Camila Denisse Pereyra.....	313

“La educación especial en la Ley de Educación de la Provincia de Buenos Aires y en la práctica cotidiana” Gustavo Nicolás Paretti.....	324
Trabajos de doctrina: “La evolución de los DDHH en la Constitución. Diálogos y tensiones entre la Constitución formal y la Constitución material” Dr. Ricardo Germán Rincón.....	339
“Dificultades en la enseñanza de los Derechos de Autor que corresponden a los trabajadores en relación de dependencia laboral” Profesor Mauro Fernando Leturia. Abogado Adrián Emir Gochicoa.....	348
Resumen de las actividades de Extensión. Dr. Martín Gagliardi.....	367
Resumen de las actividades de gestión y coordinación Pablo Federico Puente.....	371
Graduados del año 2019.....	377



## **AUTORIDADES**

*Presidente de la Fundación*  
**Ing. Carlos Enrique Orazi**

*Rectora*  
**Dra. María de las Mercedes Reitano**

*Secretaria Académica*  
**Mg. Silvia von Kluges**

*Secretario de Extensión e Investigación*  
**Dr. Luis Sujatovich**

*Decano*  
**Dr. Ricardo Germán Rincón**

*Secretario de Extensión y de Investigación*  
**Dr. Mauro Fernando Leturia**

*Coordinador de Carrera*  
**Dr. Pablo Federico Puente**

*Coordinador de Extensión*  
**Dr. Martín Gagliardi**

*Coordinadora del programa de apoyo  
y seguimiento de los estudiantes*  
**María Isabel Trybalski Eichholz**

*Mayores dedicaciones*  
**María Liz Amaya**  
**Francisco Lopez Simpson**  
**Santiago Irisarri**  
**Camila Denisse Pereyra**

*Secretaria Decanato*  
**Abogada Melissa Harrison**



## **Presentación de la primera edición del anuario**

- Palabras de señor decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad del Este, saludando a sus profesores, investigadores, graduados, alumnos y a toda la comunidad académica en general.

- Resumen de actividades de Investigación a cargo del Secretario de Investigación y Extensión Dr. Mauro Fernando Leturia. Publicación de los Proyectos de investigación finalizados en 2019 y presentación de los aprobados para el año 2020.

- Publicación de los trabajos del Primer Concurso de Artículos de Divulgación Científica- UDE 2019.

1-“La doble moral sexual a la luz del fallo Soria de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires desde una perspectiva interdisciplinaria” Autoras: María Lis Amaya y Ana Clara D´ Ovidio.

2-“Trenzar y deshilar el discurso jurídico. Estudio desde la filosofía del derecho” Por: Gonzalo Ana Dobratinich.

3-“Procesos Colectivos: la imperiosa necesidad de precisar su finalidad” Autor: Diego Guillermo Martínez.

4- “Perdurabilidad del dato, internet e intimidad. La construcción del derecho al olvido a partir de la revolución informacional” Autor: Ricardo Sebastián Piana.

5- “Agencias Norteamericanas y los Entes Reguladores Argentinos ¿Funcionan de la misma manera?” Por Francisco López Simpson.

6- “La etapa Preliminar y la reforma Procesal Civil” Por Pedro Sebastián Villa.

7- “Hábeas Data vs. Big Data” Por: Marcelo Gabriel Musarra.



8- “La convicción razonada, el veredicto del Jurado y algunas consideraciones sobre estándares probatorios”. Por Santiago Irisarri.

9- “Ambiente y territorio. Aspectos relacionales jurídico-ambientales en clave comparada entre Argentina y España”. Por Marina Lanfranco Vázquez.

10- “El contrato de locación de inmuebles como contrato de consumo”

Autores: Adrián Emir Gochicoa - Victoria Antonella Mongelos.

11- “Artículo de Investigación sobre la prueba digital en las causas de violencia familiar y de género en los Juzgados de Familia de Ciudad de La Plata”. Autora: Camila Denisse Pereyra.

12- “La educación Especial en la Ley de Educación de la provincia de Buenos Aires y en la práctica cotidiana” Autor: Gustavo Nicolás Paretto.

· Trabajos de doctrina elaborados por Profesores de la Facultad.

“La evolución de los DDHH en la constitución. Diálogos y tensiones entre la constitución formal y la constitución material” por: Dr. Ricardo Germán Rincón.

“Dificultades en la enseñanza de los Derechos de Autor que corresponden a los trabajadores en relación de dependencia laboral” Autores: Profesor Mauro Fernando Leturia. Abog. Adrián Emir Gochicoa.

· Resumen de las actividades de Extensión a cargo del Dr. Martín Gagliardi.

- Resumen de las actividades de gestión y coordinación a cargo de Dr. Pablo Federico Puente.

- Graduados del año 2019.

Responsable de edición Mauro Fernando Leturia <sup>1</sup>.

---

1 Procurador, Abogado y Escribano. Especialista en Docencia Universitaria. Doctorando de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional de La Plata (UNLP). Realizó estudios de postgrado sobre Derechos de Autor en la Universidad Complutense de Madrid. Profesor de Derecho Civil III, de Introducción al Pensamiento Científico y de Derecho Marítimo y Aeronáutico, y Profesor de Posgrado de la Especialización en Documentación y Registración Inmobiliaria en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (UNLP). Profesor Titular de Cátedra de la materia Prácticas Profesionales II y de Derecho de la Navegación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica de La Plata. Profesor de Derecho Penal I parte general y Derecho Marítimo y Aeronáutico de la Facultad de Derecho de la Universidad del Este. Profesor de Metodología de la Investigación en la Facultad de Diseño y Comunicación de la Universidad del Este. Docente invitado en la Universidad Complutense de Madrid. Profesor de posgrado de la Universidad Austral. Oficial de la Justicia Federal Argentina. Ex becario de IDLO, ex becario de la Presidencia de la Nación Argentina. Ex Becario de AISGE. Becario Doctoral del Ministerio de Educación de la Nación. Secretario de Extensión y de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad del Este. Corresponsal argentino para ASEDA. Jurado para cargos jerárquicos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Coautor de los libros *Derechos de Propiedad Intelectual. Análisis sobre su naturaleza, aplicación y efectos* (2014). Autor del *Manual del Martillero y del Corredor* (2015). Coautor de la obra *Consumidores y derecho en Iberoamérica* (2018) publicado por Editorial Reus en España y Editorial UBIJUS en México. Coautor del libro *Investigaciones Sociojurídicas Contemporáneas* (2019) Editorial MALISIA. Además publicó numerosos artículos de doctrina en el ámbito universitario tanto en Argentina como en España.



## Palabras del señor Decano

Estimados lectores

Siento una gran responsabilidad por escribir estas palabras de salutación y bienvenida a esta primera edición del Anuario de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad del Este.

La publicación que hoy llega a sus manos es el fruto del trabajo desarrollado por el Equipo de Gestión de nuestra facultad que se encuentra integrado por el Sr. Secretario de Extensión y de Investigación Dr. Mauro Fernando Leturia, el Sr. Coordinador de Extensión Dr. Martín Gagliardi y el Sr. Coordinador Académico de la carrera de abogacía Dr. Pablo Puente, quienes ponen día a día su esfuerzo y compromiso profesional para el logro de los objetivos establecidos por el Consejo Académico.

El Anuario nace con la pretensión de ofrecer a nuestros docentes investigadores un espacio concreto en el cual divulgar el resultado de sus investigaciones. La publicación, sin perjuicio de lo expuesto, está abierta también a la presentación de trabajos de nuestro cuerpo académico, de nuestros estudiantes y graduados y de expertos externos que decidan honrarnos con sus contribuciones.

En esta oportunidad el Anuario ofrece la publicación de los trabajos presentados al Primer Concurso de Artículos, así como los informes finales de los trabajos de investigación desarrollados en el marco de la primera convocatoria realizada por la Secretaría de Extensión e Investigación de la Universidad del Este.

Esta publicación se convierte, así, en un espacio que viene a ampliar las fuentes de circulación de la información relevante y actual producida por los cultivadores de la ciencia del Derecho en el marco de la comunidad



académica platense, bonaerense y nacional. Confiamos en que su aparición tendrá buena acogida en los ámbitos académicos y profesionales de la región en primer lugar, y en el ámbito rioplatense en una visión más amplia.

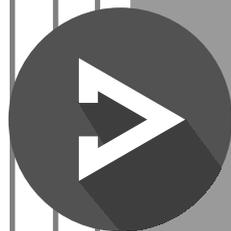
Estas palabras tampoco pueden dejar de agradecer el apoyo recibido de parte de las autoridades de la Universidad en la persona de su Rectora Dra. Mercedes Reitano, del Presidente de la Fundación Ing. Carlos Orazi, y del Consejo de Administración, sin cuyo concurso no hubiera sido posible pasar de los deseos a los hechos.

Esperamos que nuestra comunidad reciba con beneplácito este producto y que docentes, estudiantes y graduados se vean estimulados por ella a integrarse a los espacios de investigación y extensión que ofrece nuestra Facultad y a generar proyectos propios que puedan ser presentados a publicaciones futuras.

Formulando votos para que esta iniciativa prospere y se reproduzca, me despido de ustedes y les saludo con la más distinguida consideración,

Ricardo Germán RINCÓN  
La Plata, febrero de 2020

# Trabajos de investigación





## • **Resumen de actividades de Investigación a cargo del Secretario de Investigación y Extensión Dr. Mauro Fernando Leturia**

En el marco de las tareas propias de la Secretaría de Investigación de la Universidad del Este, a cargo del Dr. Luis Sujatovich, en coordinación con la Secretaría de Investigación de la Facultad de Derechos y Ciencias Sociales a cargo del Dr. Mauro Fernando Leturia, durante el año 2019 se realizaron y aprobaron dos trabajos de investigación. En el anuario se publica el informe final de cada investigación.

### **Título del proyecto: “LA PROTECCIÓN PENAL DE LOS DERECHOS INTELECTUALES EN LA ARGENTINA”**

Fecha de Entrega del Informe: 22 de diciembre de 2019

**Director: Mauro Fernando Leturia.**

Investigadores del proyecto:

Andrés Salazar Lea Plaza, Javier Salas, Franco Malizia, Adrián Gochicoa, Estefanía Cermele, Cecilia Finocchio, Delfina Arias, Clara Diéguez, Francisco José Reboledo y Luis Alberto Bimercati.

### **Resumen**

El tan esperado “nuevo Código Penal”, fue presentado por el Poder Ejecutivo, y en caso de ser aprobado por el Congreso, reemplazará al vigente que fue sancionado en 1921, y que en lo particular no tipifica delitos destinados especialmente a la protección de los Derechos Intelectuales.



Varios fueron los intentos de modificación del Código Penal Argentino a lo largo del tiempo. Lo cierto es que la sociedad ha presionado fuertemente para que el Estado a través de sus representantes actualizara las reglas jurídicas de naturaleza penal por lo que sufrió, en estos casi cien años, más de novecientas reformas parciales. Dicha cantidad de modificaciones ha quebrantado la coherencia original interna del Código Penal.

En este sentido, las numerosas reformas han dado lugar a la incorporación de nuevos tipos penales, en algunos casos en leyes especiales no integradas al Código, lo que ha afectado la sistematicidad del régimen punitivo, generando contradicciones o dificultades interpretativas o de aplicación.

Si desde la perspectiva del Derecho Penal destinado a los Derechos Intelectuales, choca con la idea de ser vistos o percibidos por amplios sectores sociales como beneficios o privilegios de algunos pocos, o de elites artísticas o en el peor de los casos, hasta como elementos de dominación de empresas multinacionales, sin duda su conocimiento, difusión y debido cumplimiento será muy dificultoso.

En este contexto socioeconómico, el desafío que presenta el brindar una adecuada tutela a los titulares de Derechos Intelectuales implica, dada la creciente importancia que van adquiriendo las distintas obras susceptibles de protección, una tarea ardua que comienza con un análisis profundizado de los distintos aspectos que se derivan de la búsqueda de protección para los Derechos Intelectuales, en función de ordenamiento jurídico en la República Argentina.

Estos desafíos exigen un análisis profundizado de la normativa vigente, para visibilizar las problemáticas de su aplicación concreta y poder así estar en condiciones de

efectuar propuestas de modificaciones o reformas legislativas que estén a la altura del siglo XXI.

## Introducción

En la actualidad, la regulación relativa a los Derechos Intelectuales se encuentra dispersa en varias leyes que abarcan cuestiones penales, civiles y comerciales y también aspectos procesales. Esta circunstancia dificulta su adecuada tutela; así observamos por un lado la Ley 11.723 referida a la protección de todas las obras intelectuales que constituyan creación original del espíritu o toda producción científica, literaria, artística o didáctica sea cual fuere el procedimiento de reproducción, de la ley 22.362 referida al derecho de marcas y otras designaciones por el cual se protege todo signo con capacidad distintiva.

En la ley 11.723 a partir del artículo 71 se tipifican diferentes tipos penales, que remiten a una conducta genérica de “defraudación” del Código Penal y en el art. 72 se regulan casos especiales de “defraudación” a los que se suman los previstos en los arts. 73 y 74. Por su parte en la Ley nacional 22.362 se tipifican las siguientes figuras penales: a) Falsificación de la marca (art. 31 inc. a); b) La imitación fraudulenta de la marca (art. 31 inc. a); c) El uso de la marca falsificada (art. 31 inc. b); d) La puesta a la venta y la venta de la marca falsificada (art. 31 inc. c); e) La puesta a la venta y venta de productos con la marca falsificada (art. 31 inc. d). En materia de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad las cuestiones penales están regulada por la Ley 24.481 (Patentes y Modelos de Utilidad), su decreto reglamentario n° 290/96 y la Ley 24.425 que ratifica el acuerdo ADPIC.

Sin duda, esta dispersión normativa y su sistema de reenvío entre varias leyes dificulta su aplicación y hace



necesaria una reforma sistemática para que la tutela de los Derechos Intelectuales se adapte a los desafíos actuales, mejorando la técnica legislativa que considere los fenómenos globales que tienen fuerte repercusión en los distintos aspectos que conforman la Propiedad Intelectual, sobre todo desde la irrupción de las tecnologías de la información y la comunicación pública de obras protegidas y sus posibilidades de transmisión y puesta a disposición.

El proyecto de nuevo Código Penal Argentino, se originó en 2017 con el Decreto Nacional 103/17 por el cual se conforma una comisión presidida por el Juez de la Cámara de Casación Penal, Mariano Hernán Borinsky, mediante el programa estatal denominado “Justicia 2020” que constituye una plataforma del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

El proyecto de nuevo Código Penal, deroga las normas dispersas, y se regulan las afectaciones a los Derechos de la Propiedad Intelectual en el Título XXVII del libro segundo. Diferenciándose los delitos contra los Derechos de Autor y los Derechos Conexos, en los arts. 504 a 507 del Capítulo 1. Dedicando el Capítulo 2 a tipificar los delitos contra la propiedad sobre marcas y designaciones (art. 508), y los delitos contra los derechos sobre modelos y diseños industriales (art. 509), y de los delitos contra los derechos sobre patentes y modelos de utilidad (arts. 510 a 512).

Con esta modificación se da un paso más en la Argentina, en el sentido de otorgar autonomía y una jerarquización a los delitos contra los Derechos de autor, a los referidos a modelos y diseños industriales, marcas y patentes, al darle tratamiento integral y específico dentro de un mismo cuerpo, en forma actualizada y sistemática.

El proceso de cambios legislativos en la República Argentina es muy amplio y no existen consensos para que

se lleven a cabo con la velocidad necesaria para cada caso. Es más, el Programa “Justicia 2020” del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, tiene un eje especialmente dedicado a la realización de una nueva Ley de Propiedad, pero si bien la comisión encargada ha realizado una labor compleja, los múltiples intereses en juego, en definitiva, constituyen un obstáculo para su presentación al Congreso Nacional.

### **Fundamento de la protección Jurídica de los Derechos de Propiedad Intelectual**

La importancia y evolución de los Derechos de Propiedad Intelectual, ha llevado necesariamente a que se generen los mecanismos para su protección; su naturaleza corresponde al Derecho Civil y al Derecho Comercial, por ello estas ramas del Derecho han contemplado diversas acciones tendientes a garantizar el reconocimiento y explotación lícita, a los titulares originarios y derivados de los distintos Derechos de Propiedad Intelectual.

La utilización de una obra protegida, en violación a los Derechos de Propiedad Intelectual puede generar para su responsable consecuencias civiles y penales. La protección jurídica de las creaciones u obras confiere a sus autores, y demás titulares de derechos, facultades exclusivas y excluyentes, que deben ser respetadas por todas las personas, y quien o quienes así no lo hicieren serán pasible de acciones civiles que busquen obtener una indemnización económica en virtud de los daños y perjuicios generados <sup>1</sup>, pero también pueden configurar delitos

---

1 En función del art. 1109 del Código Civil, los daños en materia de propiedad Intelectual son, en su mayoría, de carácter



penales, que tienden a castigar a los autores o cómplices y tratar de disuadir en general nuevas infracciones y mitigar los efectos nocivos de dichas violaciones, contemplando principalmente al titular del bien jurídico vulnerado pero también, según el caso, buscan proteger a los posibles adquirentes o consumidores de las obras.

La trascendencia económica y masiva difusión de obras protegidas por Derechos de Propiedad Intelectual, ha llevado ante distintas violaciones, a la intervención del Derecho Penal, como última barrera de protección, si bien ésta no ha sido establecida en forma sistemática y coherente, sino en forma parcializada y desordenada. La protección penal se ha convertido en indispensable, al advertirse que en muchos casos de violaciones a los Derechos de Propiedad Intelectual, las acciones civiles resultan ineficientes o ineficaces para brindar una adecuada protección.

La protección penal, fue plasmándose en las distintas leyes especiales que reglamentaron distintos aspectos relacionados con las obras objeto de la Propiedad Intelectual, sin establecerse un sistema estructurado y completo que integre el Código Penal Argentino, sino que en cada Ley especial se insertaron disposiciones de naturaleza penal, como tipos penales especiales, lo cual genera problemas de interpretación y articulación, que requieren un mayor esfuerzo de armonización para su utilización.

A las deficiencias generadas por la técnica legislativa utilizada debe sumarse una arraigada costumbre social -que no es sólo propia de Argentina, sino que puede observarse también en otros países- que implica cierta iner-

---

extracontractual, debiendo acreditarse el hecho generador del daño y la culpa del responsable.

cia en el comportamiento de gran parte de la sociedad, y consiste en el manifiesto desprecio por el respeto de los Derechos de Propiedad Intelectual, o al menos por algunos de ellos. Este comportamiento cotidiano seguramente tiene una pluralidad de causas <sup>2</sup>, pero observamos que en general se funda en preconceptos erróneos, que pueden manifestarse de distintas maneras. Podemos encontrar casos en los cuales se desconoce la existencia misma de estos derechos, pasando luego por supuestos en los cuales, pese a su reconocimiento, simplemente se niega aplicación o respeto en una actitud de indiferencia o desidia; para concluir llegando al caso más grave, en el cual se conoce su existencia y se decide voluntariamente vulnerarlos o no cumplirlos, buscando evitar las consecuencias de su correcta utilización o hasta justificar la violación concreta con diversas excusas.

Hay que señalar que la característica de “inmateriales” propia de los Derechos de Propiedad Intelectual, sumado a la coexistencia de aspectos patrimoniales y morales en los mismos, genera numerosas dificultades, al momento de hacer efectiva una adecuada protección penal.

A tal punto que, los Estados Unidos de América, frente al enorme avance comercial de los países asiáticos con legislaciones de protección débil de los Derechos de Propiedad Intelectual, denunciaron en el GATT que, *“el esfuerzo intelectual incorporado a las mercancías constituye parte de su propio valor de la misma forma que un insumo material...La insuficiente o ineficaz protección de los elementos intangibles del valor de una mercancía tiene los mismos efectos perjudiciales en el comercio inter-*

---

2 Que pueden ser sociales, económicas, culturales o ideológicas, cuyo estudio profundizado excede los límites de este trabajo.



*nacional que la falta de protección de los derechos de propiedad de las mercancías físicas”. “Más aun, una inadecuada e ineficaz protección a los derechos de propiedad intelectual, por otro lado, generará como consecuencia, que los mercados donde los productos no son reconocidos se vuelvan impenetrables para los productores originales y finalmente se exportan mercaderías infractoras al país donde se producen las auténticas”.*

### **Antecedentes de los Derechos Intelectuales en el Derecho Penal Argentino**

La protección penal de los Derechos Intelectuales, en función de su naturaleza y particularidades ha marcado desafíos que no han sido resueltos de la mejor manera, a la luz de la situación actual.

Si bien como se señaló en el punto anterior, resulta unánime la postura que considera que la protección penal resulta indispensable, la forma en que la misma se ha llevado a cabo en Argentina ha demostrado, en vista a sus resultados, que está lejos de ser satisfactoria.

En la Organización Mundial de Comercio<sup>3</sup>, existe acuerdo sobre que el campo de los Derechos de Propiedad Intelectual comprende “...a las obras literarias, artísticas y científicas; a las interpretaciones de los artistas intérpretes y a las ejecuciones de los artistas ejecutantes, a los fonogramas y a las emisiones de radiodifusión; a las invenciones en todos los campos de la actividad humana; a los descubrimientos científicos; a los dibujos y modelos industriales; a las marcas de fábrica, de comercio y de servicio, así como a los nombres y denominaciones comercia-

---

3 Convenio firmado en Estocolmo en 1967.

*les; a la protección contra la competencia desleal, y todos los demás derechos relativos a la actividad intelectual en los terrenos industrial, científico, literario y artístico*". Lo que fue reafirmado por el acuerdo ADPIC<sup>4</sup>, ya que aquí se determinó que la expresión "Propiedad Intelectual", debe comprender los Derechos de Autor y derechos conexos; las Marcas de fábrica o de comercio; la indicaciones geográficas; los dibujos y modelos industriales; las Patentes; los esquemas de trazado de los circuitos integrados y la protección de la información confidencial no divulgada.

Puede observarse, de lo expresado a lo largo de este trabajo y en sintonía con lo establecido por la Organización Mundial de Comercio, que los Derechos de Propiedad Intelectual están compuestos por varios aspectos o sub-áreas relacionadas, pero que presentan sensibles diferencias entre sí, que deben ser tenidas en cuenta a la hora de establecer un régimen de tutela penal. Como se expresó en el punto anterior, en el Derecho Penal argentino no existe un tratamiento sistemático y global de la protección de estos derechos sino que observamos un sistema disperso basado en disposiciones legales aisladas que aparecen en distintas leyes especiales.

Comúnmente se denomina "piratería" a las infracciones contra la Propiedad Intelectual, pero ello implica una simplificación ya que sólo contempla o tiene en mira un tipo de violación, orientada a defraudar derechos patrimoniales de los autores o creadores, que consiste en aprovecharse de distintas maneras <sup>5</sup> de una obra intelectual sin autorización de su titular.

---

4 Acuerdo de Marrakech del año 1994.

5 En general, se trata de copias o reproducciones ilegales de distintas obras, en formatos de baja calidad.



Como antecedente histórico, podemos citar la adopción por parte de la Provincia de Buenos Aires del proyecto Tejedor como su Código Penal <sup>6</sup>; en él se estableció en su artículo 342 *“El que publicare una producción literaria sin consentimiento de su autor, sufrirá una multa de veinte y cinco a quinientos pesos fuertes, si no hubiese expendido ningún ejemplar. En caso contrario, se duplicará la multa, sin perjuicio del comiso. En las mismas penas incurrirán los que, sin consentimiento del autor, representen o hagan representar una obra dramática, o publique sus invenciones en ciencias o artes”*.

Con lo cual se observa, ya por aquellos años, la voluntad del Estado de brindar una protección de naturaleza penal a los titulares de Derechos Intelectuales, acorde a lo establecido por la Constitución Nacional de 1853, al reconocerle jerarquía constitucional al derecho sobre su obra de todo autor o inventor<sup>7</sup>.

En el año 1910, se sancionó la Ley 7092 sobre propiedad literaria y artística, pero ella carecía de tipos penales, y solo brindaba una protección o tutela de naturaleza civil<sup>8</sup>.

---

6 Básicamente se sancionó este proyecto con algunas modificaciones que rigió desde el año 1877 hasta 1886.

7 El artículo 17 de la CN, prevé que los autores o inventores tienen un derecho de propiedad sobre su obra, y que ella como toda propiedad es inviolable.

8 El artículo 9 establecía que “la publicación ilícita, en el texto original o en una traducción, de una obra dramática o lírica; la ejecución pública de una composición musical, así como la reproducción de cualquier obra artística, sin el consentimiento de los autores, dará lugar a la acción civil por daños y perjuicios que el damnificado puede intentar ante la justicia ordinaria...”.

En 1933, se sancionó la Ley 11.723, denominada de “Propiedad Intelectual”, que rige hasta la actualidad. Posteriormente, fin de brindar la protección otorgada por las Convenciones Internacionales ratificadas por la Argentina, prestando especial atención a la problemática de los fonogramas, se sancionó la Ley 19.963, que modificó la Ley 11.723 incorporando varias figuras penales a su texto.

Existen numerosas posturas doctrinarias sobre la naturaleza jurídica de los delitos que afectan los Derechos de Propiedad Intelectual, que pueden enumerarse como: a) Teoría de la falsificación. b) Tesis de la defraudación. c) Teoría del hurto propio e impropio. d) Hipótesis de la Usurpación o e) Como delitos *sui generis* <sup>9</sup>.

El Derecho Argentino ha sido influenciado en esta temática por la doctrina y legislación española, en especial el Código Penal Español de 1870 y la Ley de Propiedad Intelectual de 1879; por lo tanto las infracciones a los Derechos de Propiedad Intelectual han sido asimilados a las defraudaciones, con lo cual esta asimilación comprende varios supuestos que afectan los Derechos de Propiedad Intelectual, pero no todos ya que, por ejemplo en casos de plagio o violación al derecho de paternidad, observamos que estamos ante un caso de apropiación indebida y no frente a una defraudación.

El fundamento de esta dificultad de encuadramiento en alguna de las figuras penales tradicionales, radica en los distintos derechos o facultades de características tan heterogéneas que conforman el universo de los Derechos de Propiedad Intelectual, sumado a la complejidad que pre-

---

9 Para un abordaje sobre el contenido de cada una de estas posturas puede verse *Código Penal de la Nación comentado y anotado* del Dr. Andrés José D’ALESIO, segunda edición, La Ley, 2009, pág. 8.



sentan muchas obras de ser separadas de sus respectivos soportes físicos, en las que coexisten aspectos patrimoniales y morales, lo que lleva a que una clasificación o análisis resulte válido para una determinada obra artística o científica pero no para otra, de una disciplina o tipo distinto.

La jurisprudencia se ha expedido, explicando esta cuestión expresando que: *“...El conjunto de facultades que integran el derecho intelectual no es susceptible de descomponerse en derechos independientes de naturaleza diversa, ya que este “ius in re intellectuali” es un único derecho que contiene facultades de actuar, con fundamento a la vez patrimonial y extrapatrimonial que acuerda al autor la facultad de obtener y exigir el disfrute de las utilidades económicas de su obra, y otro aspecto, éste extrapatrimonial o moral, que se traduce en el derecho a ser reconocido como el autor de la obra y que se respete la integridad y fidelidad de ésta”*<sup>10</sup>.

Pese a la claridad de la postura sentada en el fallo anteriormente citado, no se ha legislado en forma integral para brindar un sistema de tutela penal para los Derechos de Propiedad Intelectual en su conjunto, sino que se establecieron disposiciones o regímenes especiales en distintas leyes, que establecieron tipos penales y sanciones para cada rama o aspecto particular.

### **Infracciones penales contempladas en el Derecho argentino**

Acorde a lo señalado en los puntos anteriores corresponde analizar las infracciones penales establecidas en

---

10 CNCiv. Sala A, “Lazaridis, hugo A. C/Editorial Perfil S.A.” 01/12/1985. Publicado en La Ley, 1986-B, pág. 258.

las leyes especiales, que reglamentan cada rama o aspecto que integran los Derechos de Propiedad Intelectual.

En este sentido, la Ley 11.723, con la finalidad de ampliar la protección penal, estableció como norma genérica el art. 71, en el que prescribe “*Será reprimido con la pena establecida por el artículo 172 del Código Penal, el que de cualquier manera y en cualquier forma defraude los derechos de propiedad intelectual que reconoce esta Ley*”.

Esta forma de legislar ha sido objeto de numerosas críticas, ya que su redacción abierta, si bien busca contemplar la mayor cantidad de supuesto posibles y con ello establecer una protección amplia, desde una perspectiva penal resulta imperfecta ya que no especifica cuál o cuáles son las conductas reprochadas, haciendo sólo una remisión genérica a cualquier forma de defraudación.

Además realiza, con relación a la pena, una remisión a las previsiones del artículo 172 del Código Penal; esto llevó en un principio a que tanto parte de la doctrina como de la jurisprudencia, entendieran como asimilables las infracciones a la Propiedad Intelectual con el delito de estafa, lo que distorsionaba su correcto análisis ya que el objeto de protección se confunde y con ello se generan conclusiones relacionadas a los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal, que no son verificadas adecuadamente <sup>11</sup>.

De esta forma, la jurisprudencia y la doctrina abrieron paso al cambio de un criterio que para la configuración

---

11 En el fallo “Ferrari de Gnisi”, la Cámara Nacional en lo Criminal Sala III (abril-1-1980, LL 1981-B,16), estableció que la referencia del art. 71 de la ley 11.723 al art. 172 del C.P. es sólo a los fines de la pena (conf. autos “Taubin, Gregorio”, CNCrim. y Correc., Sala IV, 5-08-1980).



de los delitos contra la Propiedad Intelectual exigía la concurrencia de los elementos del delito de estafa, a otro más amplio que no requiere en forma indispensable la existencia del ardid, ya que en función de las particularidades de los Derechos de Propiedad Intelectual, pueden existir supuestos de estafas mediante algún ardid, pero lo cierto es que en muchos casos lo que sucede es que quien comete la acción defraudatoria contra Derechos de Propiedad Intelectual, no genera una disposición patrimonial voluntaria en función de un ardid, engaño o abuso de confianza, sino que en la mayoría de los casos se ejerce o aprovecha ilícitamente de obras protegidas, como si fuera su titular y en muchas ocasiones en desconocimiento total de los derechos de aquéllos, lo cual nos aleja claramente del delito de estafa <sup>12</sup>.

Por lo tanto la idea de “defraudación” que nos trae el artículo 71, debe ser aprehendida o considerada en sentido amplio que comprenda a toda actividad orientada a menoscabar, turbar, afectar, lesionar o perjudicar, los legítimos derechos de los autores.

Siguiendo la técnica legislativa utilizada por el Código Penal, para el capítulo de las estafas y otras defraudaciones, la Ley de Propiedad Intelectual en el art. 72 legisla casos especiales de defraudaciones, remitiendo nuevamente a la pena establecida para ellas, describiéndose acciones o conductas que configuran el tipo penal; en este sentido textualmente establece:

*“Art. 72. - Sin perjuicio de la disposición general del artículo precedente, se consideran casos especiales de de-*

---

12 Para profundizar sobre elementos de la estafa ver “¿Se encuentra legislado el delito de estafa procesal en el Derecho argentino?”, Mauro Fernando LETURIA, Revista Anales n° 38, Ed. La Ley, 2008.

*fraudación y sufrirán la pena que él establece, además del secuestro de la edición ilícita:*

*a) El que edite, venda o reproduzca por cualquier medio o instrumento, una obra inédita o publicada sin autorización de su autor o derechohabientes;*

*b) El que falsifique obras intelectuales, entendiéndose como tal la edición de una obra ya editada, ostentando falsamente el nombre del editor autorizado al efecto;*

*c) El que edite, venda o reproduzca una obra suprimiendo o cambiando el nombre del autor, el título de la misma o alterando dolosamente su texto;*

*d) El que edite o reproduzca mayor número de los ejemplares debidamente autorizados”.*

En el inciso a) encontramos tres acciones típicas que pueden consistir en “editar, vender o reproducir”. Estas acciones tienen en nuestra materia una significación propia, en el sentido de mantener la protección al bien jurídico tutelado. Tal es así que “editar” no sólo se refiere a la actividad desarrollada por editores reconocidos, sino también a cualquier actividad de impresión de obras protegidas; en el mismo sentido debe contemplarse en el segundo supuesto que incluye también casos de permuta, cesión o cualquier otra forma de enajenación, y con relación a la reproducción nótese que el legislador, para evitar discusiones ante supuestos casos de atipicidad, le insertó el aditamento de “*por cualquier medio o instrumento*”, con lo cual se demuestra que toda reproducción, por ejemplo física o digital, se encuentra contemplada en el tipo penal.

Con relación a la clase de obras, la aclaración de “inédita o publicada”, resulta comprensiva de la totalidad de las obras, ya que lógicamente contempla todas las posibilidades, y esto es así ya que las obras o son inéditas porque no han sido conocidas más allá de la esfera priva-



da de su autor, o han sido publicadas por algún medio con lo cual dejan de ser inéditas.

Lo fundamental de este tipo penal radica en que estas acciones en sí mismas pueden ser lícitas, ya que pueden existir contratos tanto de edición como de compraventa de obras o de sus copias o ejemplares, como así también de reproducción, entre otros. Con lo que la frontera entre la licitud o ilicitud de estas conductas radica en si para realizar tales acciones, se contaba con la “*autorización de su autor o sus derechohabientes*”, y si se ha obrado dentro de los límites de esa autorización, con lo cual resulta importante sostener que si el sujeto activo contaba con dicha autorización en forma previa o aun si se le dio en un momento posterior a la realización de cualquiera de los actos, dichas conductas resultarán atípicas <sup>13</sup>.

Esto nos introduce en el análisis de casos complejos, como por ejemplo de supuestos en los que se ha contado con una autorización falsa u otorgada por una persona que no era el verdadero titular del derecho; en estos casos, habrá que adentrarse en el análisis del dolo con que actúa el sujeto activo, ya que este tipo penal requiere dolo directo, es decir que por un lado requiere el conocimiento de dicha circunstancia y por el otro la intención de realizar tal acción con libertad. En este sentido, cualquier circunstancia, como por ejemplo la falta de conocimiento o error excusable sobre la persona que dio su autorización, o falta de intención defraudatoria o la existencia de otra finalidad que motive la conducta, harán inaplicable el tipo penal por falta de dolo, resaltando que el legisla-

---

13 Ello se desprende de lo previsto por los arts. 1329 y 1330 del Código Civil.

dor no ha contemplado la posibilidad de que estos delitos puedan cometerse en forma culposa o negligente.

En el inciso b) se trata un supuesto muy concreto en el cual el sujeto activo que no es el editor contractualmente autorizado “*falsifica obras intelectuales, entendiéndose como tal la edición de una obra ya editada, ostentando falsamente el nombre del editor autorizado al efecto*”. En este caso el sujeto activo toma una obra ya publicada y la falsifica editándola o copiándola de tal manera que trata de hacer creer a los posibles adquirentes que se trata de una obra original. De esta forma la ley presupone que esos ejemplares serán comercializados, y con ello se está defraudando los derechos económicos del editor y del autor, ya que en función de su vinculación contractual en la gran mayoría de los casos, ellos obtienen un lucro por cada ejemplar que se vende. Si bien el delito previsto en el inciso b) no exige la comprobación de esta circunstancia, debe ser tenida en cuenta al efecto de mensurar adecuadamente la conducta del sujeto activo y en su caso entre otros elementos para mensurar la pena a aplicar.

En función de las problemáticas que se fueron detectando con relación a los fonogramas, teniendo en mira las características de estas obras, se hizo necesario establecer normas penales que tiendan a su protección. En forma especializada el legislador introdujo mediante el art. 2° de la Ley 23.741<sup>14</sup> el art. 72 bis, a la Ley 11.723, el que expresamente dispone:

“Será reprimido con prisión de un mes a seis años:

a) *El con fin de lucro reproduzca un fonograma sin autorización por escrito de su productor o del licenciado del productor;*

---

14 Publicada en el Boletín Oficial del 25/10/1989.



*b) El que con el mismo fin facilite la reproducción ilícita mediante el alquiler de discos fonográficos u otros soportes materiales;*

*c) El que reproduzca copias no autorizadas por encargo de terceros mediante un precio;*

*d) El que almacene o exhiba copias ilícitas y no pueda acreditar su origen mediante la factura que lo vincule comercialmente con un productor legítimo;*

*e) El que importe las copias ilegales con miras a su distribución al público”.*

Para estos casos la técnica legislativa ha mejorado sensiblemente al establecer el mínimo y máximo de las penas correspondientes, además de describir concretamente en los distintos incisos las conductas que configuran los tipos penales.

Corresponde señalar que si bien en los tres primeros incisos se exige en forma expresa la finalidad de lucro, esto implica que el sujeto activo haya decidido llevar adelante su conducta motivado por esta finalidad. Ello no se ha hecho con los demás incisos, lo que nos lleva a preguntarnos si es necesario o indispensable que se demuestre esta finalidad o si en estos casos resulta irrelevante la motivación del autor y el delito se consuma en ausencia del ánimo de lucro.

Entiendo que pese a que en los supuestos legislados en los incisos d) y e) no se ha plasmado que deba existir “finalidad de lucro” en el autor, de su lectura y en función de las acciones típicas contempladas -éstas son “almacenar o exhibir o importar”- debe interpretarse que se trata de actividades con contenido económico, y es este aspecto el que principalmente tutela la norma, ya que es difícil imaginar que alguien “almacene o exhiba o importe” este tipo de obras con una finalidad que no tenga algún contenido pecuniario.

Como tipos penales especiales, los artículos 73 y 74 de la Ley 11.723 contemplan acciones relacionadas con las obras teatrales, literarias o musicales. En estos supuestos la ley busca castigar a quienes realicen o hicieren realizar la representación o ejecución pública de este tipo de obras sin la debida autorización o provoquen la suspensión de una ejecución lícita simulando su calidad de autor o titular de los derechos.

Expresamente establece el art. 73 que: *“Será reprimido con prisión de un mes a un año o con multa de MIL PESOS como mínimo y TREINTA MIL PESOS como máximo destinada al fondo de fomento creado por esta ley:*

*a) El que representare o hiciere representar públicamente obras teatrales o literarias sin autorización de sus autores o derechohabientes; b) El que ejecutare o hiciere ejecutar públicamente obras musicales sin autorización de sus autores o derechohabientes”.*

Según el art. 74 *“Será reprimido con prisión de un mes a un año o multa de MIL PESOS como mínimo y TREINTA MIL PESOS como máximo destinada al fondo de fomento creado por esta Ley, el que atribuyéndose indebidamente la calidad de autor, derecho habiente o la representación de quien tuviere derecho, hiciere suspender una representación o ejecución pública lícita”.*

Hay que señalar que corresponde analizarlos en conjunto dado su íntima relación fáctica, es decir se trata de acciones vinculadas, por lo que las reflexiones realizadas son válidas en ambos supuestos.

Si bien no se ha contemplado expresamente que se trata de supuestos de defraudaciones, teniendo en cuenta el sentido amplio dado anteriormente, nada obstaría a considerar que estas acciones deben estar comprendidas allí.



Resulta necesario resaltar la posición tomada por el legislador, al establecer que la pena prevista para estos supuestos es sensiblemente menor a la prescripta para los casos anteriormente señalados. La justificación de esta cuestión no parece sencilla; si bien puede aceptarse que la afectación a los derechos de los autores es de menor intensidad, por las características de las acciones típicas tenidas en cuenta, que consisten en explotaciones breves o efímeras, ello no justificaría por sí solo la magnitud de la diferencia entre las penas.

Lo señalado parece indicar que según el legislador, los delitos previstos en los arts. 73 y 74, de la Ley 11.723 afectan en menor medida los bienes jurídicos protegidos, lo cual puede ser compartido desde una óptica económica, pero hay que señalar que también los derechos de autor están comprendidos por aspectos morales, que pueden ser seriamente afectados, sí por ejemplo el autor del delito ejecuta o representa una obra sin la autorización de su autor, pero que además era inédita y que éste no quería que fuera conocida por el público, con lo cual el pensar que se trata de un delito de menor gravedad que los previstos en los arts. 71, 72 y 72bis, parece al menos muy discutido.

### **Objetivos alcanzados**

\*Se estableció esquemáticamente y en forma breve las temáticas o ramas principales que comprenden los Derechos Intelectuales.

\*Elaboramos los criterios de selección y organización de los contenidos jurídicos que puedan utilizarse en otros campos del Derecho.

\*Se realizó la adecuada articulación de los contenidos, desde una perspectiva sistemática, lógica, didáctica y pe-

dagógica que ubica su fundamento común, en el “acto de creación” resaltando la importancia de su protección penal.

\*Constatamos que el tratamiento jurídico en el ámbito penal dado a los Derechos Intelectuales carece de sistemática o la misma no resulta adecuada, y con ello, verificar la existencia de una gran dispersión normativa.

\*Estudiamos los distintos enfoques históricos y filosóficos de los que se nutrieron los Derechos Intelectuales.

\*Obtuvimos herramientas para la elaboración de criterios de selección y organización de los contenidos jurídicos que puedan utilizarse en otros campos del Derecho con problemáticas similares (Derecho Ambiental, Derecho del Consumidor).

\*Desarrollamos un entrenamiento práctico, sobre la delimitación de cada una de las distintas partes o aspectos que conforman los Derechos Intelectuales, para así establecer sus puntos comunes y sus diferencias.

\*Reflexionamos críticamente sobre el sentido formativo y la conveniencia de mantener el sistema legal actual regulador de los Derechos Intelectuales, para poder proponer futuras modificaciones legislativas.

## **Metodología utilizada**

Con relación a la metodología utilizada es importante señalar que las técnicas y procedimientos de análisis empleados, como requisito indispensable de todo trabajo científico, deben permitir a otros investigadores verificar o corroborar la adecuación de dichas técnicas y procedimientos con el objeto de la investigación, su correcta aplicación al caso concreto y la correspondencia de las conclusiones obtenidas.



La metodología de investigación que se utilizó comprende o combina varios métodos, en función de las necesidades de cada una de sus etapas; así en un primer momento se realizó un estudio histórico comparativo, para luego proceder a efectuar un análisis empírico racional y finalmente deductivo para la obtención de las conclusiones que verifican los planteos realizados en la hipótesis

El presente trabajo consistió en una investigación eminentemente teórica, y se centró en el análisis del estado actual de la legislación vigente relativa a los Derechos Intelectuales y en especial a la fundamentación, caracterización y aplicación de las disposiciones de naturaleza penal, que tienden a brindar tutela jurídica a las personas afectadas por sus violaciones.

Se verificó lo sostenido por la doctrina nacional y extranjera más representativa en la temática mediante un análisis comparativo, a fin de establecer al menos conceptualmente los principales puntos de acuerdo y a partir de allí, mediante la utilización de un método analítico, sistematizar los distintos aspectos o ramas que comprenden los Derechos Intelectuales, y sus características más importantes, que hoy se encuentran dispersos en varias partes del ordenamiento jurídico argentino. Ello fue indispensable para poder luego avanzar en el análisis propuesto de las disposiciones penales.

Para finalizar se recurrió a la utilización de un método racional-deductivo, mediante el cual verificar las deficiencias y falta de sistematización que padece el régimen legal actualmente vigente con la finalidad de proponer alternativas para una futura reforma legislativa acorde a los objetivos oportunamente planteados.

## Resultados

Dada la complejidad de las temáticas abordadas en el proyecto de investigación sus resultados pueden calificarse como sumamente enriquecedores para las ciencias jurídicas.

Si bien la protección penal de los Derechos Intelectuales contempla penas de prisión, su aplicación resulta casi nula, y ello se debe a una suma de factores propios y otros genéricos que están presentes en la aplicación del Derecho Penal y Procesal Penal, en general.

Los primeros comprenden situaciones que van desde la falta de denuncia o cierta aceptación social que estos delitos tienen, que no sólo está presente en la comunidad sino también en las fuerzas policiales y en los órganos judiciales, y se manifiesta con la poca o casi nula persecución que se realiza de estos delitos, que son de acción pública, es decir deben ser perseguidos de oficio por las autoridades correspondientes.

Con relación a la problemática general, la protección de los Derechos Intelectuales, no resulta ajena a las deficiencias que presenta el sistema judicial argentino, esto es la falta de estructuras adecuadas, de recursos, de personal especializado, que frente al cúmulo de cuestiones a resolver, decide priorizar sin un criterio de base legal otras y postergar las relativas a los Derechos Intelectuales, por lo cual las pocas denuncias que se realizan tienen a su vez escasa posibilidad de ser tramitadas con éxito logrando que los autores de dichos delitos reciban la sanción correspondiente.

Con la aplicación efectiva de la ley se reforzaría positivamente los derechos lesionados, esto es por un lado en el caso concreto, el titular de los derechos sería debidamente resarcido y el autor de la violación recibiría la



pena correspondiente. Pero no menos importante sería el efecto de prevención general que se desprende de aquella aplicación individual, que consiste en la reafirmación del Derecho en toda la sociedad, tanto para todos los titulares de otros derechos como para aquellos que estén pensando en violarlos; este aspecto es muy importante ya que en la actualidad se encuentra instalada cierta creencia popular de que ante la violación de los Derechos Intelectuales “no pasa nada”, es decir no hay consecuencia alguna, debilitando así la fuerza de los derechos reconocidos fomentando nuevas violaciones, lo que a su vez retroalimenta un círculo vicioso que aumenta la comisión de nuevos delitos.

En concreto el grupo de investigación ha producido una serie de trabajos y presentaciones preliminares en reuniones científicas, generándose también la publicación de varios trabajos que a continuación se detallan.

Mauro Fernando LETURIA:

Ponente en el III Seminario Internacional. Propiedad Intelectual, Sociedad y Desarrollo. Lecturas no Unívocas, “Derechos Autor, Acto de creación y Animales” Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales. Flacso, Argentina. Realizado el 28 y 29 de noviembre de 2018 en la Ciudad de Buenos Aires.

“Reflexiones sobre la enseñanza de los Derechos Intelectuales en el ámbito Universitario”. Ponencia presentada en el II Congreso Internacional de Enseñanza del Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP. La Plata, Argentina. Realizado el 18, 19 y 20 de abril de 2018. ISBN 978-950-34-1656-3.

“Crónica anual sobre los acontecimientos jurídicos más relevantes del año 2017 en Argentina”, artículo del Anuario de Propiedad Intelectual ASEDA. Publicado en Madrid- España Editorial Reus, año 2018. ISSN: 1889-724X.

“A 30 años de la muerte de Jorge Luis Borges, un análisis de la protección legal de los Derechos de Autor en Argentina a través de las controversias en torno a su obra”. Artículo publicado en el Anuario de Propiedad Intelectual ASEDA. Publicado en Madrid- España Editorial Reus, año 2018. ISSN: 1889-724X.

“El abuso sexual reiterado y el delito continuado. ¿Unidad o pluralidad de conductas?”, trabajo en coautoría con Franco MALIZIA, presentado para su publicación en la Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata. Editorial La Ley año 2018.

“Algunas reflexiones sobre la suspensión del juicio a prueba”. Publicado en la Revista Jurídica Digital del Colegio de Abogados de La Plata, número 78, año 2019. En coautoría con el Dr. Andrés SALAZAR LEA PLAZA.

Expositor en la Jornada sobre “Derechos Intelectuales”. En la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad del Este, realizada el día 6 de junio de 2019.

Adrián Emir GOCHICOA:

“A 30 años de la muerte de Jorge Luis Borges, un análisis de la protección legal de los derechos de autor en argentina a través de las controversias en torno a su obra”, publicado en “Colección de Propiedad Intelectual. Anuario de Propiedad Intelectual 2017”. Publicado en 2018 por Editorial Reus. ISBN: 1889-724X.

Ponente en el 2º Congreso Internacional de Enseñanza del Derecho, organizada por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la U.N.L.P. Ponencia en co-autoría con el Dr. Mauro Fernando LETURIA: “Reflexiones sobre la enseñanza de los Derechos Intelectuales en el ámbito universitario”. ISBN 978-950-34-1442-2.

Ponente en las 2<sup>as</sup>. Jornadas de Investigación Socio Jurídica, organizadas por el Instituto de Cultura Jurídica



ca de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la U.N.L.P. Ponencias en co-autoría con el Dr. Mauro Fernando LETURIA: “Reflexiones sobre la enseñanza de los Derechos Intelectuales en el ámbito universitario” y “Desafíos de la Educación Universitaria. El régimen de defensa de consumidor como instrumento de igualdad para estudiantes de posgrado extranjeros en la Universidad Pública”.

Proyecto de Trabajo Integrador Final presentado en Especialización en Derecho Social, del Trabajo y de la Previsión de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata titulado “La apropiación indebida del empleador de las obras intelectuales realizadas por los trabajadores en relación de dependencia”.

Delfina ARIAS:

Asistente al curso “El Derecho de Autor en el siglo XXI”. Organizado por la Escuela de Verano de la Universidad Complutense de Madrid, durante el mes de julio de 2018.

Asistente a las “II Jornadas de Investigaciones Socio-Jurídicas de la Universidad Nacional de La Plata”. Organizada por el Instituto de Cultura Jurídica de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la U.N.L.P., el 8 de noviembre de 2018.0

Andrés SALAZAR LEA PLAZA:

“A 30 años de la muerte de Jorge Luis Borges, un análisis de la protección legal de los derechos de autor en Argentina a través de las controversias en torno a su obra”, publicado en “Colección de Propiedad Intelectual. Anuario de Propiedad Intelectual 2017”. Publicado en 2018 por Editorial Reus. ISBN: 1889-724X.

“Algunas reflexiones sobre la suspensión del juicio a prueba”. Publicado en la Revista Jurídica Digital del Co-

legio de Abogados de La Plata, número 78, año 2019. En coautoría con el Dr. Mauro LETURIA.

## Conclusiones

En función de lo señalado en el punto anterior corresponde reflexionar sobre la aplicación de las penas previstas y su conveniencia.

El Derecho Penal Argentino, considera que su aplicación debe ser la última *ratio*, esto es que como herramienta jurídica debe recurrirse a ella cuando no quede ninguna otra alternativa o posibilidad de solución del conflicto planteado.

Con este principio debe abordarse cualquier disputa o violación de Derechos Intelectuales; dada su especialidad, toda primera aproximación debe necesariamente contemplar una etapa de negociación, rápida y ágil, que permita al titular de los derechos vulnerados expresar sus agravios y lo que a su entender restablecería el marco de legalidad.

Ha quedado demostrado que la aplicación lisa y llana del Derecho Penal tradicional sin participación de las víctimas, genera un dispendio de recursos valiosos sobre temas que tal vez carecen en la mayoría de los casos de entidad o significación jurídica o económica que justifique tal despliegue judicial. Esto no debe hacer pensar que las pequeñas violaciones no deben ser analizadas, sino que deben tratarse de un modo distinto al actual.

Debe hacerse participar activamente a los titulares de los Derechos y sólo ante la imposibilidad de arribarse a una solución acordada, recurrir a las soluciones provistas por las penas. Ya que el criminalizar en forma automática estas cuestiones es parte de un diagnóstico erróneo en el cual se considera que en todos los casos hay una inten-



ción y decisión clara de vulnerar los derechos protegidos. Esto no puede estar más alejado de la realidad, ya que la práctica judicial de muchos años nos ha demostrado que en la gran mayoría de los casos, las personas imputadas de estos delitos no tuvieron intenciones de defraudar derechos intelectuales: es más, hasta podían llegar a desconocer la falsedad de los productos que utilizaban o comercializaban, o en otros casos eran motivados por un estado de necesidad o indigencia, que realizaban esta actividad de copia y venta de productos en forma ambulante y como medio de subsistencia, con lo cual criminalizar a estas personas claramente genera un perjuicio mayor a la sociedad toda, que aquel que se pretende defender al proteger los Derechos Intelectuales, que dada la magnitud de la infracción demuestra lo desproporcionado de la sanción de prisión que correspondería aplicar.

Se plantean complejas cuestiones de competencia entre las leyes 11.723 y 22.362.

El art. 76 de la ley 11.723 establece que *“El procedimiento y jurisdicción será el establecido por el respectivo Código de Procedimientos en lo Criminal vigente en el lugar donde se cometa el delito”*, de lo cual se desprende que la investigación y el juzgamiento de los delitos establecidos por la Ley de Propiedad Intelectual, corresponde a las Administraciones de Justicia ordinarias de cada provincia.

Pero el art. 33 de la Ley 22.362 establece que *“La Justicia Federal en lo Criminal y Correccional es competente para entender en las acciones penales, que tendrán el trámite del juicio correccional; y la Justicia Federal en lo Civil y Comercial lo es para las acciones civiles, que seguirán el trámite del juicio ordinario”*.

Con lo cual expresamente el legislador determinó que resulta competente para investigar los delitos previstos

por la Ley 22.362 la Justicia Federal, de acuerdo al lugar en el que se cometieron los hechos.

Si bien en ambos casos está claro que cada órgano judicial deberá investigar y juzgar los hechos comprendidos en sus competencias de acuerdo a lo previsto por cada norma, lo que sucede en algunas oportunidades ya que las figuras penales contempladas en ambas leyes son perfectamente diferenciables.

No obstante resulta muy común, por ejemplo en casos de falsificación de películas o discos compactos musicales, que no sólo se copie la obra (protegida por la Ley 11.723) sino que además sus láminas, gráficas o portadas, en la que están las marcas de las compañías productoras o sus logos registrados (protegidos por la Ley 22. 362) son reproducidas y comercializados, con lo cual en la misma acción, se observa que concurren en forma ideal los delitos previstos por los arts. 71 y 72 de la Ley 11.723 y el art. 31 incs. a) y b) de la Ley 22.362.

En estos casos la jurisprudencia ha establecido que si ambas infracciones concurren idealmente, corresponde la intervención de la Justicia Federal, ya que razones de evidente conexidad entre las acciones realizadas y la existencia de un único propósito perseguido por el autor, sumado a la comunidad probatoria que debe necesariamente desplegarse aconsejan que sea un solo Tribunal el que entienda en la causa <sup>15</sup>.

En el Derecho Penal Argentino, se distinguen dos posibles situaciones en relación a los concursos de delitos en general.

---

15 Así lo ha resuelto la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en los fallos “Fontán Juan José s/ inf. ley 22.362” de febrero del año 2004, “Falabella S.A. s/ inf. ley 22362 y 11723” de fecha 4 de abril de 2006, entre muchos otros.



El artículo 54 del Código Penal, prevé el primer supuesto en el cual una única acción o conducta, encuadra en más de un tipo penal legislado, con lo cual el sujeto activo que realiza una única acción típica vulnera o lesiona más de un bien jurídico tutelado; estos casos son denominados concurso ideal o formal.

El artículo 55 del Código Penal, establece la otra posibilidad, que consiste en un conjunto de acciones realizadas por el mismo sujeto, que en forma independiente entre sí, pueden lesionar el mismo o distintos bienes jurídicos; esto presupone que el sujeto activo realizó una acción que se agotó y luego emprendió al menos una o más acciones que pudo consumir o que han quedado en tentativa.

Como se señaló en el punto anterior, resulta muy común que existan casos de concurso ideal entre los delitos previstos por la Ley 11.723 y la Ley 22.362, pero además pueden darse casos donde las infracciones propias que afectan a los Derechos Intelectuales se ven relacionadas con otros tipos penales que analizaremos brevemente.

Relación con el delito de “asociación ilícita”: el artículo 210 del Código Penal, establece que “*Será reprimido con prisión o reclusión de tres a diez años el que tomare parte en una asociación o banda de tres o más personas destinada a cometer delitos por el solo hecho de ser miembro de la asociación.*”

*Para los jefes u organizadores de la asociación el mínimo de la pena será de cinco años de prisión o reclusión”.*

Si bien éste es un delito sumamente cuestionado por los doctrinarios penales, dado que su redacción presenta elementos conflictivos de difícil articulación con el resto de nuestro Código Penal, es posible que en su previsión de “*cometer delitos*” se incluyan infracciones a las leyes que tutelan los distintos Derechos Intelectuales; nótese

que es perfectamente posible que exista una banda u organización cuya actividad principal consista en defraudar derechos de autor o que se dedica a falsificar productos con marcas registradas; en estos casos más allá de verificarse las infracciones propias contempladas en las distintas leyes especiales, si se encuentran presentes los demás elementos previstos por el art. 210 del Código Penal, también serían pasibles de imputación por “asociación ilícita”, delito que como se consignó está más severamente penado.

Relación con el delito de contrabando: el Código Aduanero contempla distintas infracciones y delitos aduaneros, que en esencia buscan proteger al Estado tendiendo a evitar que se vea afectado el debido control aduanero realizado por la Administración Nacional de Aduanas. Si bien ésta es la finalidad primaria del sistema Aduanero, en forma indirecta también se protegen otros bienes jurídicos como las rentas y seguridad de la Nación, pero también este razonamiento se hace extensivo a la protección de los Derechos de Propiedad Intelectual.

Todos los productos, obras de arte y elementos en general que sirven como soporte de Derechos Intelectuales, pueden ser objetos susceptibles de operaciones de importación o de exportación, como mercaderías, y en consecuencia podrán ser al menos en principio, comprensivos de las normas que establecen infracciones o delitos aduaneros.

Corresponde aclarar que la falsificación o violación de los Derechos Intelectuales de un autor o del titular de una marca registrada, son en principio independientes de los hechos constitutivos de las infracciones aduaneras, pero debido a que precisamente el órgano Aduanero realiza el control de las mercaderías que ingresan o egresan del territorio argentino, es éste quien debe de-



tectar y evitar cualquier operación cuyos objetos estén en infracción a las leyes de Propiedad Intelectual. En este tipo de operatorias pueden darse distintos supuestos que referiremos a modo de ejemplo sin pretender agotar el tema; puede haber supuestos de infracciones aduaneras en las que se han realizado declaraciones inexactas <sup>16</sup> en cuanto a la calidad o cantidad de la mercadería, que a su vez puede tratarse sobre mercadería en infracción a la Ley de Marcas. También pueden darse casos de delitos de contrabando <sup>17</sup>, en los cuales la falsificación de las marcas o de los productos sea el ardid propio contemplado en estos delitos de contrabando para configurar la obstaculización del debido control aduanero, ante lo cual nos encontraremos ante un caso de concurso ideal, pero también pueden darse en forma independiente y así permitir que se sancione a los falsificadores o a los autores de las violaciones a los Derechos Intelectuales, detectados por la Administración Nacional de Aduanas y por otro lado a los responsables del delito de tentativa de contrabando.

Relación con el delito de encubrimiento: perfectamente aplicables resultan las disposiciones del artículo 277 del Código Penal, que tipifica el delito de encubrimiento, ya que todos los delitos establecidos en las distintas leyes que tutelan los Derechos de Propiedad Intelectual, son susceptibles de ser encubiertos, ello se desprende de la redacción del art. 277 del Código Penal, que textualmente reza “1-Será reprimido con prisión de seis meses a tres

---

16 Previstas en los arts. 954, 955, 956 del Código Aduanero.

17 Previstos por el art. 947 en el caso de contrabando menor; en los arts. 863, 864 para los casos de contrabando y en los arts. 865, 866 y 867, todos del Código Aduanero, para los casos de contrabando agravado.

*años el que, tras la comisión de un delito ejecutado por otro, en el que no hubiere participado:*

*a) Ayudare a alguien a eludir las investigaciones de la autoridad o a sustraerse a la acción de ésta.*

*b) Ocultare, alterare o hiciere desaparecer los rastros, pruebas o instrumentos del delito, o ayudare al autor o partícipe a ocultarlos, alterarlos o hacerlos desaparecer.*

*c) Adquiriere, recibiere u ocultare dinero, cosas o efectos provenientes de un delito.*

*d) No denunciare la perpetración de un delito o no individualizare al autor o partícipe de un delito ya conocido, cuando estuviere obligado a promover la persecución penal de un delito de esa índole.*

*e) Asegurare o ayudare al autor o partícipe a asegurar el producto o provecho del delito.*

*2- En el caso del inciso 1, c), precedente, la pena mínima será de un mes de prisión, si, de acuerdo con las circunstancias, el autor podía sospechar que provenían de un delito.*

*3-La escala penal será aumentada al doble de su mínimo y máximo, cuando:*

*a) El hecho precedente fuera un delito especialmente grave, siendo tal aquel cuya pena mínima fuere superior a tres años de prisión.*

*b) El autor actuare con ánimo de lucro.*

*c) El autor se dedicare con habitualidad a la comisión de hechos de encubrimiento.*

*d) El autor fuere funcionario público.*

*La agravación de la escala penal, prevista en este inciso sólo operará una vez, aun cuando concurriere más de una de sus circunstancias calificantes. En este caso, el tribunal podrá tomar en cuenta la pluralidad de causales al individualizar la pena”.*



La extensa reglamentación del delito de encubrimiento, posibilita su aplicación con relación a las distintas infracciones a las leyes de Propiedad Intelectual, tanto en su figura básica, como en el tipo agravado ya que por la naturaleza y características propias de este tipo de delitos normalmente se encuentran afectados intereses económicos, por lo cual será factible la aplicación del agravante contemplado con relación a la actuación con ánimo de lucro, pero corresponde señalar que en estos caso el autor del delito de encubrimiento tiene que ser totalmente ajeno a los delitos de defraudación de los Derechos de Propiedad Intelectual, ya que si existiera algún grado de participación en cualquiera de ellos, queda totalmente descartada la posibilidad de que sea imputado a su vez por el delito de encubrimiento.

Pueden existir otros delitos vinculados a las distintas violaciones de los Derechos Intelectuales, como por ejemplo los supuestos de evasión impositiva o el lavado de dinero de origen delictivo, pero en estos casos la relación es meramente tangencial, por lo cual su tratamiento excede los límites de este trabajo.

En cuanto a la técnica legislativa, el proyecto de Código Penal buscará unificar en un solo cuerpo todas las disposiciones que en la actualidad se encuentran dispersas en distintas leyes; así establece el “TÍTULO XXVII. DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD INTELECTUAL”.

Comienza con el Capítulo 1 dedicado a los Delitos contra los derechos de autor y derechos conexos, estableciendo en el art. 504 que: *“Se impondrá prisión de TRES (3) meses a SEIS (6) años o TRES (3) a SETENTA Y DOS (72) días-multa, al que con ánimo de obtener un beneficio económico, directo o indirecto, y sin la autorización previa y expresa del titular de los derechos:*

1º) *Editare, reproducere o fijare en cualquier soporte físico o virtual, una obra, interpretación o fonograma.*

2º) *Ofreciere, exhibiere, pusiere en venta, vendiere, almacenare, distribuyere, importare, exportare o de cualquier otro modo comercializare copias ilícitas de obras, interpretaciones o fonogramas, cualquiera sea el soporte utilizado.*

3º) *Incluyere a sabiendas información falsa en una declaración destinada a la administración de los derechos de autor o derechos conexos, de modo que pueda ocasionar perjuicio al titular de derechos correspondiente o un beneficio injustificado para el infractor o para un tercero.*

4º) *Alterare, suprimiere o inutilizare cualquier medida tecnológica o archivo electrónico que registre información sobre los derechos de autor y derechos conexos, de modo que pueda ocasionar perjuicio al titular de derechos correspondiente o un beneficio injustificado para el infractor o para un tercero.*

5º) *Eludiere de cualquier forma las medidas tecnológicas efectivas incluidas en dispositivos, archivos electrónicos o en señales portadoras, que fueran destinadas a restringir o impedir la reproducción, la comunicación al público, distribución, transmisión, retransmisión o puesta a disposición del público de obras, interpretaciones o fonogramas o emisiones de organismos de radiodifusión.*

6º) *Fijare en cualquier soporte físico o virtual, comunicare al público, distribuyere, retransmitiere o pusiere a disposición del público, de cualquier manera y por cualquier medio, una emisión radiodifundida, incluidos los servicios alámbricos o inalámbricos de suscripción para abonados o autorizados.*

7º) *Captare, de cualquier manera y por cualquier medio, una señal radiodifundida, emitida o transportada, destinada a un régimen de abonados o autorizados.*



8º) *Pusiere a disposición del público obras, interpretaciones, fonogramas o emisiones de organismos de radiodifusión a través de un sistema informático, o las almacenare, efectuare hospedaje de contenidos, los reprodujere o distribuyere. La misma pena se impondrá, al proveedor de servicios de internet que, teniendo conocimiento efectivo de la falta de autorización, continuare permitiendo el uso de su sistema informático para la comisión de las conductas descriptas en este inciso”.*

En este primer tipo penal se enumeran en sus incisos una gran cantidad de acciones que tratan de comprender las diversas situaciones mediante las cuales se puede afectar alguno de los aspectos que conforman los Derechos de Autor. Se tipifican acciones tradicionales pero sobre todo se pone énfasis en comprender casos de afectaciones cometidas a través de medios electrónicos.

El art. 505 dispone que: *“Se aplicará TRES (3) a SETENTA Y DOS (72) días-multa, al que, sin la autorización previa y expresa del titular de los derechos correspondientes, fabricare, almacenare, pusiere a la venta, vendiere, distribuyere o de cualquier otro modo comercializare dispositivos, instrumentos, archivos electrónicos o medidas tecnológicas de cualquier tipo o clase que, de modo principal, permitan la captación o desciframiento ilícitos de una señal radiodifundida o faciliten o produzcan la alteración, supresión, inutilización o elusión de las medidas tecnológicas que sean utilizadas por los autores, intérpretes, productores fonográficos, cinematográficos o audiovisuales u organismos de radiodifusión”.*

En forma novedosa este artículo contempla el accionar de personas que provean los medios o dispositivos que puedan ser usados posteriormente para afectar los Derechos de Autor sobre obras protegidas; desde nuestra opinión, parece una norma de dudosa constitucionalidad

ya que estaría sancionando actos preparatorios de un supuesto delito posterior.

El art. 506 tipifica los casos tradicionales de plagio, estableciendo que: “*Se impondrá prisión de TRES (3) meses a SEIS (6) años o TRES (3) a SETENTAY DOS (72) días-multa, al que:*

1º) *Se atribuyere falsamente el carácter de titular, autor, editor o intérprete de una obra, una interpretación o un fonograma, o una parte de ellos.*

2º) *Mutilare, suprimiere, modificare o alterare el nombre del autor, intérprete, editor o productor, el título o la integridad del contenido de una obra, una interpretación, un fonograma, o una parte de ellos”.*

Para proteger expresamente la afectación de ciertos derechos patrimoniales, especialmente de explotación pública, el art. 507 dispone que: “*Se impondrá prisión de TRES (3) meses a UN (1) año o TRES (3) a DOCE (12) días-multa, al que:*

1º) *Representare o hiciere representar públicamente obras teatrales o literarias sin autorización previa y expresa del titular de los derechos.*

2º) *Ejecutare o hiciere ejecutar públicamente obras musicales sin autorización previa y expresa del titular de los derechos”.*

El Proyecto de Código Penal dedica el Capítulo 2 a tutelar exclusivamente los Delitos contra la propiedad sobre marcas y designaciones, por lo cual dispone en el art. 508 que: “*Se impondrá prisión de TRES (3) meses a SEIS (6) años o TRES (3) a SETENTA Y DOS (72) días-multa, al que:*

1º) *Falsificare o imitare fraudulentamente una marca registrada o una designación.*

2º) *Aplicare o de cualquier otra manera usare una marca registrada o una designación falsificada, fraudu-*



*lentamente imitada o perteneciente a un tercero sin su autorización.*

3°) *Pusiere en venta o vendiere o de cualquier otra manera pusiere en circulación una marca registrada o una designación falsificada, fraudulentamente imitada o perteneciente a un tercero sin su autorización.*

4°) *Fabricare o hiciere fabricar un producto con una marca registrada falsificada o fraudulentamente imitada.*

5°) *Pusiere en venta, vendiere, almacenare, transportare o de cualquier otra manera comercializare un producto o servicio con marca registrada falsificada o fraudulentamente imitada.*

6°) *Organizare, administrare o promoviere la comercialización de productos o servicios con marca registrada falsificada, fraudulentamente imitada o perteneciente a un tercero sin su autorización”.*

El Capítulo 3 es destinado a los Delitos contra los derechos sobre modelos y diseños industriales. El art. 509 establece que: “*Se impondrá prisión de TRES (3) meses a SEIS (6) años o TRES (3) a SETENTA Y DOS (72) días-multa, al que:*

1°) *Fabricare o hiciere fabricar un producto industrial que presente las características protegidas por el registro de un modelo o diseño o sus copias.*

2°) *Con conocimiento de su carácter ilícito, vendiere, pusiere en venta, exhibiere, almacenare, transportare, importare, exportare o de cualquier otro modo comercializare un producto referido en el inciso 1°.*

3°) *Sin tener registrado un modelo o diseño, lo invocare maliciosamente como propio.*

4°) *Vendiere como propios planos de diseños protegidos por un registro ajeno”.*

Con relación a los Delitos contra los derechos sobre patentes y modelos de utilidad, en el Capítulo 4 se dedican

tres artículos que en forma conjunta disponen: art. 510  
“*Se impondrá prisión de TRES (3) meses a SEIS (6) años o TRES (3) a SETENTA Y DOS (72) días-multa, al que:*

1°) *Fabricare o hiciere fabricar un producto en violación de los derechos del titular de la patente o del modelo de utilidad.*

2°) *Utilizare un procedimiento en violación de los derechos del titular de la patente.*

3°) *Importare, vendiere, pusiere en venta, usare, almacenare, transportare o de cualquier otro modo comercializarse, expusiere, o introdujere en el territorio de la REPÚBLICA ARGENTINA un producto en violación de los derechos del titular de la patente o del modelo de utilidad “.*

En el art. art. 511 se establece que: “*Se impondrán las penas establecidas en el artículo 510:*

1°) *Al socio, mandatario, asesor o empleado del inventor o sus causahabientes que usurpare o divulgare un invento aún no patentado pero protegido como secreto, al que hubiera accedido en razón de tal calidad.*

2°) *Al que, corrompiendo al socio, mandatario, asesor o empleado del inventor o de sus causahabientes, obtuviere la revelación del invento.*

3°) *Al que violare la obligación del secreto impuesto en la ley de patentes de invención y modelos de utilidad”.*

Una disposición novedosa es la prevista por el art. 512: “*Se aplicará de TRES (3) a SETENTA Y DOS (72) días-multa, al que sin ser titular de una patente o de un modelo de utilidad, o no gozando ya de los derechos conferidos por éstos, se sirviere en sus productos o en su publicidad de denominaciones susceptibles de inducir al público a error en cuanto a la existencia de ellos”.*

Una de las novedades que introduce el proyecto del nuevo Código Penal es el sistema de días-multa, que es una figura importada del Derecho español que a su vez



tomó como referencia el Derecho escandinavo, como alternativa a las penas de prisión.

Es un tipo de castigo que se adapta de una forma personalizada a cada uno de los condenados, atendiendo exclusivamente a sus posibilidades económicas.

El que tiene más dinero, por lo tanto, pagará más que el que tiene menos.

En el Derecho español fue introducido en 1995 en su Código Penal y se aplicaba tanto a desaparecidas faltas como a los delitos.

Allí la sustitución de la prisión por las penas de día-multa es facultativa del juez.

Esa pena consiste en la imposición de una multa con una cuota diaria que oscila entre un mínimo y máximo en dinero; la concreta cuantía de dicha cuota diaria dependerá de la situación económica del reo, que será deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo.

Por esta razón, los jueces preguntan al imputado, durante el juicio, cuánto gana y cuál es su situación económica.

Asimismo, los jueces y tribunales pueden sustituir la pena de prisión por pena de multa cuando ésta no exceda de un año o cuando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado así lo aconsejen, siempre que no se trate de reos habituales.

En estos casos, cada día de prisión se sustituye por dos cuotas de multa.

En nuestro proyecto de Código Penal, los días-multa se encuentran cuantificados, salvo otra previsión específica, cada uno de los cuales equivaldrá al “DIEZ POR CIENTO (10%)” del valor del depósito establecido para la

interposición del recurso de queja ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

El tribunal determinará la cantidad de días-multa de la condena y su equivalente en moneda de curso legal, o en su caso el monto de la multa, tomando en cuenta, además de las pautas generales del artículo 40, la situación económica del condenado.

También el tribunal, al imponer la multa o por resoluciones posteriores, atendiendo a la situación económica del condenado, podrá acordar un plazo o autorizar el pago en cuotas. En este último caso, el plazo a concederse para el pago total de la multa no podrá exceder de DOS (2) años. Si el condenado no pagase la multa en las condiciones que fije la sentencia, el tribunal procurará su satisfacción haciéndola efectiva sobre los bienes, sueldos u otras entradas del condenado. Si ello no fuese posible podrá también disponer que la multa sea amortizada mediante trabajos no remunerados en favor del Estado o de instituciones de bien público, a razón de un día de trabajo de SEIS (6) horas por cada día-multa con un valor fijo.

Si bien la novedad es importante para los delitos en tratamiento en este trabajo, a efectos de lograr, en caso de ser necesaria, la aplicación de una pena, la técnica legislativa no es la mejor, ya que de la interpretación gramatical surge como primera opción la pena de prisión y luego la opción de días-multa, lo que no se condice con un sistema de progresividad de las penas.

En ese punto entendemos que sería necesaria la modificación en el Código Penal que se sancione, a efecto de evitar confusiones interpretativas que conllevan en un gran dispendio de actividad jurisdiccional y en algunos casos puede llevar a erróneas aplicaciones de penas de prisión.



Si los Derechos Intelectuales son vistos o percibidos por amplios sectores sociales como beneficios o privilegios de algunos pocos, o de elites artísticas o en el peor de los casos, hasta como elementos de dominación de empresas multinacionales, sin duda su conocimiento, difusión y debido cumplimiento será en nuestro país muy dificultoso. Tal es así que se observan manifestaciones muy variadas de supuestos en los cuales los Derechos de Propiedad Intelectual son violados no sólo por sectores de escasos recursos económicos o que padecen situaciones de precariedad estructural. Este fenómeno de incumplimientos masivos atraviesa todas las capas y estratos sociales adquiriendo matices y características propias, hasta llegar a observarse en distintos organismos públicos o académicos como una práctica habitual.

La dispersión normativa y falta de sistematicidad de los distintos tipos penales también atenta contra la adecuada tutela y efectiva protección, por lo tanto veo como un acierto la inclusión de la protección a los Derechos Intelectuales en el anteproyecto de Código Penal. Éste sin duda sería un paso fundamental para comenzar a trabajar en un cambio en las expectativas y jerarquización, lo que favorece la retroalimentación de un círculo virtuoso que lleve a reafirmar un sentimiento de respeto hacia los Derechos Intelectuales y que derrame sus beneficios a toda la sociedad.

Por ello los cambios sociales, económicos, culturales y jurídicos, reclaman que las posturas y mejoras que se propongan contemplen estas situaciones, sean lo más amplias y abarcativas conceptualmente, e incluyan a los titulares de los derechos sin olvidar al resto de la sociedad. Para que al advertirse el conflicto, se tome conciencia de que la realidad actual es mucho más compleja, dinámica y en tensión creciente entre distintas fuerzas, con

lo cual se prevean también las soluciones, desde una visión más pluralista del orden jurídico, más abarcativa de los distintos intereses concretos en pugna, que como dice Luis Díez-PICAZO<sup>18</sup>, “...*los fenómenos jurídicos son sustancialmente fenómenos vitales o modos de presentarse y de acontecer la vida humana. El fenómeno jurídico es algo que cotidianamente le ocurre a las gentes...*”.

---

18 En su obra *Experiencias Jurídicas y teoría del Derecho*, pág. 5, Ariel, Barcelona, 1983.



**Título del proyecto: “Implicancias de los cambios del Código Civil y Comercial, en el Derecho del Consumidor, aplicado a los contratos de transporte de personas y mercaderías”**

**Directora: Rita Cordera Co-Director Mauro Fernando Leturia.**

Investigadores: Andrés Salazar Lea Plaza- Franco Malizia- Adrián Gochicoa - Estefanía Cermele- Cecilia Finocchio- Delfina Arias- Clara Diéguez- Facundo Piccoli Sáez- Carlos Ibarrola y Patricio López.

## **Resumen**

Si bien tanto el Código Civil de la Nación como el Código de Comercio redactados por VÉLEZ SANSFIELD sufrieron numerosas modificaciones, la actualidad se presenta sumamente compleja a partir de la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

El análisis comparativo de las disposiciones del Código Civil y del Código Comercial, ambos derogados, con las reglas que quedaron vigentes propias del Derecho del Consumidor, en relación a lo establecido en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, y los nuevos fenómenos contractuales en el transporte de personas y mercaderías, en especial el sistema aerocomercial denominado “Low Cost”, exigió establecer sus características más importantes y los efectos que generan en los consumidores o usuarios.

El abordaje de estas temáticas complejas implica reconocer que las reglas se encuentran dispersas en varias partes del ordenamiento jurídico argentino, por lo tanto su análisis global fue indispensable para poder luego avanzar en la tarea de armonización propuesta para casos concretos o de determinados contratos como los de transporte.



Al tratarse de ejes temáticos relacionados se busca en general la producción de conocimientos que tenga por resultado esclarecer la aplicación del nuevo Código Civil y Comercial en cada una de las áreas específicas, visibilizando las problemáticas que surgen de vincular las disposiciones generales que conforman el Derecho de Consumo con contratos particulares tales como el de transporte ya se de carga o de pasajeros, tanto en el ámbito marítimo como aeronáutico, en especial con relación a la práctica conocida como “Low Cost”.

En el actual contexto socio-económico, el desafío que presenta brindar una adecuada tutela a los consumidores en distintas áreas implica, dada la creciente importancia que van adquiriendo los viajes o transportes de personas y equipajes, tanto en el orden nacional como internacional, una tarea ardua que comienza con un análisis profundizando de los distintos aspectos normativos generales y su armonización con diversas normativas especiales.

El análisis profundizado de la normativa general del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y las disposiciones particulares vigentes con anterioridad, resulta indispensable para entender la relación con las reglas especiales establecidas en el Derecho Aeronáutico.

Así en la actualidad resulta necesario esclarecer la vigencia de las distintas regulaciones legales y armonizar su aplicación mediante interpretaciones que permitan brindar una adecuada tutela a los usuarios y consumidores que en definitiva somos todos nosotros. Estos desafíos exigen un análisis profundizado de la normativa vigente que fue sancionada para otra realidad económica, para visibilizar las problemáticas de su aplicación concreta y poder así estar en condiciones de efectuar propuestas de

modificaciones o reformas legislativas que estén a la altura del siglo XXI.

## **Introducción**

Parece ineludible tomar como punto de partida la situación internacional que caracteriza al capitalismo, denominado comúnmente “globalización”, proceso del cual la República Argentina no puede mantenerse aislada.

En esta línea argumentativa, sostenemos que la aplicación del régimen de defensa del consumidor en distintos ámbitos constituye una realidad que aumenta constantemente sus alcances atravesando distintas áreas del Derecho y proyectando su influencia a una gran cantidad de situaciones concretas.

Con la sanción del nuevo Código Civil y Comercial se reavivó una vieja controversia: el Derecho Aeronáutico versus el Derecho del Consumidor y usuario. Como trasfondo, aunque no siempre parece mencionarse, se plantean otras controversias referidas al sistema de reparación tarifada que caracteriza al Derecho Aeronáutico, y su justificación frente al sistema de reparación integral de daños que existía en el código de VÉLEZ y que se vuelve a establecer en el C. C. y C., sumado a eso el denominado daño punitivo propio del régimen de defensa de consumidor, y la posibilidad de su aplicación en el Derecho Aeronáutico.

El régimen establecido en la Ley nacional 24.240 y sus modificaciones y las disposiciones pertinentes del Código Civil y Comercial de la Nación, hacen que se configure “una relación de consumo” en la forma más amplia posible permitiendo la inclusión o proyección de sus efectos tuitivos a distintas relaciones jurídicas.



Por ejemplo, el Derecho Aeronáutico, en la actualidad, tiene como el eje central a las empresas aerocomerciales, entendiendo el término empresa tanto en su sentido económico o instrumental, como en su sentido finalista en cuanto implica la idea de una aventura o realización de actividades riesgosas que se presentan en cada vuelo. La aviación primero fue idea, aventura, desafío, fue un sueño que desencadenó la invención del avión. Como idea, desafió a la evolución propia de las especies, a la idea madre de que el ser humano no puede volar, también las reglas de la física, en especial la ley de gravedad que atrae a los cuerpos hacia el centro de la Tierra.

Superando estas dificultades teóricas y con la consolidación de las aeronaves como medio de transporte de personas y cosas, deviene rápidamente la consolidación de un sistema empresarial, y así el fin de lucro asociado a esta actividad y el mayor desarrollo y expansión del mundo aerocomercial. Al elemento o factor económico de organización rápidamente se unió el elemento estatal o político, que por diversos motivos sigue siendo un factor determinante del desarrollo de la actividad aérea.

Con lo cual, en la actividad aeronáutica conviven, no siempre armoniosamente, la iniciativa privada empresarial o comercial, con la intervención de los Estados, que pueden intervenir directamente en un rol empresario como por ejemplo en el caso de aerolíneas nacionales, y como poder público, realizando tareas regulatorias o de control y estableciendo reglas normativas a las que deben atenerse todos los involucrados, por ejemplo, la existencia de un régimen de reparación indemnizatoria que se caracteriza por ser limitado y asegurado propio de la actividad aerocomercial que debe articularse con el desarrollo de reglas generales para justificar la aplicación del régimen de defensa de los consumidores y usuarios.

Esta es la situación concreta de análisis del presente trabajo de investigación, dado que constituye un desafío muy importante lograr una adecuada armonización de las reglas jurídicas con la situación actual de la actividad aérea, en especial en su modelo “Low Cost”.

Para el desarrollo de nuestro trabajo de investigación, planteamos el método de análisis deductivo, para abordar la legislación que regula los diferentes campos de análisis que se abordarán. También se utilizarán los métodos descriptivos clásicos del Derecho para el análisis del marco jurídico general regulatorio.

Asimismo se tendrá como método rector al analítico y/o racional deductivo en cuanto a la interpretación de las normas objeto del presente proyecto.

En definitiva, abordamos las peculiaridades específicas que inciden en el objeto de nuestro estudio y que pretendemos desentrañar. De este universo, se trata de especificar:

- 1-Las cuestiones desconocidas o inexploradas.
- 2-Las cuestiones aún no desarrolladas en el marco referencial descrito.
- 3-Las cuestiones que permitan generar conclusiones adecuadas a la problemática descrita y a la dinámica que la caracteriza.

Además, como técnica metodológica, partiremos de los datos obtenidos, que se sistematizarán y clasificarán, utilizando los métodos de análisis descritos para determinar la pertinencia de cada opinión doctrinaria.

Se recabará en cada punto la jurisprudencia mayoritaria a fin de corroborar si las decisiones judiciales son coherentes con las previsiones legales. La metodología de investigación que se utilizará comprende o combina varios métodos, en función de las necesidades de cada una de sus etapas; así en un primer momento se realizó un es-



tudio histórico comparativo, para luego proceder a efectuar un análisis empírico racional y finalmente deductivo para la obtención de las conclusiones que verifican los planteos realizados en la hipótesis.

Por lo cual, el presente trabajo consiste en una investigación eminentemente teórica, y se centrará en el análisis del estado actual de la legislación vigente relativa a los derechos del consumidor y en especial a la fundamentación, caracterización y aplicación, y su relación con las disposiciones especiales propias de los contratos de transporte de personas o de mercadería.

Se verificó lo sostenido por la doctrina nacional y extranjera más representativa en la temática mediante un análisis comparativo, a fin de establecer al menos conceptualmente los principales puntos de acuerdo y a partir de allí, mediante la utilización de un método analítico, sistematizar los distintos aspectos que hoy se encuentran dispersos en varias partes del ordenamiento jurídico argentino.

## **Desarrollo**

### **1. El Derecho de los Consumidores. Naturaleza. Evolución histórica**

La naturaleza de los derechos del consumidor resulta necesariamente tuitiva o protectoria de un grupo determinado de personas que revisten acorde a la ley la calidad de consumidores finales de productos, bienes o servicios, o están asimiladas a ellos. En función de las características del vínculo jurídico que surge entre un proveedor y un consumidor, que implica un reconocimiento legal de la situación de inferioridad del consumidor frente a su co-contratante, se impone que todo sistema o conjunto de

normas dedicado a esta temática sea tuitivo para garantizar que ambas partes vean satisfechas sus necesidades, sin sufrir afectaciones a sus legítimos derechos, apareciendo el Estado, en sus diversas formas, como garante de tal circunstancia.

Desde una perspectiva histórica el “Derecho del Consumo”, aparece como una rama del ordenamiento jurídico argentino relativamente reciente y en formación; es más, sus primeras manifestaciones fueron sectoriales o temáticas, es decir que no nacieron como un conjunto o cuerpo homogéneo, sino en forma tuitiva ante casos particulares. En el ámbito internacional, las primeras normas que se dictaron en esta materia se referían a la protección de la salud. Así el Derecho del Consumidor fue evolucionando y por ejemplo encontramos que en Inglaterra en 1893 se dictó la “Sale of Goods Act”, que determinaba que las mercaderías debían tener las características y calidades propias acorde a la finalidad para la que estaban destinadas y/o anunciadas. La “Adulteration of food or Drink Act” de 1860, protegía contra alimentos adulterados. La “Pharmacy Act” del año 1868, destinada a la protección contra medicamentos o productos medicinales. En Francia en 1905, se sancionó una ley de naturaleza penal a fin de evitar abusos en alimentos adulterados, teniendo en cuenta la afectación a la salud pública que ello generaba.

Otro hito histórico importante lo constituye el Tratado de Roma del año 1957, por el cual se creó el Mercado Común Europeo, estableciéndose en su artículo 85 limitaciones a los carteles entre empresas, y consignándose en su artículo 86 que el abuso por parte de una empresa de su posición dominante debía ser advertido como perjudicial para los consumidores. También debo destacar, como un antecedente inspirador de la conformación de un marco normativo propio para los consumidores, el mensaje



del Presidente Kennedy del año 1962 al Congreso de los Estados Unidos, en el que expresó la existencia del derecho de los consumidores a ser debidamente informados.

Como principales antecedentes o fuentes normativas de la legislación argentina, se encuentra la Ley 26/1984, que se dictó en España para la defensa de los consumidores y usuarios. Asimismo en Brasil se sancionó la Ley 8087, en 1990, que constituye un verdadero Código de Defensa de los Consumidores y Usuarios.

### **1.1 Legislación vigente**

En la Argentina, con la reforma de la Constitución Nacional realizada en el año 1994, se incorporaron en relación a nuestra temática, los arts. 42 y 43, estableciendo expresamente el primero de ellos que: “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno”, con lo cual se marca la finalidad que debe teñir las relaciones entre las empresas y los consumidores y usuarios.

La legislación aplicable a los consumidores en la República Argentina preponderantemente resultó de la sanción de la Ley nacional 24.240. Dicha ley fue publicada el 15 de octubre de 1993, reglamentada por el decreto 1798/94, y por la resolución 400/94, se delegó su control a la Dirección Nacional de Comercio Interior.

La Ley de Defensa de Consumidor es una norma compleja que contiene disposiciones relativas al Derecho Civil y al Derecho Comercial, pero también artículos de naturaleza administrativa, algunas disposiciones sancionatorias, normas que regulan las asociaciones de consu-

midores, y otra regla que promueve la educación de los consumidores.

Su jerarquía e importancia surge expresamente del artículo 65 que dispone: “La presente ley es de orden público, rige en todo el territorio nacional y entrará en vigencia a partir de la fecha de su publicación en el Boletín Oficial...”.

Por lo tanto, las disposiciones de la Ley 24.240 resultaban, al momento de su sanción originaria, complementarias o integradoras del Código Civil de VÉLEZ SARSFIELD y del Código de Comercio, y desde allí son eminentemente tuitivas o establecidas para la protección del consumidor, sin perjuicio de que en sus sucesivas modificaciones legislativas se ha ido ampliando dicha protección.

Distintos autores argentinos han analizado la temática expresando sus visiones en cuanto a establecer un conjunto normativo propio o específico para proteger a los consumidores, así Farina, propone hablar del “derecho de las relaciones de consumo”; Según Alterini, debe hacerse referencia a “los contratos de consumo” y quien ha ido un poco más lejos es Ghersi, al expresar: “Lo que parecía imposible se hizo realidad; la tantas veces postergadas reformas a de nuestros códigos de fondo, que desde 1987 con el proyecto de Unificación Civil y Comercial se trata de efectuar, se llevó a cabo indirectamente, sin pena ni gloria, por la ley de defensa del consumidor, que al perder su teleología, por mala técnica legislativa termina reformulando gran parte de estos códigos”, este distinguido autor señaló con esta frase muy gráfica, la situación que se generó al sancionarse la Ley de Defensa del Consumidor en el año 1993, y las dificultades de articulación que generó en aquel momento, con las normas vigentes tanto en el Código Civil redactado por Vélez Sarsfield y el Código de Comercio.



Con la reciente sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, se realizó en Argentina la unificación de los códigos señalados en un solo cuerpo normativo, con lo cual se dejó vigente la Ley 24.240, sustituyéndose sus artículos 1, 8, 40 bis, 50 y 52 bis, pero a su vez incorporó en el cuerpo del Código un capítulo exclusivo dedicado al Derecho del Consumo.

Las situaciones negociales en las que intervienen los consumidores constituyen un fenómeno complejo y variable, por ello no puede considerarse que la Ley 24.240, comprende todos los supuestos de protección a los consumidores, sino que junto a las disposiciones constitucionales, sienta principios y presenta algunas soluciones, que pueden ampliarse o modificarse mediante otras leyes que contemplen casos específicos, y también posibilitan la aplicación extensiva de sus principios a casos no previstos, siempre que así se genere una adecuada tutela o protección a los consumidores y usuarios o a las personas asimiladas a ellos.

En función de las posturas y discusiones sobre la mejor forma de incorporar las normas correspondientes al Derecho del Consumidor, de manera armónica con el resto del ordenamiento jurídico vigente, según LORENZETTI se produce en el sistema legal argentino "...una escala de gradación compuesta por a) Los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional; b) los principios y reglas generales de protección mínima y el lenguaje común del Código; c) la reglamentación detallada existente en la legislación especial". A lo que debería agregarse, en función de la estructura federal de la forma de gobierno argentino, las disposiciones legales provinciales y municipales, fundamentalmente relativas a aspectos de procedimiento o de ejercicio o tutela efectiva de los derechos de los consumidores en forma judicial o extrajudicial.

Realizando un análisis de la técnica legislativa adoptada por el ordenamiento jurídico argentino en la actualidad puede señalarse que se ha establecido la existencia de los derechos del consumidor en la Constitución Nacional otorgándole así la máxima jerarquía legal. Se estableció en el Código Civil y Comercial de la Nación y en la Ley 24.240 un conjunto de derechos específicos y principios generales que funcionan como un marco o estándar de protección mínimo, constituyendo así un núcleo duro de protección a todos los consumidores que sea irrenunciable y difícil de modificar. Luego, a través de las leyes especiales se regulan o detallan o disponen condiciones de mayor protección para supuestos particulares, pero que no pueden restringir ni reducir los derechos ya establecidos, que se adaptan mejor en función de la evolución social y económica y permite más rápidamente comprender los cambios que se produzcan en ciertas actividades comerciales. Para concluir, la regulación de los derechos del consumidor se integra con sistemas de normas procesales o de procedimiento, tanto a nivel nacional como provincial y municipal, que permitan, acorde a cada caso y a elección del consumidor, la efectivización o acceso a la protección correspondiente en forma rápida, ágil y gratuita, ya sea en un ámbito judicial, extrajudicial o administrativo.

### **\*El Derecho Aeronáutico atravesado por el Derecho de los Consumidores y Usuarios. Las incorporaciones del nuevo Código Civil y Comercial Argentino**

Podría discutirse si el orden público (como manifestación de imperio del Estado) es uno solo o debería serlo, o si a través de esta temática se vislumbra la distinción y



confrontación de un orden público económico o de dirección por oposición a un orden público protectorio, y más profundamente si en realidad lo que se está discutiendo es la preeminencia del derecho de empresa (aeronáutica, en este caso) frente al derecho de los pasajeros, estos últimos vistos desde la óptica del Derecho del Consumidor como consumidores y usuarios. Estas cuestiones exceden el presente trabajo, pero el trasfondo de la discusión, claramente tiene que ver con ello. Sin desentendernos de dichas cuestiones y tomando una postura al respecto, se intentará exponer y explicitar la incidencia que la sanción del Código Civil y Comercial tuvo en esta temática.

La aplicación del Derecho de Consumidores y Usuarios al Derecho Aeronáutico hoy no es una novedad, lo problemático se refiere a cómo opera esa aplicación. Podríamos decir que formalmente la relación entre estos sistemas normativos comienza desde 1993 en el ámbito legal, y en 1994 en el ámbito Constitucional, ya es toda una relación constituida. Ahora bien, esta relación parece haber nacido conflictiva y en términos contradictorios: una ley de orden público, de orden público protectorio, pero que en materia de contrato de transporte aéreo se aplica supletoriamente. Así por un lado el artículo 65 de la ley 24.240 que señala que "...la presente ley es de orden público, rige en todo el territorio nacional..." y por su parte el artículo 63 que señala que "...para el supuesto de contrato de transporte aéreo, se aplicarán las normas del Código Aeronáutico, los tratados internacionales y, supletoriamente, la presente ley...". Desde la sanción de la ley 24.240 en la jurisprudencia han existido diferentes posturas en torno a la interpretación de este último artículo citado, las que van desde la autonomía absoluta del Derecho Aeronáutico sosteniendo principalmente la supletoriedad que dicho artículo impone, y como consecuencia de ello la

no aplicación del régimen de defensa de consumidor en aquello que esté regulado por normativa perteneciente a aquella rama del Derecho, como las posturas en contrario que sostienen la aplicación irrestricta de Derecho de los Consumidores en virtud de su autonomía normativa y la onda expansiva de la “relación de consumo”. Vale decir que esta confrontación, que se da tanto en el ámbito doctrinario como en el plano jurisprudencial, y la pretendida limitación del Derecho de Consumo se plantea cuando su aplicación se insinúa en materias que tienen una legislación especial, no sólo con el Derecho Aeronáutico. Por último puede señalarse que la tendencia actual se enrola en esta última posición, reavivando esta supuesta controversia el fallo “Sequeira Wolf, German Ariel c/United Airlines Inc s/Sumarisimo” dictado el 27/08/2018.

*Marco normativo regulatorio del contrato de transporte aéreo y de los derechos de los pasajeros*

La temática del transporte aéreo, siguiendo a la doctrina especializada, puede analizarse en lo que se refiere al contrato en sí y lo que se refiere a los derechos de los pasajeros. En este orden de ideas, esta materia está regulada por el Código Aeronáutico, la reglamentación del Contrato de Transporte Aéreo y la regulación de los servicios de transporte no regular o “charters” y los Tratados Internacionales que integran el Sistema de Varsovia que regulan mayormente el contrato de transporte y también en parte el derecho de los pasajeros. Además se aplica el estatuto de defensa de consumidor principalmente en lo referido a los derechos de los pasajeros. Y a esta regulación se le debe sumar hoy el nuevo C. C. y C. en materia tanto del contrato de transporte como lo que se refiere a los derechos de los pasajeros.



En lo que interesa al tema en estudio, específicamente respecto al contrato de transporte aéreo, el mismo se encuentra regulado por el Código Aeronáutico en el Título VI referido a la aeronáutica comercial capítulo I y II principalmente, el Título VII capítulo I principalmente que trata la responsabilidad de las empresas de aeronavegación por los daños causados a pasajeros, equipajes o mercancías transportadas. Estas últimas disposiciones resultan similares a las contenidas en el Convenio Internacional de Varsovia de 1929, como el de Montreal de 1999 sobre la Unificación de ciertas reglas para el Transporte Internacional, en lo atinente a derechos de los pasajeros, a la limitación de responsabilidad del transportador aéreo por lesiones y/o muerte derivadas de accidentes, por retraso, y por pérdida o daños en el equipaje, que también regulan la materia. Y aun más específica es la regulación de la resolución 1532/98 para el transporte aéreo regular, y el decreto 1470/97 y las resoluciones 1532/98 (en subsidio) y 205/98 para el transporte aéreo no regular. A esto debe sumarse el Código Civil y Comercial, que en los artículos 1280, 1281, 1288 y concordantes regula el contrato de transporte, incluyendo el transporte de personas cualquiera sea el medio empleado para realizarlo. Por otro lado, el estatuto del consumidor también regula la cuestión, que jerárquicamente comienza con el artículo 42 de la CN, la ley 24.240 y modif. y el C. C. y C. en sus artículos 1092 a 1122.

Como puede notarse, existe normativa que regula una misma materia, pero desde diferentes ópticas. El Derecho Aeronáutico con una vocación internacional y propia de ser una regulación especialidad, mientras que el Derecho del Consumidor con una vocación proteccionista siendo principalmente territorial. La cuestión que se plantea es si ambos sistemas jurídicos se superponen y excluyen o si

su aplicación puede ser integrada. Así se manifiesta esta problemática principalmente en la confrontación entre ellos respecto a la responsabilidad: por un lado un sistema de responsabilidad limitada por lesiones y/o muerte derivadas de accidentes, por retraso, y por pérdida o daños en el equipaje que caracteriza al Derecho Aeronáutico fundamentado en el riesgo empresarial y en la necesidad del desarrollo de esta actividad económica; por el otro, un sistema de reparación integral mayormente objetivo en cuanto al factor de atribución, que no sólo abarca los supuestos anteriormente enumerados, sino que por la extensión y su vocación de expansión abarca otros supuestos de responsabilidad, y hasta toda la cadena comercial alcanzando inclusive a las agencias de viajes.

*Orden público Protectorio. Orden de prelación normativa. La integración a través del principio protectorio y el principio de interpretación más favorable al consumidor*

Parecería oportuno señalar ciertas reflexiones sobre las nociones de “orden público”, “prelación normativa” e “interpretación normativa”, distinción esta última que hoy resulta clara a la luz de los artículos 1 y 2 del C. C. y C. Cuando se alude a la cuestión de la prelación normativa, se parte de la existencia de una situación de hecho que en principio es alcanzada, regulada o subsumida por dos o más normas jurídicas, y en este sentido lo que se intenta es determinar cuál es la norma o normas jurídicas a aplicar conforme a un orden de prevalencia de una por sobre otra, tanto de manera vertical como de manera horizontal cuando no hay exclusión entre ellas. La cuestión de la interpretación normativa, ocurre lógicamente después aunque a veces intelectualmente en un mismo acto, ya que una vez determinado cuál es la norma jurí-



dica o conjunto de normas jurídicas a aplicar a esa situación de hecho se debe delimitar su naturaleza, alcance y finalidad de la regulación o respuesta normativa para esa situación de hecho. Dicho de otra manera, toda regulación jurídica se hace conforme a un sentido o finalidad, persiguiendo un determinado fin socialmente aceptable o inspirado en una idea supra normativa. Tanto en uno y/u otro momento, se utilizan principios y valores jurídicos como herramientas para realizar dicha tarea. Por último, la cuestión de orden público, si bien será brevemente desarrollada, en principio debe señalarse que en definitiva se trata de la manifestación normativa del poder de imperio del Estado respecto a los ciudadanos, limitando la voluntad de éstos en virtud de una finalidad o sentido. Pero también actúa como contenido mínimo normativo que no puede dejar de aplicarse so pretexto de existencia de otras leyes que regulan la cuestión, cuando el mismo es de índole protectorio. Estas ideas se enrolan en la noble convicción de que el Derecho, objetivamente hablando es uno solo, y si el mismo se encuentra parcializado normativamente, lo es por una cuestión de técnica constitucional y/o legislativa, pero siempre resulta necesaria su integración allí donde las normas jurídicas no se excluyan, y en esta temática a través del principio protectorio. Esto es lo que se intentará desarrollar en este título.

El problema de aplicación del régimen de defensa del consumidor a los derechos de los pasajeros en el contrato de transporte aéreo, se tradujo en un problema de orden de aplicación normativa. Esta cuestión se suscitó en torno al artículo 63 de la ley 24.240 que señala que "...para el supuesto de contrato de transporte aéreo, se aplicarán las normas del Código Aeronáutico, los tratados internacionales y, supletoriamente, la presente ley". Ahora bien que el régimen de Derecho del Consumidor resulta apli-

able, en principio no debería cuestionarse, pero frente a la especialidad, la internacionalidad y autonomía legislativa del Derecho Aeronáutico conforme el art. 2 del Código Aeronáutico, y la supletoriedad que la ley 24.240 establece por un lado, como se señaló se sostuvo hasta la exclusión en el ámbito del Derecho Aeronáutico. Se suma a ello que pese a la mentada supletoriedad, la misma ley 24.240 señala que es una norma de orden público, delimitando otra problemática. Ambos argumentos y conflictos deben ser analizados.

Con relación al orden público en un principio puede señalarse que el hecho de que una norma sea de orden público, implica que la misma o su contenido se inspira en principios o valores que trascienden lo individual para tomar un significado general o social, o dicho de otra manera, que dicha norma se inspira en principios o valores que hacen a la digna subsistencia misma de la sociedad civil, de tal manera que la voluntad de los particulares no puede prescindir de ella. Si una norma es o no de orden público, en relación a la voluntad de las partes, se manifiesta en la clásica distinción entre normas imperativas y supletorias, por la cual las primeras se aplican pese a la voluntad en contrario de las partes (las partes no pueden dejarlas de lado) y las segundas ante la ausencia de dicha voluntad en contrario, y a mayor abundamiento, al estar las primeras inspiradas en el orden público su aplicación se aplica de oficio pese a que los particulares no las invoquen. Así el artículo 21 del Código de Vélez señalaba respecto del orden público, “las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres”. Por su parte el artículo 12 del C. C. y C. establece una norma bastante similar: “...Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes



en cuya observancia está interesado el orden público. El acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa, se considera otorgado en fraude a la ley. En ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir...”. Siguiendo a la doctrina calificada del Derecho del Consumidor el orden público en esta materia implica un límite a la autonomía de la voluntad en todo aquello en lo que se encuentre vinculado a los derechos de los consumidores y usuarios, e imponen a las autoridades administrativas y judiciales su prevalencia. Siguiendo el fallo de la Corte de Mendoza en el caso “Consolidar c/Triunfo Cooperativa”, en especial el voto de Aída Kemelmajer de Carlucci, se suele distinguir entre el orden público de dirección y el orden público de protección, siendo este último el que mayormente caracteriza al Derecho del Consumidor, el cual se aplica a favor de la parte más débil de una relación jurídica. Atento a esto, el orden público implicaría un límite en el contrato de transporte aéreo por cuanto resulta un mínimo indisponible por las partes, en especial en cuanto a lo que se refiere a limitaciones convencionales de responsabilidad, cláusulas abusivas, renuncia anticipada de derechos, publicidad, entre otros. Ahora bien parece que la ley 24.240 es en sí misma contradictoria, ya que impone la creación de un nuevo estilo de orden público, de carácter “supletorio” o atenuado, contrario a su propia naturaleza. Lo cual hoy queda desnaturalizado o resuelto con la sanción del C. C. y C.: como se señala en los fundamentos del proyecto del C. C. y C. “... se propone incluir en el Código Civil una serie de principios generales de protección del consumidor que actúan como una protección mínima, lo que tiene efectos importantes: a.- En materia de regulación, ello implica que no hay obs-

táculos para que una ley especial establezca condiciones superiores. b.- Ninguna ley especial en aspectos similares puede derogar esos mínimos sin afectar el sistema.... c.- También es considerable el beneficio en cuanto a la coherencia del sistema, porque hay reglas generales sobre prescripción, caducidad, responsabilidad civil, contratos, del Código Civil que complementan la legislación especial proveyendo un lenguaje normativo común. d.- En el campo de la interpretación, se establece un diálogo de fuentes de manera que el Código recupera una centralidad para iluminar a las demás fuentes...”.

Y aquí aparece la segunda cuestión: la determinación del orden de prelación normativa. Solucionado eso, una vez que lleguemos a la conclusión de que resulta aplicable el régimen o estatuto de defensa de consumidor, dicha ley debe ser considerada de orden público con todos sus efectos, no pudiendo ser limitada por ninguna otra ley general ni especial. La controversia si en verdad existe un conflicto de prelación normativa, se suscita entre los artículos 3, 63 de la ley 24.240 y 1094 y 963 del C. C. y C., y especialmente con el artículo 42 de la CN con el Derecho u ordenamiento aeronáutico.

Con relación al orden de prelación normativa el artículo 3 de la ley 24.240 señala que dicha ley se integra con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo... en caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor. Las relaciones de consumo se rigen por el régimen establecido en esta ley y sus reglamentaciones sin perjuicio de que el proveedor, por la actividad que desarrolle, esté alcanzado asimismo por otra normativa específica. Este último párrafo resulta esencial y extrañamente olvidado. Pero el artículo 63 de la ley 24.240, como se señaló, estableció la aplicación



supletoria del régimen de defensa de consumidor para el supuesto de contrato de transporte aéreo. Los artículos 1 y 2 del Código Aeronáutico señalan que éste rige la aeronáutica civil en el territorio de la República Argentina, sus aguas jurisdiccionales y el espacio aéreo que los cubre y que si una cuestión no estuviese prevista en este Código, se resolverá por los principios generales del Derecho Aeronáutico y por los usos y costumbres de la actividad aérea; y si aun la solución fuese dudosa, por las leyes análogas o por los principios generales del Derecho común, teniendo en consideración las circunstancias del caso. Con la sanción del Cód. Civil y Comercial el artículo 1094 referido a la interpretación y prelación normativa señala que las 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. En caso de duda sobre la interpretación de este Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor. Y el artículo 963, dentro del título dedicado a los contratos en general, referido a la prelación normativa dispone que cuando concurren disposiciones de este Código y de alguna ley especial, las normas se aplican con el siguiente orden de prelación: a) normas indisponibles de la ley especial y de este Código; b) normas particulares del contrato; c) normas supletorias de la ley especial; d) normas supletorias de este Código.

Para dilucidar esta cuestión, entendemos que la norma de la que debe partirse es el artículo 42 de la CN, que consagra como faro rector el principio protectorio en el ámbito de las relaciones de consumo señalándose que "...los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos...las autoridades

proveerán a la protección de esos derechos...”, norma que se completa hoy por el C. C. y C. que en su artículo 1094 citado anteriormente señala como instrumento de prelación normativa (Aplicación) e interpretación al principio de protección del consumidor. En cuanto a su contenido, su desarrollo excede el presente eje, pero a modo de síntesis y como manifestación de su importancia puede citarse la consideración que la C.S.J.N. realiza en consideración al artículo 42 de la CN: “...Dicha norma revela la especial protección que el constituyente decidió otorgar a los usuarios y consumidores en razón de ser sujetos particularmente vulnerables, y en cuanto al planteo efectuado en autos interesa, dentro del sistema económico actual... Que este principio protectorio juega un rol fundamental en el marco de los contratos de consumo donde, es preciso destacar, el consumidor se encuentra en una posición de subordinación estructural. La lesión a su interés en este campo puede surgir no sólo de cláusulas contractuales en sí mismas, sino de los modos de aplicación de éstas o, simplemente, de conductas no descriptas en el contrato, pero que constituyen una derivación de la imposición abusiva de ciertas prácticas. Es por ello que con el fin de preservar la equidad y el equilibrio en estos contratos, la legislación contempla previsiones tuitivas en su favor en aras de afianzar esta protección preferencial de raigambre constitucional...”. Se señala en la doctrina que este principio se expresa a través de tres formas: el principio *in dubio pro consumidor*, la regla de “la norma más favorable”, y la regla de “la condición más beneficiosa”.

En base a este principio que tiene fundamento y raíz constitucional proyectándose y aplicándose en toda “relación de consumo”, entendemos que se impone de manera directa e integrada la aplicación del régimen de defensa del consumidor y usuarios al ámbito del contrato de



transporte. Conforme al artículo 42 de la CN 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, e implicando tanto el contrato de transporte aéreo como el marítimo causa de una relación de consumo, como se explicará más adelante, este principio resulta aplicable, con sus formas de manifestación. Y el mismo permite determinar la normativa aplicable. Como se señala en la doctrina, el Derecho del Consumidor no sólo se integra y conforma con la Constitución Nacional, la Ley de Defensa del Consumidor, su decreto reglamentario, y hoy con el Código Civil y Comercial, sino además por todas las normas y principios que sean aplicables a la relación de consumo, "...se trata, en definitiva, de un sistema integral para la protección del consumidor y el usuario...". Así, en el caso del contrato de transporte, por un lado frente a las cuestiones o situaciones de hecho que no encuentren regulación jurídica en el Derecho Aeronáutico las mismas deben ser resueltas por el estatuto de defensa de consumidor y usuario aplicándosele directamente, y por el otro frente a cuestiones o situaciones de hecho en donde se encuentre más de una regulación jurídica, en este caso estén reguladas por el Derecho Aeronáutico y a su vez por el régimen de defensa de consumidor, debe prevalecer la norma jurídica más favorable para el consumidor y/o usuario, como manifestación del principio reseñado. Por lo cual, la aplicación del estatuto del consumidor y de su núcleo duro o mínimo de derechos de orden público es siempre directa, por mandato constitucional, modificándose claramente el criterio de supletoriedad del artículo 63 de la ley 24.240. Como señala BAROCELLI "el Derecho del Consumidor se erige como un sistema de normas de fuente constitucional, con carácter esencialmente protectorio de la parte

débil y vulnerable; esto es, de aquellas que adquieren o utilizan bienes o servicios para satisfacer necesidades domésticas, que atraviesa todo el ordenamiento jurídico positivo, poniendo en crisis muchos de sus paradigmas clásicos y resignificando muchos de sus postulados a la luz de sus normas, principios e instituciones cuando se verifica la existencia de una relación de consumo”. Esta idea, hoy se ve reforzada con la sanción del C. C. y C. donde el artículo 1094 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 de acceso al consumo sustentable. En caso de duda sobre la interpretación de este Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor. Y a mayor abundamiento, en los fundamentos del proyecto del C. C. y C. se señala que “... de conformidad con esta perspectiva, se produce una integración del sistema legal en una escala de graduación compuesta por: a) los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional; b) los principios y reglas generales de protección mínima y el lenguaje común del Código; c) la reglamentación detallada existente en la legislación especial. Los dos primeros niveles son estables, mientras que el tercero es flexible y adaptable a las circunstancias cambiantes de los usos y prácticas...”. En concordancia, con lo que en materia contractual establece el artículo 963 del C. C. y C., referido a la prelación normativa dispone que cuando concurren disposiciones de este Código y de alguna ley especial, las normas se aplican con el siguiente orden de prelación: a) normas indisponibles de la ley especial y de este Código; b) normas particulares del contrato; c) normas supletorias de la ley especial; d) normas supletorias de este Código. Ahora bien, a esto se le suma que en la doctrina y en los fundamentos del proyecto



del C. C. y C. se indica que éste consagra lo que se conoce como “diálogo de fuentes” como método para determinar no sólo la ley aplicable, sino para interpretarla cuando para una única situación de hecho existen diferentes normas que lo suponen para su subsunción, como es el caso del contrato de transporte aéreo y los derechos de los pasajeros. Pudiéndose distinguir entre un “diálogo horizontal” entre el C. C. y C. y las leyes especiales, y un diálogo vertical, aunque se lo señala como un “monólogo vertical” entre normas constitucionales y convencionales, como el artículo 42 de la CN con respecto al resto de la normativa aplicable de jerarquía inferior.

Por tal razón, es preciso tener en cuenta que ni la Resolución 1532 ni ninguna otra norma que no sea el Código Aeronáutico o los Tratados Internacionales, puede ser aplicada en desmedro de la protección que el estatuto o régimen del Derecho del Consumidor y Usuarios establecido desde el artículo 42 de la CN, la ley 24.240 y el código Civil y comercial establecen, cuando la cuestión se encuentre en el marco de una relación de consumo, excepto que la aplicación de la normativa del Derecho Aeronáutico resulte de mayor beneficio al usuario o consumidor.

*El contrato de transporte aéreo como contrato de consumo. El pasajero como consumidor*

Para entender al contrato de transporte aéreo como contrato de consumo, debe realizárselo desde una visión integrada conforme anteriormente se ha descrito. Hoy uno de los ejes centrales es la relación de consumo y el consumidor como determinantes del régimen a aplicar. Respecto al contrato de transporte aéreo el mismo se encuentra regulado por el Código Aeronáutico, siendo estas últimas disposiciones similares a las contenidas en el

Convenio Internacional de Varsovia de 1929, como el de Montreal de 1999 sobre la Unificación de ciertas reglas para el Transporte Internacional, en lo atinente a derechos de los pasajeros, a la limitación de responsabilidad del transportador aéreo por lesiones y/o muerte derivadas de accidentes, por retraso, y por pérdida o daños en el equipaje, que también regulan la materia. Y aún más específica es la regulación de la resolución 1532/98 para el transporte aéreo regular, y el decreto 1470/97 y las resoluciones 1532/98 (en subsidio) y 205/98 para el transporte aéreo no regular. A esto debe sumarse el Código Civil y Comercial, que en los artículos 1280, 1281, 1288 y concordantes regula el contrato de transporte, incluyendo el transporte de personas cualquiera sea el medio empleado para realizarlo. Por otro lado, el estatuto del consumidor también regula la cuestión, la cual jerárquicamente comienza con el artículo 42 de la CN, la ley 24.240 y modif. y el C. C. y C. en sus artículos 1092 a 1122.

El C. C. y C. en su artículo 1280 establece que “hay contrato de transporte cuando una parte llamada transportista o porteador se obliga a trasladar personas o cosas de un lugar a otro, y la otra, llamada pasajero o cargador, se obliga a pagar un precio o flete”, aplicándose las disposiciones del Código cualquiera sea el medio empleado para el transporte. El artículo 1288 señala por su parte que “el transporte de personas comprende, además del traslado, las operaciones de embarco y desembarco”. El Código Aeronáutico por su parte en el artículo 92 considera servicio de transporte aéreo a toda serie de actos destinados a trasladar en aeronave a personas o cosas, de un aeródromo a otro.

En la doctrina en general se suele caracterizar al contrato de transporte y al aéreo en particular como un contrato celebrado por adhesión y aun directamente como



un contrato de consumo. A mayor abundamiento, entre los fundamentos del dictado de la resolución 1532/98 se señala que se ha contemplado el carácter adhesivo del contrato del transporte aéreo, donde el usuario representa la parte más débil de la convención. Puede notarse que esta debilidad se concreta en la referencia de la resolución citada a las regulaciones del transportador, las cuales son las normas distintas a las Condiciones Generales del Contrato de Transporte Aéreo, y que son publicadas por el transportador y vigentes a la fecha de emisión del billete, que rigen el transporte de pasajeros y equipajes, incluidas las tarifas y los cargos aplicables en vigor y emitidas por el transportador de acuerdo con la legislación. Las regulaciones del transportador pueden contener cláusulas iguales o más favorables para el pasajero que las establecidas en estas Condiciones Generales del Contrato de Transporte Aéreo.

En estos términos, parece justo que pueda encasillarse al contrato de transporte aéreo de pasajeros en los términos de los artículos 1, 2, 3 de la ley 24.240 y modif. y los artículos 1092 y 1093 del C. C. y C. Así el contrato de transporte aéreo de pasajeros resulta ser causa fuente de una relación jurídica de consumo implicando un vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario (arts. 3 de LDC y 1092 C. C. y C.). Como causa fuente de la relación de consumo es un contrato de consumo, o sea celebrado entre un consumidor o usuario final con una persona humana o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente o con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada, que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los bienes o servicios por parte de los consumidores o usuarios, para su uso privado, familiar o social (art. 1093 del C. C. y C.). Y todo esto por considerarse al transportista como proveedor,

esto es, la persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios (art. 2 de LDC), y al pasajero como un consumidor y/o usuario, esto es la persona física que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social (arts. 1 de LDC y 1092 C. C. y C.).

Como novedad en este punto, puede citarse el fallo “Sequeira Wolf, German Ariel c/United Airlines Inc s/ Sumarisimo” dictado el 27/08/2018 por la sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, donde se indica que “se debe recordar que los pasajeros que contratan los servicios de una aerolínea no son otra cosa que ‘consumidores’ en los términos de la Ley N°24.240, es decir, son parte en una relación de consumo al adquirir los servicios de una empresa -en el caso, dedicada al transporte aéreo internacional-, en forma onerosa y como destinatarios finales, sea en beneficio propio o de su grupo familiar (conf. art. 1º, texto según Ley N°26.361, B.O. 7/4/08)”.

*Los derechos de los pasajeros como usuarios en el contrato de transporte aéreo en el marco de una relación de consumo*

Desde la óptica del estatuto del consumidor como un todo integrado, los derechos de los pasajeros surgen de la regulación del Derecho Aeronáutico y del régimen de defensa de consumidor y usuarios. En otros términos, “... el régimen jurídico aplicable al transporte de personas se integra con las reglamentaciones y los marcos regulatorios y las normas de defensa de la competencia, lealtad



comercial y defensa del consumidor, y particularmente con el artículo 42 de la Constitución Nacional...”.

Respecto al Derecho Aeronáutico el análisis estará principalmente referido al Código Aeronáutico, a la Resolución 1532/98, a los Tratados internacionales, y al C. C. y C.

El Código Aeronáutico regula ciertas cuestiones que se refieren al contrato de transporte aéreo de pasajeros referidos a la prueba del contrato (arts. 113 y 114), y al contenido del billete de viaje (art. 115). Lo que mayor importancia tiene es el régimen de responsabilidad, que sigue la Convención de Varsovia respecto a los límites de responsabilidad y la regulación de los derechos respecto a los pasajeros aéreos. Así en el título VII se regula la responsabilidad del transportista aéreo respecto de los daños causados a los pasajeros y a sus equipajes: se trata de supuesto de responsabilidad contractual con un sistema de imputación subjetiva (arts. 142 y 143), y limitada en cuanto a la extensión de la reparación salvo dolo (art. 147). Específicamente regula los supuestos de responsabilidad del transportista por:

- Lesión o muerte del pasajero (art. 139).
- Destrucción, pérdida o avería del equipaje del pasajero (art. 140).
- Daños por retraso (art. 141).
- Reembolso total o parcial del precio del pasaje por cancelación y/o interrupción del viaje, y en este último caso con más gasto de traslado y estadía (art. 150) y nulidad de las cláusulas eximentes de responsabilidad del transportador (art. 146).

La resolución 1532/98 regula las “Condiciones Generales del contrato de Transporte Aéreo” aplicables al transporte aéreo regular y supletoriamente para el transporte aéreo irregular. En cuanto a los derechos de los pasajeros específicamente establece:

- Derecho a extender la vigencia del pasaje (art. 3 incs. E, F II, III, IV y V), en donde el plazo de vigencia o validez es de 1 año pudiendo extenderse 30 días en caso de enfermedad o incapacidad física del pasajero antes de comenzar el viaje; 45 días cuando la enfermedad o incapacidad física del pasajero se produzca habiendo comenzado el viaje; 45 días se extenderá el pasaje de los que acompañen a un pasajero y se produzca la muerte de este último, o se extenderá la validez del boleto del pasajero cuando haya fallecido un familiar directo habiendo comenzado el viaje.

- Derecho del pasajero a la información (arts. 4 y 12), por el cual se le debe informar al momento de la reserva o contratación las tarifas y condiciones disponibles, escalas o paradas intermedias, cambios de aeronave en la ruta, si es realizado por diferentes transportadores y en este caso las características de los servicios de cada transportador. Si el vuelo es superior a 1 hora y media se debe informar si dicho vuelo tiene servicio de comida incluido o no.

Derecho a mantener la franquicia del equipaje aplicable a la clase de servicio originalmente pagado (art. 9), en caso de cambios involuntarios de ruta.

Derechos frente a la cancelación, demora, negación de embarque por sobreventa, o pérdida de conexión (art. 12), cuando ante circunstancias operativas, técnicas, meteorológicas o de índole comercial el transportador cancela o demora un vuelo o la entrega de equipaje por más de 4 horas o deniega el embarque porque no puede proporcionar espacio previamente confirmado (*overbooking* o sobreventa), o no puede hacer escala en el punto de parada-estancia o de destino del pasajero, o causa a un pasajero la pérdida de un vuelo de conexión para el que tenía una reserva confirmada, el pasajero, tendrá el derecho a su inclusión obligatoria en el vuelo inmediato posterior del



mismo transportador para su destino, o al endoso de su contrato de transporte, incluyendo conexiones con espacio confirmado, cuando sea aceptable para el pasajero, o a ser reencaminado por otra ruta hacia el destino indicado en el contrato, por los servicios del transportador o en los servicios de otro transportador, o por otro medio de transporte, en estos últimos casos sujeto a disponibilidad de espacio. En este último caso si la suma de la tarifa, el cargo por exceso de equipaje y cualquier otro cargo de servicio aplicable por la nueva ruta es mayor que el valor de reintegro del billete o de la porción aplicable del mismo, el pasajero no abonará ninguna tarifa o cargo adicional y el transportador reintegrará la diferencia si la tarifa y cargos para la ruta reprogramada son menores. Y además, el transportador proporcionará al pasajero, sin cargo para el mismo, los siguientes servicios incidentales: comunicación telefónica o cablegráfica al punto de destino y comunicaciones locales, comidas y refrigerios de conformidad con el tiempo de espera que medie hasta el embarque en otro vuelo, alojamiento en hotel, en el aeropuerto o en la ciudad, cuando la demora de un vuelo exceda las 4 horas y transporte terrestre desde y hacia el aeropuerto.

En el plano Internacional por un lado rigió el Convenio Internacional de Varsovia de 1929, el cual se aplica a todo transporte internacional de personas, equipajes o mercancías efectuado, contra remuneración, en aeronave, el cual fue ampliamente modificado por el Convenio de Montreal de 1999 para la Unificación de ciertas reglas para el Transporte Internacional, y en lo referido a los derechos de los pasajeros, se regula un régimen objetivo de imputación y de responsabilidad limitada del transportador aéreo por lesiones y/o muerte derivadas de accidentes, por retraso, y por pérdida o daños en el equipaje.

El C. C. y C. contiene disposiciones aplicables al transporte aéreo de personas, teniendo particular importancia el régimen de responsabilidad. El art. 1286 señala que la responsabilidad del transportista por daños a las personas transportadas está sujeta a lo dispuesto en los artículos 1757 y siguientes, estableciéndose así que la responsabilidad por daños a las personas transportadas se rige por los principios de la responsabilidad por el hecho de las cosas y actividades riesgosas, esto es un régimen de responsabilidad objetivo. Frente a esto debe tenerse presente que el régimen establecido para el transporte aéreo tanto de pasajeros como de cosas por vía aérea por el Convenio de Montreal de 1999 es de responsabilidad objetiva, pero en el transporte aéreo de personas y de cosas en el Código Aeronáutico, es de responsabilidad subjetiva.

Respecto al régimen de consumidor el análisis se centrará en las disposiciones de la ley 24.240 y modif. y en las del C. C. y C. que resultan aplicables.

De las disposiciones del C. C. y C. resultan aplicables los artículos 1094 a 1122 referidos a: - Principio Protectorio para aplicación e interpretación de las leyes que regulan la relación de consumo. Interpretación de leyes y contratos en el sentido más favorable para el consumidor (arts. 1094 y 1095).

- Protección contra las prácticas abusivas en la formación del consentimiento, derecho a trato digno y equitativo (arts. 1096 a 1099).

- Derecho a la información detallada (art. 1100).

- Protección contra la publicidad engañosa (arts. 1101 a 1103).

- Regulación de modalidades especiales: los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales, contratos celebrados a distancia y contratación por medios electrónicos. Derecho de revocación (arts. 1104 a 1116).



- Protección contra cláusulas abusivas (arts. 1117 a 1122).

Respecto al régimen de la ley 24.240 y modif. se puede señalar como disposiciones aplicables, las siguientes:

- Derecho a la información detallada (art. 4).
- Protección contra las prácticas abusivas en la formación del consentimiento, derecho a trato digno y equitativo. Regulación de la oferta de contrato (arts. 37, 8 bis y 7).
- Procesos judiciales abreviados y gratuitos (art. 53 y 55).
- Protección contra publicidad engañosa (art. 8).
- Incumplimiento contractual y responsabilidad objetiva art. 19 y conc.).
- Daño punitivo (art. 52 bis).
- Regulación de modalidades especiales: venta domiciliaria, contratos celebrados a distancia y contratación por correspondencia o medios electrónicos. Derecho de revocación (arts. 32, 33, y 34).

En la jurisprudencia, entre otros casos de aplicación de la ley 24.240, se destacan:

- “LAN Argentina S.A. c/DNCI s/Defensa del Consumidor ley 24.240”, sala V del 21/03/2017; “LAN Chile SA c/ DNCI” Sala I del 29-10-2007; “Lan Airlines SA c/ DNCI s/ defensa al consumirdor”, Sala IV 1/12/2015 de la Cámara Contencioso Administrativo Federal, en todos los cuales se confirma multa por infracción al artículo 34 de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor por incumplimiento al pedido de revocación solicitado por el usuario de las compras de tickets aéreos vía internet. A su vez la obligó a resarcir al denunciante por el monto equivalente a dos canastas básicas según lo establecido en el artículo 40 bis y a publicar la resolución.

- “Aerolíneas Argentinas sucursal Formosa s/Apelación ley provincial Nro. 1480” del 12/07/2013 del Superior

Tribunal de Formosa, en donde se confirma la aplicación por infracción a los artículos 4º, 7º, 8º, 8º bis y 19 de la Ley N° 24.240 y se obliga a abonar el valor de cinco (5) canastas básicas total para el hogar, a favor del reclamante, en concepto de daño directo ordenando la publicación de la parte resolutive en el diario de mayor circulación de la Provincia de Formosa. En igual sentido “López Carlos c/Lloyd Aéreo Boliviano” de la Cám. Fed. Apel. de Tucumán, del 10-09-2004.

- “Fortunato, José c/American Airlines y otros s/Pérdida de Equipaje”, del 4/12/2012 de la CNCiv. y Com. Fed., Sala III, en donde se declara que los pasajeros que contratan los servicios de una aerolínea no son otra cosa que consumidores en los términos de la ley 24.240. Entre las cuestiones aplicables al transporte aéreo está el “Beneficio de gratuidad” del art. 53, el que sólo comprende la tasa judicial. También se manifiesta la posibilidad de aplicar la multa por daño punitivo del artículo 52 bis.

- “Mondelli, Juan Ignacio y otros c/Aerolíneas Argentinas S.A.” del 1/10/2015, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, donde se condena a la demandada por publicidad engañosa e incumplimiento de la oferta, aplicando la sanción prevista en el art. 52 bis de la ley 24.240 por tener una conducta desaprensiva y excesivamente displicente.

- “Varig Linhas Aéreas SA c/Dirección Nacional de Comercio Interior”, CN Apel. Cont. Adm. Fed. Sala I del día 26-11-2011 en el cual se aplica una multa por infracción a los arts. 3 inc. d) y 5 de la resolución SCT n° 104/2005, al art. 34 de la Ley N° 24.240 y al art. 4 de la resolución S1C y M n° 906/98, en razón de no consignar en su página de Internet su número de CUIT, no indicar al consumidor un modo de consulta electrónico de la legislación de defensa al consumidor aplicable al proveedor ni la di-



rección electrónica del organismo nacional de aplicación de la misma y la referencia a los códigos de conducta a los que se estuviera adherido, y omitir efectuar referencia a la facultad de revocación del contrato celebrado a través de Internet.

- “Proconsumer y Otro c/Lan Argentina SA s/Sumarísimo” de la CN Apel. CCom Fed. Sala II del día 19-10-2012, por el cual se declara la competencia ordinaria (Justicia Nacional) por sobre la Federal, habiéndose invocado disposiciones de la ley 24.240. Se señala que la disposición del art. 198 del Código Aeronáutico que prevé la competencia federal para las causas que versen sobre navegación aérea o comercio aéreo en general sólo juega para cuestiones que se relacionen en forma directa con la normativa del Código Aeronáutico (conf. LENA PAZ, Juan A., *Código Aeronáutico de la Nación Argentina. Comentado*, Abeledo-Perrot, 4ª. Edición actualizada, pág. 188).

*Contrato de transporte aéreo de personas celebrado mediante contratación electrónica*

Como consecuencia de sostener la aplicación del régimen de defensa del consumidor, conforme al principio protectorio que lo caracteriza, cuando el contrato de transporte aéreo de pasajeros es celebrado mediante el uso de internet u otros medios a distancia, resultan aplicables los artículos 33 y 34 de la ley 24.240 y los arts. 1105 a 1116 del Código Civil y Comercial. Como se señaló en el eje correspondiente del presente proyecto esta regulación impone específicamente, entre otras cuestiones, el deber de información y consagra el derecho de arrepentirse por el mismo medio por el que se contrató.

Así las cosas, se reitera que en el nuevo ordenamiento jurídico el sistema protectorio contractual se asienta so-

bre la base del sistema de contratación general que prevé nuestro sistema civil, según el cual los contratos pueden celebrarse entre presentes o entre ausentes rigiendo el principio de libertad de formas, en lo que importa a la temática planteada. En estos términos el perfeccionado del contrato se produce cuando la aceptación es manifestada en el momento en el contrato entre presentes, o cuando la aceptación es recibida por el oferente dentro del plazo de vigencia de la oferta en la contratación entre ausentes (art. 980 del C. C. y C). En el régimen de defensa de consumidor, además de esta distinción del Derecho Civil clásico, existe otra: los contratos se clasifican según sean realizados (perfeccionados) dentro o fuera del establecimiento comercial. Así este supuesto encuentra su regulación en el artículo 1104 del C. C. y C. y en el artículo 32 de la Ley de Defensa de Consumidor. Puede señalarse que no se superpone con la clasificación de contrato entre ausentes y entre presentes, ya que el criterio clasificatorio es diferente: la clasificación de contratos de consumo dentro del establecimiento comercial o fuera del establecimiento comercial responde a un criterio del ámbito espacial (territorial), mientras que en la clasificación de contrato entre ausentes y entre presentes el criterio clasificatorio se refiere al ámbito temporal. Tanto el C. C. y C. en los artículos 1104 al 1116, como la LDC en sus artículos 34 a 35, regulan los contratos de consumo celebrados fuera del establecimiento y los contratos de consumo a distancia mediante medios que no impliquen la presencia física de los contratantes en simultáneo. Para ambos supuestos se establece la misma protección referida principalmente a la posibilidad de revocación de la aceptación por parte del consumidor, y a los deberes de información.

Debe señalarse que cuando se exija que el contrato conste por escrito, se debe entender satisfecho si el con-



trato con el consumidor o usuario contiene un soporte electrónico u otra tecnología similar (art. 1106 C. C. y C.). En cuanto a la información, cuando se utilicen técnicas de comunicación electrónica o similares para la celebración de un contrato de consumo a distancia, el proveedor debe informar al consumidor, además del contenido mínimo del contrato y la facultad de revocar, todos los datos necesarios para utilizar correctamente el medio elegido, para comprender los riesgos derivados de su empleo, y para tener absolutamente claro quién asume esos riesgos, debiendo además informar la confirmación por vía electrónica y sin demora la llegada de la aceptación (arts. 1107, 1108 y 1111 del C. C. y C.). En cuanto al derecho de revocar la aceptación, el mismo es irrenunciable, debiéndose ejercer dentro del plazo de 10 días desde la celebración del mismo y las cláusulas, pactos o cualquier modalidad aceptada por el consumidor durante este período que tenga por resultado la imposibilidad de ejercer el derecho de revocación se tienen por no escritos (art. 1110 del C. C. y C.). La revocación debe ser notificada al proveedor por escrito o medios electrónicos o similares, o mediante la devolución de la cosa dentro del plazo de diez días desde la celebración (art. 1112 del C. C. y C.). En cuanto a los efectos, si el derecho de revocar es ejercido en tiempo y forma por el consumidor, las partes quedan liberadas de sus obligaciones correspectivas y deben restituirse recíproca y simultáneamente las prestaciones que han cumplido. Su ejercicio no debe generar gastos para el consumidor (arts. 1113 y 1115 del C. C. y C.). En cuanto al desarrollo completo del contrato de consumo electrónico se remite a dicho eje, pudiendo indicarse que conforme al artículo 33 de la LDC se entiende que hay contratación mediante un medio electrónico cuando la oferta del contrato de consumo y la aceptación del mismo se realicen por esos

medios. Debiendo el proveedor (oferente) confirmar por vía electrónica y sin demora la llegada de la aceptación (art. 1108 del C. C. y C.). Puede señalarse que la contratación por medios electrónicos, al igual que los contratos a distancia, va a ser considerada como contratos entre presentes o entre ausentes dependiendo de si las partes tienen entre sí una comunicación instantánea o inmediata, manifestándose los términos de la voluntad, oferta y aceptación, sin solución de continuidad, traduciéndose en este último caso en una contratación “on-line”.

La jurisprudencia ha aplicado la normativa de la ley 24.240 en materia de contratación electrónica en los fallos ya reseñados: “LAN Argentina S.A. c/DNCI s/Defensa del Consumidor ley 24.240”, sala V del 21/03/2017; “LAN Chile SA c/DNCF” Sala I del 29-10-2007; Lan Airlines SA c/DNCI s/Defensa al Consumidor” Sala IV 1/12/2015 de la Cámara Contencioso Administrativo Federal. También “Varig Linhas Aéreas SA c/Dirección Nacional de Comercio Interior” CN Apel. Cont. Adm. Fed. Sala I del día 26-11-2011.

*El daño punitivo del régimen de defensa del consumidor en el contrato aéreo de transporte de pasajeros.*

La temática sobre daño punitivo fue desarrollada en el eje correspondiente, por lo que para su desarrollo completo y contenido se remite a dicho punto. En particular interesa esta temática, porque pone de relieve el conflicto del régimen de defensa de consumidor y el carácter internacional del Derecho Aeronáutico. El artículo 52 bis de la ley 24.240 consagra el daño punitivo como una multa civil aplicable a las relaciones de consumo, y como se señaló el contrato de transporte aéreo de pasajeros es un contrato de consumo, pero el art. 29 del Convenio de



Montreal 1999 establece la prohibición de daños punitivos en dichos contratos.

El artículo 52 bis de la ley 24.240 señala que al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley. En cuanto a su aplicación a las relaciones de consumo, y siendo el contrato de transporte aéreo de pasajeros un contrato, en principio no deberían quedar dudas. En virtud del principio protectorio que caracteriza e inspira al estatuto de defensa de consumidor, su aplicación deviene en forma directa.

Pero, como se mencionó, uno de los caracteres que se atribuye al Derecho Aeronáutico es la internacionalidad, y su consecuente uniformidad normativa. En este orden de ideas, como se indicó el Convenio de Montreal de 1999 en su artículo 29 señala que “En el transporte de pasajeros, de equipaje y de carga, toda acción de indemnización de daños, sea que se funde en el presente convenio, en un contrato o en un acto ilícito, sea en cualquier otra causa, solamente podrá iniciarse con sujeción a condiciones y a límites de responsabilidad como los previstos en el presente convenio, sin que ello afecte a la cuestión de qué personas pueden iniciar las acciones y cuáles son sus respectivos derechos. En ninguna de dichas acciones se

otorgará una indemnización punitiva, ejemplar o de cualquier naturaleza que no sea compensatoria”.

Ahora, parecería que dichas normas resultan contradictorias y hasta excluyente, pero entendemos que no es así: por un lado, debe señalarse que respecto a los contratos de transporte aéreo regulares e irregulares nacionales, conforme los define el Código nacional, el citado convenio no resulta aplicable, por lo que sí resulta aplicable el artículo 52 bis de la ley 24.240. Por otro lado, en el caso del transporte aéreo internacional, atento a que no todos los países que ratificaron el Convenio Internacional de Varsovia de 1929 que no contiene una norma prohibiendo una indemnización punitiva, ejemplar o de cualquier naturaleza que no sea compensatoria, luego ratificaron el Convenio de Montreal de 1999, resultará aplicable uno u otro según sean aplicables los mismos.

En resumen, sólo cuando sea aplicable el Convenio de Montreal de 1999 podría sostenerse que dicho artículo 29 y su prohibición del daño punitivo resultan aplicables. Pero aun así, podría llegar a cuestionarse su constitucionalidad. Dicho convenio fue incorporado a nuestro Derecho siendo ratificado por Ley 26.451 sancionada el 03-12-2008, y conforme al artículo 75 inc. 22 tiene jerarquía superior a las leyes pero infra constitucional, ya que no se trata de un Tratado sobre derechos humanos, o sea no forma parte del bloque de constitucionalidad. Por lo cual, dicho Tratado internacional, que no tiene jerarquía constitucional, debe adecuarse a nuestra Constitución Nacional, y en este caso específicamente al artículo 42 de la misma. En especial, nótese que dicho artículo señala que “los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos...Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos...”; ahora



bien, parecería que la autoridad legislativa al incorporar a nuestro ordenamiento jurídico una norma internacional que resulta menos protectora y que delega poder de policía o sancionador, implicando en los hechos una situación desigual por la normativa que resulta aplicable, no cumple con dicha manda constitucional.

En la jurisprudencia puede señalarse el caso “Monde-lli, Juan Ignacio y otros c/Aerolíneas Argentinas S.A.” del 1/10/2015, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, donde se condena a la demandada por publicidad engañosa e incumplimiento de la oferta, aplicando la sanción prevista en el art. 52 bis de la ley 24.240 por tener una conducta desaprensiva y excesivamente displicente. Por la postura contraria “C., H. M. R. y otro c/Iberia Líneas Aéreas de España SA s/ incumplimiento de contrato” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala I, del 03/10/2017, que rechaza su aplicación. Se señaló que “teniendo en consideración el carácter supletorio de la ley de Defensa del Consumidor y el mencionado Convenio -Montreal 1999- que restringe expresamente la posibilidad de imponer indemnizaciones de carácter punitivo, forzoso es concluir la imposibilidad de aplicar al presente caso el artículo 52 de la ley de Defensa del Consumidor aludida. Por lo tanto, y sin perder de vista el grosero destrato del que fueron víctimas las actoras propondré al acuerdo la modificación de la sentencia de grado respecto a la imposición del daño punitivo”.

### *El Anteproyecto de Ley de Defensa de Consumidor*

En la actualidad, en el marco del programa Justicia 2020 en la órbita del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, se estableció como una de las iniciativas la re-

forma del régimen de Defensa del Consumidor y/o Usuario. Dicha iniciativa del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación se desarrolla en conjunto con el Ministerio de Producción de la Nación a través de la Dirección Nacional de Defensa del Consumidor.

En lo que interesa a la cuestión aquí tratada se puede señalar lo atinente al daño punitivo y a la aplicación del régimen de defensa de consumidor y/o usuario.

#### *El daño punitivo*

Respecto al daño punitivo en el artículo 118 del anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor se alude a una "...sanción punitiva por grave menosprecio a los derechos del consumidor..." la cual podrá aplicarse de oficio o a petición del consumidor o Ministerio Público Fiscal, ya sea individualmente o en procesos colectivos, a los proveedores que actúen con grave menosprecio hacia los derechos de los consumidores. En cuanto a su monto, se ponderarán las circunstancias del caso como la gravedad de la conducta del proveedor, la repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener con su conducta, el patrimonio del dañador, posibles efectos disuasivos de la medida, entre otras. Indicándose en cuanto al destino de los fondos que la misma implica una multa, y que tendrá los fines que el juez le asigne. Se destaca que si la sanción tiene sujetos pasivos plurales, la responsabilidad por la misma es solidaria.

Puede señalarse que en dicho proceso se amplía la legitimación activa como se habilita la aplicación de oficio, siempre que se resguarde el derecho de defensa (de ahí el apercibimiento o advertencia de su posible aplicación en el traslado de la demanda). Tal vez el aspecto negativo del proyecto de reforma es la limitación cuantitativa del monto de la sanción. Así por un lado, dicho importe no puede ser superior al doble del máximo previsto para la



sanción de multa por el art. 157 inc. 2, el cual es entre uno (1) y cinco mil (5.000) Salarios Mínimos Vitales y Móviles por lo que el monto máximo será de hasta 10.000 Salarios Mínimos Vitales y Móviles. Aparece así la cuestión de su posible incompatibilidad con la función disuasiva de la sanción, ya que desde el lado de la empresa puede preverse como un “costo”, y si es pagable no disuade a ninguna conducta ilícita contra el consumidor. Su aplicación al ámbito del Derecho Aeronáutico y al transporte aéreo queda condicionada al nuevo régimen de aplicación de este régimen protectorio sobre esta materia.

*La aplicación del régimen de defensa del consumidor y/o usuario*

Respecto a la aplicación del régimen de defensa del consumidor y/o usuario al ámbito del Derecho Aeronáutico, específicamente al transporte aéreo, el anteproyecto establece una aplicación concurrente de ambos regímenes a diferencia de la aplicación supletoria que prevé la ley actual.

El artículo 4 del anteproyecto de ley de defensa del consumidor señala que “...al transporte aéreo se aplica el Código Aeronáutico, los Tratados Internacionales de los que la Argentina sea parte, y esta ley, de modo concurrente y de acuerdo a su materia, criterio que se proyecta a la competencia de las autoridades de aplicación...”.

Como puede apreciarse se proyecta una aplicación concurrente y de acuerdo a la materia. En principio se debería descartar la aplicación restringida y/o supletoria que en la actualidad plantea el artículo 63 del régimen vigente. En este orden de ideas debe señalarse que como se indicó el régimen de defensa del consumidor, ya sea la ley 24.240 como la ley que la suplante, debe integrarse no sólo con el Código Aeronáutico y Tratados internacionales, sino también con la Constitución Nacional y

el Código Civil y Comercial. Por lo cual el artículo 4 del anteproyecto de ley de defensa del consumidor deberá integrarse con el Código Civil y Comercial y el artículo 42 de la Constitución Nacional. En esta idea el C. C. y C. en el artículo 1094 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 de acceso al consumo sustentable. En caso de duda sobre la interpretación de este Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor. Y a mayor abundamiento, en los fundamentos del proyecto del C. C. y C. se señala que "...de conformidad con esta perspectiva, se produce una integración del sistema legal en una escala de graduación compuesta por: a) los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional; b) los principios y reglas generales de protección mínima y el lenguaje común del Código; c) la reglamentación detallada existente en la legislación especial. Los dos primeros niveles son estables, mientras que el tercero es flexible y adaptable a las circunstancias cambiantes de los usos y prácticas...". En concordancia con lo que en materia contractual establece el artículo 963 del C. C. y C., referido a la prelación normativa dispone que cuando concurren disposiciones de este Código y de alguna ley especial, las normas se aplican con el siguiente orden de prelación: a) normas indisponibles de la ley especial y de este Código; b) normas particulares del contrato; c) normas supletorias de la ley especial; d) normas supletorias de este Código.

Por lo cual la aplicación concurrente que plantea el anteproyecto no sólo será con el Código Aeronáutico, sino también con el C. C. y C. en la medida en que no se deroguen los artículos que regulan las relaciones de consumo. Además, por formar parte del mismo sistema normativo,



el artículo 4 del anteproyecto debería interpretarse en el sentido que proyecta el artículo 28 de dicho anteproyecto.

### *Diálogo de las fuentes*

Los casos relativos a la protección del consumidor se rigen por el sistema de protección del consumidor, que se integra con la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales de los que la Argentina es parte, en particular las Declaraciones y Convenciones relativas a Derechos Humanos, esta ley, el Código Civil y Comercial y las leyes especiales que regulan aspectos particulares de las relaciones de consumo. Se integra también con la ley de lealtad comercial, y con la ley de defensa de la competencia. La doctrina y la jurisprudencia son una fuente material secundaria. Los jueces deben integrar el derecho aplicable al caso con las diferentes fuentes del sistema, armonizándolas con el fin de maximizar los derechos humanos y fundamentales en juego y de acuerdo a los principios que lo rigen. Ahora bien, este artículo se refiere a lo que en la doctrina y en los fundamentos del proyecto del C. C. y C. se indica que se conoce como “diálogo de fuentes” como método para determinar no sólo la ley aplicable, sino para interpretarla cuando para una única situación de hecho existen diferentes normas que lo suponen para su subsunción, como es el caso del contrato de transporte aéreo y los derechos de los pasajeros. Pudiéndose distinguir entre un “diálogo horizontal” entre el C. C. y C. y las leyes especiales, y un “diálogo vertical” entre normas constitucionales y convencionales y el resto del ordenamiento jurídico Infra constitucional. En este caso el artículo 42 de la CN debe primar con respecto al resto de la normativa aplicable de jerarquía inferior, incluyendo la normativa aplicable al Derecho Aeronáutico, toda vez que las relaciones de consumo que se constituyan o desarrollan en el marco de un contrato de transporte son ma-

teria ajena al Derecho Aeronáutico y propias del régimen de defensa de consumidor.

## **Objetivos alcanzados**

\*Conocer los enfoques históricos y filosóficos de los que se nutrieron los Derechos del Consumidor en general.

\*Se indagó posibles soluciones ya sea de índole legal, doctrinaria y/o judicial. Para cada una de las cuestiones desde una sistemática coherente y sin contradicciones con la norma fundamental, con el objetivo de producir conocimiento, básico y aplicado, en relación al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación: sus modificaciones, fundamentos, alcances y potenciales consecuencias institucionales.

\*Se analizaron los paradigmas y principios jurídicos que lo sustentan, sus fuentes reconocidas; así como también del propio proceso de establecimiento legal y continua reforma.

\*Se realizó un análisis comparativo entre las disposiciones derogadas y las nuevas previsiones del Código Civil y Comercial de la Nación con relación a las disposiciones del Código Aeronáutico.

\*Se obtuvieron herramientas interpretativas que ayudan a proteger al sistema de transporte considerado como una unidad con fines sociales, que contemple adecuadamente los intereses de los transportistas y de los usuarios.

\*Se posibilitó la adecuada articulación de los contenidos, desde una perspectiva sistemática, lógica, didáctica y pedagógica que permita jerarquizar a los consumidores y usuarios.

\*El proyecto generó un entrenamiento práctico, sobre la delimitación de cada una de las distintas partes o as-



pectos que conforman los derechos de los consumidores y usuarios en armonía con otras ramas del Derecho Civil, para así establecer sus puntos comunes y sus diferencias.

\*Se reflexionó críticamente sobre el sentido formativo y la conveniencia de mantener el sistema legal actual regulador de los Derechos del consumidor como fenómeno transversal de distintas ramas del Derecho, o avanzar en su autonomía.

\*Se establecieron criterios sobre prelación normativa e integración contractual del nuevo Código Civil y Comercial Argentino, en relación a la triple regulación que atraviesa al transporte aéreo.

### **Metodología utilizada**

Con relación a la metodología utilizada es importante señalar que las técnicas y procedimientos de análisis empleados, como requisito indispensable de todo trabajo científico, deben permitir a otros investigadores el verificar o corroborar la adecuación de dichas técnicas y procedimientos con el objeto de la investigación, su correcta aplicación al caso concreto y la correspondencia de las conclusiones obtenidas.

La metodología de investigación que se utilizó comprende o combina varios métodos, en función de las necesidades de cada una de sus etapas; así en un primer momento se realizó un estudio histórico comparativo, para luego proceder a efectuar un análisis empírico racional y finalmente deductivo para la obtención de las conclusiones que verifican los planteos realizados.

El presente trabajo consistió en una investigación eminentemente teórica, y se centró en el análisis del estado actual de la legislación vigente relativa a las temáticas que conforman el objeto de estudio y en especial a la fun-

damentación, caracterización y aplicación de las disposiciones de naturaleza civil y comercial, enfocándonos en la tarea de armonizar las interpretaciones que tienden a brindar tutela jurídica efectiva a las personas.

Se verificó lo sostenido por la doctrina nacional y extranjera más representativa en la temática mediante un análisis comparativo, a fin de establecer al menos conceptualmente los principales puntos de acuerdo y a partir de allí, mediante la utilización de un método analítico, sistematizar los distintos aspectos bajo análisis.

El análisis comparativo de las disposiciones del Código Civil y del Código Comercial ambos derogados, con las reglas que quedaron vigentes propias del Derecho del Consumidor, en relación a lo establecido en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, exigió establecer sus características más importantes, que hoy se encuentran dispersas en varias partes del ordenamiento jurídico argentino; ello fue indispensable para poder luego avanzar en la tarea de armonización propuesta para casos concretos o de determinados contratos como los de transporte.

Para finalizar se recurrió a la utilización de un método racional-deductivo, mediante el cual verificar las deficiencias y falta de sistematización que padece el régimen legal actualmente vigente con la finalidad de proponer alternativas para una futura reforma legislativa acorde a los objetivos oportunamente planteados.

## **Resultados**

Dada la complejidad de las temáticas abordadas en el proyecto de investigación sus resultados pueden calificarse como sumamente enriquecedores para las ciencias jurídicas y en especial para la formación de los miembros del equipo de investigación.



En concreto el grupo de investigación ha producido una serie de trabajos y presentaciones preliminares en reuniones científicas, generándose también la publicación de varios trabajos que a continuación se detallan.

### **Mauro Leturia**

Expositor en la Jornada “Capacitación para Abogados, sobre las Derechos del Consumidor y Derechos Intelectuales”, organizado por el CES de América, el Colegio de Abogados de Trenque Lauquen y la UNLP. El 23 de noviembre de 2019, América, Buenos Aires.

Expositor sobre “Sistema Aerocomercial Low Cost”, en el marco de la Primeras Jornadas Interfacultades de Derecho de las Cátedras de Derecho de la Navegación. Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Nordeste. Corrientes 13 de septiembre de 2019. Expositor en la Jornada “Capacitación para Abogados, sobre las modificaciones en el campo contractual en el Código Civil y Comercial de la Nación”, organizado por el CES de América, el Colegio de Abogados de Trenque Lauquen y la UNLP. El 6 de julio de 2019, América, Buenos Aires.

Expositor en la Jornada por “Los 25 años de la Reforma de la Constitución Nacional” realizada en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad del Este. La Plata, Argentina, el 26 de junio del año 2019. Ponencia “El Consumidor y/o Usuario. Jerarquía constitucional. Reflexiones sobre el artículo 42 de la Constitución Nacional. Supuestos discutidos, aplicación al Derecho Aeronáutico”.

Coautor del libro: “Investigaciones sociojurídicas contemporáneas”, publicado en Argentina, Editorial Malisia, año 2019. ISBN: 978-987-8325-15-6.

Autor de: “Crónica anual sobre los acontecimientos jurídicos más relevantes del año 2018 en Argentina” en el

Anuario de Propiedad Intelectual ASEDA. Publicado en Madrid- España Editorial Reus, año 2019. ISSN: 1889-724X.

Autor de: “Representación, mandato y poder. Una encrucijada entre el derecho de forma y de fondo” trabajo en coautoría, publicado en el n° 49 de la Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata. Editorial La Ley, año 2019.

Autor de: “La responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos”. Publicado en el N° 8 la Revista Digital Diagonal al Este, de la Universidad del Este. Año 2019. [https://issuu.com/ude-laplata/docs/revista\\_edicion\\_nro\\_8x](https://issuu.com/ude-laplata/docs/revista_edicion_nro_8x)

### **Adrián Emir Gochicoa**

Ponente en las II Jornadas de Investigación Socio-Jurídicas, organizadas por el Instituto de Cultura Jurídica de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la U.N.L.P. Ponencia en co-autoría con el Dr. Mauro Fernando LETURIA: “Desafíos de la Educación Universitaria. El régimen de defensa de consumidor como instrumento de igualdad para estudiantes de posgrado extranjeros en la Universidad Pública”.

Proyecto de Trabajo Integrador Final presentado en Especialización en Derecho Social, del Trabajo y de la Previsión de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata titulado “La apropiación indebida del empleador de las obras intelectuales realizadas por los trabajadores en relación de dependencia”.

### **Delfina Arias**

Asistente a las II Jornadas de Investigaciones Socio-Jurídicas de la Universidad Nacional de La Plata. Organizadas por el Instituto de Cultura Jurídica de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la U.N.L.P., el 8 de noviembre de 2018.0



## Conclusiones

En función de lo señalado en la presente investigación el desafío que presenta la realidad actual convoca a brindar una adecuada tutela a los consumidores en distintas áreas o temáticas, dentro de las cuales se encuentra el transportes aéreo de personas y de mercaderías, tanto en el orden nacional como internacional. Desde lo jurídico exige un análisis profundizado de los distintos aspectos normativos generales y su armonización con diversas normativas especiales.

La temática del transporte aéreo está regulada por el Código Aeronáutico, la reglamentación del Contrato de Transporte Aéreo y la regulación de los servicios de transportes no regular o “charters” y los Tratados Internacionales que integran el Sistema de Varsovia que regulan mayormente el contrato de transporte y también en parte el derecho de los pasajeros, y hoy en parte por el C. C. y C. Por su parte el estatuto del consumidor también regula la cuestión la cual jerárquicamente comienza con el artículo 42 de la CN, la ley 24.240 y modif. y el C. C. y C. en sus artículos 1092 a 1122.

Como se señala en nuestra investigación ambos sistemas normativos regulan jurídicamente una misma porción de la realidad, el contrato de transporte aéreo de personas y mercaderías, pero lo hacen desde ópticas o visiones diferentes, lo que conlleva a falta de armonización a soluciones a veces contrapuestas si no se tiene una única visión integradora.

La conexión normativa entre estos diferentes sistemas jurídicos surge en general del artículo 3 y en particular del artículo 63 de la ley 24.240 como se señaló, resultando lógico desde el punto de vista legislativo por cuanto dicha ley es posterior al Código Aeronáutico, y en sí la

problemática que justifica en definitiva el Derecho del Consumo deviene posterior a la del transporte aéreo. Lo cierto es que, como se señaló, las relaciones de consumo se rigen por el régimen establecido en la ley 24.240 y sus reglamentaciones sin perjuicio de que el proveedor, por la actividad que desarrolle, esté alcanzado asimismo por otra normativa específica. Se puede concluir que la naturaleza de los derechos del consumidor resulta necesariamente tuitiva o protectoria de un grupo determinado de personas que revisten acorde a la ley la calidad de consumidores finales de productos, bienes o servicios, o están asimiladas a ellos, caracterizados por una situación de inferioridad del consumidor frente a su co-contratante. Como se indicó, esta protección encuentra también su fundamento desde una perspectiva histórica.

Es desde esa visión que debe construirse la respuesta normativa, tomando como punto de partida el artículo 42 de la CN que consagra como faro rector el principio protectorio en el ámbito de las relaciones de consumo señalándose que “...los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos...las autoridades proveerán a la protección de esos derechos...”. Como surge de nuestra investigación, esa finalidad protectoria del orden público del Derecho del Consumo no se contrapone ni excluye los fundamentos económicos y empresariales que inspiran la normativa referida al transporte aéreo.

La presente investigación pone de manifiesto a través del análisis jurisprudencial sobre la colisión en concreto de ambos regímenes jurídicos, que la aplicación de uno por sobre el otro o de ambos en forma integrada está lejos de seguir un criterio uniforme o unívoco. Pudiendo distinguirse situaciones comunes a ambos regímenes jurídi-



cos pero reguladas sólo por uno de ellos o bien regulado por ambos regímenes, ya sea resultando uno más amplio que otro o con soluciones contrapuestas.

Resultan evidentes las problemática que se refieren a la responsabilidad, donde colisionan por un lado un sistema de responsabilidad limitada para los supuestos de lesiones y/o muerte derivadas de accidentes, por retraso, y por pérdida o daños en el equipaje (propias del Derecho Aeronáutico fundamentado en el riesgo empresarial y en la necesidad del desarrollo de esta actividad económica), y por el otro, un sistema de reparación integral mayormente objetivo en cuanto al factor de atribución, que no sólo abarca los supuestos anteriormente enumerados, sino que por la extensión y su vocación de expansión abarca otros supuestos de responsabilidad, y hasta toda la cadena comercial alcanzando inclusive a las agencias de viajes (Derecho del Consumidor).

Pero es en la aplicación del instituto del daño punitivo donde ambos sistemas normativos resultan contradictorios conforme se detalló, consagrándose y regulándose en el Derecho del Consumidor y excluyéndolo en el marco del transporte aéreo internacional.

Se insiste en que existe normativa que regula una misma materia, pero desde diferentes ópticas. El Derecho Aeronáutico con una vocación internacional y por contar con una regulación especial, mientras que el Derecho del Consumidor con una vocación proteccionista del consumidor, teniendo como característica una aplicación netamente territorial.

Y es aquí donde el C. C. y C. entendemos viene a dar luz regulando sobre la prelación normativa principalmente. Así la cuestión de la prelación normativa, en donde se parte de la existencia de una situación de hecho que en principio es alcanzada, regulada o subsumida por dos

o más normas jurídicas, y en este sentido lo que se intenta es determinar cuál es la norma o normas jurídicas a aplicar conforme a un orden de prevalencia de una sobre otra, tanto de manera vertical como de manera horizontal cuando no hay exclusión entre ellas.

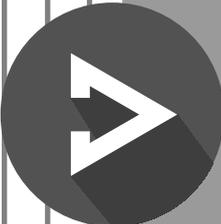
Como se señala en los fundamentos del proyecto del C. C. y C. “...se propone incluir en el Código Civil una serie de principios generales de protección del consumidor que actúan como una protección mínima, lo que tiene efectos importantes: a.- En materia de regulación, ello implica que no hay obstáculos para que una ley especial establezca condiciones superiores. b.- Ninguna ley especial en aspectos similares pueda derogar esos mínimos sin afectar el sistema.... c.- También es considerable el beneficio en cuanto a la coherencia del sistema, porque hay reglas generales sobre prescripción, caducidad, responsabilidad civil, contratos, del Código Civil que complementan la legislación especial proveyendo un lenguaje normativo común. d.- En el campo de la interpretación, se establece un diálogo de fuentes de manera que el Código recupera una centralidad para iluminar a las demás fuentes...”. Agregándose que “se produce una integración del sistema legal en una escala de graduación compuesta por: a) los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional; b) los principios y reglas generales de protección mínima y el lenguaje común del Código; c) la reglamentación detallada existente en la legislación especial. Los dos primeros niveles son estables, mientras que el tercero es flexible y adaptable a las circunstancias cambiantes de los usos y prácticas...”.

Normativamente esta integración se regula en los artículos 1094, 963 del C. C. y C., lo que permite entender al contrato de transporte aéreo como contrato de consumo, desde una visión integrada conforme anteriormente se ha



descrito, y partiendo del artículo 42 de la CN se entiende que uno de los ejes centrales es la relación de consumo y el consumidor como determinantes del régimen a aplicar.

**Nuevos  
proyectos**





## Nuevos Proyectos

Asimismo también durante el año 2019, se realizó la convocatoria para nuevos proyectos de investigación correspondientes al año 2020, habiendo sido aprobados por el Consejo Superior cinco nuevos proyectos:

1 - “Alcances de la *probatio* de redes sociales en el fuero civil y comercial y de familia de los Departamentos Judiciales de La Plata y de Quilmes, para la demostración del *thema probandum*”

Director: Dr. Mauro Fernando Leturia.

Codirector: Dr. Pablo Puente.

Investigadores: María Lis Amaya, Pereyra Camila Denisse, Bardón Noelia, Herrera Carolina.

2- “Los impuestos en la República Argentina a la luz de la perspectiva de género”

Director: Leonardo Behm.

Codirector: Mercedes Araceli Sastre.

3- “La valoración del testimonio en el marco del proceso penal”

Director: Dr. Santiago M. Irisarri.

Codirector: Dr. Israel Turano.

Investigadores: Carrasco Fuensalida, Abraham-Galván, María Fernanda-Trybalski Eichholz, María Isabel.

4- Proyecto Derecho marítimo y Aeronáutico.

Directora Rita Cordera.

Investigadoras: Maria Jazmin Garcia-Alt Karen

5- “Entes Reguladores y Servicios Públicos domiciliarios. ¿Han sido eficaces en su cometido? Análisis a 25 años de su reconocimiento constitucional”.

Director: Dr. Hernán Lombardia.

Codirector: Dr. Francisco López Simpson.

Investigadores: Rincon, Ricardo German-Cutini, Guillermina-Yeger, Toribio Alfredo Horacio- Reboredo, Francisco-Fernández Ruiz, Gloria Analía.



## • **Publicación de los trabajos del Primer Concurso de Artículos de Divulgación Científica- UDE 2019**

Durante el año 2019, gracias al fuerte apoyo institucional y económico de la Universidad del Este se realizó la convocatoria al Primer Concurso de Artículos de Divulgación Científica UDE 2019, a la cual acudieron números profesores y miembros de la comunidad académica en general presentando trabajos inéditos que fueron evaluados por el Jurado mediante un sistema de “doble ciego” por el cual los autores presentaron sus trabajos bajo seudónimo y una vez concluida la evaluación y realizado el orden de mérito, recién pudieron abrirse los sobres cerrados en los cuales los autores reconocían su trabajo y el seudónimo utilizado para su realización.

Los trabajos premiados fueron:

- 1º Premio: Seudónimo “A.D.M.L.A.” trabajo: “La doble moral sexual a la luz del fallo ‘Soria’ de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires desde una perspectiva interdisciplinaria” Autoras: María Lis Amaya y Ana Clara D’Ovidio.

- 2º Premio: Seudónimo “Ulrica Fanny Viterbo” trabajo: “Trenzar y deshilar el discurso jurídico. Estudio desde la filosofía del derecho” Autor: Gonzalo Ana Dobratinich.

- 3º Premio: Seudónimo “Thomás Shelby” trabajo: “Procesos Colectivos: la imperiosa necesidad de precisar su finalidad” Autor: Diego Guillermo Martínez.

- 4º Premio: Seudónimo “Funes, el memorioso” trabajo: “Perdurabilidad del dato, internet e intimidad. La construcción del derecho al olvido a partir de la revolución informacional” Autor: Sebastián Ricardo Piana.

También se presentaron los siguientes trabajos que fueron reconocidos con menciones especiales en función de su calidad académica y originalidad.

- Seudónimo “Machine” trabajo: “Habeas Data vs/Big Data” Autor: Marcelo Gabriel Musarra.

- Seudónimo “El Ujier” trabajo: “Formas semidirectas de democracia: clases y régimen constitucional en la Argentina” Autor: Juan Herminio García Zeballos.

- Seudónimo “Aristóteles junior” trabajo: “La convicción razonada, el veredicto del Jurado y algunas consideraciones sobre estándares probatorios” Autor: Santiago Martín Irisarri.

- Seudónimo “Siberio” trabajo: “La educación Especial en la Ley de Educación de la Provincia de Buenos Aires y en la práctica cotidiana” Autor: Gustavo Nicolás Paretti.

- Seudónimo “Mario Cavaradossi” trabajo: “La etapa preliminar y la reforma procesal civil” Autor: Pedro Sebastián Villa.

- Seudónimo “Lobo” trabajo: “Agencias Norteamericanas y los entes Reguladores Argentinos ¿funcionan de la misma manera?” Autor: Francisco López Simpson.

- Seudónimo “Pinki y Cerebro” trabajo: “El contrato de Locación de inmuebles como contrato de consumo” Autores Adrián Emir Gochicoa- Victoria Antonella Mogellos.

- Seudónimo “E´ Breebrou” trabajo: “La prueba digital en las causas de violencia familiar y de género en los juz-



gados de familia de la ciudad de La Plata” Autora: Camila Denisse Pereyra.

- Seudónimo “Acer” trabajo: “Ambiente y Territorio. Aspectos Relacionales jurídico- ambientales en clave comparada entre Argentina y España”. Autora: Marina Laura Lanfranco Vázquez.

# **“La doble moral sexual a la luz del fallo ‘Soria’ de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires desde una perspectiva interdisciplinaria”**

**María Lis Amaya y  
Ana Clara D’Ovidio**

## **Parte propedéutica**

En la madrugada del 19 de febrero de 2014, Sergio Ariel Soria, de 38 años de edad, asesinó a puñaladas a su esposa María Esther Silva, en la vivienda que compartían junto a sus tres hijos menores de edad en la localidad bonaerense de Punta Alta.

Por este hecho, el 11 de junio de 2015, el Tribunal en lo Criminal N° 2 de Bahía Blanca condenó al imputado a la pena de prisión perpetua, por considerarlo autor responsable del delito de homicidio agravado por la relación de pareja, convivencia y por mediar violencia de género.

La sentencia fue apelada por el defensor particular de Soria, recurso que fue rechazado por la Sala II del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, mediante el pronunciamiento dictado el 27 de octubre de 2016.

En esa línea argumentativa, con fecha 13 de marzo de 2019, por unanimidad, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, resolvió no hacer lugar al recurso extraordinario interpuesto por la defensa del Señor Sergio Ariel Soria, al considerar que la infidelidad de la víctima de femicidio no puede ser tenida como una circunstancia extraordinaria de atenuación de la condena a cadena perpetua del homicida, pues se encuentra acreditada la violencia que éste ejerció sobre ella durante toda la relación.



En autos, la defensa de Soria alegó que su defendido no desvalorizaba a su concubina por ser mujer, sino por la aparición de un amante y tras esto criticó que se haya descartado lo expuesto como una circunstancia atenuante.

La Suprema Corte de Justicia rechazó los agravios expuestos, indicando que las violencias ejercidas por el imputado contra su pareja con anterioridad al homicidio constituían un escollo legal para la aplicación de las circunstancias extraordinarias de atenuación, a lo que sumó su convicción en el sentido de que el hecho cometido no presentaba un menor grado de injusto.

Entendiendo que el homicidio se dio en un contexto de violencia de género, los argumentos de la defensa, en tanto pretenden atenuar el hecho por la conducta de la víctima -al haber mantenido una relación paralela- resultan manifiestamente contrarios a lo que establecen las disposiciones nacionales e internacionales en torno a la temática.

Aquí, resulta oportuno recordar que la Cámara de Diputados de la Nación ha otorgado jerarquía constitucional a la “Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer”, ratificada por nuestro país a través de la Ley N° 24.632.

Al mismo tiempo, a nivel nacional, podemos señalar la sanción en el año 2009 de la Ley N° 26.485 de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales. De esta forma, el Estado refuerza el reconocimiento de la problemática de las violencias contra las mujeres y profundiza la coordinación de acciones para eliminar las situaciones de violencias que las afectan.

En otro orden de ideas, pareciera que en el imaginario social se consentiría el daño a una mujer que ha salido del pacto conyugal de fidelidad.

En el citado caso, la defensa del homicida agrega que “fue la víctima, quien con su trato degradante hacia [su] defendido, dejándolo, a la vista de todos, como el cornúpeta siendo la responsable del deterioro del vínculo concubinario”.

Tal como señala Irene FRIDMAN (2019)<sup>1</sup>, los celos parecerían constituirse en una explicación suficiente de las situaciones de violencia contra las mujeres, con miras al disciplinamiento de las mismas. Podemos pensar aquí en las tan difundidas calificaciones de “crimen pasional” o “emoción violenta” que, aún hoy, se escuchan en relación a estos casos.

Marcela RODRÍGUEZ y Silvia CHEJTER, en *Homicidios conyugales y de otras parejas. La decisión judicial y el sexismo* (2014) llevaron a cabo una investigación de 144 sentencias, llegando a la conclusión de que los jueces suelen aplicar atenuantes para bajar las condenas a los varones en los casos fatales -cosa que no ocurre para las mujeres-, siendo los celos uno de esos atenuantes (FRIDMAN, 2019).

### **El femicidio como máxima expresión de las violencias contra las mujeres**

La Ley Nacional N° 26.485 en su artículo 4° entiende por violencia contra las mujeres “toda conducta, acción u

---

1 La bibliografía citada en este trabajo puede ser consultada en su original presentado al Primer Concurso de Artículos de Divulgación Científica UDE 2019.



omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal”. Cabe señalar que se incluye al Estado como potencial agente productor de violencia, definiendo la necesidad de implementar políticas públicas tendientes a la erradicación de la problemática, y de fomentar el acceso a la Justicia y asistencia a mujeres víctimas de violencia.

La mencionada relación desigual de poder se configura a partir de patrones culturales estereotipados y prácticas socioculturales que se basan en la idea de superioridad de los varones, limitando el reconocimiento y goce de los derechos de las mujeres.

En la Ley se busca visibilizar diferentes tipos de violencias, complejizando la concepción tradicional que reduce la violencia a un daño a la integridad física. De esta forma, además de la violencia física, quedan comprendidos otros tipos de violencias: psicológica, sexual, económica, patrimonial y simbólica. Asimismo, se plantean diversas formas en que se manifiestan estas violencias en los diferentes ámbitos: doméstica, institucional, laboral, contra la libertad reproductiva, obstétrica y mediática.

Los estudios de género plantean que las violencias de los hombres contra las mujeres se encuentran en estrecha relación con un sistema de creencias sociales rígidas en torno a los roles de hombre y mujer, asentado en motivaciones de control y poder. Esta forma de comprender el fenómeno constituye un paradigma epistemológico desde el cual visibilizar los fundamentos socioculturales en los cuales se sustenta la problemática. En otras palabras, las violencias contra las mujeres responden a factores históricos, culturales, sociales, que durante siglos las han legi-

timado -producto de un precipitado de roles, estereotipos, lugares, demandas socialmente construidas- y que generan desigualdades y relaciones de poder asimétricas.

Michael KAUFMAN (1999) señala que la violencia -o la amenaza de ésta- confiere a los hombres como grupo una gama de privilegios y formas de poder. Y agrega: “La violencia de los hombres contra las mujeres no ocurre en aislamiento, sino que está vinculada a la violencia de los hombres contra otros hombres y a la interiorización de la violencia; es decir, la violencia de un hombre contra sí mismo” (KAUFMAN, p. 2). De esta forma, siguiendo los planteos del autor podemos afirmar que las sociedades dominadas por hombres no se basan solamente en una jerarquía de hombres sobre las mujeres, sino de algunos hombres sobre otros hombres.

Para comprender el fundamento de las desigualdades existentes en nuestra sociedad, se vuelve necesario hacer mención del sistema patriarcal en que nos encontramos inmersos/as y hemos sido socializados/as.

Con el nombre de Patriarcado podemos aludir a toda organización política, económica, religiosa y social que adscribe a los varones la idea de autoridad y liderazgo, estableciendo una jerarquía que ubica a las mujeres en un lugar de subordinación, basándose en construcciones simbólicas y discursivas que legitiman la desigualdad.

Siguiendo las conceptualizaciones de Irene MELER (2012), es necesario tener en cuenta que el sistema patriarcal se preserva y mantiene sus características básicas reestructurándose a través de las mutaciones socio-históricas. De esta forma, junto con los cambios pueden encontrarse continuidades en la producción de subjetividad femenina y masculina que indican que si bien los mecanismos del patriarcado se han vuelto más sutiles, se



esconden bajo nuevas justificaciones que, a fin de cuentas, siempre son las mismas.

Aquí podemos retomar los planteos de Alicia PULEO (1995), quien hace una distinción entre el patriarcado de coerción y el patriarcado de consentimiento.

El primero mantiene normas muy rígidas en cuanto a los roles asignados a hombres y mujeres en la sociedad, utilizando la violencia contra las mujeres que se revelen ante las leyes o normas consuetudinarias, religiosas o jurídicas, que estipulan aquello que está permitido y prohibido para ellas.

En el segundo tipo, por el contrario, se da la igualdad formal ante la ley, respondiendo a las formas que el patriarcado adquiere en las sociedades desarrolladas.

Podríamos pensar que, con la modernidad, la coerción deja su lugar central a la incitación. De esta forma, serán los propios sujetos quienes busquen cumplir el rol a partir de las imágenes de la feminidad y masculinidad normativa que lo social otorga a través de mitos, estereotipos o mandatos que calan hondo en la subjetividad, y provocan que se terminen asumiendo como un deseo propio.

Siguiendo a Pierre BOURDIEU (2005), podemos pensar que si los varones siguen desarrollando ciertas prácticas de discriminación y dominación de las mujeres es porque sigue existiendo una situación estructural de desigualdad que perpetúa su mayor acceso al poder y sus privilegios sociales.

Con el objetivo de perpetuar las diferencias y la posición de superioridad que lo social otorga a los varones, surgen las violencias contra las mujeres como forma de mantener los privilegios masculinos y asegurar el sostenimiento del sistema patriarcal imperante. Aquí, las violencias contra las mujeres se despliegan como un *con-*

*tinuum* de violentamientos crecientes cuyo desenlace puede ser, en ocasiones, el femicidio.

La expresión femicidio surge como alternativa al término neutro homicidio, buscando dar visibilidad a una violencia sistemática y estructural contra las mujeres.

Siguiendo los planteos de Liliana HENDEL (2017) podemos señalar que frecuentemente se busca convertir a estos asesinatos de mujeres en un hecho aislado, producto de la “locura” de un sujeto que no pudo controlarse o efecto de una “emoción violenta”. Esto necesariamente invisibiliza el hecho de que se trata de una violencia estructural donde el factor de riesgo es ser mujer. De esta forma, la autora expresa: “Los femicidios no son sucesos aislados, personales, producto de una mala relación, una patología del varón o una excesiva complicidad/goce masoquista de la víctima. Estos asesinatos tienen factores en común, la condición/posición política femenina de la víctima y la necesidad disciplinadora del sistema garante del orden patriarcal” (HENDEL, 2017).

Destacar el carácter socio-histórico de la problemática no sólo desarticula aquellas argumentaciones que sostienen que se trata de un asunto aislado, personal o privado, sino que nos coloca ante el imperativo ético de pensar formas de abordaje que aboguen por la promoción y protección de los derechos de las mujeres.

En la Ley N° 26.485 se hace hincapié en la necesidad de llevar un registro sociodemográfico de las denuncias efectuadas sobre hechos de violencia previstos en la Ley, así como la realización de estadísticas que permitan obtener mayor información acerca de la problemática.

Podemos señalar que un estudio realizado por el Observatorio de Femicidios del Defensor del Pueblo de la Nación reveló que se cometieron un total de 155 femicidios en la Argentina durante la primera mitad del año



2019; aquí, es interesante destacar que la Provincia de Buenos Aires es la zona territorial donde más ocurrió este tipo de hechos. En ese mismo estudio se determinó que en la gran mayoría de los casos los femicidios se dan en el contexto con la ex pareja.

Asimismo, según datos ofrecidos por el Observatorio de Femicidios Adriana Marisel Zambrano de la Asociación Civil La Casa del Encuentro, en el periodo que va del año 2008 a 2018, 3717 hijas e hijos quedaron sin madre, quien fuera asesinada por violencia sexista. Más del 64% de los casos -2394 niños/as- son menores de edad.

En lo que va del año 2019, más de 100 chicos/as quedaron sin madre a causa de la violencia de género en el país. De esta forma, niñas, niños y adolescentes se convierten en víctimas colaterales de los femicidios.

Las estadísticas indican que la violencia contra la mujer ya deja un promedio de un chico/a sin madre cada 26 horas en el país, una de las caras más dramáticas del enorme impacto que el femicidio tiene sobre los grupos familiares que lo sufren.

## **La doble moral sexual en la antigüedad**

Nuestro Código Penal, impregnado de valoraciones patriarcales, entendía que bastaba una relación esporádica para considerar el adulterio de la mujer, mientras que para el adulterio del hombre se debía probar una relación prolongada en el tiempo.

Esta configuración propia del Derecho Romano, deviene del *adulterium*, que era la conducta reprobable referida a la mujer casada que se une sexualmente con varón distinto del marido, pudiendo éste o el padre de la mujer dar muerte a los adúlteros si fueren hallados en flagrante

delito con una acusación privilegiada por parte del marido o del padre de la mujer.

CICERÓN da cuenta que en la Lex XII Tablas ya se establecían reglas que muestran la importancia que tuvo para la sociedad romana la infidelidad por parte de las mujeres, y entre las causas principales que motivaban el suicidio femenino estaba la acusación de adulterio.

Desde las XII Tablas hasta Augusto se trataba de cuestiones internas que se reprimían en el seno familiar, de modo que el *paterfamilias* de la mujer o el marido *sui iuris* que había efectuado la *conventio in manum*, en base a la grave ofensa causada por los adúlteros a la familia, como también por el arrebató del momento en que el padre o el marido sorprendían a los adúlteros en prácticas amorosas realizadas en el domicilio del *pater* de la esposa o en la casa del marido, podían dar muerte impunemente (*iusoccidendi*) a la casada infiel y su cómplice con lo que quedaba salvado el honor familiar.

Su tratamiento ya se caracterizaba por la desigualdad, en el caso de la *uxor* fue considerado como delito público, cuyas penas consistían en el exilio, la confiscación de una tercera parte de los bienes y de una parte de su dote; incluso podía privársele de la vida por su propio *pater* si era sorprendida en su casa o en la del esposo, quien quedaba obligado a divorciarse para evitar sospechas de complicidad.

La justificación de la diferencia estaba centrada en que los romanos consideraban que el adulterio de la mujer traía consecuencias gravosas para el pueblo de Roma, toda vez que introducir sangre ajena en la familia del marido era un fatalidad, mientras que en el caso del adulterio del hombre, no era algo impuro. Incluso éste podía mantener relaciones sexuales con otra mujer fuera de la ciudad, sin tener la posibilidad la *uxor* de solicitar el divorcio.



## La doble moral sexual en nuestros días

En Argentina, los derechos civiles codificados para el año 1869 dotaron a los varones de extensos poderes, dejando a las mujeres como sujetos de incapacidad de hecho relativa -lo cual se anuda a la potestad marital y los poderes del marido sobre la mujer y sus bienes- y en un lugar de clara subordinación. Fue recién entrado el siglo XX, para 1926, cuando fueron sancionados derechos civiles para las mujeres, aunque esto no implicaba modificación alguna en torno a la representación legal del marido y la definición de las mujeres casadas como incapaces. Aquí, como señala Verónica GIORDANO (2012), la ampliación de autonomía de la mujer como persona venía de la mano de un control del Estado sobre las mujeres trabajadoras, a través del disciplinamiento y protección a la maternidad como forma de afirmar el orden basado en la familia (GIORDANO, 2012, p. 394).

Esto permite pensar en el lugar otorgado a la familia -heterosexual- y, en consonancia, a la mujer como, por sobre todas las cosas, madre. Es una época en la que podemos situar estudios en torno a la sexualidad humana que se basaban en una doble moral sexual que provocaba desigualdad entre los sexos y hacia depender la honra de las mujeres de la virginidad y su conducta sexual. Aquí podemos pensar una clara diferenciación entre aquellas mujeres “para procrear”, de aquellas “para el placer”, siempre como objetos a merced de los deseos del hombre.

Las ideas en torno a la sexualidad estaban teñidas con el deber social de la mujer como madre, la profilaxis y la eugenesia social, quedando aislado del tema del deseo. Sobra decir que la sexualidad era pensada exclusivamente en clave heterosexual y con fines puramente reproduc-

tivos, siendo difícil situar en esta época a la sexualidad de las mujeres como fuente de placer.

Siguiendo los planteos de Irene FRIDMAN (2019), al tomar en consideración la cuestión del adulterio, podemos decir que la ley -anclándose en el saber popular- establecía una diferencia por género, donde se consideraba mucho más lesiva la infidelidad femenina que la masculina: para las mujeres, la definición de adulterio se reducía a la relación con otra persona fuera del matrimonio, mientras que para los hombres se tenía que demostrar una relación por fuera de la pareja legal sostenida a lo largo de un tiempo. De esta forma, la penalidad diferencial según el género habilitaba al varón para las relaciones matrimoniales ocasionales.

La lectura de esta diferencia por género mostraría la histórica habilitación que ha sostenido el sistema patriarcal para las relaciones por fuera de las parejas para los varones, y de alguna manera el permiso que se le otorga a estos últimos de castigar a las mujeres que osaran llevar a cabo la misma acción que ellos. De ahí, hay un paso a la consideración de que el varón está habilitado para ejercer violencia contra la mujer si procediera o si fantasease con una relación por fuera de la que mantiene con él (FRIDMAN, p. 30).

Aquí resulta fundamental tomar en consideración la categoría de género propuesta por Joan SCOTT (1990), definiéndola como un elemento constitutivo de las relaciones sociales basadas en las diferencias entre los sexos, atravesadas por relaciones de poder. Tal como señala Adriana VALOBRA (2005, p. 3), se trata de un concepto que “hizo tambalear las nociones tranquilizantes de sexo como biológico, natural y dado, y lo propuso como un constructo social en torno a las diferencias sexuales que efectivamente eran culturales”.



Como concepto dinámico y constructo socio-histórico, el género va a estar vinculado a las producciones culturales de cada sociedad en determinado momento histórico, e íntimamente ligado al poder y a la dominación inter e intra genérica, lo cual conlleva posiciones dominantes y subalternas incluso al interior de un mismo género (BRANZ, 2017, p. 3). Así, tal como señalan Mabel BURIN e Irene MELER (2009, p. 43): “el género, la clase, la etnia y la edad, se entrecruzan para construir subjetividad”.

Son diversos los dispositivos de poder que a lo largo de la historia han moldeado la subjetividad de hombres y mujeres, dando lugar a lo masculino y lo femenino respectivamente. Dentro de estos dispositivos es necesario destacar el papel del Estado y las políticas públicas por él implementadas para modelar prácticas y discursos, que esconden una subordinación y desigualdad entre los géneros. Al mismo tiempo, es importante no perder de vista la forma en que estos dispositivos se interiorizan y encarnan en los sujetos que los reproducen, donde cobra un importante papel el universo simbólico.

Así, podemos decir que en cada sociedad van a regir pautas acerca de lo que se espera de varones y mujeres que, basadas en construcciones simbólicas y discursivas que refuerzan, justifican y legitiman la desigualdad. Tanto varones como mujeres, al ejercer estos roles y asumirlos como parte de su identidad, reproducen y cristalizan las matrices de dominación y subordinación.

Como correlato de una asignación diferenciada de atributos, roles, lugares, deseos, mandatos, encontramos también valoraciones diferenciadas para hombres y mujeres que implican jerarquías y desigualdades. Parafraseando a Ana María FERNÁNDEZ (2009), podemos decir en-

tonces que estamos frente a una diferencia desigualada que coloca a las mujeres en un lugar de inferioridad con respecto a los varones.

En las sociedades patriarcales la masculinidad hegemónica es el modo en que se les enseña a los hombres cómo deben comportarse, qué tienen que pensar y cómo tienen que manejar los sentimientos. Son mensajes, mandatos y roles que incorporan desde que nacen, a través de los distintos procesos de socialización y que buscan mantener el dominio y los privilegios masculinos (PONCE ANTEZANA, 2012).

Luis BONINO (2000) sostiene que una creencia de la masculinidad hegemónica se encuentra en relación a la idea de la supremacía masculina sobre las mujeres, basada en la afirmación de que los varones y las mujeres somos diferentes y desiguales por naturaleza. De esta forma, características tales como la fuerza física, la autoridad, la racionalidad, la competitividad, la firmeza y la independencia constituyen al varón prototípico. Por el contrario, la debilidad, la vulnerabilidad, la emotividad, la impulsividad y la dependencia son consideradas atributos propios de la femineidad. A priori, a todo varón y a toda mujer se les supone -y exige, en virtud de su sexo- estas características.

En concordancia con esta línea de pensamiento, autores/as como OLAVARRÍA (2003) y CONNELL (1995) sostienen que el modelo de masculinidad hegemónico, en América Latina y en países anglosajones y europeos en general, presenta las siguientes características: fuerza física y de carácter, rol proveedor, toma de decisiones, virilidad, actos violentos, rudos y agresivos, tener una vida sexual activa con muchas mujeres, entre otras. Desde pequeños, los varones son socializados en los mitos de la masculinidad hegemónica, interiorizando el uso de la fuerza y el



recurso a la violencia como forma de dominación, naturalizando el ejercicio del poder.

Pierre BOURDIEU sostiene que la dominación masculina muchas veces es invisibilizada, en base a la habilidad que se ha tenido para la “transformación de la historia en naturaleza y la arbitrariedad cultural en natural” (BOURDIEU, 2000, p. 12), logrando que estas prácticas sean consideradas como un “liderazgo natural” y que no se produzcan mayores interrogaciones entre los subordinados. Al mismo tiempo, el autor sostiene que la dominación tiene un vínculo indisoluble con la violencia, ya que para ejercer el control sólo hay dos formas posibles: la violencia declarada y la violencia simbólica o encubierta.

El modelo hegemónico mantiene a quienes no responden a los cánones de masculinidad en un lugar de inferioridad, expuestos a violencias sutiles y/o salvajes que aseguran la supremacía masculina. Cuando la violencia simbólica falla, aparecen las formas de dominación explícitas, como el caso de la violencia física de género, la forma más visible y salvaje de la dominación masculina (SCHONGUT GROLLMUS, 2012).

Carole PATERMAN (1995), cuando introduce su idea del contrato sexual (del cual las mujeres son objeto), nos dice que es el medio a través del cual el patriarcado -como sistema de dominación de los hombres sobre las mujeres y otras identidades- se constituye, a partir de establecer un derecho político de los varones sobre las mujeres, así como el acceso de los varones al cuerpo de éstas. La autora se encarga de aclarar que este contrato no se reduce a la esfera privada, sino que se hace presente también en el ámbito público.

Aquí podemos tomar los aportes de Verónica GIORDANO (2014) cuando señala que en la construcción de los

derechos civiles de las mujeres predomina una doble moral que se asocia a la unión entre los sexos, expresada particularmente en la institución matrimonial. Esta doble moral sexual va a estar teñida con un sexismo que evaluará según parámetros diferentes una misma conducta cuando es realizada por varones y cuando lo es por mujeres, lo cual se fundamentará en los deberes “naturales” de cada sexo. En la modernidad, esta forma diferenciada de disciplinamiento de las conductas perseguirá el objetivo de la reproducción antes que el placer.

Centrándonos en las líneas argumentativas de autos, el Defensor particular de Sergio Ariel Soria, en uno de los puntos, cuestionó que la sentencia haya descartado que la infidelidad de la víctima fuera en el caso una circunstancia extraordinaria de atenuación por ser “pública y conocida”, y alegó que el imputado desconocía que ella continuara tras una reconciliación en la que aparentemente su pareja -la víctima- había “blanqueado” la situación y roto con su amante -fs. 90 vta y 91-.

Indicó que el tribunal dio por acreditada la relación paralela que mantenía la víctima, así como que la mantuvo a escondidas luego de volver con el imputado, lo que fue acreditado por el testimonio del amante involucrado

Objetó que el carácter público de la infidelidad de Silva -dada la reducida cantidad de habitantes de la ciudad de Punta Alta, en la que ocurrieron los hechos- haya sido descartado por el tribunal como factor generador de anomalía alguna en la persona de Soria (v. fs. cit.).

Tomando lo expresado en la Recomendación General N° 33 de la CEDAW sobre el acceso de las mujeres a la Justicia, podemos señalar que “la discriminación contra la mujer, sobre la base de los estereotipos de género, la



estigmatización, las normas culturales dañinas y patriarcales y la violencia basada en el género, que afectan particularmente a las mujeres, tienen efectos adversos sobre la capacidad de éstas para obtener acceso a la Justicia en pie de igualdad con los hombres”.

En consonancia con esta idea, en la Recomendación General N° 28 el Comité de la CEDAW señala que las instituciones judiciales deben aplicar el principio de la igualdad sustantiva o de facto consagrada en la Convención, y deben interpretar las leyes nacionales, religiosas y consuetudinarias de conformidad con esa obligación, buscando asegurar “que las mujeres disfruten de una igualdad sustantiva con los hombres en todas las esferas de la ley”.

### **Necesidad de un abordaje interdisciplinario y con perspectiva de género**

En los últimos años, el reconocimiento de la violencia contra las mujeres como una problemática social de carácter estructural ha incrementado el número de denuncias y demandas de atención, lo cual ha provocado que los diferentes servicios y quienes los prestan necesariamente deban buscar nuevas estrategias para enfrentar dicha demanda, donde se vuelve imprescindible incorporar la perspectiva de género en las intervenciones y abordajes.

En este contexto, podemos pensar este tipo de violencia como una forma de malestar contemporáneo que implica una necesaria relectura crítica tanto de las implicancias disciplinares como de los abordajes posibles.

Pensar en una forma de trabajo interdisciplinaria implica la renuncia a considerar que el saber de la propia disciplina es suficiente para dar cuenta del problema. La

convergencia de múltiples puntos de vista amplía el campo de observación, posibilitando el enriquecimiento mutuo de las disciplinas particulares.

Un equipo conformado para trabajar en violencia deber contar con construcciones teóricas y técnicas interdisciplinarias, pues si cada disciplina se aboca a su especificidad sin relacionarse ni modificarse con respecto a las otras, el resultado será una fragmentación de conocimientos que no dará cuenta de la pluralidad y la complejidad de la realidad que plantean las demandas sociales (VELÁZQUEZ, p. 227).

Al mismo tiempo, resulta fundamental señalar que en el caso de las violencias contra las mujeres, una perspectiva a tener en cuenta es la experiencia padecida por las mujeres, forma particular de saber que enriquecerá cualquier saber disciplinario.

En palabras de Susana VELÁZQUEZ “ellos saben, sobre violencia, pero ‘yo he sido agredida’ es una experiencia que no podrá ser abarcada totalmente por el saber técnico. La integración, entonces, del saber de las mujeres, como relatoras de su propia experiencia, al conocimiento técnico favorecerá un enfoque más abarcativo sobre la realidad de la violencia” (VELÁZQUEZ, p. 234).

Cuando pensamos en el abordaje de situaciones atravesadas por la violencia contra las mujeres, la perspectiva de género se vuelve una mirada necesaria y orientadora que debería guiar las prácticas, desnaturalizando las violencias para evitar caer en intervenciones iatrogénicas que se vuelven reproductoras de creencias y estereotipos que, al fin de cuentas, producen revictimizaciones en quienes consultan. De esta forma, quien aborde la problemática no podrá dejar de problematizar los aspectos sociales, culturales y psicológicos de la femineidad y la masculinidad, así como las relaciones de poder entre los géneros.



Las intervenciones en casos de violencia sin el marco conceptual apropiado, lejos de ser inocuas, pueden tener graves consecuencias tanto respecto de la seguridad de la víctima como en la perpetuación de la situación de violencia. Este marco especializado en violencia de género debe estar inserto en un contexto histórico en el que se ponga de manifiesto el papel que la mujer ha jugado en nuestras sociedades, nos permitirá entender no sólo lo que suceda en la entrevista sino que nos ayudará a entender el por qué sucede. Es importante revisar los propios prejuicios, conceptos erróneos a lo que todos estamos expuestos por ser parte de esta sociedad patriarcal (GONZÁLEZ, GALLETI, p. 535).

En esta línea de pensamiento, cabe señalar que jueces y magistrados no son los únicos agentes del sistema de Justicia pasibles de aplicar, reforzar y perpetuar los estereotipos de género. Tanto en la ruta crítica que transitan las mujeres víctimas de violencia, como en los pasos previos a ese transitar, es muy frecuente que se encuentren con profesionales de diversas disciplinas que permiten que los estereotipos influyan en sus investigaciones, escuchas, decisiones. Estas acciones -u omisiones- no sólo habilitan a que los estereotipos socaven las denuncias de las víctimas, sino que terminan siendo funcionales a los victimarios, legitimando las defensas presentadas por los perpetradores de las violencias.

Por último, es necesario resaltar la importancia de llevar a cabo no sólo un trabajo interdisciplinario real, sino también la articulación con redes interinstitucionales. El trabajo en redes posibilitará la potenciación de los recursos y la creación de alternativas novedosas para la resolución de problemas y satisfacción de necesidades, en pos de un abordaje integral de la problemática.

## Reflexiones finales

La violencia debe ser considerada como un fenómeno social, en el que es necesario incluir las relaciones de poder desiguales que se dan entre varones y mujeres. Podemos señalar que uno de los riesgos de un conocimiento y una práctica aislada del contexto social lo encarnan aquellos abordajes que no se llevan a cabo de manera interdisciplinaria y que desconocen los atravesamientos de género propios de la problemática. Esto dará lugar a un abordaje parcial y fragmentario de la situación y, por supuesto, insuficiente.

Entender el lugar que históricamente han ocupado las mujeres en nuestra sociedad, y las discriminaciones de las que han sido y siguen siendo objeto por el solo hecho de ser mujeres, permitirá tener un marco de acción más amplio, libre de prejuicios y estereotipos que tienden a naturalizar e invisibilizar las situaciones de violencia.

Al mismo tiempo, al hablar de las violencias hacia las mujeres por parte de los varones, es pertinente comenzar a cuestionar el modelo masculino hegemónico que la justifica y sustenta, habilitando otras maneras de ser y sentirse hombres que no conlleven el ejercicio de la dominación y el poder como una forma de mantener privilegios.

Si bien en estos años ha habido una progresiva conquista de derechos por parte de las mujeres, esto no implica -tal como se evidencia en el recurso extraordinario interpuesto por la defensa del caso citado- que se haya erradicado la doble moral sexual que pretende que se juzgue de manera diferencial las conductas de hombres y mujeres, tanto en el ámbito público como en el privado, y que -entre otras cosas- es causa de que las mujeres no puedan disponer libremente de sus cuerpos.



Los prejuicios de género tienen grandes consecuencias para el pleno disfrute de los derechos humanos de las mujeres. No sólo pueden impedir el acceso a la Justicia sino que, a través de estereotipos y mitos sobre lo que considera un comportamiento apropiado de la mujer, pueden verse distorsionadas percepciones y decisiones, que terminan castigando a quienes no se ajustan a “lo esperado”.

Al mismo tiempo, tal como se plantea en la Recomendación General N° 33, esto tiene como consecuencia el hecho de que los perpetradores de las violencias no sean considerados jurídicamente responsables de las violaciones de los derechos de la mujer, manteniendo de esta forma una cultura de impunidad.

Ante esta situación, resulta imprescindible destacar que la visibilización y posterior eliminación de los estereotipos es esencial para asegurar la igualdad y justicia para las víctimas, dado que las mujeres tienen que poder confiar en un sistema judicial imparcial y libre de sesgos prejuiciosos.

Siguiendo las palabras de Ana María FERNÁNDEZ (2012): que un femicida se autorice a sí mismo a matar a “su” mujer, puede llenarnos de horror. Pero cuando vemos la cantidad de femicidas que en Argentina quedan libres por falta de pruebas, o reciben condenas mínimas porque el juez considera que actuó bajo emoción violenta aun cuando todas las pruebas ponen a la vista la premeditación, tenemos que considerar que estamos frente a una amplísima trama de complicidades de distintos organismos del Estado con las expresiones más feroces del patriarcado.

En ese orden de ideas, si bien no es extraño el planteo del abogado, en consonancia con los imaginarios sociales que continúan aún hoy vigentes -pese a la cantidad de

normativa y documentos del Estado que buscan direccionar el pensamiento social hacia nuevos paradigmas- es fundamental destacar la actitud de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires al desestimar el planteo en concreto, que no sólo tiene por miras atrasar culturalmente al pueblo argentino, sino que reafirma una situación desigual entre varones y mujeres.

En síntesis, la postura sostenida por la Suprema Corte de nuestra provincia reafirma el derecho a la igualdad de sexos, que constituía una asignatura pendiente en nuestro Derecho argentino.



# “Trenzar y deshilar el discurso jurídico. Estudio desde la Filosofía del Derecho”

Gonzalo ANA DOBRATINICH

## Resumen

Ruidos, murmullos y silencios residen en cada trazo que la escritura jurídica imprime. El signo se encuentra indeterminado. El abismo, la angustia que genera transitar ese espacio en donde se debe decidir y juzgar el sentido. El espacio que no se deja oír, que susurra en la ausencia, quizá sea ese que el lenguaje jurídico debe asir y explayar constantemente en cada propuesta epistemológica que desarrolla.

Será un juego, una digresión, un diálogo o bien un espacio neutro entre el ser y el deber ser. Sea como fuere, el mero hecho de transitar nos exige una resignificación del espacio jurídico, aunque en ello invoquemos ruidos ajenos, murmullos mitológicos o simplemente silencios propios.

*La literatura no es agotable, por la suficiente y simple razón de que*

*un solo libro no lo es. El libro no es un ente incomunicado: es una*

*relación, es un eje de innumerables relaciones.*

*Nota sobre (hacia) Bernard Shaw.- Jorge Luis BORGES*

## 1. Murmullos epistemológicos

La palabra no puede abarcar la complejidad desde los límites de sus categorías analíticas. El sentido cambia en un constante devenir (NIETZSCHE, 1990, p. 35). Si bien es

absurdo negar la figura del autor porque hay obra, sí podremos invisibilizarlo a los fines de otorgar preponderancia al discurso (BORGES, 1974, p. 641). El salto del autor es inmediato porque su constitución está en su producción. No hay voces de autoridad, sino escritos en circulación (BORGES, 1974, p. 698).

La lectura vehiculiza la forma en que luego se constituirá la obra, por ello se destaca y resalta el rol que cumple el lector. Un lector contextualizado y creado en cada una de sus lecturas.

Los significados en constante movimiento, las capas textuales sobre las cuales se superponen y conviven los saberes, el recorrido caótico, arbitrario e incierto en que se vinculan las obras, en definitiva, la múltiple y necesaria intertextualidad. Esta articulación explícita o implícita de varios textos entre sí, será un rasgo distinto en el entramado que permite la estructuración y funcionamiento de los saberes. Los códigos que se van intercalando y dando lugar a los textos, darán la impronta dialógica que habita en cada uno de ellos. La polifonía es intervenida tanto a nivel intersticial de la obra (espacios, tiempo, personajes) como en su externalidad (autor, género). La confusión de voces permitirá esa comunicación desde una horizontalidad, que rompe con toda una perspectiva heredada de asepsia metodológica y linealidad temporal, capaz de organizar la forma en que comprendemos la cultura.

El proceso remite a un laberinto de lecturas que complejizan el acceso a la punta del hilo, su *ἀρχή* literaria. Las intermediaciones textuales se atomizan en ramificaciones de sentido muy sutiles. La dificultad por poder establecer el punto inicial encuentra su fundamentación en las superpuestas capas intertextuales que van sedimentándose y formando un producto cuyos puntos de inicio y finales son difíciles de establecer.



Poder remover las superposiciones textuales no sólo nos explica cómo se ha formado el discurso sino entender el modo en que conocemos y nos vinculamos con nuestro entorno, es decir, la funcionalidad. El discurso debe ser fragmentado a nivel metalingüístico. Su conceptualización es de por sí necesaria para diseccionar la forma en que se organiza y conocer sus propósitos e intereses.

Estas dos instancias nos introducen en los estudios y perspectivas analíticas de Michael FOUCAULT y Paul RICŒUR, partiendo de perspectivas diferentes mas no excluyentes entre sí. El abordaje foucaultiano irá dirigido a las condiciones de formación del discurso, en tanto que Paul RICŒUR pondrá el foco en las subjetividades intervinientes e intervenidas en el discurso.

## **2. Lo discursivo desde una perspectiva foucaultiana**

En su texto *El orden del discurso*, FOUCAULT propone que el análisis del espacio discursivo debe realizarse en primer lugar desde un “conjunto crítico” capaz de mostrar cómo se han formado las necesidades, prohibiciones, limitaciones, coacciones y desplazamientos trastocados en el discurso. En segundo lugar, se exige un “conjunto genealógico” que intente establecer cómo se ha formado el discurso y cuáles fueron los medios de dicho desarrollo.

El trinomio saber-poder-discurso será una constante desde la cual el autor francés estructurará gran parte de su pensamiento. El orden en que se encadenan los enunciados no será un mero acto de organización lingüística y estructuras sintácticas sostenidas por toda una perspectiva estructuralista, sino hechos estratégicos que guardan estrecha vinculación con los intereses de los sujetos participantes: “El discurso no es simplemente aquello que traduce las luchas o los sistemas de dominación, sino

aquello por lo que, y por medio de lo cual se lucha, aquel poder del que quiere uno adueñarse” (FOUCAULT, 1996, p. 15).

La producción discursiva se controla y disgrega a través de minuciosos procedimientos que velan por su contingencia e historicidad, a los fines de darle una cobertura de aparente objetividad. En este sentido es que las estrategias pedagógicas permiten el ingreso de los individuos a todos los discursos, lo cual es una forma política de mantener o trastocar los discursos mediados por el saber y el poder (FOUCAULT, 1996, pp. 45-46).

FOUCAULT entiende que el conjunto de enunciados constituyentes de un determinado discurso responden a un mismo sistema de formación. Reglas que no sólo exponen los significados del discurso sino que también exigen silencios, vacíos, límites, recortes y exclusiones. Los discursos no se desarrollan como actos individuales o sistemas cerrados sino que: “Los discursos religiosos, judiciales, terapéuticos, y en cierta parte también los políticos, no son disociables de esa puesta en escena de un ritual que determina para los sujetos que hablan tanto las propiedades singulares como los papeles convencionales” (FOUCAULT, 1996, p. 41).

El análisis foucaultiano pone sobre relieve la intertextualidad que opera en la formación de los discursos, en donde los significados y enunciados son mediados por las instancias de poder que visibilizan e invisibilizan sus funciones: “Todos ellos, y dentro de su heterogeneidad, no forman ni una obra ni un texto, sino una singular que-rella, un enfrentamiento, una relación de poder, una batalla de discursos y a través de los discursos” (FOUCAULT, 2006, p. 18).

Estos entramados epistemológicos, propuestos por el autor francés, pueden ser trasladables al Derecho, el cual



se nos presenta narrativamente. Acontece como un terreno discursivo pasible de ser indagado desde el análisis lingüístico. En torno a ello, MARÍ (1980) expone:

La realidad es más compleja que las diversas formas que la teoría jurídica -especializada o no- o cualquier otro de los dispositivos que se involucran el término lato “derecho” (se trate del *corpus* normativo o de la maquinaria judicial) dicen poner en juego para describirla, sistematizarla, acuñarla o aplicarla (p. 56).

Es así, que en estas instancias de análisis epistemológicos y casi de manera indirecta y desintencionada, nos vemos conducidos a reformular y deconstruir la manera en que conceptualizamos al Derecho.

### **3. Entramados, movimientos y exhumaciones discursivos del Derecho**

Bajo estas nuevas perspectivas, el Derecho se nos presenta y desenvuelve como una práctica social específica de índole discursiva (CÁRCOVA, 2012, p. 120), en donde su formación estará intervenida por un complejo entramado de saberes. Los términos que participan en dichos enunciados están en constante movimiento semántico, listos para ser constituidos y reformulados. En este orden de ideas, consideramos que el universo jurídico debe ser analizado desde la totalidad social que lo contiene y forma, a través de una perspectiva multidisciplinaria, caracterizada por la superposición e interferencia de los diferentes tipos de discursos en donde se pliega y despliega.

El modo en que categorizamos y planteamos la realidad moldeará nuestro pensamiento y al mismo tiempo

implicará una determinada forma de actuar en sociedad. Toda intención analítica intenta la supresión de la arbitrariedad y contingencia del lenguaje, mediante “caprichosas” categorías. Las conceptualizaciones amplían la participación de los fenómenos pero al mismo tiempo excluyen otros. Pero casi de manera simultánea, en cuanto damos cuenta de la arbitrariedad opacada en categorías pretendidamente universales, puras y transparentes, visibilizamos una sofisticada forma de la ficción.

Este posicionamiento intenta atomizar una disciplina como la jurídica, difícilmente matizable dado su sistema de auto-legitimación integrado por diferentes niveles (MARÍ, 1991, pp. 307-310). Dentro de esta posición que comprende al Derecho como un fenómeno signado por la intertextualidad, se pretende desmembrar las dimensiones discursivas participantes y exteriorizar el modo en que se construyen. Ya no se pondrá el foco únicamente en la estructura de las disciplinas, sino también en la función que éstas cumplen. Es en esta funcionalidad y en las vinculaciones que se pueden establecer entre ellas, es donde se puede articular y dar cuentas de los diferentes discursos que participan en la construcción del saber jurídico.

Desde un punto de vista teórico como pragmático, debe pensarse el ámbito del Derecho desde una visión integradora capaz de dar cuenta de todos los insumos que intervienen en su formación. Adentrarse en su estudio puede implicar una tarea nada sencilla. El lenguaje específico, los usos concretos, los modismos característicos y las diferentes categorías emergentes distan de ser un espacio fácilmente asequible, no sólo a quienes participan activamente en el ejercicio del Derecho en sus múltiples formas sino también para aquellos que nunca han tenido un acercamiento directo con estos espacios.



Pensar en el Derecho como una totalidad, lleva consigo conocer las áreas que lo conforman como tal y lo constituyen como un conjunto sistemático. Requiere necesariamente partir de bases epistemológicas y metodológicas capaces de dar estabilidad y precisos insumos que permitan comprender y llevar a cabo su desarrollo. Esas bases sobre las cuales se ubique este conocimiento, ayudarán al desarrollo no sólo teórico de la materia sino además a un significativo aporte para su aplicación en torno a las versátiles interacciones humanas.

El Derecho por lo tanto exige que sea repensado desde la multidisciplinarietà. Como discurso no sólo desprende elementos instrumentales o de forma, que hacen hincapié en la completitud y consistencia normativa, sino que en él también juegan otros tipos de elementos como la historicidad, la ideología y el poder, entre otros (LEGENDRE, 1982, pp. 96-97). El relato jurídico mantiene una narratividad (leyes, expedientes, latinismos) y como tal debe ser sometido a un análisis de las instancias intertextuales que inciden en su formación y aplicación (CALVO GONZÁLEZ, 1996, p. 25), ese espacio paradójico en que el Derecho expone, descubre pero al mismo tiempo calla y opaca.

En este sentido, Francois OST (2007) indica:

¿Quién se extrañará de que, en esas condiciones, el Derecho sea a la vez estable y efímero o experimental, duro y blando (hard y soft), coyuntural y principal? (...). ¿Quién no se percata de que el Derecho proviene a la vez del centro del orden normativo mismo y de la periferia, del desorden (o de órdenes distintos) que prevé en el exterior? (p. 121).

En este sentido, es que el texto jurídico no sólo debe pensarse como una instancia marcada por la intertextualidad sino que al mismo tiempo es un entramado discursivo pasible de ser interpretado.

En un primer nivel encontramos las estructuras del discurso jurídico, en tanto que en un segundo nivel localizamos las interpretaciones acerca de dichas normas realizadas por los operadores jurídicos. Ellos producirán y darán sentido al Derecho, advertencia que lejos de parecernos una limitación, emerge por el contrario como una apertura al lenguaje, una democratización de las formas de análisis epistemológicas, una atomización de la cultura jurídica, o quizá una simple taza de té (WITTGENSTEIN, 1989, p. 15).

Por ello, es que no sólo se debe dar cuentas de la estructura del Derecho sino también de la función que tiene para los operadores jurídicos (COSSIO, 1962, pp. 1088-1089). El acto que crea simultáneamente al sujeto intérprete y a la obra interpretada. No hay obra sin sujeto y viceversa. Y decimos sujeto, porque lejos está de ser definido como autor o lector. El papel del productor desde la teoría literaria contemporánea, empieza a ser de cuestionada existencia participativa en el acto creativo de la lectura.

En su obra *¿Qué es un autor?*, FOUCAULT (2010) expone, en lo que parece ser un diálogo permanente con la obra de Roland BARTHES, que “la función-autor es característica del modo de existencia, de circulación y de funcionamiento de ciertos discursos en el interior de una sociedad” (p. 21). La crítica se dirige a la figura del autor que pretende ser puesta como un hecho fundamental, sin embargo dependiendo de las condiciones de formación del discurso exigirá mayor o menor participación.

El autor no es un simple elemento del discurso, sino que ejerce un determinado papel: garantiza un orden,



delimita, ordena, excluye y opone textos. Su aparición dependerá de las intenciones de continuidad del relato establecido, dejando por momentos espacios al segundo autor de la obra, el lector. El autor no es más que una de las especificaciones posibles de la función-sujeto, no es indispensable la permanencia de su forma y existencia.

En este sentido las perspectivas de la estética de la recepción impulsan el análisis de las mutaciones de los códigos culturales, su proceso de decodificación del significado y el uso de los textos. Los modos de expresión del ámbito jurídico, no serán ajenos a estos considerandos.

#### **4. RICOEUR y la textura de los intérpretes**

En el ámbito del Derecho, el legislador ha segmentado la realidad en un plexo normativo y ha “desaparecido” de la escena (recurso metafórico, en tanto consideramos que el legislador cumple una función elemental en la formación del discurso jurídico). La norma queda allí, la sociedad pide que hable y el juez “con su prudencia y sana crítica” tendrá que hacerlo. La cuestión interpretativa será un extenso debate en el área jurídica y quizá los aportes desde la lingüística puedan echar luz sobre este fenómeno que de a poco se separa, como lo indica Paul RICOEUR (1983, p. 25), de la concepción hermenéutica romántica de SCHLEIERMACHER y DILTHEY que proponen comprender al autor mejor de lo que él mismo pudiera comprenderse.

En este proceso interpretativo de la norma hay un “intérprete” situado frente al texto, que tendrá que estructurar la subjetividad que su autor (el legislador) intentó plasmar. La intertextualidad normativa es mediada por una interrelación de lecturas sujetas por lo que JAUSS (2000), desde la teoría de la estética de la recepción, llama un “horizonte de expectativas” (p. 19).

Tal como RICOEUR lo expresa en *Tiempo y narración: Configuración del tiempo en el relato histórico* (1983), el texto implica la pre-comprensión de un mundo común, en ese acto el texto es suspendido del mundo de su referente, situación necesaria para que la obra no se cierre sobre sí misma y al mismo tiempo permita abrirse a segundos referentes, los intérpretes (pp. 45-56).

Es por ello que consideramos que el Derecho también se imprime en este espacio en tanto suspende su referente y necesita ser reinterpretado, reestructurando su sentido. Su primer obrador desaparece ante la injerencia de la figura del nuevo autor, el juez.

La imagen implica la caracterización de un determinado modo de ser del discurso jurídico. El hecho de tener una determinada figura que aparece en una instancia específica y que nos insta a decir “esto ha sido decidido por un juez”, implica que el discurso no es un acto indiferente y pasajero sino que se recibe de una determinada manera. La figura del segundo referente condiciona la recepción del texto por parte de los individuos que conforman el tercer nivel, la sociedad.

Esa aceptación expresa (legalidad) y tácita (legitimidad) que la figura del juez reúne como autor e intérprete, exige que pensemos en el vacío de su existencia en términos de nombre propio: “el nombre de autor no es pues un nombre propio como los demás” (FOUCAULT, 2010, p. 19). La implicancia del juez-autor condiciona nuestra forma de concebir el discurso jurídico.

Su muerte o inexistencia no tiene que ver solamente con una ausencia física del sujeto sino con la ausencia de un referente particularizado, con la indeterminación del hablante o bien con la aceptación de la voz de autoridad en tanto su significado no permite lugar a la redefinición conceptual.



## 5. Ruidos y silencios en torno a lo jurídico

En la disección del lenguaje jurídico, observamos significados en constante movimiento, múltiples y necesarias intertextualidades, capas discursivas, recorridos caóticos, arbitrarios e inciertos en los que se superpone una miríada de enunciados.

Tampoco debemos pensar que bajo estas perspectivas el terreno comunicativo sería imposible, en tanto cada sujeto responde y posee una realidad complejamente diferenciada de otros, situación que haría imposible toda interlocución. Sin embargo, nos parece importante resaltar que aquellos sonidos que emitimos y hemos dado en llamar lenguaje, poseen una genealogía cargada de poder, de fuerzas en pugna, historia, transformaciones etimológicas, recursos lingüísticos y no son el resultado de simples y arbitrarias creaciones o instrumentos apriorísticamente ínsitos en los sujetos.

Los textos poseen esa interesante función paradójica de mostrar y ocultar, así como sus tintes de opacidad. Esta opacidad que tiñe al Derecho, la utilización del mismo lenguaje para ocultarse y encriptarse, con todo lo que implica en materia de saber-poder. Un espacio en el que sólo algunos juristas pueden hablar, conocer y participar.

Todo discurso dice y desdice, expone a la vez que esconde algo, está allí para ser interpretado y hablado: “Ciertas instituciones, normas o prácticas cumplen una función distinta de la que ‘dicen’ cumplir. Que se despliegan ideológicamente, es decir, en un doble juego de alusión y elusión, de reconocimiento y desconocimiento” (CÁRCOVA, 2012, p. 150).

El Derecho nos une a la vez que nos separa, nos iguala a la vez que nos desiguala, nos enseña en un ámbito en el que nos excede la miríada de leyes, reglamentos,

decretos, ordenanzas y dictámenes que surgen a diario. La presunción del conocimiento de la ley por todos los individuos, contrasta con una práctica judicial en donde el Derecho es desconocido o no comprendido por la mayoría de los individuos. Un abismo entre el Derecho y los sujetos a los cuales se dirige y pueden hacer uso del mismo. Sujetos atravesados por un sinfín de normativas escritas en un lenguaje hermético, apoyado en enrevesados tecnicismos del que harán uso los instrumentos jurídicos:

Una vez más: el poder asentado en el conocimiento del modo de operar del Derecho ejerce, en parte, a través del desconocimiento generalizado de ese modo de operar. La preservación de ese poder requiere la reproducción del efecto de desconocimiento. Requiere, en fin, opacidad. (CÁRCOVA, 2007, p. 164).

Frente a este panorama, consideramos que el papel del receptor, lector, intérprete, ejecutor, actor, en definitiva, de todo sujeto frente a un mensaje no es sólo de mera recepción o ejecución, sino que hay una activa participación del sujeto pasivo que recibe el mensaje y lo reinterpreta. Todo proceso comunicativo lleva consigo una multiplicidad de implicancias. Para actualizar estructuras de sentido se necesita de creadores así como también de intérpretes, y una audiencia que recepte y dé su devolución al respecto (CÁRCOVA, 2009, p. 41). Al igual que una partitura, dispuesta a ser interpretada, ya en otro tiempo, otro espacio y por otro sujeto diferente de su autor, el lenguaje participa en una constante “traducción” dando como resultado un complejo entramado de discursos culturales, políticos y hermenéuticos, entre otros. No hay discurso sin hablante e intérprete.



Tal como se distingue: “El Derecho tiene, junto a un función positiva, también una función negativa que es intrínseca a su propia naturaleza” (CÁRCOVA, 2012, p. 146). Muchos son los documentos que nos permiten, no sólo entender lo que sucede en el contexto en el cual son realizados y puestos en marcha, sino observar las incidencias de acontecimientos pasados y sus proyecciones futuras:

La autoridad depende de la existencia de un núcleo determinado de significados, porque en su ausencia no hay una manera normativa o pública de analizar lo que alguien dice o escribe, con el resultado de que la interpretación se convierte en un asunto de análisis individuales y privados, ninguno de los cuales se somete a verificación o corrección (PALTI, 2012, p. 232).

Julia KRISTEVA (1997), pionera del desarrollo del término de intertextualidad, indica en torno a ello que el significado de un texto no se transfiere, sino que es mediado por una serie de códigos que involucran otros textos (p. 3).

Todo lo expuesto intenta asentarnos sobre una base sólida desde la cual poder analizar cómo se establece el sentido del discurso jurídico en su totalidad (normas, teorías, sentencias) y examinar cómo los principales actores jurídicos intervienen en esa producción. La tarea del legislador parece ser la de un sujeto que ha hecho una enorme obra artística; lo que sigue es tarea del juez. Éste es quien deberá pulir la obra, ponerle el título correspondiente y ubicarla en la sala de exposición que le parezca más pertinente. Pero no todos los jueces deciden de la misma manera en lo que al Derecho respecta (CÁRCOVA, 2012, p. 155).

## **6. Nuevos espacios para desengranar los montajes jurídicos**

Es necesario dar cuentas de que, desde una perspectiva iusfilosófica, el Derecho es pasible de ser analizado por una multiplicidad de posiciones y ópticas. La pretendida asepsia metodológica de determinadas posiciones iusfilosóficas que intentan reducir al Derecho en pura normatividad, permite entender qué es el Derecho y cómo se ejerce. La tarea que los jueces realizan involucra otras actividades aparte de la aplicación de las leyes generales a casos particulares. La idea de subsunción que predomina como argumento justificativo en torno a la interpretación judicial no revela los mecanismos que se emplean, así como tampoco explicita si el proceso es puramente intelectual, o bien participan elementos volitivos. Ello implica que los magistrados realicen una tarea puramente retórica y de cuestionable utilidad ante un proceso significativamente más complejo. El estudio de un determinado caso judicial no puede limitarse al análisis de las normas que lo contienen sino a los sujetos que participan, tal como jueces, fiscales, partes, testigos, peritos.

Ello nos indica que las interpretaciones y análisis que los jueces hagan del Derecho no son un terreno signado por el consenso y el acuerdo compartido, sino que, por el contrario, cada postura dará su perspectiva en torno a cada una de las aristas que conforma el Derecho en su totalidad.

En esta instancia de análisis consideramos necesaria la participación de la teorías narrativistas en el Derecho a los fines de desdoblar el sentido que los actores jurídicos imprimen a la normas, al mismo tiempo que permitan dar cuentas de las valoraciones, intereses, ideas y perspectivas que cada uno utiliza.



El discurso jurídico se construye desde la subjetividad. En este acto siempre hay elección y selección. Ello implica que no se pueda establecer una única forma de producción. El carácter discursivo desde el cual se constituye el Derecho (normas, producciones teóricas) es lo que nos lleva a sostener que dicho espacio se materializa como proceso social de producción de sentido, *verbi gratia*: vivienda digna, buena fe, matrimonio, capacidad, persona, moral o buenas costumbres, entre otros, son conceptos jurídicos cuya definición dista de ser completa y omnicomprendensiva. Hay una constante circulación de sentido, más que un discurso de la verdad, aunque ésta haya sido una constante voluntad en la historia del derecho (FOUCAULT, 1991, p. 66). Ningún individuo tiene el privilegio de poder establecer la correcta interpretación del Derecho. La circulación del sentido jurídico será constante, y consiste en algo más que palabras.

Estas perspectivas de análisis narratológicas adquieren mayor relevancia en torno al análisis del fenómeno jurídico como discurso. Si pensamos por ejemplo en una sentencia como acto jurídico veremos su organización discursiva. El acercamiento y posterior decisión del juez se dará por medios de informes, escritos, comentarios y pruebas que le irán acercando para desentrañar “lo verdadero”. Sobre los hechos, el magistrado no ha participado de manera presencial, este distanciamiento “corrompe” la verosimilitud entre las prescripciones legales y la realidad.

La realidad jurídica es construida desde la interpretación. Hay un gran número de participantes que inciden en dicha formación. La heterogeneidad y complejidad de la comunicación, en donde se exige la decodificación de sus enunciados, dan cuentas de que no se trata de un proceso unívoco.

Lejos de pensar que estas resignificaciones del relato jurídico lo conviertan en un espacio anómico, permiten su actualización y adecuación a las situaciones sociales actuales, caracterizadas por sus constantes y vertiginosos cambios. La perspectiva intertextual en materia jurídica surge como un intento de visibilización y formación de un Derecho más integral, capaz de escuchar y hacer participar otras perspectivas, a los fines de dar una respuesta más completa a los dilemas que se le presentan.

Todas las herramientas analíticas desde la cuales se puede analizar y entender el Derecho como relato, hacen que no se lo conciba como una reproducción y explicación automática de la situación histórica en que se presenta, sino que es la invitación a recurrir a otros discursos como forma de una interpretación más amplia y profunda. Son conjuntamente un análisis cultural, político, económico, social, cognitivo, entre otros. No podemos ligarnos a lo meramente estructural y formal de un discurso. Aun así, si deseáramos hacerlo, tendríamos que saber que la misma estructura es efecto de otros discursos antecedentes.

## 7. Conclusiones

Los trazos, las oraciones y las pautas exponen (al mismo tiempo que ocultan) toda una percepción del sentido contextual, y el Derecho no es ajeno a este espacio. Tratar de dar cuentas de esa *mise en abyme*, en la cual el Derecho no se reduce a la pura normatividad, sino que debe ser analizado desde la intertextualidad y multidisciplinariedad. La voluntad de verdad aferrada a sus enunciados, imprime en cada postulado la idea de una forma de entender los fenómenos que se conocen, pero la forma en que se estructuran llevará consigo toda una cosmovisión e intencionalidad de lo que quiere constituirse como De-



recho y, dada su injerencia en el entorno, toda una visión de los elementos que conformarán la sociedad.

Significados en constante movimiento, enunciados superpuestos que se van sedimentando, recorrido caótico, arbitrario e incierto en que se va desarrollando el saber jurídico, dan cuenta del concepto de intertextualidad. En este orden de idea destacará el concepto de interpretación, que en sus textos exige la participación de un lector que cambiará constantemente el sentido del texto. Por otro lado, da cuentas del papel que posee el fenómeno de la ficción, en tanto permite la ruptura y la resignificación del espacio de lo que consideramos “lo real”. Se da ese espacio paradójico en el cual se debate la figura de la real y lo inexistente, la ideología y la voluntad de verdad.

Los conceptos de intertextualidad y de ficcionalidad son inescindibles y complementarios entre sí y, al mismo tiempo, devienen directrices no solo en su obra específicamente sino en el análisis de todo tipo de discurso entre los cuales destacamos el discurso jurídico.

Las múltiples interpretaciones que inciden en las aplicaciones y transformaciones del espacio jurídico, sumado al papel performativo que se trasluce desde la ideología, vienen a dar cuenta del aspecto sectorial y particular que tiene el Derecho; su lenguaje jurídico se desarrolla y construye desde la intertextualidad.

Queda esa sensación que enfrentarnos al análisis del discurso jurídico, es soportar las variaciones de sentido y todo lo que ello provoca en nuestro mundo simbólico históricamente construido. Posicionarse frente a esta perspectiva, como actores jurídicos, es estar dispuestos a escuchar un discurso que posiblemente hemos omitido de manera intencional o no queremos escuchar. Es pararse sobre un terreno endeble que empezará a estremecerse

instantáneamente, y no habrá arquetipos, conceptos cerrados, conocimientos unívocos ni seguridades epistemológicas en donde sostenerse. Un cuestionamiento constante y la impostura ante lo que está dicho y presumido bajo el umbral de la “naturalidad”. El desengranaje y deconstrucción de la normalidad, para luego intentar unir las piezas y ver qué figura verdaderamente escondía el borroso rompecabezas discursivo. Aunque se nos vaya la vida en intentar des-ocultar lo que esconde detrás de todo ese cúmulo de hechos y palabras: “Quizá del otro lado de la muerte, sabré si he sido una palabra o alguien” (BORGES, 2013, p. 560).

## Bibliografía

ADORNO, T. W. (1992). *Teoría Estética*. Madrid: Editorial Taurus.

ALCHOURRÓN, C. & BULYGIN, E. (2012). *Sistemas normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*. Buenos Aires: Ed. Astrea.

BACHELARD, G. (2000). *La formación del espíritu científico*. Buenos Aires: Ed. Siglo XXI.

BAJTÍN, M. (1991). *Teoría y estética de la novela*. Barcelona: Ed. Taurus.

BARTHES, R. (2003). *El placer del texto. Lección inaugural*. Buenos Aires: Ed. Siglo XXI.

BARTHES, R. (2013). *El susurro del lenguaje*. Buenos Aires: Ed. Paidós.

BERGER, P. & LUCKMANN, T. (1993). *La construcción social de la realidad*. Buenos Aires: Ed. Amorrortu.

BORGES, J. L. (2011). *Obras completas, Vols. 1, 2, 3 y 4*. Buenos Aires: Ed. Sudamericana.

BORGES, J. L. (2012). *Cuentos completos*. Buenos Aires: Ed. Sudamericana.



BORGES, J. L. (2013). *Poesía completa*. Buenos Aires: Ed. Debolsillo.

CALVO GONZÁLEZ, J. (1996). *Derecho y narración: materiales para una teoría y crítica narrativista del Derecho*. Barcelona: Ed. Ariel.

CALVO GONZÁLEZ, J. (1999). *Verdad (Narración) Justicia*. Málaga: Ed. Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico de la Universidad de Málaga, 19.

CÁRCOVA, C. M. (2009). “¿Hay una traducción correcta de las normas?”. *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones “Ambrosio L. Gioja”, III(4)*, 33-42. Recuperado de [http://www.derecho.uba.ar/revistagioja/articulos/R0004A003\\_0004\\_investigacion.pdf](http://www.derecho.uba.ar/revistagioja/articulos/R0004A003_0004_investigacion.pdf)

CÁRCOVA, C. M. (2007). *La opacidad del derecho*. Madrid: Editorial Trotta.

CÁRCOVA, C. M. (2012). *Las teorías postpositivistas*. Buenos Aires: Ed. Abeledo-Perrot.

COSSIO, C. (1962). “Crítica de la jurisprudencia dogmática como crítica en nuestra época”, *La Ley*, pp. 1088-1092. Recuperado de <http://capacitacion.hcdn.gob.ar/wp-content/uploads/2015/12/La-critica-de-la-jurisprudencia-Carlos-Cossio.pdf>

DELEUZE, G. (2015). *Foucault*. Barcelona: Ed. Paidós.

DERRIDA, J. (2008). *Fuerza de ley. El “fundamento mítico de la autoridad”*. Madrid: Ed. Tecnos.

ECO, U. (1992). *Los límites de la interpretación*. Buenos Aires: Ed. Lumen.

FAIRCLOUGH, N. (1995). *Language and power*. London & New York: Ed. Lonhman.

FINNIS, J. (2000). *Ley Natural y Derechos Naturales*. Buenos Aires: Ed. Abeledo-Perrot.

FITZPATRICK, P. (1998). *La mitología del derecho moderno*. Buenos Aires: Ed. Siglo XXI.

FOUCAULT, M. (1996). *El Orden del Discurso*. Madrid: Ed. La Piqueta.

FOUCAULT, M. (2006). *Yo, Pierre Rivière, habiendo degollado a mi madre, a mi hermana y a mi hermano*. Barcelona: Ed. Tusquets.

FOUCAULT, M. (2010). *¿Qué es un autor?* Buenos Aires: Ed. El cuenco de plata.

FOUCAULT, M. (1991). *La verdad y las formas jurídicas*. Barcelona: Ed. Gedisa.

GUSDORF, G. (1971). *La palabra*. Buenos Aires: Ed. Nueva Visión.

HART, H. (1992). *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Ed. Abeledo-Perrot.

HERNÁNDEZ MARÍN, R. (1986). "Ficciones jurídicas". *Doxa, III*, 141-147.

ISERN, M. (2005-2006). "La estructura de las revoluciones científicas en el Derecho. Una aproximación". *Revista Telemática de Filosofía del Derecho, 9*, 13-41.

JAUSS, H. (2000). *La historia de la literatura como provocación*. Barcelona: Ed. Península.

KELSEN, H. (1982). *Teoría Pura del Derecho*. D.F.: Ed. Universidad Nacional Autónoma de México.

KENNEDY, D. (1999). *Libertad y restricción en la decisión judicial. El debate con la teoría crítica del derecho (CLS)*. Bogotá: Ed. Siglo del Hombre Editores.

KRISTEVA, J. (1997). "Bajtín, la palabra, el diálogo y la novela". En NAVARRO, D. *Intertextualité: Francia en el origen de un término y el desarrollo de un concepto* (1-24). La Habana: Ed. UNEAC.

LEGENDRE, P., ENTELMAN, R., KOZICKI, E., ABRAHAM, T., MARÍ, E., LE ROY, E., & VEZZETTI, H. (1982). *El discurso jurídico*. Buenos Aires: Ed. Hachette.

MARÍ, E., RUIZ, A. E. C., CÁRCOVA, C. M., ENTELMAN, R., OST, F., VAN DE KERCHOVE, M., & KELSEN, H. (1991). *Mate-*



*riales para una teoría crítica del derecho*. Buenos Aires: Ed. Abeledo-Perrot.

MARÍ, E. (1980). “Moi, Pierre Riviere...’ y el mito de la uniformidad semántica en las ciencias jurídicas y sociales”. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 59, 81-110.

MARÍ, E. (2002). *La Teoría de las Ficciones*. Buenos Aires: Ed. Eudeba.

MARÍ, E. (1986). “Racionalidad e imaginario social en el discurso del orden”. *Doxa*, III, 93-111.

MARTYNIUK, C. (2006). *Sobre la norma del gusto, la normatividad del arte y la narración de la justicia*. Buenos Aires: Ed. Coyoacán.

Nietzsche, F. (1990). *Sobre verdad y mentira en sentido extramoral*. Madrid: Ed. Tecnos.

OST, F. (2007). “Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de jueces”. *Academia, Revista sobre enseñanza del derecho*, 4(8), 101-130.

PALTI, E. J. (ed.). (2012). *Giro lingüístico e historia intelectual*. Buenos Aires: Ed. Universidad Nacional de Quilmes Editorial.

PARDO, M. L. (1994). “La ficción jurídica desde la lingüística: actos de habla y ficción”. *Revista de Lengua i Dret*, 22, 25-43.

RIKOEUR, P. (1983) *Tiempo y narración: Configuración del tiempo en el relato histórico*. D.F.: Siglo XXI.

RUIZ, A. E. C. (2003). “El derecho como discurso y como juego”. *Revista Jurídica Universidad Interamericana de Puerto Rico*, 38, 1-5. Recuperado de [http://latcrit1.org/media/medialibrary/2014/01/10\\_uiapr\\_ruiz.pdf](http://latcrit1.org/media/medialibrary/2014/01/10_uiapr_ruiz.pdf)

SAPIR, E. (1971). *El lenguaje*. D. F.: Ed. Fondo de Cultura Económica.

SCHNECK, P. (2007). “Las leyes de la ficción: la retórica jurídica y la evidencia literaria”. *Revista Europea de Es-*

*tudios de Inglés*, 11, 47-63.

SLOTERDIJK, P. (2006). *Venir al mundo, venir al lenguaje*. Valencia: Ed. Pre-Textos.

VAIHINGER, H. (1922). *Die Philosophie "als ob"*. Leipzig: Ed. Verlag von Felix Meiner.

VAN DIJK, Teun A. (2009). *Discurso y poder*. Barcelona: Ed. Gedisa.

WITTGENSTEIN, L. (1989). *Conferencia sobre ética*, Barcelona: Ed. Paidós.



## **“Procesos colectivos: la imperiosa necesidad de precisar su finalidad”**

**Diego Guillermo Martínez**

SUMARIO: I. Introducción.- II. Fundamento y finalidad de los procesos colectivos como directriz interpretativa.- III. Condicionantes políticos a la tutela colectiva.- IV. Requisitos de admisibilidad para la protección de los derechos individuales homogéneos en el actual anteproyecto de ley del Ministerio de Justicia de la Nación.- V. Conclusión

### **I. Introducción**

En el año 1994 nuestra Constitucional Nacional fue sometida a un conjunto de reformas que impactaron tanto en su parte dogmática como en la faz orgánica. Respecto de esta última las modificaciones e incorporaciones realizadas fueron realmente significativas, desde la modificación de la forma de elección de las autoridades nacionales, hasta el acortamiento del mandato presidencial, pasando por la ampliación del número de representantes de ambas Cámaras del Poder Legislativo y la tan saludable incorporación de los Tratados de Derechos Humanos a nuestra Carta Magna con idéntica jerarquía a ella.

Por otro lado, y en lo que aquí interesa, los convencionales en uso de sus atribuciones, plasmaron en el texto madre instituciones jurídicas de gran valía, algunas de ellas con un amplio reconocimiento jurisprudencial, como el amparo, y otras con mucha menor resonancia en nuestro ámbito como lo es la tutela de “Derechos de incidencia

colectiva”<sup>2</sup>. Este último punto es que nos interesa a los fines del presente artículo partiendo de la base de que a 24 años de su incorporación en el texto constitucional aún no contamos con una ley nacional que regule y reglamente de manera uniforme, todas las aristas que se presentan en este tipo de procesos tan complejos.

En las siguientes líneas intentaremos dar una visión respecto de la trascendencia que en la actualidad cobra el estudio acabado de los procesos destinados a la protección de derechos de incidencia colectiva, el alcance terminológico de éstos y la imperiosa necesidad de darle una regulación exhaustiva, uniforme y no fragmentaria, que sea precedida de los fundamentos y objetivos que enarbolan y cimientan este tipo de sistemas de enjuiciamiento.

---

2 El art 43 de la Constitución Nacional recepta la afamada doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación emergente de los fallos “Siri” y “Kot” a partir de los cuales se da reconocimiento pretoriano al proceso de amparo. A la vez que incorpora la tutela a los derechos de incidencia colectiva como un instituto novedoso en nuestro país. Reza mencionado artículo: “Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización...”.



Daremos una visión respecto de los condicionantes políticos que pudieron dar lugar a esta mora intolerable del legislador, que llevo al Máximo Tribunal nacional a ponerse ropajes de legislador dando así lineamientos generales de cómo litigar este tipo de procesos con los reparos constitucionales que esta actividad puede merecer.

Inmediatamente después, y aquí el núcleo de este ensayo, abordaremos lo tocante a los requisitos que condicionan la admisibilidad de la tutela en clave colectiva de los denominados derechos individuales homogéneos y el recaudo extra que se impone de que exista “*dificultad del acceso a la Justicia en forma individual*” como condición determinante para la apertura de la vía colectiva.

Nos interesa dejar de manifiesto que en modo alguno pretendemos agotar el estudio de la temática de marras, puesto que ella ha merecido y merece un análisis exhaustivo por los grandes maestros de nuestra disciplina. Simplemente nos permitimos aportar una visión de la aplicación del instituto en estudio que sea conteste con los nuevos paradigmas en materia de acceso a la Justicia, constitucionalización y humanización del proceso, tutela judicial efectiva, eficiente y continua.

## **II. Fundamento y finalidad de los procesos colectivos como directriz interpretativa**

Partimos preliminarmente por recordar que los procesos judiciales en general, y entre ellos los procesos colectivos, son instrumentos o herramientas destinadas a buscar la resolución de forma pacífica de los conflictos surgidos en la sociedad.

La recepción en nuestra Carta Constitucional de los procesos colectivos responde a la necesidad imperiosa de dar respuesta a un conjunto de situaciones de hecho, pro-

pías de los tiempos modernos, que portan un nivel de conflictividad de imposible resolución a través de los medios de enjuiciamiento tradicionales (litisconsorcio, intervención de terceros, acumulación de procesos, etc.). De ahí que la incorporación de este nuevo instituto debe estar respaldada por un conjunto de fundamentos que justifiquen su recepción en nuestro ordenamiento jurídico y establecer con mayor claridad aun, cuál será la finalidad de su aplicación <sup>3</sup>.

Como dijimos en el punto introductorio el legislador nacional se encuentra en un intolerable estado de mora respecto del dictado de una ley nacional que regule de manera integral y sistémica las reglas procedimentales del enjuiciamiento colectivo de modo tal de poder utilizar esta vía procesal con cierta previsibilidad y con pautas claras de actuación tanto para las partes, sus representantes, como para el propio órgano jurisdiccional.

En el mes de mayo del corriente año [2019] el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación presenta un anteproyecto de ley cuya finalidad es dar un marco regulador de los procesos colectivos intentando poner punto final al estado de mora injustificado en que se encuentra el legislador nacional, estado que ha sido claramente denunciado por la Corte Suprema de Justicia

---

3 En este sentido ver GIANINNI, Leandro J., “Análisis crítico del anteproyecto de ley de procesos colectivos del Ministerio de justicia de la Nación” en La Ley, Buenos Aires, 18 de julio de 2018. Al respecto sostuvo “...los objetivos que impulsamos como definitorios de las acciones de clase suponen reconocer en ellas un instrumento prioritariamente encaminado a la tutela judicial efectiva de los derechos” [Y por ende ante la ausencia de dichos objetivos] “... sería necesario una revisión global del diagnóstico e ideología del proyecto”.



de la Nación en el precedente “Halabi”<sup>4</sup>. Dicho anteproyecto ha sido presentado sin la correspondiente exposición de motivos que fundamentan y ponen de relieve lo que los redactores tuvieron en mira para su articulación, explicaciones éstas de una utilidad mayúscula para desentrañar efectivamente qué es lo que se está queriendo garantizar o proteger con este sistema de enjuiciamiento grupal<sup>5</sup>.

No perdemos de vista que dicho anteproyecto contiene en su artículo 2 lo que los redactores han llamado *finalidades de los procesos colectivos*; sin embargo dichas finalidades no difieren demasiado de los procesos en general y aparecen más bien como una repetición de los principios procesales harto conocidos<sup>6</sup>.

---

4 CSJN “Halabi, Ernesto c/P.E.N. –Ley 25.873- Dto 1563/04 s/amparo ley 16.986”. En el considerando 12 de este fallo se pone en evidencia la actitud pasiva del legislador en materia de regulación de los procesos colectivos, pues sostiene que: “*frente a esa falta de regulación, que por lo demás, constituye una mora que el legislador debe solucionar cuanto antes sea posible, para facilitar el acceso a la justicia que la Ley Suprema ha instituido...*”.

5 Uno de los grandes problemas que se advierten y de ahí la contrariedad entre la doctrina y el posicionamiento de la CSJN es que no termina de quedar claro qué es lo que se pretende tutelar con los procesos colectivos, o cuál es la extensión de esta tutela. Esto obviamente en referencia a la sostenida posición del Máximo Tribunal de rechazar la tutela de derechos individuales homogéneos cuando su reclamo individual se presenta como suficientemente ausplicable.

6 Nótese que el art 2 del anteproyecto de regulación de los procesos colectivos contiene un catálogo de “principios” que difieren de los enunciados hace ya muchos años. Entre ellos: acceso a la Justicia y debido proceso, oralidad, intermediación, concentración y economía procesal.

El principio rector en materia de tutela colectiva debe necesariamente ser la “tutela judicial efectiva”; este principio también conocido en los procesos tradicionales, toma sin embargo una trascendencia inconmensurable en este tipo de procesos puesto que su aplicación puede dar soluciones grupales respecto de cuestiones comunes evitando el dispendio de recursos y fundamentalmente acortando los tiempos de respuesta del servicio de Justicia y siendo esta respuesta uniforme para casos cuyas plataformas fáctica o jurídica son idénticas.

En definitiva nos interesa remarcar que la aplicación de los procesos colectivos en su máxima expresión sólo será posible si se tiene en claro cuál es el fundamento de su existencia y a partir de allí tomar una decisión si se está dispuesto a convivir o no con un sistema de enjuiciamiento colectivo y con las respuestas que éste puede dar <sup>7</sup>. Esta situación que parece inocua toma trascendencia a la hora de establecer cuáles son los requisitos de admisibilidad de este tipo de pretensiones, ya que de esta regulación surgirá si realmente se propicia la aplicación de esta nueva herramienta de tutela en su expresión integral o simplemente se está llenando un vacío legislativo pero sin mayor convicción en la aplicación del instituto.

---

7 Decimos esto porque existe una cierta reticencia por parte de quienes ejercen la judicatura en aplicar los procesos colectivos como herramienta de resolución de controversias con afectación masiva de derechos. Durante años se discutió, en las más altas esferas del Poder Judicial, y sin sustento alguno, si aquellos a los que el constituyente había dotado de legitimación para peticionar en clave colectiva estaban realmente legitimados, desconociendo frontalmente la letra de la Carta Nacional.



### III. Condicionantes políticos a la tutela colectiva

En este punto queremos hacer una breve manifestación de una de las causales que creemos, de alguna manera, “justifica” la ya mencionada mora del legislador en propiciar un cuerpo procesal unificado para llevar adelante enjuiciamientos de orden colectivo.

Los sistemas de protección de derechos que permiten la participación de un número relevante de personas que, gravitadas por una misma situación fáctica o por una misma premisa legal, reclaman conjuntamente la cesación de una conducta dañosa, ponen en evidencia al agente productor de dicho daño <sup>8</sup>.

Pensemos por un minuto en los tiempos que corren. La implementación de los medios tecnológicos al mundo comercial ha generado que los grandes jugadores del mercado realicen operaciones a diario con un sinnúmero de personas con las cuales no existe contacto alguno. Con la aplicación de contratos de adhesión o de cláusulas pre-dispuestas -o aun sin ellos- logran articular la prestación de un servicio en el cual el usuario del mismo no tiene incidencia alguna sobre sus modalidades. Esta situación, qué duda cabe, da lugar a grandes abusos por parte de quien en la relación comercial se encuentra en una posición claramente privilegiada.

---

8 En este sentido ver *Acciones de clase y autoridad estatal* de ISSACHAROF, Samuel. Este prestigioso profesor marca que una de las finalidades de las acciones de clase son la de actuar como complemento de la autoridad estatal. En este sentido las acciones de clase sirven para denunciar los abusos realizados por prestadores de servicios y de esta forma contribuir con el control estatal procurando el cumplimiento de la ley.

La desigualdad entre las partes, la falta de control y sanción por parte del Estado ante las conductas abusivas por parte de las empresas y la ambición desmesurada por el incremento de las utilidades, es el terreno propicio para que se produzcan daños a gran escala. Con la particularidad de ser de escasa cuantía en el orden personal, pero de alcances exponenciales respecto del grupo afectado, dando lugar a una recaudación exorbitante por parte de los prestadores de servicios sin riesgo de potenciales reclamos por falta de incentivo para ello. El daño causado es de tan poca entidad que cada afectado por sí mismo no irá jamás a reclamar en sede judicial la reparación del mismo <sup>9</sup>.

En este punto es que nos interesa plantear una mirada un tanto realista más que idealista. En qué medida no es dable considerar que estos grandes agentes del mercado, con estructuras realmente preparadas y diseñadas para causar daños masivos, no actúan como grupos de presión constante en nuestros legisladores, obturando y desalentando todo tipo de reglamentación que pueda de alguna manera entorpecer su sistema de recaudación espuria pero casi imperceptible de manera individual. Pensar que este tipo de organizaciones no realizan conjuntamente *lobby* bregando porque no exista un sistema de protección de derechos colectivos que pueda poner en

---

9 Esta situación es sin duda, en los tiempos que corren, uno de los fundamentos centrales para propiciar los procesos colectivos. Es por ello que el Estado, principalmente las autoridades de gobierno, deben bregar por la implementación cada vez más profusa de estos procesos en busca de lograr desarticular, o al menos desalentar, este tipo de abusos, que como no puede ser de otra manera afecta siempre en mayor medida a los grupos históricamente relegados.



jaque su diseño de recaudación, es al menos una posición un tanto inocente.

A nuestro entender la mora del legislador en cuanto a la reglamentación del artículo 43 2º párrafo de la Constitución Nacional responde en gran medida al hecho de ser contestes con la posición de los grupos de poder.

Lo dicho hasta aquí hace referencia a la reticencia que pueden tener los actores privados a la aplicación de los procesos colectivos como herramienta tendiente a la persuasión de conductas abusivas en el ámbito comercial propias del lugar de privilegio que ocupan en las relaciones contractuales.

Ahora bien, ¿qué sucede cuando el agente productor del daño no es otro que el propio Estado? Aquí comienza un problema que de acuerdo al análisis que se le dé al instituto de los procesos colectivos, algunos afirman, puede poner en juego hasta las bases del sistema republicano de gobierno cuya manifestación más eminente es la división de los poderes de gobierno.

Esto así toda vez que la posibilidad de llevar a sede judicial la discusión sobre una afectación, ya no individual sino masiva, pone en evidencia al aparato estatal que, por acción u omisión, vulnera derechos fundamentales de toda una clase. Por lo dicho podría avizorarse dónde estaría el problema político del enjuiciamiento colectivo: una pluralidad de personas afectadas por acción u omisión del Estado reclaman de éste una política que ponga fin a dicha afectación. Ahora bien, la toma de decisión de llevar adelante una política determinada y fundamentalmente la evaluación presupuestaria y su correspondiente asignación a dicha actividad, es atribución privativa del Poder administrador y no del Poder Judicial.

Debemos tener en claro en este punto que una resolución dictada en el marco de un proceso colectivo contra el

Estado, en la inmensa mayoría de los casos, establecerá la cesación, recomposición y en su caso una reparación económica de tal magnitud que impactará fuertemente en las arcas de éste. Las sentencias denominadas “estructurales” se vuelven de alguna manera, en una forma de participación e incluso intromisión, sostienen algunos, del Poder Judicial en la esfera de atribuciones de los otros poderes de gobierno. Puntualmente se sostiene que por medio de estas resoluciones el decisor prácticamente determina una política de Estado comprometiendo partidas presupuestarias a las cuales el Poder político les había asignado un destino diferente.

Esta situación toma mayor relevancia cuando el grupo o clase afectada se encuentra conformada por personas especialmente vulnerables, históricamente relegadas, grupos desventajados y minorías sin voz representativa. En estos casos en los que el Estado por mandato constitucional debería dar un tratamiento y tutela diferenciada <sup>10</sup> es donde se pone en evidencia por medio del tratamiento de su afectación en clave colectiva el posicionamiento político respecto de este instrumento de enjuiciamiento grupal, ya que este sistema viene a poner en evidencia su actitud, al menos pasiva, respecto de la violación de derechos de estos grupos y sumado a ello viene nada menos

---

10 No podemos olvidar el mandato directo del constituyente a los poderes políticos plasmado en el art 75 inc. 23 respecto de la tutela de los más vulnerables. Reza la norma: “Corresponde al Congreso... Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por lo tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad...”.



que a condicionar, de alguna manera, la disponibilidad y destino de los recursos económicos cuya administración corresponde al Poder Ejecutivo por disposición constitucional.

He aquí una de las grandes trabas que, a nuestro entender, causan una cierta reticencia a la promoción de los procesos colectivos, en este caso cuando el sujeto pasivo es el Estado, y esto de manera directa condiciona la celeridad e interés del legislador en dictar una norma que regule este tipo de procesos.

Como es lógico este tipo de conflicto de poderes e intereses se debe resolver con la seriedad que el tema amerita y con una toma de posición firme respecto de la forma y de la finalidad que al instrumento procesal se le asigne. Entendemos que el Poder político, más allá de reconocerle claramente la facultad de fijar su agenda y determinar las políticas públicas que crea pertinentes, deberá hacerlo siempre estableciendo un orden de prioridades que no puede ser absolutamente discrecional y mucho menos encontrar como justificación el cliché de la oportunidad, mérito o conveniencia. Las prioridades deben fijarse respetando cuanto menos los parámetros constitucionales que imponen, reiteramos, acciones positivas con finalidad tuitiva a grupos especialmente vulnerables.

A su turno el Poder Judicial debe ejercer sus funciones dentro de la órbita de sus atribuciones evitando desvirtuar maliciosamente la finalidad de una herramienta tan valiosa de tutela como los son los procesos colectivos. El proceso judicial no puede ni debe ser utilizado para fijar la agenda política ni condicionar la tarea de otros poderes, todo lo contrario, su aplicación debe propiciar a la actuación conjunta de los poderes del Estado siempre con la finalidad de mejorar la calidad de vida de los ciudadanos, que de hecho es la finalidad misma del Estado.

En definitiva, queremos dejar en claro en este punto la necesidad de sincerar que existen respecto de los procesos colectivos, intereses contrapuestos, intereses tanto de entidades privadas como dentro de los poderes del Estado, intereses de tal entidad que no tenemos dudas de que son lo suficientemente fuertes como para condicionar la existencia de una ley, y en su caso, los alcances de una futura regulación. De aquí que la mora del legislador y su desobediencia a lo dispuesto por el constituyente, encuentre quizás explicación en lo más repulsivo de los manejos promiscuos entre la política y el poder.

#### **IV. Requisitos de admisibilidad para la protección de los derechos individuales homogéneos en el actual anteproyecto de ley del Ministerio de Justicia de la Nación**

En este acápite trataremos el tema central que dio motivo al presente artículo.

Como es sabido, y en virtud de la ya mencionada demora injustificada por parte del Poder Legislativo Nacional en orden de reglamentar los procesos colectivos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir de sus resoluciones por un lado y de sus facultades reglamentarias por otro, fue dando pautas mínimas de organización, actuación e interpretación de este tipo de sistema de enjuiciamiento grupal <sup>11</sup>.

---

11 En este caso podemos citar además del afamado caso “Halabi”, al precedente de la CSJN “PADEC c/Swiss Medical S.A s/nulidad de cláusulas contractuales”. “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo)”.



De entre las resoluciones que nuestro Máximo Tribunal federal ha dictado en materia de procesos colectivos no cabe duda de que la que marcó el inicio de una nueva visión respecto de la tutela grupal ha sido el tan comentado precedente “Halabi”. La Corte Suprema inicio el tratamiento del caso de referencia intentando deslindar y conceptualizar el alcance interpretativo que debía dársele a lo que el constituyente en el artículo 43 2º párrafo de nuestra Constitución Nacional denominó “Derechos de Incidencia Colectiva”. Ya que según el texto de nuestra Carta fundamental son éstos los derechos que son pasibles de ser amparados a través de este sistema particular de tutela.

Para llevar adelante esta empresa el Tribunal opto por establecer que existen tres categorías de derecho es nuestra orbita nacional, categorías que referenciamos someramente: en primer lugar, los **derechos individuales** cuya custodia y ejercicio corresponden de forma exclusiva a su titular independientemente del hecho de que existan varias personas involucradas.

Por su parte en un segundo grupo se encuentran los denominados **Derechos de incidencia colectiva** los cuales admiten dos sub categorías: los que tienen por objeto **bienes colectivos**, es decir aquellos cuya titularidad pertenece a toda la comunidad, siendo indivisible y no admitiendo exclusión alguna. Y por otro lado los derechos de incidencia colectiva referidos a **intereses individuales homogéneos**; en este caso la afectación recae sobre derechos individualmente divisibles. Sin embargo,

---

Respecto de las potestades reglamentarias del Máximo Tribunal, en esta materia se erigen como las más eminentes la Acordada 36-2099; Acordada 32-2014; Acordada 12-2016; entre otras.

la particularidad que permite su enjuiciamiento conjunto es la existencia de un hecho único que genera la lesión a todos ellos.

Continuó el Tribunal Superior, luego de aclarar el ámbito de discusión al que corresponde cada tipo de derechos, estableciendo cuáles serían los requisitos de admisibilidad en uno y otro caso. En lo que aquí nos interesa analizaremos los recaudos que según la Corte deben abastecerse para llevar a sede judicial una discusión respecto de la afectación de los derechos de incidencia colectiva cuando éstos tengan como objeto de tutela de derechos individuales homogéneos.

A estos efectos, el considerando 13 del fallo antes reseñado nos marca que la procedencia -debió decir admisibilidad- de estas acciones supone: la afectación producto de una causa fáctica común, una pretensión enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho y en la constatación de que el ejercicio individual no aparece plenamente justificado.

Los dos primeros recaudos -causa fáctica común y pretensión enfocada en el aspecto colectivo- no revisten mayor controversia. Es dable exigir que si un grupo determinado pretenda actuar conjuntamente en sede judicial su reclamo debe tener un punto de conexión lo suficientemente estrecho que permita el tratamiento en forma conjunta y de ahí que su reclamo deberá direccionarse a los efectos comunes surgido del mismo hecho que motiva el reclamo. Sólo estas condiciones y la demostración que este sistema de enjuiciamiento volvería más eficiente la Administración de Justicia y justificaría la aplicación y la ventaja de esta herramienta procesal por sobre los procesos clásicos.

Ahora bien, dicho esto, La Corte Federal incluyó un tercer requisito para admitir la tutela de derechos indi-



viduales homogéneos de orden patrimonial, y es que el ejercicio individual no aparezca **plenamente justificado**<sup>12</sup>. Este punto es uno de los más controvertidos y criticados por la doctrina especializada<sup>13</sup> ya que el Tribunal Supremo cercena injustificadamente la amplitud que este instrumento debe tener a los fines de cumplir acabadamente con su objetivo rector: la eficiencia del servicio de Justicia.

Es con base en la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Halabi” que los redactores del anteproyecto de ley de procesos colectivos han sistematizado en los arts. 22 y 23 los requisitos de admisibilidad específicos para la tutela grupal de los derechos individuales homogéneos.

El art. 22 aparece como una copia casi textual del mencionado considerando 13. Exige la conjunción de: a) una pretensión concentrada en los efectos comunes; b) causa fáctica o normativa común; c) que fundamentos jurídicos de la pretensión resulten uniformes respecto de la totalidad del grupo de afectado; **d) “que la escasa significación económica de las sumas disputadas,**

---

12 En términos de la Corte *“Que la procedencia de este tipo de acciones requiere... [la tendiente a la protección de derechos individuales homogéneos]...como tercer elemento exigible que el interés individual considerado aisladamente, no justifique la promoción de una demanda, con lo cual podría verse afectado el acceso a la justicia”*.

13 Ver entre otros GIANINNI, Leandro J. “La insistencia de la Corte Suprema en un recaudo para la tutela de los derechos de incidencia colectiva (a propósito de los casos ‘CEPIS’ y ‘Abarca’), La Ley, 2016-E, 12/09/2116; VERBIC, Francisco y SALGADO, José María, “Un estándar inconstitucional para el acceso colectivo a Justicia”, La Ley 2016-E, 25/08/2016. Entre muchos otros.

*individualmente consideradas, permita suponer que el costo que insumiría a cada persona accionar en forma particular resultaría muy superior a los beneficios que derivarían de un eventual pronunciamiento favorable; este requisito no es exigible cuando se encuentre afectado el derecho de grupos que por mandato constitucional son objeto de preferente tutela por su condición de vulnerabilidad”.*

Por su parte el art 23 al establecer los requisitos de la demanda en el inc. C exige **“explicar la afectación del derecho de acceso a la justicia”**.

Como surge de la transcripción de la parte pertinente de cada uno de los artículos, los redactores han tomado una posición cuasi de autómatas respecto de lo dicho por la Corte en sus precedentes -y aun más conservadora-<sup>14</sup> sin analizar o cuanto menos explicitar -y aquí nuevamente la trascendencia de una buena exposición de motivos y una honesta enumeración de los objetivos de la norma-cuál es la finalidad asignada a los procesos colectivos.

Resulta de mucho interés rescatar la posición que ha adoptado la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires respecto al requisito de dificultad de acceso a la Justicia. Dicho tribunal tuvo oportunidad de expedirse

---

14 Como bien se marca en GIANINNI, Leandro J., “Análisis crítico del anteproyecto de ley de procesos colectivos del Ministerio de justicia de la Nación” en La Ley, Buenos Aires, 18 de julio de 2018. En este sentido sostiene el autor: *“Finalmente, corresponde destacar que por el modo en que esta exigencia (ejercicio individual no justificado) ...está redactada, restricción del proceso colectivo es más intensa que lo que la misma CS previó en el caso ‘Halabi’.* Ello así, porque para cumplir con el estándar de ‘Halabi’ basta con demostrar cualquier forma de desincentivo o afectación al acceso a la Justicia en términos individuales, lo que no se limita a una de sus manifestaciones (la escasa cuantía del reclamo individual)”.



respecto a este tema en el precedente “López”<sup>15</sup> fijando una pauta hermenéutica más abarcativa que la sostenida por la Corte Nacional en el fallo “Halabi”. Allí el Máximo Tribunal local pone de relieve las gravísimas consecuencias que se pueden producir por la falta de tutela de los derechos individuales homogéneos en todas sus versiones: o bien hay sobredemanda al sistema de Justicia con la consecuente ineficiencia de la prestación del servicio (en los casos en que haya incentivo para el reclamo individual) o se priva de la tutela judicial real y efectiva (en los casos en que haya barreras al acceso a la Justicia por diversos motivos).

Lo que trasunta bajo la insistente restricción que la Corte Nacional sostiene al acceso al enjuiciamiento colectivo de los derechos individuales homogéneos cuando no existe “dificultad de acceso a la Justicia”, es una aparente protección inquebrantable al derecho individual de reclamar personalmente por la vulneración de un derecho divisible. Por lo que por el respeto irrestricto que merece la esfera personal de protección de los derechos individuales cuya titularidad le permite hacer con ellos lo que considere propicio (reclamar, conciliar, transigir e incluso renunciar) no cabría la posibilidad de que un tercero sin su expresa autorización gestione sus derechos en sede judicial<sup>16</sup>. Ahora bien, es cierto que quien tiene incentivo suficiente<sup>17</sup> como para reclamar por su propia

---

15 SCBA, “López, Rodolfo O. c Cooperativa Eléctrica de Pehuajó”.

16 Se fundamenta esta posición en el respeto a la autonomía privada, propiedad, disponibilidad y defensa (arts. 17,18,19 CN).

17 Incentivo que no responde indefectiblemente a una cuestión de orden económico, sino que existen otros obstáculos materiales

cuenta no tendría mayor necesidad de que un tercero con quien quizás nunca tenga contacto lo represente casi de forma remota; en definitiva, la ecuación sería: quien tiene incentivo suficiente para reclamar por su derecho no tiene barrera alguna para acceder a la Justicia y por lo tanto debe reclamar de manera individual no siendo una opción el sistema colectivo.

No cabe duda de que el respeto a la autonomía individual y a la autogestión de los derechos es un pilar esencial dentro de nuestro sistema. Ahora bien, existen dos cuestionamientos básicos a esta posición restrictiva al acceso colectivo a la Justicia: el primero de ellos es la posibilidad de autoexcluirse del grupo, de modo tal que el particular, si así lo cree conveniente, podrá litigar por su derecho utilizando las vías tradicionales que el sistema prevé, evitando de este modo que un tercero lo represente sin su autorización y lo que es más importante aun -para esta postura más restrictiva- no quedará vinculado por la cosa juzgada que pueda producirse en el proceso colectivo <sup>18</sup>.

En nuestro ordenamiento jurídico esta pauta de respeto a la autonomía individual y a la gestión privativa

---

que muchas veces limitan la posibilidad de reclamo por derechos violados. Por ejemplo, acceso a la información, expectativas de resolución de la controversia en un plazo que en definitiva tenga sentido para el damnificado.

18 Esta posibilidad de optar por autoexcluirse de los miembros que componen la clase viene a dar respuesta y a satisfacer el debido proceso, ya que permite que cada particular decida si prefiere litigar su derecho de forma individual o colectiva. Tanto en el sistema de enjuiciamiento colectivo diagramado a partir de la Regla Federal 23 como el sistema de tutela colectivo erigido en el país vecino del Brasil, contemplan como modo de dejar a salvo el debido proceso de las partes la posibilidad de autoexcluirse del grupo.



de los derechos, se encuentra claramente expresada en el 2° párrafo del art 54 de la Ley de Defensa del Consumidor que dispone: “*Acciones de incidencia colectiva... La sentencia que haga lugar a la pretensión hará cosa juzgada para el demandado y para todos los consumidores o usuarios que se encuentren en similares condiciones, excepto de aquellos que manifiesten su voluntad en contrario previo a la sentencia en los términos y condiciones que el magistrado disponga*”.

Es importante destacar que el anteproyecto de ley analizado contempla esta figura en su art 16 dejando a salvo este posible conflicto constitucional entre los arts. 17 y 19 respecto de lo normado en materia colectiva en el art 43 de la Constitución Nacional. Al respecto el mencionado artículo 16 reza: “*Sentencia y cosa juzgada... En materia de derechos individuales homogéneos la sentencia carece de eficacia con respecto a aquellas personas que hayan solicitado su exclusión. En la sentencia deben individualizarse los nombres de éstas. Aquel que ha solicitado su excusión de la clase no puede, con posterioridad al dicado de la sentencia, pretender quedar incorporado a sus efectos*”.

De modo que respecto de este primer punto incluso el proyecto de ley prevé mediante la norma transcrita la posibilidad elegir por el **op out** y no quedar atado ni a la estrategia de representación del colectivo ni a sus efectos y resultados.

Por otro lado, y probablemente con mayor claridad que en el punto anterior, se ve reflejada la posición más restrictiva justificando la misma sobre la base de entender al acceso a la Justicia como la piedra angular que justifica la existencia de los procesos colectivos. A partir de allí, y como ya dijimos, si no existe obstáculo alguno a ella el agrupamiento no estaría justificado. A primera vista

este argumento podría considerárselo como lo suficientemente sólido como para recortar los alcances de la tutela colectiva.

Sin embargo, nuevamente encontramos aquí una interpretación conservadora respecto de las situaciones que deben tener cabida en ámbito colectivo producto de la falta de claridad de cuáles son los objetivos y finalidades que se persiguen por medio de esta herramienta procesal. Qué duda cabe de que una de las notas determinantes que dan origen a las acciones de clase es la de promover el acceso a la Justicia intensificando de esta forma un trato más igualitario y equitativo. Ahora bien, una cosa es sostener que el acceso a la Justicia es uno de los fundamentos y otra distinta es convertirlo en un requisito de ingreso al sistema de enjuiciamiento colectivo. De este modo se invierte el significado del fundamento convirtiéndolo en una condición determinante para la tutela del derecho en clave colectiva.

A más de ello, existen otros fundamentos igualmente ponderables que hacen a los cimientos propios de este tipo de procesos. Entre otros: economía procesal; afianzamiento de la legitimidad del Poder Judicial, esto en virtud de la uniformidad de las decisiones y la presión social ante la homogeneidad de las pretensiones. Pero sin duda el principio rector que guía a este tipo de procesos es la búsqueda de la eficacia del servicio de Justicia <sup>19</sup>. Éste es

---

19 En este sentido se expresó que: los procesos colectivos deben tener como objetivo “la promoción de la eficacia del sistema de Justicia (por concentración del enjuiciamiento de una pluralidad relevante de conflictos que versan sobre cuestiones sustancialmente homogéneas, en uno o unos pocos casos, reduciendo así los costos y dilaciones que supondría multiplicar un mismo debate a través de las distintas formas de litigio individual)”. GIANINNI, Leandro J.



el entendimiento que le dio la SCBA en el ya mencionado precedente “López”.

Piénsese la utilidad que hubiese tenido la promoción de un proceso colectivo en casos como el sucedido en la argentina en el año 2001 conocido como el “corralito financiero” en virtud del cual los ahorristas argentinos fueron privados de la liquidez del dinero que habían confiado al sistema bancario ya sea a plazo fijo, cuenta corriente o cajas de ahorro. Este evento generó un aluvión de demandas a través de distintas vías procesales lo que generó un colapso absoluto en el servicio de Justicia <sup>20</sup>,

Más acá en el tiempo, y como otro caso emblemático donde existiendo incentivo suficiente para el reclamo y por ende el acceso a la Justicia no estaría vedado, el proceso colectivo aparece de todos modos como la solución más propicia y eficiente para la resolución de la controversia, hablamos aquí del renombrado caso “Badaro”. En este caso el reclamo versaba sobre el reajuste previsional que se debía hacer en virtud de la movilidad correspon-

---

“Análisis crítico del anteproyecto de ley de procesos colectivos del Ministerio de justicia de la Nación” en La Ley, Buenos Aires, 18 de julio de 2018.

20 Este evento generó alrededor de 250.000 causas cuya pretensión era exactamente la misma: la devolución del dinero que los ahorristas habían ingresado al sistema bancario. Qué duda puede haber respecto de que hubiese sido mucho más beneficioso para el sistema en general optar por un enjuiciamiento colectivo, si se quiere con sub clases, y discutir la validez constitucional de la medida y en caso las leyes 25.466 “intangibilidad de los depósitos” y los decretos 71/2002 y 214/2002. De esta manera no sólo se evitaba el dispendio de recursos sino también, y con igual relevancia, el dictado de resoluciones contradictorias respecto de situaciones fácticas idénticas, evitando de este modo la degradación total del prestigio de nuestro Poder Judicial.

diente por la relación entre los salarios de los trabajadores activos y los jubilados de cada rama <sup>21</sup>.

Esta simple mención de dos casos emblemáticos muestra la gran utilidad de los procesos colectivos, aun en los casos donde el costo-beneficio de la promoción de una acción individual en principio se presenta como justificada. De este modo queda de manifiesto que tras los sistemas de enjuiciamiento grupal existen otros pilares igualmente trascendentes como el acceso a la Justicia, en este caso la prestación de un servicio de Justicia realmente eficiente, cuyas resoluciones no sólo sean coherentes en casos análogos, sino también, que la resolución sea en un plazo razonable a los intereses del justiciable.

Por último, qué decir del aparente reaseguro fijado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuyo norte, se afirma, es la protección de los grupos históricamente relegados o en condiciones de desigualdad. Nos referimos aquí a la parte final de considerando 13 del fallo “Halabi” y su réplica en el considerando 10 de “PADEC c/Swiss Medical”. Allí se dijo que el requisito de la constatación de que el *“ejercicio individual no aparece plenamente justificado”* no será exigido, y así sostuvo *“la acción resultara de todos modos procedente en aquellos supuestos en lo que cobran preeminencia otros aspectos referidos a materias*

---

21 Este caso fue muy significativo porque al reclamo de “Badaro” se le sumaron cientos de miles de jubilados a los cuales el Estado los invitaba a litigar a cada uno de forma individual. No hace falta aclarar que esta posición adoptada por el Estado y las constantes apelaciones en cada instancia del proceso género que muchos de los jubilados que reclamaban por su derecho fallecieran sin llegar a tener resolución para su caso. De esta forma el Estado se financiaba, qué duda cabe, que lo plazos del proceso que por su extensión impedían a los jubilados gozar del beneficio previsional que les correspondía.



*tales como el ambiente, el consumo o la salud o afectan a grupos que tradicionalmente han sido postergados, o en su caso débilmente protegidos”.*

Esta manifestación por parte del Máximo Tribunal podría dejar a salvo del tan vilipendiado requisito, situaciones que en virtud de su naturaleza o en razón el grupo afectado, podrían quedar indefensos si se los obligara a reclamar por las vías tradicionales. Sin embargo, esta posición por parte de la Corte parece ser simplemente un enunciado del cual no está plenamente convencida. Muestra de esto es la postura que tomó en los renombrados casos “CEPIS”<sup>22</sup> y “Abarca”<sup>23</sup>. En el primero de ellos si bien anuló la resolución del Poder Ejecutivo en orden a la modificación del cuadro tarifario del servicio de gas, por la falta de cumplimiento de recaudos de forma exigidos imperativamente, sólo hizo extensiva la tutela a un subgrupo del colectivo reclamante, obligando a los restantes damnificados a recurrir a los medios tradicionales de reclamo. En el segundo el Máximo Tribunal aprovechó, luego de dejar sin efecto la resolución impugnada, para recordarles a los tribunales inferiores que el tratamiento colectivo de los derechos individuales homogéneos requiere como condición la existencia de un obstáculo al acceso a la Justicia, caso contrario el reclamo debe realizarse de forma individual.

---

22 CSJN “Centro de estudios para la promoción de la igualdad y la solidaridad y otros c. Ministerio de Energía y Minería s/amparo”. En este caso la expansión de la protección colectiva sólo se hizo efectiva respecto de los usuarios residenciales del servicio de gas, dejándose fuera de dicha tutela a las pymes, clubes de barrio, etc.

23 CSJN “Abarca Walter José y otros c/Estado Nacional-Ministerio de Energía y Minería y otros/amparo ley 16.986”.

La particularidad de estos casos, y por ello su cita, es que la materia sobre la que versaba el conflicto era consumo, materia que, a decir de la Corte, estaba exenta de acreditar en tan comentado requisito de “dificultad de acceso a la Justicia”.

Por lo dicho queda en evidencia que la propia Corte Nacional se encuentra en apuros a la hora de sostener sus propias resoluciones. Por un lado, la imposición del requisito extra analizado no encuentra fundamentos lo suficientemente sólidos como para negar la tutela colectiva aun cuando el acceso a la Justicia no se presente como un problema aparente.

Pero aun si aceptáramos la viabilidad de ese recaudo, en virtud de que el mismo no sería exigido en *“aquellos supuestos en lo que cobran preeminencia otros aspectos referidos a materias tales como el ambiente, el **consumo** o la salud o afectan a grupos que tradicionalmente han sido postergados, o en su caso débilmente protegidos”* vemos que en realidad dicha excepción no se hace y la aplicación de este filtro deja por un lado con un nivel menor de protección a quien en la relación contractual es claramente la parte más débil (usuarios) y por el otro y como bien sostuvo la SCBA en el ya mencionado precedente *“López”* *expone al sistema de Justicia a una sobredemanda con la consecuente ineficiencia de la prestación del servicio* (en los casos que existe incentivo para reclamar de forma individual).

Finalmente sea por el estándar que la propia Corte creó o bien por la aplicación de la excepción a ella, también de faena del Máximo Tribunal, la interpretación, objetivos y finalidades de los procesos colectivos dista mucho de estar efectivamente precisados, de modo que en la actualidad no se utiliza en su máxima expresión una herramienta procesal de vital importancia para lograr



el tan ansiado cometido de acercarnos a un sistema de Justicia cuya eficacia sea, en los hechos, conteste con los estándares constitucionales y convencionales.

Esta situación, no cabe duda ya, no responde a una cuestión teórica propia del Derecho Procesal ni a una interpretación de sus institutos, sino que se trata de un condicionante estrictamente político. Es necesario sincerar esta situación para arribar a una solución a este respecto que tenga como norte la tutela efectiva de los derechos y la prestación de un sistema de Justicia realmente eficiente armonizando correctamente las normas constitucionales en juego.

## V. Conclusión

A modo de colofón rescatamos de lo dicho los siguientes puntos:

1.-Denunciar hasta el cansancio la actitud adoptada por el legislador, cuya mora respecto de la regulación del instituto de marras, evidencia la desidia de nuestros dirigentes.

2.-Insistir con la función esclarecedora e integrativa que cumplen los objetivos y fundamentos de los institutos jurídicos, a fin de lograr a partir de ellos, una correcta hermenéutica. Esto brindará mayor seguridad en la aplicación de las reglas de juego para todos los operadores del sistema de Justicia.

3.-Poner sobre tablas los condicionantes políticos que obstan a la regulación del instituto de los procesos colectivos y por qué no su amplitud.

4.-La conveniencia de poner el foco en una regulación sistémica e integral que rescate y resalte la utilidad del enjuiciamiento grupal sin la exigencia de requisitos de admisibilidad que terminen obturando la utilización de

esta herramienta de gran valía en tiempos de daños masivos.

5.-Establecer como norte inalterable la tutela efectiva de los derechos y un eficiente servicio de Justicia como objetivo final.



# “Perdurabilidad del dato, internet e intimidad. La construcción del derecho al olvido a partir de la revolución informacional”

Ricardo Sebastián Piana

## 1. Introducción

“What happens in Vegas, stays in Vegas” es el slogan utilizado por la más conocida ciudad del Estado de Nevada, EE.UU., para promocionar su turismo: todo lo que allí pasa queda protegido con un manto de olvido. Pero no podemos decir lo mismo de lo que sucede en internet; por el contrario, “What happens in Internet, remains forever”. Y esto es un problema no sólo personal, sino también social.

Muy pocos de quienes suben a la red aspectos de su vida saben que pierden el control del derecho a su intimidad. En efecto, como ha señalado VANINETTI (2011:566) “... millones de usuarios en el mundo, día a día, constantemente en algunos casos, vuelcan en Internet sus fotos personales, vivencias, comportamientos y preferencias sexuales, ideológicas, religiosas, etcétera, a través de páginas personales, fotolog, foros o en las redes sociales” sin reflexionar en los aspectos negativos ni en que, lo que hoy puede parecer positivo, mañana puede no serlo.

PEYRANO (2014) nos recuerda que muchas veces nuestra “imagen virtual” tiene una impronta propia, se encuentre o no vinculada con el mundo real. Y lo más paradójico es que en el mundo de la hiperconexión, muy pocos ya conocen nuestra imagen real.

Con la información volcada y resguardada en los servidores, la intimidad se convierte en información; la información se preserva y la intimidad desaparece. Nues-

tro pasado está siempre presente y condiciona nuestra vida. Si nuestra memoria es limitada, la capacidad de resguardar información sólo está limitada por la cantidad de bytes que los servidores quieran almacenar en nuestras cuentas y casi siempre, sin control para el usuario.

En una cultura que exalta compartir los aspectos de la vida privada y preferencias, que promueve subir nuevos desafíos, que valora la cantidad de seguidores y likes, casi nunca leemos qué autorizamos al asociarnos a nuestras cuentas de Twitter, Facebook, Instagram, YouTube, Google, etc., etc. Salirnos de estas redes, no es salir; es sólo desactivarlas: nuestra información sigue allí, nuestras fotos siguen allí, nuestras preferencias aún están. Esto implica un absoluto descontrol de la privacidad (conf. TOMEO, 2014), la imposibilidad de superar nuestros errores o preferencias pasadas.

¿Qué hacer en este contexto? ¿Cómo resguardar nuestra intimidad voluntariamente perdida? ¿Cómo sopesar este derecho con el de libertad de información? Como ha señalado SILBERLEIB (2016:126) “se ha planteado la necesidad de lograr un equilibrio entre la libre difusión de la información, la protección de los datos personales, y el derecho a estar informado”. En efecto, no hace mucho tiempo ha surgido el derecho al olvido como “el derecho de las personas físicas a hacer que se borre información sobre ellas después de un período de tiempo determinado” (DE TERWANGNE, 2012:54).

Este derecho puede entrar en colisión con otros derechos fundamentales, tales como el derecho a informar, la libertad de expresión y las cláusulas contractuales que los usuarios aceptaron. Sabiendo que ningún derecho es absoluto, cabe preguntarse ¿se debe olvidar la información de una condena penal firme?... ¿y luego de cuánto



tiempo? ¿Si el delito es de corrupción, o una condena por un delito sexual? ¿Si la foto indexada en un buscador es una foto publicada por nosotros mismos? ... ¿y si esa foto es de un personaje público? ¿Si las preferencias que publicamos son certeras? ¿Y el derecho colectivo de acceder a la información para formar una opinión pública?

Cada vez más personas pretenden dar de baja la información que está publicada, pero en Argentina hay pocas precisiones normativas al respecto (ZABALE, 2015) y sólo algunas definiciones jurisprudenciales. En esta investigación analizaremos los principales desarrollos doctrinarios, normativos y jurisprudenciales en Argentina. Iniciaremos con un desarrollo conceptual de los autores más destacados en nuestro país, para continuar con la normativa europea, referencia en la materia que nos servirá de parámetro para delinear este derecho. Luego nos detendremos en la normativa en Argentina para finalizar estudiando dos fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Como destacaremos en las Conclusiones, existe un notorio vacío normativo que incide en la conceptualización de este derecho y su limitado alcance.

## **2. La caracterización del derecho al olvido en internet**

Como todo derecho nuevo, existen tantas definiciones sobre el derecho al olvido en internet y perspectivas de análisis como autores estudian sobre esta materia. Así, en nuestro país ha sido entendido como el derecho por el cual ciertas informaciones deben ser eliminadas de los archivos, a) transcurrido un determinado tiempo desde el momento en que acaeció el hecho a que se refieren (PALAZZI, 2009) o b) cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes a los fines para los cuales hubiesen sido

recolectados (MASCIOTRA, 2012) o c) a pedido del interesado cuando dicha información pueda ser comprometida o desea preservar su intimidad (ZABALE, 2015), todo ello para evitar que estas informaciones lo puedan perjudicar o poder controlar la información que nos refiera (PALAZZI, 2009).

Las definiciones y fundamentos son variados y un breve *racconto* por la doctrina local puede dar cuenta de ello:

El medio para imponer límites temporales a la información que se puede brindar a través de diversos medios, de Internet o de distintas bases de datos es el derecho al olvido, que podemos definir como el derecho y por consiguiente la facultad de exigirlo del titular de datos a que, luego de transcurrido un período determinado de tiempo, aquéllos se supriman o que se restrinja su acceso en las bases de datos en las que estuvieran almacenados (FARINATI, 2011, s/p)

El derecho al olvido digital como hoy lo conocemos se erige como una peligrosa herramienta, que implementada sin verdadero control, criterio y regulación omnicompreensiva de todas sus aristas, es capaz de esconderle a la sociedad el pasado real de todo lo bueno y todo lo malo que en ella ocurrió, comprometiendo inexorable y negativamente su futuro (FALIERO, 2018, 161).

El derecho al olvido ha sido caracterizado como “el principio a tenor del cual ciertas informaciones deben ser eliminadas de los archivos transcurrido un determinado espacio de tiempo desde el momento en que acaeció el hecho a que se refieren, para evitar que el individuo quede prisionero de su pasado ... Este derecho está íntimamente relacionado con otros principios del derecho a la protección de datos personales como ser el principio de finalidad, la calidad de los datos, o aquel que sugiere minimizar la recolección de datos personales a los estricta-



mente necesarios. El derecho al olvido pretende, en definitiva, hacer más efectivo el control sobre la información personal que terceros detentan sobre el titular de los datos al establecer un límite temporal para el tratamiento de datos personales” (PALAZZI, 2009:1).

El “derecho al olvido”... constituye el derecho a exigir que, en determinadas circunstancias, se hagan efectivos límites temporales para el tratamiento de las informaciones referidas, asociadas o vinculadas a las personas (PEYRANO, 2014:927).

El derecho al olvido es el derecho que tiene una persona a que ciertas y determinadas informaciones sobre hechos pasados sean olvidados o dejen de ser informados luego de cierto tiempo. Su fundamento es muy sencillo y radica en la necesidad de enterrar el pasado, dar vuelta la página, dejar prescribir ciertos hechos y de esta forma asegurar la paz social, es pues una forma de prescripción de la información (ZABALE, 2015, s/p).

El derecho al olvido es el derecho que tiene una persona a borrar de internet información sobre sí misma y preservar de este modo su privacidad y sus datos personales. La idea es que ciertos contenidos queden definitivamente enterrados en el cementerio digital y que no resuciten milagrosamente, una y otra vez, mediante la acción del Buscador de Internet (TOMELO, 2014, s/p).

Este derecho apunta a la eliminación de información verdadera, y no de información falsa o incomprobada (VIBES, 2014:600)

Resulta evidente que la inexistencia de una legislación específica determina un alto grado de indeterminación del derecho al olvido en internet por parte de la doctrina argentina. Así, uno de los aspectos más relevantes que marca PEYRANO (2014) son los vicios de nuestra “personalidad virtual”, vicios que van desde la falsedad, la inexac-

titud, la desactualización, el carácter incompleto frente al transcurso del tiempo (obsolescencia). Así este derecho se fundaría en el deber de exactitud, veracidad, pertinencia, actualidad de la información tratada así como también los medios y las finalidades con que dichos datos son obtenidos y tratados. TOMEO (2014), por tomar otro ejemplo, señala como fundamento los datos personales, la privacidad y el honor de las personas aun cuando reconoce la tensión ante libertad en la circulación de información y contenidos y ciertas previsiones contractuales que los usuarios de páginas aceptan.

### **3. Antecedentes en la legislación europea**

A pesar de existir desarrollos jurisprudenciales relevantes en los EE.UU. respecto al derecho al olvido en general, el derecho al olvido en internet tuvo un amplio desarrollo en Europa a partir de un fallo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 2014 cuando determinó que los particulares tienen derecho a requerir a los buscadores de internet que eliminen contenidos de sus resultados de búsqueda, especialmente si la información es perjudicial, inexacta o carece de relevancia. El caso había sido incoado por Costeja González contra la Agencia Española de Protección de Datos española, Google Spain SL y Google Inc. para que se elimine su nombre de los buscadores porque aparecía vinculado a un anuncio de subasta de inmuebles relacionados con un embargo por deudas de Seguridad Social en una nota publicada por el diario “La Vanguardia” de enero y marzo de 1998.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea en “Google Spain, S.L., Google Inc./Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González” analiza en primer término la responsabilidad de los motores de bús-



queda, afirmando que éstos tratan datos de carácter personal y como tales son responsables de su tratamiento, finalidad y los medios de dicho tratamiento (conf. TOMEO, 2014, BASTERRA, 2014). Sobre dicha base entendió que la actividad de un motor de búsqueda puede afectar derechos fundamentales como la privacidad y la protección de datos personales, y que el gestor de ese motor, debe garantizar que se respeten las exigencias de la entonces Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

En segundo lugar, el Tribunal determinó las obligaciones que le corresponden al responsable del tratamiento de datos afirmando que, de acuerdo al artículo 6° de esa Directiva, el responsable del tratamiento debe asegurar que los datos personales sean tratados de manera lícita, que sean recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos y que la actividad no se desarrolle de manera incompatible con estos fines. De allí que entendió que el responsable debe adoptar todas las medidas razonables para que los datos que no responden a estos requisitos sean suprimidos o rectificadas.

Por último, el Tribunal analizó el alcance de los derechos del interesado. Al respecto, señaló que la información contenida en los anuncios resulta lesiva para su vida privada y que, en razón de que la publicación inicial se remonta dieciséis años atrás, el actor tuvo razones suficientes para que esa información ya no se vincule ni se indexe a su nombre con base a su derecho fundamental a la protección de datos personales y derecho a su intimidad o vida privada (Véase también los análisis de PALAZZI, 2015, TOMEO, 2014 y PEYRANO, 2014, entre otros).

La actual regulación europea, el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, fija en su artículo 17 el derecho de supresión o derecho al olvido señalando que “...1. El interesado tendrá derecho a obtener sin dilación indebida del responsable del tratamiento la supresión de los datos personales que le conciernan, el cual estará obligado a suprimir sin dilación indebida los datos personales cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

a) Los datos personales ya no sean necesarios en relación con los fines para los que fueron recogidos o tratados de otro modo;

b) el interesado retire el consentimiento en que se basa el tratamiento... y éste no se base en otro fundamento jurídico;

c) el interesado se oponga al tratamiento... y no prevalezcan otros motivos legítimos para el tratamiento, o el interesado se oponga al tratamiento...;

d) los datos personales hayan sido tratados ilícitamente;

e) los datos personales deban suprimirse para el cumplimiento de una obligación legal establecida en el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento;

f) los datos personales se hayan obtenido en relación con la oferta de servicios de la sociedad de la información...”. En cuanto a los aspectos procedimentales el Reglamento determina que el responsable del tratamiento, teniendo en cuenta la tecnología disponible y el coste de su aplicación, adoptará medidas razonables, incluidas medidas técnicas, con miras a informar a los responsables que estén tratando los datos personales de la solicitud del interesado de supresión de cualquier enlace a esos datos personales, o cualquier copia o réplica de los mismos.



Ahora bien, para la Unión Europea, el derecho de supresión se encuentra limitado cuando el tratamiento del dato sea necesario para ejercer el derecho a la libertad de expresión e información, para el cumplimiento de una obligación legal o por razones de interés público en el ámbito de la salud pública, entre otros.

#### **4. Antecedentes en el Derecho argentino**

Aun antes de la sanción de la Ley de Protección de los Datos Personales, los tribunales argentinos habían reconocido el derecho al olvido en materia de información crediticia (conf. BASTERRA, 2014). Hoy, respecto a la información crediticia y los registros y bancos de datos creados con esta finalidad, la Ley N° 25.326 en su art. 26 señala que “...1. En la prestación de servicios de información crediticia sólo pueden tratarse datos personales de carácter patrimonial relativos a la solvencia económica y al crédito, obtenidos de fuentes accesibles al público o procedentes de informaciones facilitadas por el interesado o con su consentimiento.

2. Pueden tratarse igualmente datos personales relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones de contenido patrimonial, facilitados por el acreedor o por quien actúe por su cuenta o interés.

3. A solicitud del titular de los datos, el responsable o usuario del banco de datos, le comunicará las informaciones, evaluaciones y apreciaciones que sobre el mismo hayan sido comunicadas durante los últimos seis meses y el nombre y domicilio del cesionario en el supuesto de tratarse de datos obtenidos por cesión.

4. Sólo se podrán archivar, registrar o ceder los datos personales que sean significativos para evaluar la solvencia económico-financiera de los afectados durante los

últimos cinco años. Dicho plazo se reducirá a dos años cuando el deudor cancele o de otro modo extinga la obligación, debiéndose hacer constar dicho hecho.

5. La prestación de servicios de información crediticia no requerirá el previo consentimiento del titular de los datos a los efectos de su cesión, ni la ulterior comunicación de ésta, cuando estén relacionados con el giro de las actividades comerciales o crediticias de los cesionarios”.

Señala MASCOTRA (2012) que no puede ser objeto de tratamiento cualquier dato aun cuando ese dato sea veraz sino sólo aquel que tenga significación y vinculación con la situación económico-financiera del titular del dato. Así, los criterios de pertinencia, especificidad, adecuación y finalidad son los criterios específicos para la información financiera y comercial. En lo que respecta al derecho al olvido, el inciso 4° del art. 26 Ley N° 25.326 limita la vigencia del dato a 5 años, plazo que se reduce a 2 cuando esa obligación se haya cancelado o extinguido. Estos datos “obsoletos” deben ser destruidos y es un derecho que corresponde a los titulares de los datos personales el exigirlo una vez transcurridos los plazos o cuando la pertinencia que justificó su recolección haya desaparecido (conf. PEYRANO, 2014).

Otras previsiones aparecen en la norma respecto de archivos, registros o bancos de datos públicos: en el art. 22 inciso 3) Ley N° 25.326 se establece que “en las disposiciones que se dicten para la supresión de los registros informatizados se establecerá el destino de los mismos o las medidas que se adopten para su destrucción”. Respecto de servicios informatizados de datos personales, se determina que “...Una vez cumplida la prestación contractual los datos personales tratados deberán ser destruidos, salvo que medie autorización expresa de aquel por cuenta de quien se prestan tales servicios cuando



razonablemente se presume la posibilidad de ulteriores encargos, en cuyo caso se podrá almacenar con las debidas condiciones de seguridad por un período de hasta dos años” (Ley N° 25.326 art. 25 inc. 2).

En el ámbito de los derechos fundamentales, el derecho al olvido puede colisionar, como hemos mencionado más arriba, con el derecho de informar y la libertad de información. En nuestro país, la Ley N° 26.032 determinó que “La búsqueda, recepción y difusión de información e ideas de toda índole, a través del servicio de Internet, se considera comprendido dentro de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión” (art. 1°) pero esta Ley no está protegiendo a los servidores, redes sociales o páginas que almacenan datos sino a los usuarios de internet.

En agosto de 2015 entró en vigencia el nuevo Código Civil y Comercial de la República que en su art. 51 reconoce que “La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad” y en el art. 52 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...”. Respecto a la imagen o voz, el art. 53 del Código Civil y Comercial señala por último que “...Para captar o reproducir la imagen o la voz de una persona, de cualquier modo que se haga, es necesario su consentimiento excepto en los siguientes casos:

- a) que la persona participe en actos públicos;
- b) que exista un interés científico, cultural o educacional prioritario, y se tomen las precauciones suficientes para evitar un daño innecesario;

c) que se trate del ejercicio regular del derecho de informar sobre acontecimientos de interés general.

En caso de personas fallecidas pueden prestar el consentimiento sus herederos o el designado por el causante en una disposición de última voluntad. Si hay desacuerdo entre herederos de un mismo grado, resuelve el juez. Pasados veinte años desde la muerte, la reproducción no ofensiva es libre”.

Otra normativa, de antigua data, legisla el “retrato fotográfico”, hoy derecho a la imagen. La Ley N° 11.723, Régimen legal de la Propiedad Intelectual, en su artículo 31 prevé “...El retrato fotográfico de una persona no puede ser puesto en el comercio sin el consentimiento expreso de la persona misma y muerta ésta, de su cónyuge e hijos o descendientes directos de éstos, o en su defecto, del padre o de la madre. Faltando el cónyuge, los hijos, el padre o la madre, o los descendientes directos de los hijos, la publicación es libre.

La persona que haya dado su consentimiento puede revocarlo resarcando daños y perjuicios.

Es libre la publicación del retrato cuando se relacione con fines científicos, didácticos y en general culturales, o con hechos o acontecimientos de interés público o que se hubieran desarrollado en público”.

Por último, entre la normativa vinculada podemos reseñar la creación reciente de la Agencia de acceso a la Información pública, Ley N° 27.275, como Organismo estatal responsable de ser Autoridad de Aplicación de la Ley de Protección de Datos Personales N° 25.326.

A pesar de haberse presentado algunos proyectos legislativos, a la fecha no existe ningún procedimiento a fin de facilitar y/o canalizar el derecho al olvido digital.



## 5. Las decisiones jurisprudenciales en Argentina

Dos *leading cases* donde se trata el derecho al olvido han sido resueltos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, uno en 2014 y otro en 2017. El primero de ellos, la modelo y artista Belén Rodríguez contra a Google Inc. y Yahoo de Argentina S.R.L. por el uso comercial y no autorizado de su imagen que aparecía en determinadas páginas de internet de contenido erótico o pornográfico; el segundo, la modelo Carolina Valeria Gimbutas contra Google Inc. por vincularse con sitios de internet relacionados con prácticas sexuales denigrantes.

Belén Rodríguez había promovido demanda contra Google Inc., acción luego ampliada contra Yahoo de Argentina S.R.L. por utilizar indebidamente su imagen sin su consentimiento. Fundó su demanda en el régimen legal de la propiedad intelectual, Ley N° 11.723, específicamente su artículo 31. Señaló que no habría ninguna justificación de interés general para su libre publicación. Como ha destacado BASTERRA (2014) la pretensión de la actora no sólo se encuadraba dentro del derecho al olvido porque también solicitaba a) la reparación del daño causado a su honor, intimidad e imagen al vincularse con páginas de internet de contenido pornográfico; b) el resarcimiento económico; c) el cese del uso no autorizado de su imagen y nombre; y d) la eliminación definitiva de toda vinculación de éstos con los sitios referenciados a través de los buscadores demandados.

El juez de primera instancia condenó a los demandados a pagar una indemnización a la accionante y a la eliminación definitiva de las vinculaciones de la modelo con los sitios de internet. Apelado, la Cámara confirma parcialmente la sentencia, y advirtió el conflicto entre el derecho al honor, imagen e intimidad y el derecho a la

libertad de expresión y al acceso a la información; ambos derechos fundamentales. Si bien reconoció que los motores de búsqueda no generan, modifican ni seleccionan el contenido de las páginas web y por ello no son editores, afirmó también que cuando hay posibilidad de control, hay responsabilidad. De esta manera, la Cámara entendió que los buscadores simplemente se limitan a facilitar el acceso a sitios web y que no tienen forma -en principio- de saber qué contenidos son ilegales o agraviantes y por ello entendió que le corresponde a la parte informar tal circunstancia para que los buscadores procedan a filtrar, bloquear o extraer de sus listados de resultados.

El fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por voto de la mayoría, desestimó el recurso extraordinario de la actora haciendo lugar al interpuesto por Google y rechazó la demanda en todas sus partes. La Corte entendió, al igual que la Cámara, la colisión de dos derechos fundamentales: la libertad de expresión e información, por un lado, y el derecho al honor y a la imagen, por el otro. Si el primero involucra el derecho a transmitir ideas, hechos y opiniones, aun por internet, derecho éste equiparado como vimos por la Ley N° 26.032 a las garantías de la libertad de expresión; el segundo, el “derecho al honor”, protege a la persona frente a expresiones o mensajes que lo hagan desmerecedor en la consideración ajena al ir en su descrédito.

Respecto a los buscadores, la Corte entendió que no existía responsabilidad objetiva y encuadró el caso bajo los criterios de la responsabilidad subjetiva, pasando a analizar cuál es la responsabilidad y el deber de estos buscadores. Señaló que los buscadores no tienen una obligación legal de “monitorear” los contenidos que suben a la red, ya que son proveídos por los responsables de cada página web: la inexistencia de una obligación general de



vigilar genera, como consecuencia, la ausencia de responsabilidad por incumplimiento de un deber legal. Para la Corte, sólo queda subsistente la responsabilidad de los buscadores, responsabilidad por culpa, esto es, cuando teniendo conocimiento de la ilicitud del contenido, no haya actuado en forma diligente.

Pero -y aquí es cuando entran en tensión el derecho al olvido, la responsabilidad económica y el derecho de acceso a la información- ¿basta una notificación privada al buscador por el interesado o es necesario una comunicación de autoridad competente que le informe al buscador eliminar la noticia? Para la Corte no hay un único criterio, sino que depende de las circunstancias: si el daño es manifiesto, es suficiente la notificación privada; por el contrario, si ello requiere un esclarecimiento, no puede exigirse al buscador que limite el acceso a la información; deberá esperar la comunicación judicial o administrativa que así lo ordene.

Por último, la mayoría de los jueces de la Corte entendió que cuando se encuentra en juego la libertad de expresión no procede articular una tutela preventiva a fin de censurar el contenido pues se encuentra en juego un derecho fundamental para el sistema democrático. Entendieron que también en este caso (aun cuando están en juego el nombre, la imagen y las fotografías de la modelo, con sitios y actividades de contenido sexual) resulta aplicable el criterio restrictivo a la censura previa y -eventualmente- las ulteriores responsabilidades económicas por el daño. Es así que no configurando el caso una excepción a este invariable criterio de la Corte, rechaza la demanda de Belén Rodríguez.

Un nuevo caso llegó a la Corte en septiembre de 2017. En el caso “Gimbutas, Carolina Valeria c/Google Inc. s/daños y perjuicios”, en base a la Ley N° 25.326 de Pro-

tección de los Datos Personales, la actora demandó al buscador que elimine de sus archivos informatizados sus datos personales (nombre, apellido e imagen personal) que, adujo, utilizaba sin su consentimiento previo y escrito. Sus datos aparecían vinculados con sitios de internet relacionados con prácticas sexuales denigrantes. En una segunda acción, por ver vulnerados sus derechos personalísimos al nombre, honor e intimidad y por la reproducción, difusión y utilización comercial de su imagen sin su consentimiento, la modelo también demandó a Google por indemnización de daños y perjuicios.

A pesar de la expresa fundamentación normativa en la Ley de Protección de los Datos Personales, la mayoría de los jueces de la Corte insistieron con los argumentos vertidos en el caso “Rodríguez, María Belén”. De allí que volvieron a señalar que los buscadores de imágenes como el de Google, no “captan”, “reproducen” ni “ponen en el comercio” imágenes en el sentido empleado por los arts. 31 de la Ley N° 11.723 y 53 del Código Civil y Comercial de la Nación, sino que simplemente facilitan al público usuario de internet, mediante la indexación y la provisión de un modo de enlace, el acceso a las imágenes “captadas”, “reproducidas” o “puestas en el comercio por otros” por lo que confirmó el rechazo de la demanda.

## 6. Conclusiones

Hemos advertido que el derecho al olvido en Argentina sólo existe respecto a la información en bancos de datos de servicios de información crediticia y que existe un claro vacío normativo con respecto al derecho al olvido en internet. Este vacío ha llevado no sólo a la doctrina argentina a identificar este derecho desde muy distintos aspectos, variantes y fundamentos sino también a inter-



pretaciones en el ámbito jurisprudencial que entendemos son limitadas.

En efecto, como hemos visto en el caso “Rodríguez, María Belén c/Google Inc. s/daños y perjuicios” resulta sugestiva la falta de referencias a la Ley N° 25.326 siendo que en la controversia existían evidentes cuestiones de protección de datos personales. Critica TOMEO (2014b) que aun cuando la Corte no les aplique a los buscadores responsabilidad objetiva por contenidos que no han creado ni editado, tampoco toma otros desarrollos conceptuales, como el del “facilitador” o de quien “contribuye al daño”, criterios elaborados en el Derecho anglosajón. Además no es lo mismo la censura previa respecto a contenidos de índole político que con contenido sexual, como se dio en el caso. Pero tal vez la crítica más fuerte que puede hacerse es su criterio restrictivo: sólo procedería la eliminación de datos frente a la solicitud del interesado respecto de contenido ilícito (y a través de un procedimiento administrativo o judicial cuando la ilicitud o el daño no sea evidente), por lo que no existe derecho al olvido sino sólo el derecho a rectificación, subsanación o eliminación de información falsa, ilícitamente obtenida y que cese el daño.

El derecho al olvido es algo más que esto: supone eliminar o restringir el acceso de información real, incluso subida y/o autorizada por el propio interesado, quien hoy ya no desea que siga visible porque lo afecta, porque es de larga data o porque no tiene relevancia o interés público.

Insistimos en que no se considera en este derecho ni la veracidad del dato ni la autorización: el paso del tiempo o la pérdida de su relevancia debería hacer desaparecer la vigencia del dato. Este dato, sin calidad, sin vida, debe poder olvidarse.

Frente a la posibilidad tecnológica de almacenar datos de forma casi ilimitada, el dato del pasado siempre se nos aparece y, al decir de MASCOTRA (2012), el derecho al olvido es el derecho que resuelve criteriosamente la tensión entre el interés de la sociedad de contar con información y el de quienes no quieren quedar atrapados en un pasado histórico que superaron.

Entendemos que, hasta la sanción de una ley específica, la recientemente creada Agencia de Acceso a la Información pública es el organismo idóneo para facilitar y/o canalizar administrativamente el reclamo ciudadano ante los buscadores y páginas Web. La creación de un Protocolo de actuación que permita proteger la intimidad pero que también resguarde el derecho de informar y de acceder a la información, es el camino para hacer efectivo y previsible el derecho al olvido.

El principio de la dignidad humana, como valor fundante de los derechos humanos, reclama una urgente atención de la comunidad académica, de las autoridades y de toda la sociedad.

## **Bibliografía**

BASTERRA, Marcela, (2014) “La responsabilidad de los motores de búsqueda de Internet en el centro del debate jurídico”, en Revista La Ley 2014, t. F, p. 145.

DE TERWANGNE, Cecile (2012) “Privacidad en Internet y el derecho a ser olvidado/derecho al olvido” en Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la UOC. N° 13, febrero 2012. Disponible en <https://www.raco.cat/index.php/IDP/article/download/251842/337491>

FALIERO, Johanna Caterina (2018) “El derecho al olvido y sus peligros. Aportes y reflexiones”, en Revista DFyP 2018 (abril), 160.



FARINATI, Eduardo N., 2011 “El derecho al olvido”. En *Revista Jurisprudencia Argentina*, Suplemento Abr./Jun. 2011

MASCIOTRA, Mario (2012) “El derecho al olvido. Reparación del daño ante su violación” en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, 2012, t. IX, p. 83.

PALAZZI, Pablo (2015) “Derecho al olvido en internet e información sobre condenas penales (a propósito de un reciente fallo holandés)” en *Revista La Ley*, 2015, t. A, p. 16.

PALAZZI, Pablo, 2009 “El ‘derecho al olvido’ en la Ley de Protección de Datos Personales”. En MJ-DOC-4241-AR | MJD4241. Disponible en <https://www.astrea.com.ar/resources/doctrina/doctrina0250.pdf>

PEYRANO, Guillermo, 2014 “El derecho al olvido en Internet (un fallo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que contribuye a la preservación de la imagen en los entornos virtuales)”. En *Revista El Derecho*, t. 258, p. 918.

SEGURA, Pablo (2015) “A un año de Rodríguez contra Google: ¿Estableció la CSJN un derecho al olvido digital en Argentina?”, disponible en <http://www.saij.gov.ar/descarga-archivo?guid=klmnoprs-tuvw-nove-dadescf150827pdf&name=cf150827.pdf>

SILBERLEIB, Laura (2016) “El Derecho al olvido y la persistencia de la memoria” en *Revista Información, cultura y sociedad* n° 35 (diciembre 2016) [125-136]. Disponible en [http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1851-17402016000200007](http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1851-17402016000200007)

TOMELO, Fernando (2014) “El derecho al olvido en Internet” en *Revista La Ley* 2014, t. D, p. 896.

TOMELO, Fernando (2014b) “Buscadores de Internet: Un fallo histórico” en *Revista La Ley*, 2014-F, 179.

VANINETTI, Hugo Alfredo (2011) “El derecho al olvido en Internet” en *Revista El Derecho*. Tomo 242, p. 566.

VIBES, Federico P. (2014) “La protección del honor en Internet. Un nuevo fallo que la limita” en Revista La Ley 2014, t. E, p. 598.

ZABALE, Ezequiel (2015) “Libertad de información y bloqueo de contenidos en internet” en Revista La Ley 2015, t. A, p. 174.



## **“Agencias Norteamericanas y los Entes Reguladores Argentinos. ¿Funcionan de la misma manera?”**

**Francisco López Simpson**

### **Aproximación al tema**

Como punto inicial de este trabajo debe advertirse que para asegurar el logro de los objetivos regulatorios y el debido cumplimiento del régimen de regulación y control instrumentado en los distintos marcos regulatorios, éstos contemplan la creación de entes que, por la índole de las facultades que se les asignan, su pretensión de independencia del poder político y la neutralidad respecto de los intereses en juego, parecen inspirarse en las comisiones, agencias o entes reguladores autónomos de los Estados Unidos (a los que autores como SCHWARTZ vinculan con el nacimiento del Derecho Administrativo norteamericano).

Estas comisiones o agencias importan, siguiendo a COMADIRA, de algún modo una reacción contra el principio de división de poderes en su interpretación más estricta porque por un lado mediatizan el poder del presidente -la Corte norteamericana le negó facultades discrecionales para remover a sus integrantes en 1935- y, al mismo tiempo implican la asunción, por parte de un órgano administrativo de funciones legislativas y jurisdiccionales. Son estas características las que motivaron el comentario de Alberto BIANCHI cuando aseguró que los entes reguladores pueden ser considerados como un “Estado dentro del Estado”. El profesor asegura que esta característica se hace presente cuando consideramos que aquéllos reúnen las tres competencias básicas del Estado: legislar,

administrar y emitir pronunciamientos de carácter jurisdiccional.

*Breve antecedente histórico de las agencias norteamericanas*

Estas agencias reguladoras, según DE LA SERNA BILBAO, que es recuperado por el Prof. SALOMONI, desempeñan fundamentalmente una función de regulación y control de las actividades y sectores esenciales para el Estado y, en otros casos, de moderación de las relaciones que se entablan entre distintos sujetos económicos, los cuales pueden ser de naturaleza pública o contar con participación pública.

A su vez, se han destacado las siguientes características de estas agencias que constituyen un tipo o especie de ente administrativo: a) Está dotada de potestad reglamentaria, resolutoria y de ejecución para el desarrollo de la función de ejecución. b) Está gobernada por un órgano directivo de naturaleza colegiada cuyos miembros no pueden ser separados discrecionalmente por el presidente y desempeñan sus cargos generalmente de manera escalonada, renovándose por partes, y c) está excluida de los mecanismos presidenciales de supervisión y coordinación de la actividad de regulación. Así ha sido señalado en su obra *La administración por agencias de los Estados Unidos de Norteamérica*, por el Dr. MORENO MOLINA.

A su vez y siguiendo el trabajo del Dr. MIRA, José María, recordamos que en Estados Unidos surgieron las primeras comisiones reguladoras independientes, ligadas a la protección de los derechos de los particulares frente al abuso de las empresas privadas. Las primeras aparecen en los años 1839 y 1844 con limitados poderes de control y ningún poder de regulación, ya que sólo podían



requerir informes o realizar investigaciones sobre sus actividades económicas. En el año 1887 surge la primera agencia administrativa federal con potestad efectiva de regulación, como fijar tarifas justas y razonables, dictar órdenes a las compañías, decidir reclamos, realizar investigaciones, etc. Es decir con la fisonomía de las agencias que conocemos actualmente.

Es importante destacar que estas agencias tienen el deber de imparcialidad, para ello y como presupuesto esencial en el ejercicio de la regulación, poseen independencia funcional con estabilidad laboral asegurada. El Presidente de la Nación propone ante el Senado a la persona que considera capacitada para ocupar el cargo de funcionario en las agencias de control, y éste los ratificará o no. Desde el momento en que es ratificado por el Senado, el Poder Ejecutivo no podrá despojarlo de sus funciones. Asimismo, cabe destacar que la independencia funcional del regulador (dada por el respeto a la duración de su mandato) no incumbe al resto del personal, que queda sujeto a la legislación laboral común sin la estabilidad propia del empleado público.

Asimismo merece destacarse que generalmente son creados por ley formal del Congreso, que reciben el nombre de Enabling Act, y esta misma ley de creación es la que determina sus funciones, organización, capacidad y potestades, pero lo crucial que debe determinar toda Enabling Act., es su cometido, su función esencial y cuáles son las herramientas jurídicas de las cuales está dotado para conseguirlo. Así lo explica MORENO MOLINA cuando afirma que “uno de los aspectos más importantes de Enabling Act. es la determinación de la realidad social que la Agencia recibe del Parlamento para su conformación y disciplina (misión de la Agencia), los instrumentos

jurídicos para esa conformación (adjudicación y/o *rulemaking*, lo que supone en este último caso una delegación de potestad normativa, que la constitución reserva *ab initio* al Congreso) así como la mayor o menor vaguedad con que el Parlamento concreta ese apoderamiento”.

*Respecto de las funciones jurisdiccionales de los entes y la doctrina de la jurisdicción primaria en los Estados Unidos*

Un aspecto característico de los entes, al igual que de las agencias norteamericanas, es la de ostentar competencias jurisdiccionales, y en nuestro caso son testimonio nítido de ello los marcos regulatorio del gas y la electricidad (arts. 72, ley 24.065, y 66, ley 24.075).

En el caso del gas se prevén las controversias entre los sujetos de la ley (transportistas, distribuidores, comercializadores, almacenadores y consumidores que contraten directamente con el productor) así como todo tipo de terceros interesados, sean personas físicas o jurídicas, con motivo de los servicios de captación, tratamiento, transporte, almacenamiento, distribución y comercialización del gas.

Se ha considerado que estas disposiciones, tal como se presentan, parecen inspiradas en la doctrina norteamericana de la jurisdicción primaria (SARAVIA) nacida en un pronunciamiento del Alto Tribunal de los Estados Unidos de 1907 “Texas & Pacific Railways Co. v. Abilene Cotton Oil Co” (SCHWARTZ), referencia aquella contenida en el fallo de nuestra Corte Nacional en el caso “Ángel Estrada”.

Esta doctrina significa, tal cual lo señala SCHWARTZ, que cuando se crea un organismo administrativo y se le atribuye jurisdicción sobre cierto tipo de casos, los tribu-



nales deben abstenerse de intervenir en ellos hasta que el organismo administrativo se haya pronunciado.

Entre nosotros se ha dicho que sólo posterga el ejercicio de la jurisdicción por los órganos del Poder Judicial y no indica falta de jurisdicción (opinión de GUASTAVINO).

Respecto del fundamento esencial se destaca que el mismo radica, por un lado, en la necesidad de obtener un orden, coherencia y uniformidad en la aplicación de la ley en cuestiones complejas, fluidas o múltiples, y por otro, en aprovechar el conocimiento y la experiencia administrativa en la decisión judicial que en definitiva se adopte.

Es interesante traer a colación la opinión de MAIRAL, quien considera (en el marco temático de competencias entre la Justicia y la Administración) inaplicable en nuestro Derecho la mencionada doctrina, ya que ella supone la existencia de un elaborado sistema de procedimiento administrativo, cumplido ante funcionarios independientes de la Administración activa que gozan de importantes garantías de imparcialidad.

También lo entiende así GORDILLO, cuando sostiene que “si bien el antecedente de los entes reguladores es el norteamericano, ello no significa que pueda invocarse aquella fuente en supuesto favor de la existencia de tribunales administrativos con facultades jurisdiccionales, olvidando que ésa no es nuestra jurisprudencia constitucional, ni la ha recibido operativamente tribunal alguno en las últimas décadas, salvo olvidables *obiter dicta*”.

Aun en ese Derecho -el norteamericano- no es necesario agotar la instancia del tribunal administrativo, que este ente no es, cuando se dan hipótesis análogas a las de nuestra jurisprudencia para tornar inexigible el agotamiento de la vía administrativa.

Por lo demás, en el Derecho norteamericano hay una multiplicidad de normas, de Estado a Estado, materia

a materia, ley a ley: no existe regla general alguna que pueda razonablemente invocarse en materia de competencia judicial federal. Pareciera casi superfluo destacar que en las leyes de la materia los entes en cuestión no son órganos del Poder Judicial de la Nación, sino una autoridad administrativa independiente, no jurisdiccional. Resulta en verdad imposible confundirlo, o pretender confundirlo, con un órgano del poder judicial, cualquiera que fuere la terminología que emplearen las leyes. Pero cabe reconocer que tanto la jurisprudencia como la doctrina son liberales en el uso de la terminología, lo cual no es bueno para el Estado de Derecho.

Por de pronto, las normas aplicables establecen que se regirán por la ley *stricto sensu*, de procedimientos administrativos de la Nación y su reglamentación; admiten el recurso administrativo de alzada, contra los actos del ente, para ante el Poder Ejecutivo nacional. Sus normas aclaran que los miembros del directorio de los entes son funcionarios públicos administrativos (aunque cabe hacer excepción de los que representan a los usuarios), no magistrados o Jueces de la Nación. En materia financiera los entes están sujetos al control externo que establece el régimen de contralor público de la Administración. Tampoco las leyes confieren a los entes aquellas notas características de la facultad judicial, como son la *executio*, nota distintiva, si las hay, del imperio jurisdiccional. Ello surge de las normas que en caso de infracciones facultan al ente para requerir al juez competente el auxilio de la fuerza pública con jurisdicción en el lugar del hecho; si el hecho objeto de prevención o comprobación constituyera un delito de acción pública deberá dar inmediata intervención a la Justicia federal con jurisdicción en el lugar.

Es por ello que GUASTAVINO destaca que dentro de la doctrina en análisis se suelen incluir situaciones en



las que las entidades o agencias no desarrollan necesariamente, funciones jurisdiccionales en sentido cabal o asimilables a ellas. Las funciones de reglamentación legislativa, fiscalizadoras, homologatorias y de peritaje o asesoramiento especializado constituyen, precisamente, ejemplos de esa amplitud.

En consecuencia de lo expuesto a su entender, no cualquier acto que signifique el ejercicio de la Administración de una facultad propia y luego revisable judicialmente pone en movimiento la doctrina de la “jurisdicción” administrativa primaria, sino únicamente, aquel que en el régimen institucional ordinario corresponde emitir a los jueces y que por excepción el legislador atribuye su conocimiento primario a organismos administrativos.

En ese entendimiento, el doctrinario une la doctrina de la jurisdicción administrativa primaria, a la que propone denominar “doctrina de la competencia o incumbencia primaria administrativa”, con el ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de la Administración.

Es muy interesante destacar también la opinión de TAWIL, quien entiende que la doctrina en análisis no tiene en el Derecho norteamericano el alcance que le asigna GUSTAVINO, pues aquélla se limita, a su juicio, a una cuestión prejudicial tendiente a lograr una coordinación de competencias, es decir, a determinar a qué jurisdicción le corresponde intervenir en forma primaria. Posición que es compartida por AGUILAR VALDEZ.

El precitado autor señala que la jurisdicción administrativa primaria (*primary jurisdiction*) reviste, en aquel Derecho, la naturaleza de una técnica de coordinación de competencias entre el Poder Judicial y las agencias, tendiente a determinar cuál ha de entender primaria en un caso en cuestión, generadora de una autorrestricción judicial en beneficio de competencias otorgadas por el le-

gislador a aquéllas e invocable, por ende, únicamente en el marco del proceso judicial.

Es en función de esta idea que AGUILAR VALDEZ marca las diferencias entre la doctrina indicada y la intervención previa obligatoria que, en nuestro Derecho, se otorga, en ciertos supuestos por ejemplo al Enargas y al ENRE. En este sentido destaca, como diferencias entre la doctrina americana y el sistema de los entes locales, el destino, el distinto punto de partida -competencia originaria del juez en Estados Unidos, del ente entre nosotros-, el diverso carácter de las técnicas implicadas -administración judicial en Estados Unidos, técnica legislativa en el caso de los entes locales- y el diferente alcance de la potestad judicial -libre apreciación en Estados Unidos y obligatoria intervención previa del ente, entre nosotros-.

La actuación de los entes (Enargas y ENRE) se ubicaría, así, en la categoría de agotamiento de la instancia administrativa.

Independientemente de cuál sea el real alcance de la doctrina de la jurisdicción primaria en el caso norteamericano, en los casos de los entes analizados, la intervención previa obligatoria que a ellos les asignan las normas de creación, constituye un supuesto de actividad jurisdiccional de la Administración Pública, es decir, la actividad que, de acuerdo a la definición proporcionada por nuestro más Alto Tribunal, corresponde, en el orden normal de las instituciones, a los jueces. Ello, en tanto aquella intervención se refiere a controversias entre el Estado y los prestadores u otros sujetos o entre diversas personas entre sí.

Sin embargo, no hay dudas de que el ejercicio de las denominadas funciones jurisdiccionales por parte de los órganos o entes administrativos es una de las cuestiones más debatidas en nuestro Derecho Administrativo, pero



baste recordar que la índole de las controversias que son sometidas a la jurisdicción obligatoria de los entes debería conducir a un control judicial pleno de los hechos y el derecho controvertido, por extensión, a estos casos, de la jurisprudencia sentada en el caso “Fernández Arias” (“Fernández Arias Elena y otros c/ Poggio, José s/sucesión”. Corte Suprema de Justicia de la Nación. 1960).

*Sobre la transparencia en el procedimiento, la participación ciudadana y la adopción de decisiones*

Existe una constante queja en las agencias reguladoras respecto de la legitimación democrática, y la respuesta ofrecida a este déficit ha consistido en poner todo el énfasis necesario en la directa comunicación entre las agencias y los destinatarios de sus regulaciones, imponiendo procedimientos de actuación lo más transparentes y abiertos que resulte posible, y que permitan también la participación de aquéllos.

En los Estados Unidos, la solución a estos problemas se impuso con la aprobación de la Freedom of Information Act (FOIA), aprobada en 1966, que supuso la apertura de los archivos de las agencias al público y la creación de procedimientos ejecutivos para lograr el acceso.

La FOIA obliga a las agencias a publicar algunos asuntos y permite el acceso del público, bajo requerimiento, a cualesquiera otros archivos a menos que estén amparados por las excepciones que la propia ley establece. Se prevén acciones contra las agencias que secuestren indebidamente sus archivos. A los efectos de la ley son archivos los expedientes creados u obtenidos por la agencia en el curso de su trabajo y que estén bajo el control de la agencia en el momento en que le sean solicitados. Se excluyen los documentos privados que no se consideran

archivos por el mero hecho de que puedan localizarse en las oficinas de la agencia. Esta exclusión provocó una interesante Sentencia del Tribunal Supremo en el asunto “Kissinger v. Reporters Committee for Freedom of the Press”, de 1980. Se trataba de la reclamación de unas notas tomadas por H. Kissinger con ocasión de una conversación telefónica, que había podido ojear un periodista y cuya entrega se reclamó al Departamento de Estado. El Tribunal declaró que estas notas no eran un archivo de dicho Departamento por cuatro razones: no estuvieron nunca bajo el control del Departamento; no habían sido generadas en el mismo; no estaban archivadas en ninguna carpeta del Departamento; y no habían sido usadas de ningún modo por dicho organismo. Tampoco está obligada la agencia a entregar documentos que hayan sido indebidamente retenidos por ella. La FOIA contiene hasta nueve categorías de excepciones a la apertura de los archivos de las agencias. El Tribunal Supremo ha establecido que tales excepciones deben ser interpretadas de un modo restrictivo (por ejemplo, Sentencia “Department of the Air Force v. Rose” de 1976). Tales excepciones son la defensa y la política exterior, los asuntos internos de personal, los secretos comerciales y la información comercial privilegiada, la protección de la privacidad de las personas, los archivos utilizados en los procedimientos de ejecución forzosa de las leyes, que pueden afectar al derecho al proceso o a la identidad de los confidentes, o a la seguridad física de las personas; los memoranda inter-agencias o intra-agencias; y los demás supuestos específicamente establecidos en las leyes. Otra vía para obtener información del Gobierno es a través del denominado *discovery process*. Existen privilegios que afectan a la práctica de las pruebas a los efectos de proteger asuntos de gobierno cuando su apertura pudiera afectar a los



intereses públicos. Se incluyen, por ejemplo, secretos de Estado, secretos militares, y asuntos sensibles de política exterior. Para que estas excepciones puedan utilizarse, el privilegio tiene que ser específicamente invocado y evaluado por un tribunal. Otro tipo de inmunidad es la que afecta al Ejecutivo en su conjunto. Cuando se reclama tal inmunidad, un tribunal tiene que evaluar si el Ejecutivo necesita que se mantenga la confidencialidad frente a la necesidad del demandante de contar con la documentación correspondiente. Como dijo el Tribunal Supremo en el asunto “United States v. Nixon”, esta inmunidad del Ejecutivo no es absoluta (Nixon argumentó que cuando un Presidente reclama la aplicación del privilegio, la separación de poderes exige a los tribunales ser deferentes con dicha petición). El carácter confidencial de las comunicaciones entre miembros del Ejecutivo no es suficiente para rechazar las peticiones de apertura e información. Sin embargo, existe una presunción general a favor de las solicitudes de aplicación del privilegio, que se aplican por tanto automáticamente salvo que la parte interesada pueda demostrar que el material es esencial para el derecho de defensa y un proceso limpio.

Existen otras previsiones en el sistema norteamericano para exigir claridad a las agencias. Resultan de lo establecido en dos leyes relevantes: la Sunshine Act y la Federal Advisory Committee Act. La primera de ellas fue aprobada en 1976 y se refiere a la apertura de las reuniones de las agencias al público. La Sunshine Act obliga a que las agencias gobernadas por un órgano colegiado compuesto de dos o más miembros individuales, anuncien sus reuniones con, al menos, una semana de antelación, y que abran al público el desarrollo de la reunión salvo que se dé una de las excepciones que aquella Ley establece. Se entiende por una reunión de agencia (*meeting of an*

*agency*) cuando sus miembros se ocupan conjuntamente de los asuntos encomendados a la agencia. La regla no se aplica a las reuniones que son meramente consultivas. Las agencias se pueden reunir en régimen cerrado cuando concurre alguna de las excepciones que establece la FOIA en relación con la apertura de archivos. Pero en la Sunshine Act también hay excepciones específicas como las que tienen por objeto evitar posibles efectos en los mercados o instituciones financieras, o cuando los objetivos significativos de la agencia pueden verse afectados, tal cual lo afirma MUÑOZ MACHADO -*Los principios del Derecho de la regulación: la actividad de las Agencias y su control frustrado*-, o cuando las reuniones tienen por objeto asuntos de investigación o de ejecución. Para que la reunión se celebre a puerta cerrada, es preciso el voto mayoritario de los miembros de la agencia.

La Federal Advisory Committee Act, aprobada en 1972 y reformada en 1976, regula los comités consultivos que utiliza el Presidente o una agencia a efectos de asesoramiento. Estos comités no son agencias, pero son grupos que tienen una función consultiva. La Ley citada les obliga a cumplir con los requerimientos de la Sunshine Act en relación con sus reuniones, y también la FOIA en relación con sus archivos. La Federal Advisory Committee Act ha sido cuestionada desde el punto de vista constitucional, en diversas ocasiones, por interferirse en la facultad del Presidente de solicitar ayuda de ciudadanos privados, lo que se ha considerado contrario a la separación de poderes (por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo “Cheney v. U.S. Dist. Court for Dist. of Columbia”, de 2004, estableció que el Vicepresidente se puede resistir al cumplimiento del procedimiento de la mencionada ley, en razón a la división de poderes, sin necesidad de invocar ningún privilegio del Ejecutivo).



En nuestro ámbito, vemos cómo se ha revalorizado a las audiencias públicas, como procedimiento administrativo previo, que asegura por un lado la participación de los usuarios (hoy exigencia constitucional en virtud del artículo 42 de la Constitución Nacional). Los regímenes que utilizamos como modelo (Enargas y ENRE) regulan la realización de audiencias públicas como requisito obligatorio o discrecional previo a la adopción de ciertas decisiones de los entes.

En algunos supuestos, estas audiencias pueden ser previas a la resolución de una controversia específica; en otros en cambio, el recaudo aparece impuesto por la conveniencia de valorar, antes de la decisión o del dictado de un acto de alcance general, opiniones o intereses que pueden condicionar el contenido político administrativo de éste.

Como bien afirma COMADIRA, el componente garantístico del “debido proceso adjetivo” en sede administrativa se complementa, así, con los aspectos colaborativos y participativos del procedimiento, pues éste no sólo es medio de defensa del particular y, en todo caso, de autocontrol administrativo, sino también instrumento de colaboración y participación de interesados.

En este punto, creemos oportuno recordar el rechazo a la criticable doctrina de la subsanación. Opinamos con COMADIRA respecto de que no podrá subsanarse la omisión del debido procedimiento administrativo, al menos en estos casos.

Finalmente, creemos que está claro que las audiencias públicas de nada sirven si la autoridad competente para resolver no valora adecuadamente las opiniones en ellas expuestas, explicando en su caso, por qué no las toma en cuenta. Es ésta una exigencia que sí aparece en el Reglamento de audiencias públicas, aprobado como anexo I por el Decreto 1172/2003.

### *Líneas comparativas básicas*

El modelo estadounidense adopta un perfil de independencia regulatoria, son agencias técnicas independientes y sustraídas de la vida política; tienen personería jurídica propia y se rigen por procedimientos reglados para la toma de decisiones. El modelo argentino, no alcanza a adoptar un perfil de independencia regulatoria ya que los entes no poseen personería jurídica propia, son entes autárquicos que sí poseen recursos propios y perciben una contribución de fiscalización de los usuarios del sistema. Su conducción está a cargo de un órgano colegiado llamado "Directorio".

Una de las garantías más importantes que ostentan las autoridades independientes de las agencias norteamericanas, es la imposibilidad por parte del gobierno de sustituir tanto sus directores como su personal, así como también la posibilidad de controlar sus actos a través de recursos administrativos. El control y supervisión de las actividades de las agencias reguladoras en Estados Unidos, se realiza a través del Parlamento, por medio de comisiones parlamentarias competentes en razón de la materia.

Sobre la titularidad y ejercicio de la potestad regulatoria, merece decirse que las agencias reguladoras americanas, como por ejemplo la Federal Energy Regulatory Commission, tienen potestad para determinar el régimen jurídico de una determinada actividad económica mediante su producción normativa. Pero la nota característica de estas entidades, consiste en la exclusividad de la agencia para dictar los marcos regulatorios de la actividad que le compete regular. Los entes reguladores nacionales se encuentran habilitados por el ordenamiento jurídico para regular una actividad económica, como son en este caso los servicios públicos nacionales.



La diferencia estriba entonces, en que las autoridades independientes del Derecho norteamericano ejercen tal potestad en forma exclusiva, es decir no existen en la estructura de gobierno otras autoridades que detenten tal potestad. En cambio en nuestro país, se ejerce la potestad regulatoria en forma concurrente con el Poder Ejecutivo nacional.

Es en definitiva un órgano descentralizado de control, con facultades de dictar reglas técnicas y con algunas atribuciones que se podrían llamar jurisdiccionales, aunque finalmente todas sus decisiones tienen un alcance administrativo susceptible de revisión judicial posterior.

En esta línea también se ubica SALOMONI cuando destaca que la primera diferencia que surge (con las agencias norteamericanas) consiste en la falta de independencia funcional de los entes reguladores argentinos con respecto al Poder Ejecutivo nacional. Por entidad autárquica, debe entenderse toda persona jurídica pública estatal que, con aptitud legal para administrarse a sí misma, cumple fines específicos tal cual enseña MARIENHOFF. Y si bien en la autarquía no existe relación jerárquica entre el órgano de la Administración central y el ente autárquico, sí existe una relación de tutela administrativa, por parte del Poder Ejecutivo, que se traduce en un control de legalidad de los actos del ente a través del recurso administrativo de alzada. Y en ese sentido señala que “como la autarquía no significa ‘independencia’ y como las funciones del ente autárquico son, en definitiva, funciones del Estado, la vigilancia que se cumpliría a través del poder jerárquico, en materia de entidades autárquicas se cumple, pero en forma y grado distinto, a través del ‘control administrativo’”.

## *Conclusión*

Como síntesis de lo expuesto entendemos que si bien Argentina intentó tomar a las agencias norteamericanas como modelo para sus entes reguladores, no lo hizo (y no lo hace), al pie de la letra.

No podemos dejar de reconocer que la reforma del Estado integró políticas de descentralización, desregulación, privatización y regulación de los servicios públicos privatizados diferenciando las funciones de planificación, otorgamientos de títulos habilitantes, prestación de los servicios y control público sobre los actores del sistema.

Pero sostenemos que queda pendiente aún garantizar la independencia del accionar de estos entes, como también la idoneidad de los integrantes que conforman sus Directorios.

Además se debe tener en cuenta el rol central que tienen estos entes en la regulación económica del mercado: no deben ser un eslabón entre el usuario y el Estado, oficiando de “mediador”, sino que por el contrario estos Entes Reguladores, en fiel cumplimiento del mandato constitucional del art. 42 de nuestra Carta Magna deben posicionarse por encima de la relación entre el usuario y el Estado, puesto que deben regular, al estilo de las agencias norteamericanas, en miras a la eficiencia de los servicios públicos regulados y prestando atención a la regulación del mercado que en definitiva no debe perjudicar a los usuarios.



## “La etapa preliminar y la reforma procesal civil”

Pedro Sebastián Villa

SUMARIO: I. Introducción.- II. La dinámica actual de la etapa preliminar al proceso civil en Argentina.- III. La etapa preliminar en los proyectos de reforma del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y de la Provincia de Buenos Aires.- IV. Conclusiones

### I. Introducción

A esta altura a nadie sorprende que se afirme que el proceso civil, tal como está diseñado, es ineficaz. Desde hace décadas se viene señalando su fracaso como mecanismo para la solución de controversias impuesto por el Estado.

Sin embargo, el alto grado de insatisfacción que produce el proceso civil no se da exclusivamente en Argentina, sino que se reproduce en muchas latitudes (“Argentina justa, pacífica e inclusiva” - Justicia 2030. 2019).

Si tuviéramos que arriesgar una enumeración de las posibles causas o factores que contribuyen a alcanzar tan magros resultados, podríamos señalar entre otros los siguientes:

- irrazonable duración del proceso;
- obstáculos al acceso a la Justicia;
- arraigada cultura litigante;
- tratamiento procesal indiferenciado para las diferentes problemáticas que se someten a la jurisdicción;
- falta de flexibilidad y adaptabilidad de los operadores jurídicos;
- deficiente formación teórico-práctica de los abogados;

- excesiva burocracia administrativa;
- escasez de recursos;
- inadecuada implementación de los escasos recursos existentes;
- deficiente aplicación del principio de colaboración;
- inadecuada implementación de la etapa preliminar al proceso

Esta realidad nos convoca a estudiar cómo brindar un mejor servicio de Justicia o, dicho de otro modo, cómo dar solución a los conflictos de los justiciables en forma eficaz y en un plazo razonable.

En los últimos tiempos hemos centrado nuestra atención casi exclusivamente en la implementación de la oralidad como instrumento para la solución de los problemas del proceso civil, pero no todo se agota allí. Es más, ello presupone seguir asumiendo el proceso como inevitable.

En un contexto en el que los proyectos de reforma de los Códigos Procesales de la Nación y de la Provincia de Buenos Aires hacen propicio el debate y el cuestionamiento de los institutos y estructuras tradicionales, entendemos que resultaría de gran utilidad reflexionar sobre la etapa preliminar al proceso civil.

## **II. La dinámica actual de la etapa preliminar al proceso civil en Argentina**

En sustancia, el actual diseño procesal no difiere del que nos proponía la antigua ley de enjuiciamiento civil española del siglo XIX (PALACIO, Lino E., 2011).

El foco está puesto en el litigio, en la figura del juez como protagonista central, en el expediente como ámbito donde se dirime la contienda, y en la sentencia como norte.



La formación universitaria de los operadores jurídicos no ha hecho más que convalidar y fortalecer esta orientación que, de alguna manera, contribuye a la obtención de los resultados disvaliosos que señalamos más arriba.

Esta afirmación se puede corroborar al observar los planes de estudio de las principales Facultades de Derecho de nuestro país. Es reciente la incorporación de contenidos relacionados con la negociación y los denominados “MARC”, mientras que algunas instituciones aún cuentan con planes que lo reducen a una sección de una unidad temática de la enseñanza del Derecho Procesal. Es más, la etapa preliminar no se estudia como tal, sino que nos limitamos a abordar superficialmente algunos de sus institutos.

Pero ¿a qué nos referimos cuando hablamos de etapa preliminar al proceso civil?

La etapa preliminar está constituida por una serie de institutos procesales, actos y hechos que suceden en forma previa a proceso, o en una etapa embrionaria del mismo, tendientes a preparar adecuadamente el proceso, permitiendo a su vez analizar si luego de las indagaciones y diligencias realizadas se mantiene la posición ofensiva inicial o si, por el contrario, se advierte ahora la innecesariedad o inconveniencia de promover el proceso, cuyo iter terminará a la larga en un rechazo de la pretensión y la condenación en costas.

Dependiendo de cómo se encuentre estructurada, puede resultar algo accesorio o secundario, un recurso al que se acude cuando no queda opción, o bien una etapa que permite hacer más eficiente el futuro proceso, e incluso puede llegar a evitarlo desactivando el conflicto. En definitiva, puede funcionar como una suerte de filtro de descarte de la litigiosidad innecesaria, o de fortalecimiento

de la litis para el logro de soluciones autocompositivas o procesos más eficazmente preparados.

A menudo acudimos al proceso como método de resolución de conflictos sin comprender cabalmente en qué consiste el conflicto en sí. Vamos a ciegas respecto de la estrategia de la contraparte, y ni siquiera contamos con elementos suficientes para estructurar nuestra propia estrategia.

El conflicto debe ser adecuadamente delimitado y depurado para que el proceso, de resultar imprescindible, resulte más eficaz.

Tanto la heterocomposición -a través de un tercero imparcial-, como la autocomposición, requieren una labor fecunda por parte de los abogados, un abordaje consciente de la entidad del conflicto y de las posiciones de fuerza relativas de las partes.

La normativa procesal local tiene una mirada sumamente restrictiva respecto de la etapa preliminar. No proscribire la preparación adecuada del proceso, pero tampoco la fomenta.

Observemos, por ejemplo, lo que ocurre con las diligencias preparatorias del proceso, entre las que contamos con las diligencias preliminares y las medidas de prueba anticipada. Las primeras han sido interpretadas por parte de la jurisprudencia como “excepcionales”, mientras que las segundas son consideradas como un mecanismo cautelar, asegurativo de los medios probatorios que se pueden encontrar en riesgo de perecer si se espera a la etapa formalmente prevista para su producción.

En otras palabras, salvo que la parte interesada acredite que no tiene otra alternativa más que recurrir a las diligencias preparatorias, su acceso a lo que denominamos “preparación adecuada” del proceso se encuentra prácticamente limitado a las indagaciones privadas que



pueda realizar junto a su abogado. Y lo mismo sucede con la prueba anticipada: no se acordará su producción alterando la cronología predispuesta, a menos que acredite la “verosimilitud en el derecho” y el “peligro en la demora”.

Esta concepción tan restrictiva desaprovecha oportunidades que podrían resultar útiles para una temprana autocomposición consciente, o incluso para evitar el proceso a partir del reconocimiento de las limitadas probabilidades de que la pretensión prospere.

Es más, esta concepción favorece la reticencia “natural” de las partes a cooperar para el logro de un proceso más eficaz. El objetivo de una y otra parte está puesto simplemente en que prospere la pretensión o la defensa, sin que la justicia del caso ni la búsqueda de la verdad constituyan un valor verdaderamente relevante.

Ahora bien, paradójicamente, ocurre lo opuesto en otra parcela de la etapa preliminar representada por el acceso a métodos alternativos de resolución de conflictos. En realidad, aquí el legislador no se mantuvo indiferente, sino que optó por instaurar una etapa de mediación prejudicial obligatoria, como condición de admisibilidad para la demanda. Pero salvo las excepciones expresamente previstas en la ley, todas las pretensiones deben transitar por la instancia de mediación prejudicial, sin que se analice su conveniencia o inconveniencia.

Es más, es posible que las partes hayan intentado una mediación voluntaria y, ante el fracaso de ésta, se verían igualmente obligados a transitar la mediación prejudicial obligatoria, presumiblemente con el mismo resultado, para luego poder incoar la demanda.

Si bien es cierto que las estadísticas muestran un porcentaje interesante de acuerdos, lo que implica menores niveles de litigiosidad ante el ámbito jurisdiccional, no debemos perder de vista que a menudo se arriba a esos

acuerdos sin “consentimiento informado”, es decir sin información ni material probatorio suficiente como para que las partes puedan evaluar adecuadamente sus posiciones y las chances de éxito del planteo ofensivo.

¿Cómo saber si se ha arribado a un justo acuerdo prejudicial si las partes no pueden evaluar a conciencia las concesiones a realizar?

Cabe preguntarse si la mediación -tal como se ha implementado- no es en realidad una valla más para el acceso al abarrotado sistema judicial. De lo contrario, no se entiende por qué se exhibe como el único medicamento válido para todo tipo de enfermedad.

Lamentablemente, la ineficacia del proceso ha derivado en que resulte preferible una resolución rápida, aunque no necesariamente justa, o una posiblemente justa pero que llega tarde. Y si las partes están convencidas de la inconveniencia de la instancia de mediación para el caso, harán lo posible para cumplir con la formalidad lo antes posible, de modo tal que no se dilate la “ansiada” interposición de la demanda.

En definitiva, el diseño procesal civil se ha mantenido en esencia inalterable, a pesar de las distintas reformas parciales que hemos transitado en los últimos 50 a 100 años, teniendo al proceso y al juez como los máximos protagonistas, pero sin que nos detuviéramos seriamente a pensar estrategias procesales para evitar el proceso o hacerlo más eficiente desde su origen.

### **III. La etapa preliminar en los proyectos de reforma del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y de la Provincia de Buenos Aires**

Los proyectos de reforma de los Códigos Procesales de la Nación y de la Provincia de Buenos Aires han abordado



la temática de la etapa preliminar, aunque no de manera sistematizada. Quizás hubiera sido esperable una sistematización de esta etapa en el anteproyecto de reforma para el ámbito nacional, ya que se podía estructurar todo el proceso desde sus cimientos, refundándolo, pero ello no fue así. Sin perjuicio de esta observación, en ambos proyectos encontramos novedades en institutos típicamente preliminares, por lo que corresponde analizarlos.

A su vez, el Derecho comparado nos aporta algunas experiencias sumamente interesantes para reflexionar sobre cómo se estructura la etapa preliminar, y su incidencia en la eficacia del proceso, que evidentemente han influido en los integrantes de las Comisiones Redactoras de los proyectos de reforma.

### III. a. *El Anteproyecto de reforma del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*

Comencemos analizando el proceso de reforma de la codificación procesal en el ámbito nacional. Los procesalistas involucrados en el proyecto de reforma entendieron que si el CPCCN del año 1967 había fracasado, era preciso proyectar un código nuevo, desde sus bases, y no intentar mejorar la dinámica del código vigente.

El “Documento de Bases para la Reforma Procesal Civil y Comercial” (en adelante “las Bases”), elaborado por “Justicia 2020”, señala las diligencias probatorias anticipadas y la carga de revelar a la contraparte la prueba, dentro de los aspectos procesales a analizar por la Comisión Redactora.

En cuanto a las diligencias probatorias anticipadas, las Bases propone que no sólo se pueda producir prueba antes de la demanda y contestación cuando ésta corra riesgo de que pueda perderse, con carácter cautelar o

conservatorio, sino también “cuando alguna de las partes considere que puede resultar conveniente a los fines de lograr una conciliación” (“Bases”. 2017). También agrega que los supuestos contemplados para la prueba anticipada no son considerados -a criterio de la Comisión Redactora de las Bases- como de interpretación restrictiva, y que “basta la manifestación de la parte interesada para que se permita la producción de la prueba con asistencia de la parte contraria” (“Bases”. 2017).

El primer supuesto se corresponde con la tradicional regulación de la prueba anticipada, como un sistema cautelar de tipo probatorio (ROJAS, Jorge. 2009), pero el segundo sería tributario de las tendencias procesales que ofrece el Derecho comparado desde hace algunas décadas.

Sin embargo, la redacción final del Anteproyecto de Código Procesal Civil se aparta parcialmente de lo expuesto en las “Bases”. Así, el art. 202 del Anteproyecto regula la prueba anticipada con fin conservatorio y el art. 203 sobre la “conveniencia de la producción anticipada”.

El texto del art. 203 proyectado dice lo siguiente: “Conveniencia de la producción anticipada. El juez autorizará la producción anticipada de pruebas, a solicitud de parte y con control de la contraria, cuando lo considere razonable por las circunstancias del caso, por razones de economía procesal o ante la posibilidad de soluciones conciliatorias.

Podrán solicitarse:

- a) la declaración de testigos;
- b) el reconocimiento judicial;
- c) la prueba pericial;
- d) el pedido de informes.

La declaración de parte sólo podrá pedirse en el proceso ya iniciado”.



Como se advierte de la simple lectura, el anteproyecto avanza en esta materia habilitando la concesión de medidas de prueba anticipada cuando resulte razonable por razones de economía procesal, o ante la posibilidad de soluciones conciliatorias, pero la Comisión Redactora ha adoptado una posición más restrictiva que la que surge de las “Bases”, puesto que ya no “basta la manifestación de la parte interesada para que se permita la producción de la prueba con asistencia de la parte contraria” (“Bases”. 2017), sino que es el Juez quien decidirá si ordena o no la producción anticipada de prueba, en función de su análisis de razonabilidad del pedido efectuado previamente por la parte. De todos modos, si bien es cierto que el texto proyectado es un poco más restrictivo, no nos parece desacertado que el juez deba resolver de manera razonablemente fundada el pedido sobre la base del planteo que efectúa la parte.

Volviendo a las causales que habilitan la anticipación de prueba “por conveniencia”, ya señalamos que el anteproyecto prevé tres supuestos, pero sólo uno de ellos se encuentra contemplado expresamente en las “Bases”: “cuando alguna de las partes considere que puede resultar conveniente a los fines de lograr una conciliación”. De los restantes, quisiera detenerme un momento en el supuesto relativo a las razones de economía procesal, por cuanto no apunta a la prueba como un facilitador de la composición de la litis, sino que habilita la alteración cronológica de la producción probatoria, de modo tal de evitar un dispendio innecesario de actividad jurisdiccional. Ello podría ocurrir, por ejemplo, en el proceso de filiación, en el que el adelantamiento de la prueba genética que resulta determinante y concluyente, contribuiría a reducir considerablemente la duración total del proceso, o incluso podría evitar su iniciación en caso de resultado negativo.

Otro aspecto que resulta llamativo y merece ser destacado es lo que surge del art. 204 última parte, cuando establece que la prueba producida anticipadamente podrá reproducirse en la etapa probatoria propiamente dicha, si ello fuera posible, y en su caso, el juez valorará ambas en la sentencia. Más allá de la factibilidad de producir nuevamente el material probatorio ya producido, nos parece que hubiera sido más atinado darle pleno valor probatorio a la anticipación probatoria para evitar la reiteración de actos procesales ya ocurridos y plenamente válidos. De todos modos, el juez podría no aplicar esta norma en uso de las facultades de adaptación de las formas del art. 9 del anteproyecto, además de hacer uso de sus facultades oficiosas para complementar las probanzas producidas si, a su entender, con los elementos obrantes en la causa no lograre formar su plena convicción sobre el modo en que sucedieron los hechos.

La alteración cronológica no necesariamente justifica incurrir en mayores costos en tiempo y en dinero, y pareciera que esto no queda librado a la razonabilidad o necesidad de contar con una reiteración de la producción probatoria, sino meramente a la factibilidad de hacerlo. En otras palabras, si adentrados en la etapa probatoria nos encontramos con que la producción de la prueba que se realizó anticipadamente finalmente no resulta “imposible”, el juez debería ordenar nuevamente su producción. Este es un aspecto que debería revisarse.

El profesor ARAZI (ARAZI, Roland. 2019) señala que el art. 203 normado tiene como fuente el Código Procesal Civil de Brasil. En efecto, el art. 379 del nuevo CPC de Brasil establece que se permitirá la producción temprana de prueba cuando: a) haya fundado temor de que vaya a tornarse imposible o muy difícil de comprobar ciertos hechos durante el trámite del proceso; b) la prueba a pro-



ducirse sea susceptible de viabilizar la autocomposición u otros medios adecuados de resolución de conflictos; o c) el conocimiento previo de los hechos permita justificar o impedir el enjuiciamiento del caso.

Observamos entonces que el CPC Brasileiro va un poco más allá que el anteproyecto en Argentina, ya que también demuestra vocación de utilizar la prueba anticipada como una herramienta deflacionaria de la litigación innecesaria. Pero ¿cómo podría una medida de anticipación de prueba evitar el juicio? a partir de una toma de decisión con información plena (o más completa), que permitiría hacer una evaluación de riesgo y de probabilidades de procedencia de la acción.

También señala con acierto ARAZI (ARAZI, Roland. 2019) que el anteproyecto ha omitido incluir una regulación referida al descubrimiento de pruebas con anterioridad al juicio, que figuraba entre los objetivos de las “Bases”. Hubiera sido un sistema similar al del *discovery* estadounidense, que permite obtener material probatorio y conocer la prueba con que cuenta la contraria en forma previa a la promoción del proceso, en la etapa de *pretrial*. Al no haberse normado un *discovery* adaptado a nuestra realidad, se mella la aspiración de lograr la estructuración de una etapa preliminar más sustanciosa y efectiva, aunque entendemos que este punto podría generar una cierta resistencia inicial de parte de los operadores jurídicos.

Más allá de la señalada falta de un tratamiento sistematizado de la etapa preliminar o de la instrucción preliminar del proceso, una visión más amplia de la anticipación probatoria abriría la posibilidad de obtener un “rinde” absolutamente distinto, que puede coadyuvar para la desarticulación del conflicto antes de que se promueva la demanda, o en una etapa gestacional del proceso. Además, esta innovación para el Derecho Procesal argentino

traería indirectamente aparejados importantes cambios en el rol del abogado, la utilización de los diferentes medios alternativos de resolución de controversias y la gestión de conflictos dentro el proceso.

Si pasamos de la excepcionalidad de la instrucción preliminar a la práctica habitual de la preparación adecuada del proceso, estaríamos logrando romper con paradigmas vetustos que no han contribuido a lograr un proceso más eficaz, sino todo lo contrario.

Se argumenta que la anticipación probatoria debe ser sólo dispuesta en caso de riesgo de pérdida o destrucción de la prueba para garantizar la igualdad de partes, el derecho de defensa en juicio y el resguardo de la estructuración del proceso por etapas preclusivas. Sin embargo, entendemos que todo se reduce a garantizar adecuadamente el principio de contradicción. Si se permite un adecuado contralor de la prueba por la contraparte, e incluso la posibilidad de producir anticipadamente su propia prueba, ¿cuál sería el perjuicio o la vulneración de principios procesales?

El problema, en realidad, radica en una arraigada cultura jurídica procesal que entiende el conflicto de las partes como un duelo o combate que se libra en el campo de batalla tribunalicio, en el que “todo vale” en nombre del derecho de defensa. En cambio, deberíamos comprenderlo como un fenómeno dialogal que excede el mero interés de las partes, y que se debe exigir de éstas plena colaboración para arribar a una solución justa en un plazo razonable. El caso del Reino Unido, es quizás el ejemplo paradigmático de una reforma procesal sistematizada, realizada a partir de un diagnóstico claro y con un diseño de etapa preliminar que ha logrado reducir los niveles de litigiosidad y elevar los niveles de eficacia del proceso inevitable.



Por último, en cuanto a la audiencia preliminar, en las “Bases” se señala que junto a la audiencia de vista de causa, constituyen el núcleo del proceso ordinario por audiencias, y sus finalidades son el saneamiento, la fijación de los puntos controvertidos, la conciliación y ordenación de la prueba a producirse. No se advierten aquí mayores novedades en relación a la actual redacción de la audiencia del art. 360 del CPCCN, pero ahora tendrá en miras la eventual realización de la audiencia de vista de causa, por lo que en esta audiencia preliminar se deberá elaborar entre las partes y el juez el plan de trabajo a implementar para una preparación adecuada de la etapa probatoria, lo que la tornará más eficaz.

### III. b. *El proyecto de reforma del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires*

El proyecto de reforma del Código Procesal Civil bonaerense fue elaborado por profesionales de todos los ámbitos (Poder Legislativo, Poder Judicial, Asociación de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires, y Colegios de Abogados), sobre la base de un anteproyecto elevado por el Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires que, a su vez, había tomado como aporte un texto elaborado por representantes de la Asociación de Magistrados y Funcionarios del Departamento Judicial La Plata y del Colegio de Abogados del Departamento Judicial La Plata.

No se trata de un nuevo Código Procesal, sino de una actualización y adecuación del actual Código, manteniendo las disposiciones y estructura del Decreto Ley 7425/68 (Código de 1968) en todo aquello que no requiriera modificación. El Poder Ejecutivo sostuvo que se trata de una reforma sobre la base del código vigente, porque “de esa

forma se mantiene una tradición de 50 años de doctrina y jurisprudencia que continúa siendo aplicable al Proyecto en todo lo que no haya sido materia de modificación específica”.

Se trata de dos opciones diferentes, con ventajas y desventajas, pero lo cierto es que si llegaran a prosperar ambos procesos de reforma, dejaríamos de tener un procedimiento civil prácticamente idéntico en ambas jurisdicciones, aunque sí compartirían la orientación hacia la oralidad, el proceso por audiencias y algunas líneas tendenciales en las que viene trabajando el Derecho Procesal en las últimas décadas.

En cuanto al tratamiento que ha dado a los distintos institutos que integran la denominada etapa preliminar al proceso civil, advertimos que aquí tampoco hay un tratamiento sistematizado de la etapa preliminar como tal, pero en rigor de verdad, su expresión normativa resulta más extendida y fecunda que en el ámbito nacional, tal como veremos más adelante.

Ahora bien, a diferencia de lo que sucede en el ámbito nacional, observamos que se ha incorporado al Código la regulación referida a la instancia de mediación prejudicial obligatoria, que hasta ahora está normada en la ley 13.951 -y reglamentada por el Decreto 43/19-.

El proyecto mantiene en general la regulación actual de la mediación prejudicial, a la vez que amplía los supuestos de materias que pueden ser objeto de mediación optativa y extiende la aplicación de la mediación al ámbito de la Justicia de Paz. No obstante, en el capítulo III, referido a la prueba anticipada, se incorpora una novedad en nuestro ámbito, que se trata de la posibilidad de producir prueba en esta instancia prejudicial, por acuerdo de partes, requiriendo para ello el auxilio jurisdiccional. La incorporación nos parece auspiciosa, aunque hubiera



sido deseable que se dispusiera qué sucede con la prueba producida en caso de que el intento autocompositivo fracase. Si bien no lo dice expresamente, consideramos que el material probatorio ya producido debería ser aprovechado y adquirido para el proceso, sin que se requiera su reproducción ulterior.

El art. 333 del proyecto también establece para quien promueve la mediación prejudicial, el deber de acompañar la siguiente información: 1) El detalle de los rubros que componen sus reclamos; 2) Los nombres de los testigos de los que habrán de valerse, con indicación de los hechos que pretenden probar con tales declaraciones; 3) Las copias de los documentos que fundarán su reclamo o defensa; y 4) Los puntos de pericia que consideran que eventualmente podrían utilizar para probar en juicio la fundabilidad de sus pretensiones.

Por su parte, la contraria también deberá acompañar la misma información al concurrir a la primera audiencia. No obstante, la carga de intercambiar información queda condicionada a que exista reciprocidad entre las partes.

Esta previsión también es interesante porque promueve el intercambio de información en la etapa preliminar, de modo tal que las partes conozcan la seriedad del reclamo y los elementos con que cuentan para la eventual promoción del proceso y, en su caso, podrán hacer una evaluación de riesgos a fin de determinar si no resulta más conveniente arribar a un acuerdo razonable en esta etapa.

Adentrándonos un poco más en la regulación de la prueba anticipada, en el art. 332 del proyecto de reforma bonaerense se prevén tres supuestos que habilitan la anticipación probatoria, a saber: 1) Cuando exista riesgo de que la fuente de prueba pueda perderse o deteriorarse

antes de la etapa probatoria; 2) Cuando la prueba sea susceptible de viabilizar la autocomposición u otros medios adecuados de resolución del conflicto; 3) Cuando el conocimiento previo de los hechos permita justificar o impedir el enjuiciamiento del caso.

El primero, en coincidencia con el código actual, es de carácter conservatorio, clásico, mientras que los restantes tienen por objeto evitar la litigiosidad innecesaria y/o facilitar la autocomposición, a partir de poder contar con elementos suficientes y relevantes en una etapa temprana o previa al proceso.

En este mismo artículo, luego de detallar los tres supuestos mencionados, se incluye la alternativa de producción probatoria anticipada por acuerdo de partes en instancia de mediación, por lo que pareciera que dichos supuestos operan fundamentalmente a instancia de una de las partes, y por disposición del juez, con garantía del contradictorio, destacando acertadamente la norma que la anticipación de prueba no es excepcional ni de interpretación restrictiva.

Estas regulaciones de la producción de prueba anticipada no conservatoria durante la etapa preliminar, se encuentran en línea con las conclusiones del XXX Congreso Nacional de Derecho Procesal llevado a cabo en la ciudad de San Juan en el mes de septiembre de 2019. En la Comisión 2 (Civil) “Nuevas Estructuras Procesales” de dicho Congreso, se destaca que: “El anticipo en la producción de la prueba, la demostración de las pruebas en mediación y otras modalidades que amplíen las posibilidades de arribar a un acuerdo previo al juicio a partir de un mejor conocimiento de la posición y posibilidades de éxito de la parte contraria, deberían ser incentivadas en las reformas legislativas. Entre otros sistemas que contemplan la posibilidad de producir prueba durante la ins-



trucción preliminar del caso para facilitar la señalada solución autocompositiva, pueden observarse los ejemplos de la *consulenza* técnica del art. 696bis del Código Procesal Civil italiano, el art. 485 inc. 2° de la ZPO alemana, el art. 381 del nuevo CPC de Brasil, y el bien conocido procedimiento de *discovery* en Estados Unidos”.

Efectivamente, la señalada *consulenza* técnica del artículo 696 bis del Código italiano tiene una naturaleza que no es esencialmente conservativa, como la declaración técnica del art. 696, sino deflacionaria, dado que tiene por fin lograr la conciliación de la litis. Lo cautelar y lo probatorio -a los fines del proceso- pasa aquí a un segundo plano, y el protagonismo absoluto lo adquiere la faz componedora de la etapa preliminar. Las partes, antes del comienzo del proceso, pueden solicitar que el juez designe un perito experto que tendrá a su cargo elaborar un informe relativo a la comprobación y determinación de créditos derivados del incumplimiento contractual o de un hecho ilícito, intentando previamente la conciliación del conflicto. No obstante, si la mediación falla, las partes podrán requerir que la prueba producida sea adquirida para el proceso a los fines del dictado de la ulterior sentencia de mérito.

Se trata, en nuestra opinión, de un medio alternativo de resolución de controversias, ideado con el objetivo de incentivar la composición extrajudicial de la litis, más que de un supuesto especial de prueba anticipada. En todo caso, es una figura híbrida que escapa de los moldes clásicos de la mediación y la conciliación, que a través de la producción probatoria temprana le aporta un plus para favorecer la autocomposición de la litis.

Por su parte, las diligencias preliminares ostentan prácticamente la misma regulación, pero se agregan dos incisos. El inciso 11 es una suerte de constatación pre-

via al desalojo en el caso de la continuación de la locación prevista en el art. 1190 del Código Civil y Comercial, mientras que el inciso 12 refuerza la posición que sostenía que la enumeración de diligencias preliminares era meramente enunciativa, al disponer expresamente que podrá hacerse uso de las diligencias preliminares para “que se diligencie cualquiera otra medida que considere necesaria para constituir adecuadamente la relación procesal”.

También se amplía la regulación del trámite de las diligencias preliminares, previendo las consecuencias de la falta de colaboración del requerido.

Otra novedad en el ámbito bonaerense es la estructuración de la audiencia preliminar, que si bien no se encuentra legislada expresamente en el Código vigente, se ha generalizado su utilización por interpretación de las facultades instructorias y ordenatorias del órgano jurisdiccional, a partir de la implementación de la oralidad en el proceso civil, que ha tenido gran acogida en la Provincia de Buenos Aires, en el marco del programa “Justicia 2020”. En el proyecto se han recogido las mejores experiencias de la implementación de dicho programa para proyectar una audiencia con fines conciliatorios, saneatorios y de preparación adecuada del proceso, que también pretende ser un puente hacia la audiencia de vista de causa, en caso de que los intentos de composición de la litis fracasen y que existan hechos controvertidos.

#### **IV. Conclusiones**

Si consideramos la probada ineficacia de la regulación actual de la etapa preliminar al proceso civil en el contexto nacional y bonaerense, asistemática, excepcional y de interpretación especialmente restrictiva, cele-



bramos que las comisiones de reforma hayan dedicado sus esfuerzos a la mejora cualitativa de los institutos que la componen.

La doctrina ha estado reclamando una mejora sustantiva desde hace más de una década, a partir del análisis de experiencias reformistas exitosas del Derecho Procesal comparado. Es claro que no se trata de trasplantar institutos que pueden no resultar compatibles con nuestra cultura jurídica, pero sí se pueden imaginar modificaciones inspiradas en esas experiencias y adaptadas a nuestras circunstancias.

En términos comparativos, la propuesta bonaerense en punto a la etapa preliminar aparece como una renovación más profunda y prometedora que el anteproyecto nacional, que habiendo tenido la oportunidad de generar un texto más innovador, quizás propone una mejora más acotada. No obstante, en ambos casos será preciso que la regulación positiva esté acompañada de un proceso paulatino de concientización y capacitación de los operadores jurídicos, buscando generar los consensos necesarios para que la aplicación de las normas resulte efectiva y se obtenga su máximo rinde posible.

## Referencias bibliográficas

- ARAZI, Roland. (2019). “Análisis crítico del Anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”. La Ley 13/09/2019. AR/DOC/2561/2019.

- “Argentina justa, pacífica e inclusiva” - Justicia 2030. Diagnóstico Eje Civil (2019). Justicia 2020. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Recuperado de: <https://www.justicia2020.gob.ar/wp-content/uploads/2019/05/Diagnostico-J2030-Eje-Civil-definitivo.pdf>.

- “Bases para la Reforma Procesal Civil y Comercial (2017)”. Justicia 2020. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Recuperado de: <https://www.justicia2020.gob.ar/wp-content/uploads/2017/06/Bases-para-la-Reforma-de-la-Justicia-Civil-y-Comercial.pdf>.

- BERIZONCE, Roberto. (2009). “El problema de la ineficiencia del sistema judicial: algunas propuestas de solución”. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD). 1(1):122-133.

- BERIZONCE, Roberto. (1999). “La función del abogado en el proceso moderno”, en *Derecho Procesal Civil actual*. La Plata. Librería Editora Platense.

- BERIZONCE, Roberto. (2014). “Bases para actualizar el código modelo procesal civil para Iberoamérica”. Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. U.N.L.P. Recuperado. de: [http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/43631/Documento\\_completo.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/43631/Documento_completo.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

- BERIZONCE, Roberto. (2010). “La mediación en transformación: hacia una conciliación-mediación ‘valorativa’ (la ley bonaerense 13.951, de 2009)”, Revista de Derecho Procesal, 2010-2: sistemas alternativos de solución de conflictos, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni.

- CUCATTO, Mariana y SOSA, Toribio. (2017). “Instrucción civil preparatoria: la delimitación y la depuración del conflicto previas al juicio”. El Derecho. 16/05/2017. ISSN 1666-8987. N° 14.182. AÑO LV. ED 272

- FALCÓN, Enrique. (2000). *Procesos de Conocimiento*. Tomo I. Santa Fe. Rubinzal-Culzoni.

- GRILLO CIOCCHINI, Pablo. (2009). “Intercambio de información y prueba antes de la demanda”, en *Aportes para una Justicia más transparente*. Coordinador: Roberto O. BERIZONCE. La Plata. Librería Editora Platense.



- MORELLO, Augusto M. (1998). *Estudios de Derecho procesal. Nuevas demandas, nuevas respuestas*. Tomo I. La Plata. Librería Editora Platense.

- OTEIZA, Eduardo (coordinador). (2010). *Reforma Procesal Civil*. 1ª ed. Santa Fe. Rubinzal-Culzoni.

- PALACIO, Lino E. (2011). *Derecho Procesal Civil*. Tomo I. 3ª ed. Buenos Aires, Abeledo-Perrot.

- ROJAS, Jorge A. (2009). “¿Qué son los sistemas cautelares?”. *Revista de Derecho Procesal 2009-II*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, octubre de 2009.

- SOSA, Toribio E. (2009). “La prueba anticipada con finalidad proactiva”, en *Aportes para una Justicia más transparente*. Roberto O. BERIZONCE (Coordinador). La Plata. Librería Editora Platense.

- SUCUNZA, Matias y VERBIC, Francisco. (2015). “Prueba anticipada en el nuevo Código Procesal Civil: un instituto relevante para la composición eficiente, informada y justa de los conflictos”. Capítulo 27 de la obra coordinada por Fredie DIDIER Jr., Marco JOBIM e William SANTOS FERREIRA *Coleção Grandes Temas do NOVO CPC - Direito Probatório*. Salvador Bahía. Editora Jus Podivm.

- VERBIC, Francisco. (2019). “Nuevas Estructuras Procesales”. Ponencia General del XXX Congreso Nacional de Derecho Procesal. San Juan. Recuperado de: <https://www.congresodederechoprocesal2019.com/descargas/ponencias/generales/civil/2/I%20CIVIL%20-%20Com.%202%20-%20VERBIC%20Francisco%20-%20%28General%29.pdf>

- VILLA, P. Sebastián. (2009). “La etapa preliminar al proceso civil. Reflexiones a partir de la experiencia del Derecho comparado”, en *Aportes para una Justicia más transparente*. Coordinador: Roberto O. BERIZONCE. La Plata. Librería Editora Platense.

- VILLA, P. Sebastián. (2011). “La preparación adecuada del proceso ¿No necesitamos repensar las diligencias preliminares?”. Publicado el 26/09/2011. elDial.com - DC16D0.

- VILLA, P. Sebastián y BELLO, Teresita. (2011). “El rol del abogado en la etapa preliminar al proceso civil. Condicionantes y oportunidades para lograr la eficacia en la solución de los conflictos”. Actualidad Jurídica General, número 201, editorial Nuevo Enfoque, Córdoba, págs. A2647 a A2655.

- VILLA, P. Sebastián. (2011). “El principio de cooperación como condición para la eficacia de la etapa preliminar al proceso civil”. Publicado el 27/06/2011. elDial.com - DC1623.



## “Hábeas Data vs. Big Data”

Marcelo Gabriel Musarra

### Introducción

La presente investigación se refiere a cómo la tecnología se está llevando por delante a nuestra legislación. Los avances en las tecnologías de la información y de la comunicación, están revolucionando prácticamente todos los aspectos de la vida y facilitan el acceso a la información de una forma exponencial e indiscriminada.

Por una parte, esto exige que las Administraciones Públicas, proveedores de Internet, etc., hagan un relevamiento de sus procesos con el fin de beneficiarse de estas tecnologías.

Por otro lado, esto significa que tienen que facilitar el acceso de los ciudadanos a su información personal y estar plenamente en el cumplimiento de los derechos constitucionales a la privacidad y a la protección de datos personales.

Estamos, por lo tanto, ante el inicio de una revolución que va a redefinir el Estado de Derecho, como consecuencia de las nuevas preocupaciones, por la seguridad internacional y el uso regular de las bases de datos, que permiten almacenamiento masivo de información o redes que permiten comunicaciones rápidas y seguras.

La big data (almacenamiento masivo de datos personales), es parte de este mundo, la evolución de la tecnología no se detiene ante la legislación.

Debemos gobernar la información, por medio de una legislación que se adecue día a día, a estas innovaciones, limitándose por medio de las garantías que la Constitución Nacional nos brinda y las leyes complementarias es-

pecíficas, que tengan por objeto la protección integral de los datos personales, asentados en bancos de datos, sean públicos o privados.

## **Hábeas Data**

“El hábeas data, como la propia expresión lo indica, ‘tengan el dato’, se trata de un procedimiento breve y sumario, tendiente a conocer los datos que constan en registros o bases de datos, y que incluyen la posibilidad de corregirlos o actualizarlos si son erróneos o estén desactualizados”.

“En nuestra doctrina constitucional, Sagüés, lo considera también procedente, como medio para asegurar la confidencialidad de determinada información, o como instrumento apto para cancelar información que no debería ser objeto de registración”.

En nuestro país, la protección de los datos personales o hábeas data, está garantizada en la Constitución Nacional, en el Capítulo 2, Nuevos derechos y garantías, en el artículo 43, tercer párrafo, a saber:

“Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos de ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos, no podrá afectar el secreto de las fuentes de información periodística”.

Básicamente, es una garantía que protege los derechos fundamentales, derecho a la información y la autodeterminación informativa o protección de datos personales, ambos forman parte del ámbito de los derechos humanos, reconocidos y protegidos por los Tratados.



Mientras que las tres generaciones de Derechos Humanos (refiriéndonos a los de primera, segunda y tercera generación), son producto de la evolución política de las sociedades nacionales e internacionales, por medio de la firma de Tratados con potencias extranjeras, sobre Derechos Humanos con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 CN), una cuarta generación se incorpora al contexto mundial, que implican las innovaciones tecnológicas y la globalización.

De aquellos derechos individuales, que surgieron tras la Revolución Francesa de 1789, respecto a los derechos civiles y políticos, hasta nuestros días, desarrollados a los finales del siglo XX, protegen el acceso a las nuevas tecnologías, proporcionando una mayor seguridad digital.

No existe una propuesta única al anexo de una cuarta generación, nos encontramos con autores que incluyen derechos al “medio ambiente” y temas de “bioética”, como una cuarta generación, dentro de la tercera generación.

Otros autores, por otra parte, hacen hincapié en las nuevas tecnologías y los derechos a la información.

Recordemos que toda esta división de derechos diferenciados en generaciones, fue elaborada por Karel VASAK (ex director de Derechos Humanos de la UNESCO, año 1979).

Tuvo fuertes críticas, respecto a que dicha división limitaba los derechos fundamentales, ya que éstos no desaparecen por la aparición de otros y carece de la previsión temporal o histórica, en el surgimiento de cada derecho fundamental.

## **Ley 25.326. Protección de datos personales**

Esta ley reglamentó, en gran medida, el uso de la acción de amparo, de todos aquellos datos sensibles que una persona requiera al sentirse afectada por el uso de su información.

Supletoriamente, con las normas del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, tratándolo como juicio sumarísimo.

Establece básicamente tres acciones específicas: de conocimiento, de prevención y de reparación.

#### ARTÍCULO 33. (Procedencia).

1. La acción de protección de los datos personales o de hábeas data procederá:

a) para tomar conocimiento de los datos personales almacenados en archivos, registros o bancos de datos públicos o privados destinados a proporcionar informes, y de la finalidad de aquéllos;

b) en los casos en que se presuma la falsedad, inexactitud, desactualización de la información de que se trata, o el tratamiento de datos cuyo registro se encuentra prohibido en la presente ley, para exigir su rectificación, supresión, confidencialidad o actualización.

#### ARTÍCULO 34. (Legitimación activa).

La acción de protección de los datos personales o de hábeas data podrá ser ejercida por el afectado, sus tutores o curadores y los sucesores de las personas físicas, sean en línea directa o colateral hasta el segundo grado, por sí o por intermedio de apoderado.

Cuando la acción sea ejercida por personas de existencia ideal, deberá ser interpuesta por sus representantes legales, o apoderados que éstas designen al efecto.

En el proceso podrá intervenir en forma coadyuvante el Defensor del Pueblo.

### **Comentario al artículo**

El modelo garantista, diseñado por la reforma constitucional de 1994, es posible extender la legitimación



a otros sujetos. La ley reconoce el derecho a interponer la acción y los reclamos pertinentes a las personas físicas y jurídicas; en la opinión del autor, la garantía del habeas data alcanza también a las personas por nacer. Como bien sabemos, los derechos de los no nacidos tienen reconocimiento constitucional. Jerarquía otorgada por el Pacto de San José de Costa Rica. (Suscrita en S.J.C.R el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos).

Por otra parte, la Argentina ratifica la Convención de los Derechos del Niño, en el sentido de que para la legislación es todo ser humano desde el momento de la concepción en el seno materno.

Los no nacidos gozan de derechos, son personas y como tales, titulares de la protección emergente del habeas data.

#### ARTÍCULO 35. (Legitimación pasiva).

La acción procederá respecto de los responsables y usuarios de bancos de datos públicos, y de los privados destinados a proveer informes.

#### ARTÍCULO 38. (Requisitos de la demanda).

1. La demanda deberá interponerse por escrito, individualizando con la mayor precisión posible el nombre y domicilio del archivo, registro o banco de datos y, en su caso, el nombre del responsable o usuario del mismo. En el caso de los archivos, registros o bancos públicos, se procurará establecer el organismo estatal del cual dependen.

2. El accionante deberá alegar las razones por las cuales entiende que en el archivo, registro o banco de datos individualizado obra información referida a su persona; los motivos por los cuales considera que la información que le atañe resulta discriminatoria, falsa o inexacta y

justificar que se han cumplido los recaudos que hacen al ejercicio de los derechos que le reconoce la presente ley.

3. El afectado podrá solicitar que mientras dure el procedimiento, el registro o banco de datos asiente que la información cuestionada está sometida a un proceso judicial.

4. El Juez podrá disponer el bloqueo provisional del archivo en lo referente al dato personal motivo del juicio cuando sea manifiesto el carácter discriminatorio, falso o inexacto de la información de que se trate.

5. A los efectos de requerir información al archivo, registro o banco de datos involucrado, el criterio judicial de apreciación de las circunstancias requeridas en los puntos 1 y 2 debe ser amplio.

### **Ley 26.951. Registro Nacional No Llame**

El Registro Nacional No Llame, funciona en el ámbito de la Dirección Nacional de Protección de Datos Personales (DNPDP) de la Agencia de acceso a la información pública.

Brinda la opción de limitar las llamadas de publicidad que recibes en tu teléfono.

Una vez que inscribes el número en el Registro, quienes publiciten, oferten, vendan o regalen bienes o servicios tienen hasta 30 días para dejar de contactar al titular del número de teléfono.

Este Registro persigue la finalidad de concentrar en un solo ámbito los números telefónicos de titulares o usuarios autorizados por éste, que manifiesten su decisión de no ser contactados por las empresas que publiciten, oferten, vendan o regalen bienes o servicios mediante servicios de telefonía (cualquiera sea su modalidad), tales como telefonía básica, móvil, servicios de radiocomunica-



ción móvil celular, comunicaciones móviles, SMS por IP, voz por IP, y cualquier otro servicio similar que la tecnología permita en el futuro.

## **Big Data**

¿Qué se entiende por Big Data? Es el almacenamiento y procesamiento de grandes volúmenes de información.

En un principio se la denominó 3V, asociada a la idea de:

1. Volumen, se refiere a la cantidad de datos recopilados, imaginar que al dar un “me gusta” a una imagen, se crean nuevos datos, gustos y preferencias.

2. Velocidad, los datos se generan en forma continua y acelerada, de ahí la necesidad de hacer un procesamiento.

3. Variedad, los datos provienen de diferentes tipos de fuentes, esto hace que exista una diversidad en el formato y tipología de ellos.

Después se fueron sumando otras más, como la verosimilitud y el valor.

Hay que entender que big data es una herramienta de *marketing*, pero más allá de eso, cambió la forma en que se almacenan los datos; antes para hacerlo había todo un proceso: subir los datos, manipularlos, almacenarlos y armar procesos diarios. Hoy día, el almacenamiento es continuo y luego se verifica qué tipo de información ingresó a los archivos, bancos, etc.

## **Aplicaciones para facilitarnos la vida**

Aplicaciones como Waze y Google Maps, llevan algoritmos de Big Data, para saber cómo está el tráfico y hacer sus recomendaciones, capturando la información de

nuestros celulares, la van agregando y saben en tiempo real por dónde estamos, conociendo sus recorridos habituales y preferencias.

Lo mismo sucede cuando instalamos aplicaciones en celulares, app (del inglés *application*) para distintos fines: hacer actividad física, correr, entrenar, etc. Éstas miden tiempo y distancia, incluso permiten publicar y compartir esos datos en facebook y otros.

Hay algoritmos que manejan nuestra vida cotidiana y lo damos por sentado.

Como fue comentado en el desarrollo de este trabajo, la Big Data no le pide permiso a la legislación, la información se mueve a una velocidad en donde la legislación queda continuamente atrás.

El claro ejemplo fue lo sucedido con el caso de Uber Argentina S.R.L., que quedó en un limbo legal. Lo complejo de determinar si hay o no una relación laboral entre Uber y los conductores, si hay o no evasión fiscal, cuando los conductores tributan como trabajadores autónomos, siendo que no es la empresa la que realiza los aportes de seguridad social.

Así mismo, la Dirección Nacional de Protección de Datos Personales (DNPDP), como máxima autoridad en aplicación de la ley 25.326, solicitó a Uber Argentina S.R.L., que suministre tanto la información que recolecta, para brindar el servicio en la Argentina, como las medidas de protección que aplica y el destino de los datos.

En este país, ante un evento dañoso en la prestación de un servicio, existe una responsabilidad solidaria, que involucra a todos los prestadores de la cadena de consumo, según lo normado en el artículo 40 de la Ley 24.240 (Ley de Defensa al Consumidor).

“La principal amenaza hoy día es la seguridad, lo vimos en Facebook. Uno acepta regalar su información, a



cambio del uso de aplicaciones sociales o servicios y no sabe que en este intercambio, le estamos dando la mano al diablo”.

Uno confía en las empresas, pero el riesgo está en saber qué pasa después con esa información que uno le dio, qué uso se le da.

La presentación de Mark Zuckerberg en el Congreso de los EEUU, dejó muchas dudas de cómo distribuye la información Facebook y cómo se integra con la aplicación Whatsapp (¿cuál fue el interés del dueño de Facebook, en comprar dicha aplicación, siendo que no es un negocio rentable?). Muchas preguntas y demasiadas dudas quedan aún.

### **Una posible solución a la problemática**

La encriptación de archivos y datos sensibles, es un procedimiento que vuelve ilegibles los datos de un documento. De esta manera, si la persona no está autorizada, se vuelve prácticamente inservible para su usuario, no autorizado a leerlo, copiarlo, grabarlo; si no cuenta con el *password* que corresponde, es de imposible acceso.

Así como lo estipula la Ley 25.326, en su artículo 29, determina que el órgano de control, deberá realizar todas las acciones necesarias para el cumplimiento de los objetivos:

- Dictar normas y reglamentaciones.
- Controlar las observaciones de la normas de integridad y seguridad.

Todo interesado que solicite información sobre datos sensibles, debería dirigirse al Órgano de control (DNPDP). El Órgano a su vez, por la vía de correo electrónico, solicita la aprobación del titular de dichos datos personales. Se entiende por datos sensibles, aquellos que

afectan la intimidad del titular o cuyo uso indebido puede generar su discriminación, tales como que revelen el origen racial o étnico, la orientación política, las convicciones religiosas o filosóficas, la pertenencia a sindicatos, organizaciones sociales.

El solicitante deberá manifestar los fundamentos y motivos del pedido, del cual dejará constancia en los respectivos registros que resguarda la Dirección Nacional de Protección de Datos Personales (DNPDP).

### **Métodos aplicables al procedimiento**

¿Dónde vemos la utilización de este tipo de encriptación de archivos con datos sensibles? Este método se utiliza para mantener la privacidad de los números de tarjetas de crédito, vía internet. Es un procedimiento, como ya lo hemos explicado, que se torna ilegible, gracias a los algoritmos que desordenan estos componentes. Quien no disponga de las claves en forma correcta jamás podría acceder a la información que contiene.

Brevemente diremos que existen dos tipos de encriptaciones de archivos: simétricos y asimétricos.

Los simétricos, son aquellos que utilizan una misma clave para cifrar y descifrar. Los asimétricos, utilizan diferentes claves. Una clave pública para cifrar y una clave privada para descifrar. Con el fin de que sea imposible deducir la contraseña privada a través de la pública.

Por lo tanto, todos estos niveles diferentes de seguridad a base de algoritmos, pueden ser utilizados para encriptar cualquier cosa: números de tarjetas de créditos, correos electrónicos, nombres de usuarios, documentos de textos, claves, etc.

Para protegerlos de aquellos casos en que peligren ante el delito de *hackeo*.



La legislación nacional, por medio de sus órganos de control, deberá implementar las medidas necesarias para garantizar la seguridad de los datos personales de los cuales somos titulares. Brindando confidencialidad, evitando alteraciones, pérdida o accesos no autorizados.

## **Soluciones a la problemática en España**

En España, como exigencia por parte del Estado, el cifrado de datos personales es una de las nuevas obligaciones, conjuntamente con la Reglamentación General de Protección de Datos (RGPD).

Este proceso consiste en la conversión de los datos sensibles legibles, en ilegibles. Donde descifrarlo y conocer la información que contiene, es imposible ante una infiltración.

En Europa, es muy común que los países cifren los datos considerados de nivel alto, éstos son los que aportan o revelan opiniones políticas, convicciones filosóficas, religión, origen étnico o raza, afiliación sindical.

Las empresas, por otro lado, que no manejen este tipo de datos, estarían exentas de llevar a cabo dichas encrypciones.

Ante cualquier duda, las empresas se remiten al Registro General de Protección de Datos (RGPD), para recabar la información necesaria de cómo actuar y no estar cometiendo una acción penada por el Código Penal o ser multado por infracción a la ley.

## **Conclusión**

Lo expuesto a lo largo de este trabajo de investigación, permite arribar a las siguientes conclusiones. Es inminente la llegada de la inteligencia artificial, ésta va a dar

un salto muy grande que va a impactar en los autos autónomos, transporte en general y también la interacción entre los hombres y las máquinas.

Cada día más información para pensar mejor y tratar de tomar mejores decisiones. Las generaciones que vienen, que están naciendo y criándose con estas tecnologías, deberán tomar conciencia respecto a la intimidad de nuestros datos personales. Para que entiendan, el cambio de paradigma que va a producir vivir en una revolución de la tecnología constante.

El Órgano de control deberá exigir a las empresas se comprometan, que la información que se les brinda no vaya a ser usada para identificar a los usuarios con fines de análisis, etc. Procurar que los datos que se autoriza, sean ante un sitio serio y que tenga políticas de almacenamiento de información, básicamente, para que esos datos estén seguros.

Así lo dispone la ley 25.326 en su artículo 29, que edicta que el órgano de control deberá realizar todas las acciones necesarias para el cumplimiento de los objetivos y demás disposiciones de esta ley, gozará de autonomía funcional y actuará como órgano descentralizado en el ámbito del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Y será dirigido y administrado por un Director designado por el término de 4 (cuatro) años, por el Poder Ejecutivo, con acuerdo del Senado de la Nación, debiendo ser seleccionado entre personas con antecedentes en la materia.

Con esta vorágine de tecnología evolutiva, que se mueve a pasos alarmantes, sólo le queda a la legislación seguir atentamente posibilitando el cumplimiento de lo normado en la Constitución Nacional (con sus garantías constitucionales), Tratados internacionales firmados con potencias extranjeras y las leyes complementarias, que



vienen a reforzar, día a día, la defensa de los derechos, en este caso, defender nuestro derecho a la identidad, datos sensibles personales, registros, archivos.

Y a esto le anexamos la metodología utilizada para mantener la privacidad de los números de tarjetas de crédito vía internet, que como ya lo hemos explicado, es un procedimiento en donde se torna ilegible gracias a los algoritmos, que desordenan estos componentes. Quien no disponga de las claves en forma correcta, no podría acceder a la información deseada.

Las empresas que manejen este tipo de datos y archivos, deberán realizar encriptaciones para preservar seguridad de los mismos. Remitiéndose al Registro Nacional de Protección de Datos Personales (RNPDP), para recabar la información necesaria de cómo actuar y no estar cometiendo una acción penada por el Código Penal o ser multado por infracción a la ley.

## **La convicción razonada, el veredicto del Jurado y algunas consideraciones sobre estándares probatorios**

**Santiago Irisarri**

*“Sólo al precio de esfuerzos metódicos se puede  
llegar a discernir la verdad del error y a apoyar la  
convicción del juez en prueba segura”*

(François GORPHE, 1967, p. 16).

### **Introducción**

¿Alguna vez se han preguntado por qué los médicos son quienes realizan operaciones quirúrgicas o diagnostican a fin de suministrar medicamentos, o por qué los arquitectos construyen casas, edificios o deciden qué paredes en una construcción son susceptibles de ser desechadas?

La respuesta parece sencilla y hasta podríamos calificarla como de “sentido común”, en tanto estos profesionales son quienes realizan dichas labores pues se han capacitado en la disciplina o ciencia, adquiriendo conocimientos específicos que no posee el común denominador de las personas.

Entonces, y partiendo de esta base, ¿por qué las decisiones judiciales sobre los temas más complejos y graves del ámbito penal son confiadas a personas que no son abogados ni jueces ni concedores del Derecho como ocurre en el juicio por jurados?

La respuesta, si bien ya no es tan sencilla, podría tener una astuta escapatoria: el pueblo, sea por los conocidos y reiterados hechos de corrupción, por el desacuerdo en cómo se resuelven los casos penales o simplemente por



considerar que existe un abismo entre jueces y ciudadanos, ha perdido confianza en el Poder Judicial y más concretamente en sus magistrados.

Sin perjuicio de que también los jueces técnicos son parte del “pueblo” y que difícilmente alguien pueda atribuirse ser la voz del “pueblo”, debo reconocer que en la actualidad el juicio por jurados ha ido ganando terreno (por lo menos en nuestro país y más específicamente en la Provincia de Buenos Aires).

No pretendo hacer un esbozo sobre los argumentos que -si el lector hasta el momento no ha logrado advertir, lo debo decir- me llevan a estar en la verada opuesta de los llamados “juradistas” (siempre reconociendo su honestidad intelectual y sus buenas intenciones, pero reconociendo también que esto no basta para compartir su pensamiento).

La intención de este artículo es analizar una cuestión bien puntual y específica que toca al juicio por jurados: la motivación del decisorio y la convicción razonada del juzgador, permitiéndome también abordar -por lo menos brevemente- cuestiones que hacen a los estándares probatorios.

Para ello, me centraré en la distinción entre dos modelos -a mi entender notoriamente antagónicos- de procesos: aquel que considera que el procedimiento probatorio tiene como objetivo el convencimiento del juzgador y aquel que considera que el procedimiento probatorio no se circunscribe a lograr la creencia del juzgador, sino a confirmar o negar una hipótesis fáctica. Es decir, el primer modelo pone al juzgador en el centro de la prueba, a diferencia del segundo modelo que desplaza la figura del juzgador y se centra en la corroboración racional de una hipótesis.

A partir de allí, lograré establecer las bases sobre las cuales desarrollaré mi postulado sobre la motivación y la convicción razonada.

### **El juicio por jurados y la motivación en sus decisiones**

Previo a explicar qué considero por “motivar”, es dable hacer una breve introducción a qué entienden los juristas por “motivar”.

Asumo que existen dos criterios de pensamiento entre los juradistas con relación a la motivación: a) están aquellos que consideran que la decisión del jurado es motivada -pero sin explicación de los fundamentos que la sustentan- y b) aquellos que reconocen que el jurado no motiva sus decisiones.

Entre los primeros (a), podemos citar, a modo de ejemplo y asumiendo que representa el criterio de pensamiento de tantos otros, el postulado esgrimido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte) en el conocido caso “V.R.P., V-P.V. y otros vs. Nicaragua” (2018) donde analiza específicamente el deber de motivación y las garantías procesales contra la arbitrariedad, todo ello en el marco del juicio por jurados.

Al respecto, refiere la Corte que el “deber de motivación” es una de las debidas garantías incluidas en el art. 8.1 para salvaguardar el derecho a un debido proceso, asumiendo que la “motivación” es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión.

Reconoce que la relevancia de esta garantía es evidente en tanto hace a una buena Administración de Justicia, evitando que se emitan decisiones arbitrarias, permitiendo que las mismas sean criticables y logrando un nue-



vo examen por los organismos superiores; además, en el ámbito penal, aseguran el principio de inocencia (ya que permite comprender las razones por las cuales fue posible obtener la convicción sobre la imputación y la responsabilidad penal más allá de toda duda razonable).

Reconoce también que la motivación no sólo debe ser entendida como una garantía para el imputado, sino como una garantía para la ciudadanía en tanto permite el control de los actos de gobierno: en este caso de la Administración de Justicia.

Ahora bien, en el caso concreto de los jurados, esto último se entendería cubierto debido a la participación directa de la ciudadanía durante la realización del juicio y, principalmente, mediante la toma de decisión.

Con relación específicamente a la motivación de las decisiones del jurado sostiene la Corte que debe ser analizada según el contexto histórico, social y cultural en que se desarrolla el modelo de enjuiciamiento penal en los países americanos.

Así, explica que tradicionalmente el veredicto del jurado no requería motivación o exteriorización de la fundamentación, ya que la apreciación de la prueba se basaba en la íntima convicción de los juzgadores. Sin perjuicio de ello, reconoce que la falta de exteriorización de la fundamentación del veredicto no vulneraría en sí misma la garantía de la motivación, denotando que el veredicto del jurado se encontraría motivado.

Al respecto, explica que todo veredicto tiene motivación aunque la misma no se exprese; por otro lado, esto no impide que a la luz de las pruebas y el debate en la audiencia, quien valora la decisión pueda reconstruir el curso lógico de la misma atento al desarrollo del debate y las pruebas desarrolladas durante la realización del mismo.

En tal sentido, las legislaciones establecen distintas garantías tendientes a evitar la arbitrariedad en la decisión: instrucciones judiciales, cuestionarios con las cuestiones a resolver, anulación por manifiesta contradicción con la prueba producida, selección de los integrantes del jurado, entre otras.

También refiere que el Tribunal Europeo de DDHH ha determinado que el sistema de íntima convicción no violenta en sí el derecho a un juicio justo siempre que, del conjunto de actuaciones realizadas en el procedimiento, la persona interesada pueda entender las razones de la decisión.

Sostiene que la íntima convicción no es un criterio arbitrario y que la libre valoración que hace el jurado no es sustancialmente diferente de la que puede hacer un juez técnico, sólo que no lo expresa. En definitiva, todo sujeto que pretenda reconstruir hechos pasados debe utilizar la lógica metodológica (método histórico) y quien valora el veredicto del jurado debe reconstruir este camino, no bastando para descartarlo cualquier criterio diferente acerca de las críticas. Para descartar el veredicto debe verificarse que la síntesis se aparte directamente de la lógica metodológica histórica. Así, se garantiza que la decisión no sea arbitraria.

Más allá de la contradicción que surge de los argumentos, la Corte entiende que el veredicto del jurado se encuentra motivado, aunque sin exteriorización de las justificaciones, siempre que se pueda reconstruir su “curso lógico” conforme las pruebas y en base a “pautas racionales”.

En cambio, en el segundo postulado (b) están aquellos que reconocen que el veredicto del jurado es inmotivado; es decir, el jurado no motiva sus decisiones.

Quizás el autor que más ha escrito en nuestro país sobre el juicio por jurados es Andrés HARFUCH, quien reco-



noce que el veredicto del jurado es inmotivado, pero sin que esto sea considerado un problema ya que la pérdida de la motivación es suplida con la existencia de las instrucciones (para quien no lo tenga presente, las instrucciones son el mecanismo procesal mediante el cual el juez -previo debate en privado con las partes- pone en conocimiento del jurado el derecho aplicable al caso; en otras palabras, el juez le explica de forma sencilla al jurado las disposiciones normativas o las teorías jurídicas susceptibles de ser aplicadas).

Sin perjuicio de ello, el autor aclara que la inmotivación no implica falta de fundamentación; refiriendo expresamente que el veredicto del jurado es un decisorio fundamentado y racional, pero permanece inmotivado.

Pues bien, discrepo parcialmente con el distinguido autor y me atrevo incluso (aunque con el mayor de los respetos) a reformar parcialmente su frase: el veredicto del jurado es un decisorio fundamentado y posiblemente racional, pero permanece inmotivado.

Paso a explicarme.

### **La motivación y el deber de motivación como garantía contra la arbitrariedad decisoria**

#### **Concepción persuasiva y concepción racional de la prueba**

Para debatir en torno a la motivación debemos clarificar el concepto, volviéndose necesario explicar qué debe entenderse por motivación a fin de poder establecer bases sólidas para luego analizar las cuestiones particulares y así poder dejar en claro nuestro criterio de pensamiento.

La motivación puede ser entendida: a) como expresión lingüística de los motivos que han llevado a la decisión

-incluyendo ideologías, contexto social, estado de ánimo, prejuicios, cultura jurídica, etc.-; o b) como justificación.

Esta última, a su vez, puede implicar que la decisión esté justificada: 1) si hay suficientes razones que la funden; o 2) no sólo si hay razones suficientes que la funden, sino, además, si esas razones han sido analíticamente formuladas, lingüísticamente.

Considero que este último postulado es el que debemos asumir si pretendemos asimilar la motivación a una garantía procesal correspondiente con el debido proceso.

Pero más allá de lo expuesto, será necesario (aunque no suficiente) que la conclusión del decisorio se derive lógicamente de las premisas, fáctica y jurídica, expresadas en el razonamiento (concepción silogística). Digo necesaria y no suficiente, en tanto además de la conclusión lógico-deductiva, requeriremos la justificación externa de las premisas.

A modo de ejemplo: si tomamos como premisa mayor el precepto normativo “los hombres que matan deben ser castigados” y como premisa menor “Juan es un hombre y ha matado”, la conclusión lógica sería “Juan debe ser castigado”; ahora bien, esto sólo no alcanza, pues además necesitamos que la premisa normativa sea correcta y que la premisa fáctica sea verdadera.

Volviendo al fallo de la Corte y a las manifestaciones realizada por el Dr. HARFUCH, asumo que estos criterios de pensamiento (más allá del respeto que me merecen) se encuentran inmersos dentro de la denominada concepción persuasiva de la prueba que se caracteriza por la “falta de motivación” de las decisiones judiciales (ojo, falta de motivación conforme el criterio de pensamiento adoptado en los párrafos anteriores).

Según esta concepción persuasiva, la falta de motivación se fundamenta en la fortaleza de los sentimientos o



de la íntima convicción a la hora de decidir. El convencimiento del juzgador no necesariamente se sustenta en los datos objetivos, sino en los sentimientos o en su mera creencia interna. Al respecto, y a fin de clarificar el postulado, es dable citar a Erich DÖHRING (1972) quien sostiene que “la voz interna del Juez tiene derecho a ser considerada... en los sucesos enmarañados, difíciles de esclarecer, puede ser el factor que dé la pauta para la decisión final... ofrece posibilidades de cognición que no están dadas en el argumentar meramente racional... la posición interna adoptada por el operante respecto al resultado de la prueba, no debe considerarse oscura y sospechosa, por no ser explicable, frecuentemente, por medios racionales...esto permitiría evitar muchas constataciones falsas” (p. 438) .

La íntima convicción (o sincera creencia del juzgador) se caracteriza por esta fuerza intrínseca que no hace más que otorgar al juzgador facultades discrecionales con relación a la toma de decisión.

Es decir, estamos ante una concepción que pone al juzgador y, fundamentalmente, a sus creencias en el centro de la escena, dejando de lado el análisis racional objetivo de las probanzas ventiladas durante la realización del proceso.

Entiendo que esta concepción que realza la figura del juzgador podría relacionarse con lo que FERRAJOLI (1997) llama decisionismo procesal o subjetivismo inquisitivo, cuya característica primordial sería la degradación de la verdad pública e intersubjetivamente controlante, llevándonos hacia un convencimiento íntimamente subjetivo y, por tanto, irrefutable (p. 42).

De allí, la necesidad de asumir un postulado racionalista que sustente y estructure la decisión, no ya en el convencimiento del juzgador, sino en las pruebas existen-

tes y en la suficiencia de éstas para tener por acreditada una hipótesis determinada.

Al respecto, es importante mencionar que la decisión judicial, si bien deviene de un razonamiento de lógica deductiva, se logra mediante la realización de inducciones que, en el fondo, justifican externamente las premisas del silogismo lógico. Pero al no existir leyes universales que permitan unificar el pensamiento con que se realizan estas inferencias, será necesaria la exteriorización del razonamiento inductivo a fin de poder controlarlo.

Sin perjuicio de los distintos tipos de inferencias que pueden encontrarse en el proceso, es importante aclarar que no todo razonamiento inferencial es realizado correctamente; por el contrario, puede ser erróneo. Por ejemplo, la utilización de una máxima de experiencia (inferencia epistémica) que no tiene el más mínimo correlato con la realidad (por ejemplo, sostener que la lluvia siempre viene acompañada de relámpagos).

La motivación, justamente, permite conocer las inferencias realizadas por el juzgador a la hora de decidir, posibilitando su debido control.

Por otro lado, y como refiere Perfecto IBÁÑEZ (2009), tal exigencia de exteriorización no sólo sirve para el control por parte de terceros, sino para el control del juzgador mismo “a fin de que la conciencia del mismo actúe previamente bajo la forma de autocontrol racional por parte del juez del curso de su propio proceso cognoscitivo....siendo esencial que éste se mantenga dentro de lo motivable, decida sólo lo que puede motivar, para evitar deslizamientos en el peligroso terreno de las certezas subjetivas no suficientemente contrastadas al que puede llevar cierto sentido inaceptable de la inmediatez...”; de forma similar, aunque refiriéndose netamente al juicio con jueces



técnicos, CARRARA (1972) enseña que la motivación de las sentencias “no sólo es necesaria para que los llamados a revisar la primera sentencia puedan comprender en qué argumentos fueron inspiradas, sino que es útil también como un freno para la veleidad de aquéllos, pues con frecuencia sucede que los jueces, aunque estén resueltos a decidir de determinada manera, al poner por escrito los motivos de su sentencia vienen a darse cuenta de que esas razones no son ni sólidas ni buenas, y entonces se retractan de su yerro”.

Esto último solidifica el postulado propiciado por la concepción racionalista, en tanto demuestra que la motivación -entendida como exteriorización de la justificación- pretende evitar la intromisión de ideologías o cuestiones ajenas a la prueba a la hora de resolver, permitiendo que el control no sea solamente *ex post*, sino *ex ante* (previo a emitirse el pronunciamiento, logrando excluir la intuición en la toma de decisión).

Volviendo al fallo de la Corte y a las consideraciones de HARFUCH, la intromisión de prejuicios o ideologías no debe ser analizada en virtud de la existencia de “medidas garantizadoras”, sino en base a la decisión en sí misma (haciendo que la motivación sea, justamente, la “medida garantizadora” de la racionalidad de la decisión). La exigencia de exteriorización es lo que permitirá, entonces, advertir si la decisión ha sido tomada conforme el análisis valorativo racional del plexo probatorio o conforme ideologías, prejuicios o cualquier otra cuestión netamente subjetiva.

Cabe aclarar que nada obsta a que el juzgador resuelva conforme su “libre convicción”, siempre y cuando esta “discrecionalidad” del juzgador haya cumplimentado los límites impuestos por la racionalidad en la valoración de la prueba. Este sistema de libre convicción en la valora-

ción probatoria, se corresponde con un modelo racionalista garantizador del debido proceso.

Con estos lineamientos aseguraremos que la convicción probatoria esté bajo los límites de las reglas de la racionalidad y la lógica (FERRER BELTRÁN, 2005), siendo producto de la razón y no únicamente del sentimiento subjetivo (NIEVA FENOLL, 2010).

Por otro lado, la motivación también es trascendente para comprender cómo el juzgador ha valorado la prueba: individual (cada prueba en particular) o conjuntamente. Al respecto, hay que decir que si bien la prueba debe ser analizada conjuntamente, es imprescindible que la misma sea valorada de forma individual y particularizada a fin de poder contrastar los diferentes medios de pruebas (o las diferentes pruebas) producidas durante el proceso.

Finalmente, en concordancia con lo antedicho, la motivación (a mi modo de ver) es la consecuencia del ejercicio del derecho a la prueba durante el proceso, en tanto el mismo no sólo debe ser entendido como la potestad de las partes para acompañar elementos de prueba, sino como el derecho a que los mismos sean debidamente valorados y tomados en cuenta por el juzgador a la hora de decidir. De nada sirve la permisión para presentar prueba si la misma no va a ser tenida en cuenta a la hora de decidir. Justamente, la motivación garantiza que la prueba haya sido valorada, independientemente de la valoración que se haga de la misma (puede ocurrir que el juzgador analice la prueba ofrecida por la parte, pero realizando un distinto razonamiento inferencial con relación al esperado).

A todo ello habrá que añadir que la motivación no solamente debe versar sobre los hechos que el juzgador entienda que han sido probados, sino también sobre aquellos que entienda como no probados.



## **Motivación y estándares de prueba: la necesidad de profundizar los estudios teóricos en la materia**

Ahora bien, ¿qué tiene que ver todo esto con los estándares de prueba?

La respuesta es: TODO.

Los criterios subjetivos en la toma de decisión se contraponen con los estándares de prueba: véase el caso del juicio por jurado donde la decisión se ampara solamente en la subjetividad del juzgador (en su convencimiento, creencia o convicción), sin que pueda realizarse un control intersubjetivo tendiente a verificar si el plexo probatorio ha sustentado la suficiencia exigida o que debería exigirse conforme el estándar probatorio acorde para tener por acreditada la hipótesis.

La existencia de estándares probatorios se estructura sobre la motivación, en tanto la exteriorización de la justificación es lo que permitirá controlar si se ha alcanzado o no el umbral de suficiencia impuesto por el estándar.

Pese a ello, vale aclarar lo siguiente:

Como ya se dijo, la motivación de las decisiones judiciales consiste en un discurso justificativo consistente en explicitar las premisas, fácticas y jurídicas, en las que se funda la norma individual que constituye el fallo de la decisión (FERRER BELTRÁN, 2016); pero tal definición tiene relevancia respecto de la decisión “como norma”. En cambio, “como acto” la decisión estará justificada si su realización está permitida o es obligatoria según las normas que regulan esa actuación.

Esto quiere decir que una decisión judicial, entendida como norma, no esté justificada, pero sí lo esté si la entendemos como acto. Es decir, puede que el decisorio final no se corresponda con lo verdaderamente acaecido (y de allí que no esté justificada la decisión como norma), pero

en base a los elementos de juicio disponibles la hipótesis condenatoria era la más fundamentada, superando el estándar de prueba aplicable al caso. La justificación como acto se sustenta en la aceptabilidad o no de la decisión conforme las reglas procesales existentes; en cambio, la justificación como norma se sustenta en la verdad de la hipótesis que hace a la decisión.

Claro está que la justificación como acto quedará su-peditada a cuestiones netamente procesales y, a mi modo de ver, de política criminal con relación al estándar de prueba que se ha consagrado como suficiente para poder tener por acreditada -aceptada- una hipótesis condenatoria.

Si asumimos que los jueces (al igual que cualquier otra persona) no pueden alcanzar certezas absolutas con relación a la verdad de los hechos (o, mejor dicho, a la verdad de las proposiciones sobre la existencia de los hechos), será necesaria la consagración de estándares de prueba que establezcan cuándo hay suficientes elementos para tener por probada una hipótesis. Nótese que llegamos a la conclusión que ya fue expuesta con anterioridad: la motivación es lo que permitirá corroborar si la hipótesis acreditada por el decisorio efectivamente alcanza a cumplimentar las exigencias de suficiencias establecidas por el estándar específicamente establecido para tener por acreditada dicha hipótesis.

En el fondo, todo lo referido se corresponde con un criterio de pensamiento conforme el cual “está probado que P” debe ser entendido como “hay elementos de juicio suficientes en favor de P” (determinando la suficiencia de estos elementos mediante la consagración de estándares probatorios) sirviendo la motivación para verificar si efectivamente se ha alcanzado dicho umbral de suficiencia. La falta de motivación, al igual que la falta



de estándares probatorios, es lo que produce la “arbitrariedad” de la decisión y la consecuente violación al debido proceso.

Para finalizar, debo necesariamente retrotraerme a la frase de HARFUCH “el veredicto del jurado es un decisorio fundamentado y racional, pero permanece inmotivado” y recordar la modificación que me he permitido realizar (“el veredicto del jurado es un decisorio fundamentado y posiblemente racional, pero permanece inmotivado”) a fin de evidenciar que si bien el veredicto del jurado es un decisorio fundamentado, quizás (y esto es lo que lamentablemente nunca podremos saber) dicha fundamentación no sea racional; justamente, la falta de motivación es lo que nos impide conocer tal extremo.

### Referencias bibliográficas

CARRARA, F. (1972) *Programma del corso di diritto criminale dettato nella Regia Università di Pisa* -Programa de Derecho Criminal-, V. II, Bogotá: Editorial Temis.

DÖHRING, E. (1972) *La prueba, su práctica y apreciación*, Buenos Aires, Argentina: EJEJA

FERRAJOLI, L. (1997). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, España: Trotta.

FERRER BELTRÁN, J. (2016) *Motivación y racionalidad de la prueba*, Lima, Perú: Editorial Jurídica Grijley.

FERRER BELTRÁN, J. (2005) *Prueba y verdad en el derecho*, Madrid-Barcelona, España: Marcial Pons.

GONZÁLEZ LAGIER, D. (2018). “Tres modos de razonar sobre hechos”, en Carmen VÁZQUEZ (2018) *Hechos y razonamiento probatorio*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina: Editores del Sur.

HARFUCH, A. (2013). *El juicio por jurados en la Provincia de Buenos Aires*, Buenos Aires, Argentina: Ad Hoc.

IRISARRI, C. (1998). *Política criminal en el Estado de Derecho*, Buenos Aires, Argentina: Ediciones Jurídicas 1998

NIEVA FENOLL (2010). *La valoración de la prueba*, Madrid, España: Marcial Pons.

Perfecto A. IBÁÑEZ, (2009). *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, Buenos Aires, Argentina: Hammurabi.



# **“Ambiente y territorio. Aspectos relacionales jurídico-ambientales en clave comparada entre Argentina y España”**

**Marina Lanfranco Vázquez**

## **1. Introducción**

El presente trabajo ha tenido como objetivo desarrollar un análisis jurídico-ambiental sobre Derecho Ambiental y ordenación del territorio en la normativa española y en la Argentina; a los efectos de establecer relaciones de tipo comparativas, teórico-jurídicas desde una perspectiva ambiental.

Existen razones diversas -sobre todo históricas- que justifican la necesidad de realizar estudios respecto el Derecho español, sobre ambiente y ordenación del territorio. Observar en retrospectiva la construcción del territorio permite encontrar algunas respuestas a problemáticas del presente.

Por su transversalidad, para cualquier estudio que se realice resulta absolutamente necesario incluir la perspectiva ambiental (JAQUENOD, 2004), con el fin de comprender más acabadamente las problemáticas que se vuelven cada vez más complejas, por ser éstas, a su vez, multicausales.

A esos efectos, ha sido necesario indagar la normativa vigente de nivel constitucional (y supranacional para el caso de España) y legislación específica sobre la protección del ambiente.

Desde el punto de vista metodológico se ha realizado un relevamiento, sistematización y posterior análisis de fuentes primarias (legislación internacional e interna de cada uno de los países en sus diversos niveles

de gobierno y jurisprudencia) y secundarias (bibliografía especializada, datos estadísticos e información publicada por diversos organismos oficiales, entre otras fuentes).

## 2. Aspectos históricos

El Derecho español ha sido una fuente primordial en la construcción del territorio en la República Argentina. Lo ha sido desde la primera forma de organización territorial, en épocas de la legislación indiana, donde las ciudades fueron organizadas de acuerdo a la idea de cuadrícula, subsistiendo con posterioridad en la normativa argentina (VALLEJO, 2007; MOROSI y VITALONE, 1993).

La recopilación de Leyes de Indias que se realizó por Real Cédula de 6 de mayo de 1680 constituyó el *corpus* normativo “que diseñó el modelo urbanístico en el Nuevo Mundo y otros lugares por más de cuatro siglos” (RIVERO YSERN, 2018:29).

Esta forma de organización territorial ha tenido una extrema vigencia y gran influencia en la legislación posterior del Estado independiente y soberano argentino (BARCOS, 2012; MOROSI y VITALONE, 1993; CARRERA, 1991). Es así que en los debates de la Ley de Ejidos N° 695 del año 1870, se realizaban remisiones a las Leyes de Indias y a las Leyes de Partidas como antecedentes legislativos válidos para la elaboración de la normativa republicana. La forma de construcción de territorio en la Provincia de Buenos Aires desde esas épocas, sedimenta a través de sus normas, la matriz indiana de cuadrícula receptada en la Ley de Ejidos haciéndola perdurar en el paisaje (VITALONE, 1996).

El ejido era una “unidad agro-urbana”, que se trazaba desde la plaza central de la ciudad o del pueblo, confor-



mando el mismo núcleo poblacional (MOROSI y VITALONE, 1993:16). Si bien este modelo proponía una relación o vínculo claro entre las zonas urbanas de residencia y las rurales destinadas a la producción de alimentos, descanso y otros usos, aparece poco a poco una prevalencia de la ciudad sobre lo rural o rústico propio de la época.

De esta forma con la mega estructura histórica de herramientas normativas coloniales, fue instalándose un modelo civilizatorio (MOROSI y VITALONE, 1993), donde predominó el dominio de la naturaleza y los territorios; de los pueblos originarios y preexistentes junto con su bagaje cultural y su relación con el entorno.

Las lógicas del modelo civilizatorio han sido recogidas y sostenidas por el sistema jurídico continental europeo, al que adscribe la Argentina y transferido como herencia genética a su normativa jurídica republicana. Formas occidentalizadas (MIGNOLO, 1995) de construir el territorio rioplatense. Y de olvidar otras a través del Derecho.

Con la Ley 817 sobre Inmigración y Colonización de 1876 se fue avanzando un poco más allá en la idea de cuadrícula (MOROSI y VITALONE, 1993); pero siempre con un predominio absoluto del derecho a la propiedad privada, derecho garantizado por la primera Constitución Nacional de Argentina del año 1853 y fortalecido posteriormente con el Código Civil Argentino de VÉLEZ SANSFIELD de 1869.

Estas herramientas jurídicas de las primeras épocas de la Argentina, dan cuenta de la plenitud y prevalencia del derecho a la propiedad privada sobre el que se ha construido el sistema jurídico argentino y por tanto, la forma de delinear el territorio de ciudades y pueblos que se articulan sobre esa base y la idea de civilización que ocultó otras relaciones con el entorno, de pueblos originarios y precolombinos en el pasado (BRAILOVSKY y FOGEL-

MAN, 2004) de pobreza y marginalidad de quienes carecen del derecho a la propiedad y una vivienda digna en el presente.

Por ley 26.994, se instaura un nuevo sistema de Derecho Privado a través del Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN). El CCyCN ha emergido de un momento histórico muy distinto al de su antecesor, y vino a suplir el marco regulatorio previo sobre relaciones jurídicas tanto civiles como comerciales en plena era ecológica (MORIN y HULOT, 2008), bajo el paradigma de la constitucionalización del Derecho Privado con algunas perspectivas novedosas, pero en lo que respecta al derecho a la propiedad privada, sigue éste siendo un instituto jurídico de enorme fortaleza igual o más que antaño (HIGHTON, 2014).

### **3. Aspectos constitucionales de la protección del ambiente**

En el presente acápite se hace referencia a la recepción de la variable ambiental (JAQUENOD, 2004) con jerarquía constitucional tanto en el texto de la Constitución Española como en la Constitución de la República Argentina.

#### *3.1. España*

Se puede afirmar que la Constitución Española (CE) de 1978 ha sido precursora en su época al consagrar la protección del medio ambiente adecuado conforme el texto de su art. 45. Pocos años después de celebrada la emblemática Conferencia de Naciones Unidas en la ciudad de Estocolmo, sobre Medio Ambiente Humano de 1972, la CE se hizo eco de las preocupaciones que la comunidad internacional volcó en la Declaración que lleva ese mismo nombre. La CE recepta con jerarquía constitucional



entonces, hace más de 40 años, el derecho al medio ambiente adecuado, buscando la protección del mismo y de los recursos, como bien colectivo, supraindividual o difuso (LOZANO CUTANDA, 2010:47).

No obstante tan importante recepción en un texto de tal jerarquía, la literatura española especializada discute sobre su naturaleza jurídica; si el derecho al ambiente adecuado receptado en el art. 45 CE, constituye un derecho subjetivo, un interés legítimo o un principio rector y las sensibles diferencias que presenta considerarlo uno u otro instituto, a los efectos de operativizarlo, de poder peticionar a las autoridades (PÉREZ CONEJO, 2002).

En efecto, la CE, ha incluido la protección del medio ambiente adecuado en el Capítulo Tercero, Título I, sobre los “Principios rectores de la política social y económica”. De allí que algunos autores consideran que éste no constituye un derecho fundamental, en el mismo rango que el derecho a la vida o integridad física (art. 15 CE) incluidos en el Capítulo II de la CE titulado “derechos y libertades”. Según expresa al respecto BALAGUER CALLEJÓN (2012), el art. 45 legisla sobre un principio rector o informador e integra principios constitucionalmente proclamados. Siguiendo a este autor, en el sistema español, existe una dualidad o doble posición respecto de los principios: los generales o tradicionales, que son fuente del Derecho y que se ubicarían luego de la ley y la costumbre conforme artículo 1.1 del Código Civil, y los constitucionales receptados expresamente en la CE, como sería el caso del art. 45 CE. Estos últimos informan al resto del ordenamiento, incluidos los principios de carácter general y no pueden ser dejados de lado (BALAGUER CALLEJÓN, 2012:112).

Según esta posición, los ciudadanos pueden solicitar la “tutela de las libertades y derechos reconocidos en el

artículo 14 y la Sección Primera del Capítulo II” tal como dispone el art. 51.2 CE por la vía ordinaria o de amparo. Pero como la protección del ambiente, se encuentra receptada en el capítulo III, que versa sobre principios rectores, requerirá de legislación que la desarrolle para ser esgrimido ante los órganos jurisdiccionales competentes (Conf. art. 53.3 CE).

A su vez, debe tenerse en cuenta que España forma parte de la Unión Europea desde el año 1986 y por tanto está ligada a la normativa que de sus organismos competentes emane con carácter de supranacionalidad. En el bloque regional europeo, imperan los principios de “efecto directo y primacía del Derecho de la Unión” (dos características fundamentales del Derecho comunitario) establecido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea desde el emblemático caso “Costa c/ENEL” de 15 de julio de 1964, que lo ha establecido de esa forma y ha sido recogido por el Tribunal Constitucional Español (TC) (BALAGUER CALLEJÓN, 2012: 249).

Es así que en 1987 ingresa la variable ambiental, al incluirse en el Acta Única Europea, ingresando de tal forma al Derecho comunitario, consolidando y adoptando el paradigma del desarrollo sostenible en el Tratado de Maastricht de 1992 (VÁZQUEZ GARRANZO, 2018). Según SÁNCHEZ-MESA MARTÍNEZ (2018) el ordenamiento jurídico español, desde el momento de la inclusión en el bloque regional, se encuentra jurídicamente subordinado a la normativa comunitaria; es así que se debe observar la elaboración jurídica que en la materia goza de supranacionalidad y que debe ser aplicable directamente o transpuesta según sea el caso, al Derecho positivo interno, siendo la política que se dedica a Agricultura, Medioambiente y Clima de esas características.



### 3.2. *Argentina*

La Constitución Nacional de la República Argentina ha sido reformada en el año 1994 y fruto de esa importante reforma ingresa con tal jerarquía el derecho al ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano en el art. 41 CN en el capítulo de Nuevos derechos y garantías. Al momento de la Reforma de la CN de Argentina se había celebrado hacía poco la Conferencia de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992 recogiendo el enfoque paradigmático sobre el desarrollo sustentable ya esgrimido a nivel internacional en el Informe de Naciones Unidas denominado *Our Common Future* (coordinado por la ministra noruega Gro Harlem Brundtland, también conocido como Informe Brundtland) en el año 1987.

La recepción constitucional de este derecho ha seguido a otras Constituciones en el mundo, entre ellas a la española, no obstante como en otros países del mundo, la variable ambiental había sido tenida en consideración en Argentina con anterioridad con aplicación de otros artículos de la CN que no lo mencionaban expresamente, convirtiendo al decir de Mario VALLS “en enumerado a un Derecho que antes era implícito, por la aplicación de los artículos 33 y 34 de la misma” (VALLS, 2001:111-112) .

Por la ubicación de este derecho consagrado fruto de la reforma, el que se encuentra incluido en la parte dogmática de la CN bajo el título Nuevos derechos y garantías, no se discute en este trabajo, sobre si éste constituye un derecho subjetivo o no, considerándolo abiertamente como tal.

No obstante son necesarias algunas aclaraciones relativas a la legitimación procesal para accionar en defen-

sa del ambiente que deben ser tenidas en cuenta según se consagra en el art. 43 CN sobre acción de amparo. Si bien, como se ha dicho anteriormente, éste constituye un derecho de incidencia colectiva, de todos los habitantes, de la comunidad, de quienes se sientan afectados por algún accionar lesivo al ambiente y frente a tal afección tienen la posibilidad de accionar en defensa del mismo. Siguiendo el art 43 de la CN, sólo pueden petitionar en favor del ambiente “el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines registradas conforme a la ley”.

Por tanto, el derecho al ambiente sano constituye en Argentina un derecho subjetivo indiscutible por haber sido incluido en el capítulo de nuevos derechos y garantías donde en principio cabe a todos los habitantes (art. 41 CN), como derecho de incidencia colectiva; éste para ser defendido, debe ser petitionado por ciertos legitimados procesales tal como establece el art 43 CN.

Esta totalidad consagrada en el art. 41 CN se encorseta procesalmente en el art 43 CN, canalizando en una totalidad menos totalizadora el derecho subjetivo al ambiente sano.

#### **4. Ambiente, suelo, ordenación del territorio y distribución de competencias**

La distribución de competencias en los diversos niveles de gobierno, en el campo de delimitación del presente trabajo, es un tema sumamente complejo. En este acápite se intenta caracterizar la distribución competencial tanto en España como en Argentina con especial referencia a Andalucía y Granada por un lado y Buenos Aires, por el otro.



#### 4.1. *España*

España ha sido calificada con posterioridad a la CE de 1978 como un Estado descentralizado (MARTÍN REBOLLO, 2007; SÁNCHEZ MORÓN 2010) el Estado de las autonomías o cuasi-federal (SANCHEZ-MEZA MARTÍNEZ, 2018).

Se le ha reconocido la autonomía a los entes locales conf. arts. 2, 137 y 140 CE, pero para ello, y siguiendo los mandatos de la CE de 1978, cada Comunidad Autónoma debió dictar su Estatuto de Autonomía para asumir sus competencias.

Según establece el art. 137 CE, la organización del territorio español se divide en los siguientes niveles de gobierno a saber: municipios, provincias (ambas denominadas: entidades locales) y Comunidades Autónomas.

Sumado al orden comunitario, España se encontraría en la siguiente estructura competencial: 1). Unión Europea, 2). Estado Nacional, 3). Comunidades Autónomas. 4) Provincias y 5) Municipios.

Al incluir el nivel comunitario dentro de esta estructura competencial, se daría lugar a un estadio superior al denominado “trípode del Estado Autonómico”, donde provincias y municipios estaría integrando el 3<sup>er</sup> puesto bajo la denominación “Administración Local” (SOUVIRÓN MORENILLA, 2009:31).

Las Comunidades Autónomas (CCAA) como las que hoy conocemos comenzaron su proceso de conformación en ese momento. Según establece el art. 143 CE “las provincias limítrofes con características históricas, culturales y económicas comunes, los territorios insulares y las provincias con entidad regional histórica podrán acceder a su autogobierno y constituirse en Comunidades Autónomas” (CCAA) gozando de autonomía.

Es así que cada CCAA debe dictarse su propio Estatuto de Autonomía “norma institucional básica” con posterior reconocimiento por parte del Estado (conf. art. 147 CE). En estos Estatutos se establece, entre otras cuestiones, la delimitación territorial, y las “competencias asumidas dentro del marco establecido en la Constitución” (conf. art. 147.b y 147.d).

A partir de allí es que se estructuran, por un lado, las competencias exclusivas del Estado y por tanto vedadas a las CCAA, en función del listado establecido por el art. 149, dentro de las que se encuentran el dictado de la “legislación básica sobre protección de medio ambiente, sin perjuicio de establecer normas adicionales de protección” (conf. art. 149.1.23); y por el otro las competencias que las CCAA pueden optar por asumir, siempre y cuando las hayan incluido en los textos de sus Estatutos de Autonomía .

Dentro de las potestades que las CCAA pueden asumir se encuentran listadas “la ordenación del territorio, urbanismo y vivienda” (148.3 CE); “la agricultura y ganadería” (148.7 CE); “la gestión en materia de protección de medio ambiente” (148.9 CE) y tal como surge del art. 149.1.23 la normativa adicional o complementaria en materia de protección del ambiente.

Se trata de la “gestión” y no del poder de policía en sentido amplio que incluye la potestad de legislar en la materia, ya que la legislación básica en materia de medio ambiente en España, es competencia exclusiva del Estado. Sin embargo se permite a cada CCAA que “dicte normas adicionales de protección”.

La normativa que se desprende a partir de estas apreciaciones iniciales del texto constitucional español puede llevarnos a la necesidad de analizar en profundidad textos tales como la Ley de Bases del Régimen Local de 1985



(LBRL), la ley del Suelo de 2007 (Real Decreto legislativo 2/2008, de 20 de junio que aprueba el texto refundido de la misma ) y en particular en Andalucía, el Estatuto de Autonomía de Andalucía, la ley 7/2007 de Gestión Integrada de la Calidad Ambiental (LGICA) y la ley 7/2002 de 17 de diciembre que trata sobre la Ordenación Urbanística (LOUA) la que según Juan Martín GARCÍA “es la norma que contiene el marco legislativo en materia de urbanismo y régimen del suelo de aplicación en el territorio andaluz” (2009:3).

#### 4.2. *Argentina*

Observar el reparto competencial existente entre los diversos niveles de gobierno de la Argentina, resulta trascendental. Como es sabido nuestro país se constituye como un Estado federal (art. 1 CN).

Las provincias y la Nación detentan las siguientes facultades o competencias:

- a) delegadas expresamente por las provincias a la Nación,
- b) reservadas por las provincias, en función del principio de subsidiariedad (art. 121 CN).
- c) concurrentes (o compartidas) entre ambos niveles de gobierno (conf. MIRANDA 2000; BOTASSI, 1997).

Las provincias en su carácter de Estados preexistentes a la Nación, guardan una gran cantidad de competencias, las que se han reservado, siendo prohibido a la Nación legislar sobre ellas.

Las que han sido delegadas en el Gobierno central, fueron hechas de manera taxativa o expresa y está prohibido a las provincias legislar sobre ellas.

Las facultades concurrentes son aquellas en las que tanto Nación como provincias pueden actuar de forma

concurrente, compartida, según el caso conjuntamente. Para lograr una mejor protección de los recursos naturales, según BOTASSI (1997), en materia ambiental nos encontramos frente a este tipo de facultades.

En virtud de la última reforma del texto constitucional del año 1994 aparece en el art. 41 CN lo que algunos autores han denominado nuevas delegaciones por parte de las provincias en el Congreso de la Nación para el dictado de normas que versan sobre presupuestos mínimos ambientales y las provincias pueden dictar normativa complementaria. Aquí, de alguna forma, se asemeja, en parte, a la legislación básica española.

La ley 25.675/02 de Política Ambiental Nacional también denominada Ley General del Ambiente (LGA) establece los presupuestos mínimos ambientales, umbrales básicos de protección aplicables con carácter homogéneo a todo el territorio nacional.

La Provincia de Buenos Aires, en el marco de la reforma constitucional nacional, donde procedió a reformar la propia, declara en su art. 28 que detenta el dominio eminente sobre los recursos naturales existentes en su territorio: “incluyendo el subsuelo y el espacio aéreo correspondiente, el mar territorial y su lecho, la plataforma continental y los recursos naturales de la zona económica exclusiva, con el fin de asegurar una gestión ambientalmente adecuada”.

Varios años atrás de la reforma de la CN y de la Constitución de la Provincia pero en virtud de estas facultades reservadas, Buenos Aires dictó el Decreto Ley 8912/77 (con sus modificatorias), sobre Ordenamiento territorial y uso del suelo, el que establece que esta materia es responsabilidad primaria de los municipios (art. 70 decreto ley 8912/77). La autonomía de los municipios reviste un carácter protagónico en lo que respecta a sue-



lo y territorio y se encuentra garantizada por el art. 123 CN.

Post reforma de la Constitución provincial, Buenos Aires dictó su ley sobre ambiente bajo el N° 11.723/95 la que desarrolla el art. 28 de la Constitución de la Provincia, legislando sobre suelo en su título III. Capítulo II.

Según establece el art. 6 de la ley 11.723 tanto la Provincia como los municipios tienen la obligación de “fiscalizar las acciones antrópicas que puedan producir un menoscabo al medio ambiente” imponiéndose una responsabilidad por su acción u omisión.

### **Algunas reflexiones finales**

Luego de este recorrido realizado vale la pena mencionar la importancia de contextualizar en perspectiva histórica el objeto de estudio y sobre cuáles han sido los antecedentes que dieron lugar a la construcción de un territorio en un momento y para una sociedad determinada.

Subyace en la conformación y dictado de normativas esa conciencia de historia jurídica de carga genética donde ciertos institutos se van mixturando con otras influencias jurídicas nuevas, diversas, que generan que cada Estado dicte su propia normativa específica y se transformen en herramientas únicas.

Sobre la recepción del derecho al ambiente, las diferencias que entre las Constituciones de España y Argentina surgen responden en primer lugar a contextos históricos y geográficos que las separan, a las distancias continentales a través del océano y el tiempo que las aíslan, pero a una historia que las une.

Además de las claras diferencias sociopolíticas que distancian también los textos que aquí se analizan en casi dos décadas.

Al momento de la reforma de la CN de Argentina se había celebrado hacía poco la Conferencia de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992 recogiendo esas ideas sobre sustentabilidad en el texto, novedosas para la época.

A diferencia de la CE, en la CN no hay discusión sobre si el mismo es un derecho subjetivo, un interés legítimo o un principio general o informador, debido a la inclusión en la parte dogmática de la CN.

No obstante si se ha discutido sobre su indeterminación terminológica en la literatura especializada, respecto de la recepción del paradigma de la sustentabilidad, de manera no textual en el texto de la CN, y por motivos que difieren en uno y otro caso, nos encontramos frente a un derecho al ambiente que se presenta como un “concepto jurídico indeterminado” tanto en el Derecho español como en el argentino.

Sobre la organización territorial, puede observarse en ambos casos que los municipios ejercen competencias que tienen que ver con usos del suelo y ordenación del territorio además de los servicios básicos que deben prestar para el normal funcionamiento de la comunidad y el orden municipal, cobra gran importancia en la estructura competencial federal argentina y en la cuasi-federal española, la que puede ser sumamente diversa, constituyendo cada Estado, un ejemplo distinto. Éste, constituye una figura clave en ambos casos, en la construcción de un territorio y en la protección del ambiente natural y cultural.

El desafío que al Derecho se le presenta con la aparición de la variable ambiental, la sustentabilidad y el principio de constitucionalización del Derecho Privado en Argentina, tiene dimensiones trascendentales que paso a paso darán lugar también a la transformación del territorio.



## Bibliografía

BALAGUER CALLEJÓN, Francisco, coord. (2011), *Manual de Derecho Autonómico de Andalucía*. Madrid: Tecnos.

BALAGUER CALLEJÓN, Francisco, coord. (2012) *Manual de Derecho Constitucional*, Volumen I, 7ª edición, Madrid: Tecnos.

BARCOS, María Fernanda (2012) “El influjo del Derecho indiano en la legislación sobre ejidos de la Provincia de Buenos Aires, 1782-1870”, en *Revista de Indias* 2012 vol. LXXII, num. 256.

BOTASSI, Carlos (1997) *Derecho administrativo ambiental. Normas constitucionales. Ley marco 11.723. Residuos domiciliarios patológicos y especiales. Protección del agua y de la atmósfera*. La Plata: Librería Editora Platense.

BRAILOVSKY, A. E. y FOGUELMAN, D. (2004) *Memoria Verde. Historia Ecológica Argentina*. Edit. De Bolsillo. Buenos Aires.

CARRERA, Rodolfo (1991) *El problema de la tierra en el derecho agrario* Editorial Lex Bs. As.

DE LA VARGA PASTOR, Aitana (2012) *El nuevo régimen jurídico de los suelos contaminados* La Ley, Madrid.

ESTEVE PARDO, José (2008) *Derecho del medio ambiente*. Madrid: Marcial Pons.

GARCÍA, Juan Martín (2009) “Ordenanzas Municipales Urbanísticas como herramienta de urgencia para la adaptación a la ley 7/2002 de Ordenación Urbanística de Andalucía”, en *Serie Estudios de Divulgación* n° 138, CEMCI, Diputación de Granada.

GORDILLO, Agustín (2014) *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires.

HIGHTON, Elena (2014) “El derecho de propiedad, bien resguardado”; en Diario La Nación del día 5 de noviembre de 2014 disponible on line en el siguiente enlace:<https://www.lanacion.com.ar/opinion/el-derecho-de-propiedad-bien-resguardado-nid1741316>.

JAQUENOD DE ZSÖGÖN, Silvia (2004) *Derecho ambiental*, 2ª edición actualizada, Dykinson, Madrid.

LOZANO CUTANDA, Blanca (2010) *Derecho ambiental administrativo*. Madrid: La Ley.

MARTÍN MATEO, Ramón (2003) *Manual de Derecho Ambiental*. Navarra: Thomson-Aranzadi.

MIGNOLO, Walter (1995) “Occidentalización, Imperialismo y Globalización: herencias coloniales y teorías post-coloniales”, en Revista Iberoamericana, LXI Nro 170-171 Enero-Junio de 1995.

MIRANDA, Marisa (2006) “Negro sobre verde (agroquímicos, horticultura y sustentabilidad en el Derecho Argentino)” (Tesis Doctoral), La Plata, disponible en <http://www.iib.unsam.edu.ar/php/investigacion/humanidad/docs/libros/NegroSobreVerde/Parte01.pdf> y <http://www.iib.unsam.edu.ar/php/investigacion/humanidad/docs/libros/NegroSobreVerde/Parte02.pdf>

MIRANDA, Marisa (2000) “Federalismo y poder de policía en materia de sanidad agroalimentaria” en Revista La Ley, Tomo A, p. 890.

MORIN, Edgar y HULOT, Nicolás (2008) *El año I de la era ecológica*, Editorial Paidós.

PÉREZ CONEJO, Lorenzo (2002) *La defensa judicial de los intereses ambientales (estudio específico de la legitimación “difusa” en el proceso contencioso-administrativo*, Editorial Lex Nova, Valladolid.

REBOLLO, Luis Martín (2007) “Introducción General sobre el Derecho Administrativo: Guía de lecturas y sistema de fuentes (legislativas jurisprudenciales y doctrina-



les)” en *Leyes Administrativas* Thomson - Aranzadi 13ª edición.

RIVERO YSERN, José Luis (2018) *Manual básico de derecho urbanístico*, Editorial Tecnos, Madrid.

SÁNCHEZ-MESA MARTÍNEZ (2018) “Cuestiones jurídicas básicas: el ordenamiento jurídico y el derecho administrativo. La administración, su actividad y su relación con los ciudadanos” en SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (2010) *Derecho Administrativo (parte general)* Editorial Tecnos, Madrid.

TORRES LÓPEZ, M. A y ARANA GARCÍA, E. (coord.) *Derecho Ambiental*, Madrid: Editorial Tecnos.

SOUVIRÓN MORENILLA, José María (2009) “Las competencias de las entidades locales: el camino hacia su actualización y las últimas reformas de los estatutos de autonomía” en VERA JURADO, Diego José *Competencias ambientales de la Entidades Locales de Andalucía*, CEMCI, Diputación de Granada.

VALLEJO, Gustavo (2007) *Escenarios de la Cultura Científica Argentina. Ciudad y Universidad (1882-1955)* Consejo Superior de Investigaciones Científicas -CSIC-Madrid.

VALLS, Mario (2001) *Manual de Derecho Ambiental*, Buenos Aires: Ugerman Editor.

VÁZQUEZ GARRANZO, Javier (2018) “Comentario al art 45 de la Constitución Española”, en CAZORLA PRIETO, Luis María, director, *Comentarios a la Constitución Española de 1978* (Tomo I), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra.

VINUESA ANGULO, Julio y VIDAL DOMÍNGUEZ, María Jesús (1991) *Los procesos de urbanización*, Editorial Síntesis, Madrid.

VITALONE, Cristina (1996) “Trazados urbanos y rurales bonaerenses. Una historia de modelos” en *Revista de Historia Bonaerense del Instituto Histórico del partido de Morón*, Año III n° 11.

MOROSI, Julio y VITALONE, Cristina (1993) “Perduración de las normas indianas en el urbanismo argentino” en ANALES LINTA '93, Contacto Gráfico Buenos Aires.



# “El contrato de locación de inmuebles como contrato de consumo”

Adrián Emir Gochicoa  
Victoria Antonella Mongelos

SUMARIO: 1. Introducción.- 2. Consideraciones conceptuales.- 3. El contrato de locación como contrato de consumo.- 4. Conclusión.- 5. Bibliografía

## 1. Introducción

Por múltiples razones, a lo largo del tiempo el contrato de locación de inmuebles con fines habitacionales ha sido considerado como un simple contrato entre partes con tinte igualitario entre ellas, pero la realidad permite cuestionar este extremo, ya que si nos posicionamos del lado de una u otra parte podemos observar las grandes diferencias existentes entre ellas, generando una clara desigualdad entre las mismas. Es inescindible la situación de vulnerabilidad en que se encuentran los inquilinos, frente a los propietarios en el contrato de locación, el cual conllevará a su análisis a lo largo de la lectura, lo que indudablemente nos permitirá ver al contrato de locación con otros ojos. Ya no más como un contrato entre partes en igualdad de posiciones sino ver a éste desde una perspectiva más amplia, que contemple la desigualdad existente entre ellas y consecuentemente la necesidad de subsanarla y no hacer oídos sordos a esta problemática. En resumen considerarlo como un contrato de consumo, dando lugar así finalmente a una protección hacia la parte endeble del contrato. No hay novedad en el tema, ni en la normativa, tampoco la situación de los inquilinos es nueva, aunque seguramente producto de la si-

tuación económico-social se ha intensificado la desigualdad existente entre las partes de un contrato de locación de inmueble con fines habitacionales. Lo que intenta ser nuevo son las consideraciones sobre esta temática y la suma de argumentos para considerar que el contrato de locación, específicamente de inmuebles, es un contrato de consumo. La consecuencia práctica de sostener esta idea es la aplicación de un orden jurídico protectorio a una situación que se caracteriza por ser desigual y hasta a veces de extrema vulnerabilidad en una de las partes como lo es. Para profundizar en esta temática debemos comprender precisamente que la habitación, en los términos de tener un lugar donde habitar o vivir “bajo techo” se constituye una necesidad básica de las personas junto a la alimentación y vestimenta. Cabe distinguir el derecho humano de acceso a una vivienda digna el cual implica en última instancia la obligación del Estado de acciones positivas progresivas a través de políticas públicas que garanticen programas y condiciones de acceso a una vivienda, dentro de las posibilidades que sus capacidades económicas les permitan, conforme el aprovechamiento máximo de los recursos presupuestarios disponibles (“Q.C.S.Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo”, 2012. *Fallos*, 335:452), de las asignaciones de recursos que los particulares realizan en una economía de mercado, muchas de las cuales sirven para satisfacer necesidades básicas y todo interés que jurídicamente se considera adecuado reconocer. En el sistema político económico capitalista adoptado desde los cimientos constitucionales basado en el “mercado” como ámbito jurídico, social y económico para la generación o producción, distribución de riquezas y recursos, de bienes y servicios, y para la satisfacción de otras necesidades no económicas del hombre, el régimen de defensa del consumidor y



usuarios actúa como un subsistema de contrapesos para corregir los abusos de unos sobre otros, como las situaciones de vulnerabilidad económica y social que se traducen en desigualdades estructurales en la interacción en el mercado. El mercado, si es que existe, no asigna o distribuye riquezas en bienes y servicios de forma equitativa, sino en términos de mayor o menor igualdad, y es aquí en este plano donde se intenta corregir esa desigualdad existente. El régimen de defensa del consumidor y usuario se aplica al mercado de bienes y servicios como al mercado financiero en tanto la situación fáctica que actúa como presupuesto normativo se verifique, en virtud de lo cual debe existir una relación jurídica de consumo que tenga como causa un acto de consumo. La cuestión a dilucidar es si la locación de un inmueble para fines habitacionales genera una relación de consumo, permitiendo caracterizar así al contrato como de consumo, de tal manera que el locador resulte ser un “proveedor” y el locatario (y su familia) “un consumidor”. Pero aun el mayor desafío es, pese a que es un hecho notorio la existencia de problemas habitacionales en gran parte de nuestra población debido a que no tienen posibilidad económica para acceder a su propia vivienda, el crear una conciencia (¿jurídica acaso?) de que un contrato de *pedigree* romanista, que se construyó sobre el paradigma jurídico liberal sobre los postulados de la libertad e igualdad jurídica que en materia contractual se traduce en la libertad de contratar y libertad contractual, puede originar o desarrollarse en el marco de una relación de consumo. El desafío en sí, es comprender que la estructura jurídica clásica que se diseñó a la luz de la Revolución Francesa, si bien tiene sus antecedentes en el Derecho Romano, hoy debe insertarse o integrarse en una supra estructura jurídica que responde a otra realidad, enrolándose en un derecho de

clase con una finalidad protectoria como el Derecho consumeril.

## **2. Consideraciones conceptuales**

El artículo 42 de nuestra Constitución Nacional como lineamiento general señala que “...los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno...”; corresponde a la ley reglamentar esta protección, aunque desde un punto de vista formal ya que históricamente la ley que principalmente lo hace es anterior al artículo constitucional. La ley 24.240 y el C. C. y C. definen la relación de consumo, al consumidor y al proveedor, señalando que la relación de consumo es el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario (arts. 3 de ley 24.240 y 1092 del C. C. y C.), al consumidor como la persona física o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social equiparando al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social (arts. 1 de ley 24.240 y 1092 del C. C. y C.). En lo que respecta al proveedor lo define como la persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a con-



sumidores o usuarios. No estando comprendidos los servicios de profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por Colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello, pero sí la publicidad que se haga de su ofrecimiento. Analizando conceptualmente estos extremos, puede señalarse que ese vínculo jurídico que implica la relación de consumo no es otra cosa que una relación jurídica conceptualizada entre otros por SAVIGNY, para quien en la realidad social existen una infinidad de relaciones o vínculos, los cuales por un lado individualmente lo hacen para satisfacer sus propias necesidades y por otro, las entablan para equilibrar sus propios intereses con el de los demás. De estas relaciones y de la búsqueda de lograr satisfacer las necesidades humanas, surgiría el derecho objetivo es decir, la conciencia jurídica popular. Se tiende a lograr una convivencia social ordenada, en la medida en que se limitan los excesos individuales como también de los grupos en las diferentes relaciones que se dan en la sociedad. El Derecho delimita un campo libre donde se desarrolla cada voluntad individual reglamentando esas relaciones sociales existentes. En la medida en que esas relaciones sociales estén reguladas por el Derecho (Derecho objetivo), existe una relación de derecho, la cual se presenta como una relación de persona a persona determinada por una regla jurídica, que confiere a cada individuo un área de dominio de su voluntad. En este orden de ideas SAVIGNY define a la relación Jurídica como una vinculación entre dos o más personas determinada por una norma jurídica, estando conformada por dos elementos en esta concepción de relación jurídica: uno material, dado por las relaciones sociales que se establecen entre los individuos; y otro formal, dado por la determinación que la regla jurídica realiza sobre esas re-

laciones sociales (Juan Carlos SMITH, E. D. Tomo 81, pág. 913). Puede completarse esta idea citando a Emilio BETTI en cuanto a que “las relaciones jurídicas encuentran su substrato en relaciones sociales existentes ya antes y aun externas al orden jurídico; relaciones que el Derecho no crea, sino que encuentra ante sí, prevé y orienta en rumbos de calificaciones y valoraciones normativas”. Por lo cual estas relaciones que como puro fenómeno son “relaciones sociales” pasan a poder categorizarse como “jurídicas” o “relaciones jurídicas” cuando son reguladas o regidas por el derecho (en su sentido objetivo). Ahora, el elemento formal lo constituye el ordenamiento jurídico protectorio que implica el régimen de defensa del consumidor establecido desde la Constitución (art. 42), la ley 24.240 y modif. y el Cód. Civ. y Com., mientras que el elemento material se sintetiza en “el acto de consumo”. Este elemento formal tiene como punto de partida el libre cambio de mercancías y la producción industrial en masa, dando lugar a la existencia de relaciones sociales desiguales entre prestadores de bienes y servicios, como también, consumidores y usuarios. Así la relación jurídica que estructura el paradigma jurídico del Derecho Civil clásico, se sostiene sobre la base de ciertos pilares que vienen erigiendo en la época donde se empieza a diagramar (la Revolución Francesa). Se señala (ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian) que la base de las relaciones sociales tiene su fundamento (espacio simbólico de pertenencia social) en “el libre cambio de mercancías entre ciudadanos autónomos”. Este espacio tiene a su vez tres piedras angulares. En primer lugar, la propiedad privada, ya que lógicamente para la existencia del intercambio de mercadería resulta necesaria la existencia de una forma jurídica (dominio privado) que permita apropiarse de las “mercaderías” en forma privada (esa forma jurídica,



la cual ya venía perfilándose con anterioridad, no sólo sobre las cosas sino sobre las personas, estructurada como “potestad jurídica”). En segundo lugar, la libertad individual (en contratos, libertad de contratar y libertad contractual) e igualdad entre los sujetos de la relación jurídica, condimentos necesarios propios del liberalismo económico y político de la época en que se estructuró (la idea del ciudadano vendiendo y comprando libremente). Por último, la relación de consumo como relación jurídica atenúa esa concepción clásica de tal manera que es la forma jurídica que atrapa una relación social particular, diferente, ya que supone el consumo de bienes y servicios en el marco de una relación que no se desarrolla en condiciones de igualdad y libertad, como suponía la relación jurídica paritaria o civil. La relación jurídica que estructura el paradigma del Derecho del Consumidor se asienta en ciertos pilares: -El mantenimiento de propiedad privada como piedra fundacional -Nuevas formas de contratación que permiten transacciones con mayor fluidez, a través de los contratos con cláusulas predispuestas o contratos en masa (se afecta la libertad contractual) - Debilidad individual del consumidor o usuario - El principio protectorio y el principio de indemnidad del consumidor y de su patrimonio - Intervención del Estado a través de la creación de un orden público que impone condiciones mínimas de contratación, sanciones legales frente a los abusos (nulidad), interpretaciones de hechos y normas a favor del consumidor, etc. - Responsabilidad por daños basada en factores objetivos de atribución (riesgo creado) y en el incumplimiento del deber de seguridad - Reconocimiento de la existencia de intereses colectivos de los consumidores y usuarios a través de organizaciones que lo representan (ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian). Por consiguiente el sustrato material es aquel que justi-

fica y condiciona al elemento formal, a la estructura jurídica. En la relación de consumo este sustrato material supone una relación social en la cual actúan sujetos en situaciones desiguales, y tiene como eje el acto de consumo. Enseña RUSCONI (RUSCONI, Dante D. 2015) que la debilidad del consumidor se manifiesta en su situación de hiposuficiencia (nota estructural de la relación de consumo, que se refiere a la no existencia de igualdad de condiciones con los proveedores y consumidores), subordinación estructural (referido al mercado de bienes y servicios donde se desarrollan las relaciones de consumo) y el deficiente poder de negociación. Respecto a los sujetos de la relación jurídica de consumo, el art. 1 de la ley 24.240 al igual que el C. C. y C. caracteriza al consumidor como el sujeto débil de la relación y merecedor de una protección especial a partir del destino para el cual éste adquiere los bienes o servicios, esto es en su propio beneficio y de su grupo familiar. Por su parte al proveedor en el art. 2 se lo define en virtud de la actividad (actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios) y por el destino de los bienes y servicios (destinados a consumidores o usuarios). Debe señalarse que para la aplicación de este régimen protectorio, basta que se configuren estos extremos, que exista un acto de consumo que permita calificar a las personas intervinientes como “consumidor” y como “proveedor” respectivamente. Está implícito en el acto de consumo esta desigualdad estructural entre quien a la postre es consumidor y quien es proveedor, e implícitamente la relación de consumo como relación jurídica se estructura sobre la base desigual con las características señaladas. Respecto al objeto y a la causa de la relación de consumo, pueden ser objetos todos los bienes en los términos



del art 16 del C. C. y C. y siempre que sean susceptibles de valor económico, por lo que se incluyen todas las prestaciones que impliquen un dar, hacer o no hacer; de tal manera pueden ser objeto los bienes inmateriales como los bienes materiales (cosas) y dentro de éstos las cosas muebles (art. 227 del C. C. y C.) sean consumibles o no (art. 231 del C. C. y C.), así como también las cosas inmuebles (arts. 225 y 226 C. C. y C.). En relación a la causa, la constituye cualquier hecho jurídico mediante el cual se manifieste el acto de consumo: hechos lícitos de consumo (por ejemplo utilizar) en sí, hechos ilícitos como el daño al consumidor por consecuencia del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, también actos jurídicos unilaterales (ofertas) y contratos (adquisición por eje) denominados de consumo propiamente hoy regulado en el art. 1093 del C. C. y C.

### **3. El contrato de locación como contrato de consumo**

Como se señaló, la cuestión a dilucidar es si el contrato típico de locación de inmueble con destino habitacional puede configurarse como causa de una relación de consumo, o sea si es un contrato de consumo. Para ello entendemos que debe verificarse si existe un acto de consumo por parte del locatario que lo califique como consumidor y justifique la normativa tuitiva. Como primera medida debe señalarse que el C. C. y C. define al contrato de locación en el artículo 1187 señalando que hay contrato cuando una parte se obliga a otorgar a otra el uso y goce temporario de una cosa, a cambio del pago de un precio en dinero. El mismo código contempla situaciones que atenúan la conceptualización clásica, así por ejemplo el artículo 1190 referido al continuador de

la locación por parte del familiar que habitó con la parte formal del contrato (o sea sin ser parte del contrato) ante el fallecimiento de éste. Así mismo se prohíben ciertas prácticas cuando el destino de la locación es habitacional en el artículo 1196. El esquema clásico del contrato de locación ya se ve trastocado, si se quiere, con estas disposiciones dado que se atenúa el efecto relativo de los contratos como también el principio de autonomía de la voluntad en su manifestación de su libertad contractual. Ahora bien, a esto podría sumarse la utilización de cláusulas predispuestas o la contratación por adhesión, cuyo funcionamiento se encuentra controlado cuando se torna abusivo. Pero estos institutos afectan principalmente a la libertad contractual impidiendo la negociación bilateral del contenido del contrato pudiendo ser utilizadas tanto en los denominados contratos paritarios como de consumo. La relación de consumo, concepto más amplio que el contrato de consumo, se estructura sobre la desigualdad existente entre el proveedor y el consumidor, desigualdad que es estructural y tiene que ver con el rol que tiene el consumidor en el “mercado”; claro que cuando el título del consumo es un contrato esta desigualdad estructural incide en su libertad contractual y de contratar. Es en estos términos, que supone una desigualdad estructural, que debe entenderse el artículo 1093 en cuanto define al contrato de consumo señalando que es el celebrado entre un consumidor o usuario final con una persona humana o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente o con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada, que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los bienes o servicios por parte de los consumidores o usuarios, para su uso privado, familiar o social. Así el contrato de locación puede constituirse en un contrato de consumo en cuanto el locatario realice un



acto de consumo, en el que se manifieste esa desigualdad estructural en la relación, además de las limitaciones negociales. En esto hay cierta semejanza entre el contrato de trabajo y el contrato de locación de cosa, seguramente en virtud de que este último es un antecedente histórico de aquél; lo cierto es que en el contrato de trabajo el trabajador (la parte más débil) primero debe cumplir con su prestación (puesta a disposición de su trabajo o servicio) y luego el empleador cumple con su contraprestación o sea el salario. De tal manera que el capital, la propiedad privada, le permite postergar su débito hasta luego de recibir su acreencia, ya sea que aquélla se abone por jornal diario, semanal, quincenal o mensual. Primero el trabajo y luego el salario como contraprestación a aquél. En la locación de cosa sucede lo mismo: el locador, la propiedad privada, se obliga a mantener el uso y goce de la cosa por periodos de tiempo pero luego y sólo luego de ver satisfecha su acreencia. Primero el pago del canon locativo mensual en general para luego obtener el uso y goce de la cosa. Es ésa la desigualdad estructural, así como el trabajador debe trabajar para consumir (comer, vestirse, habitar, y demás), el locatario de un inmueble con fines habitacionales primero debe abonar el canon (y otros gastos adicionales) para luego consumir, esto es, para habitar. El locatario adquiere temporalmente el uso y goce de un inmueble como destinatario final en beneficio propio y de su familia (art. 1 de la ley 24.240). En tal caso deben descartarse aquellos inmuebles sobre los que se adquiere derechos de uso y goce para incorporarlos para procesos de producción y/o comercialización de bienes y servicios. Respecto a la posibilidad de que bienes inmuebles sean objeto de contratos de consumos no resulta extraño atento a que la anterior redacción de la ley 24.240 incluía dentro de su ámbito de aplicación a la

adquisición de inmuebles nuevos destinados a vivienda y a los lotes de terreno adquiridos con el mismo fin, cuando la oferta sea pública y dirigida a persona indeterminada. Lo mismo puede decirse en relación a la locación de cosas si bien se contemplaba para las cosas muebles. En este orden de ideas no resulta totalmente ajena la idea de la adquisición temporal del uso y goce de un inmueble, si se piensa en los contratos de garaje, *leasing*, hospedaje y hasta los tiempos compartidos. Hoy en la legislación vigente no existe prohibición expresa, por lo que en cuanto se configure un acto de consumo, podrá hablarse de un contrato celebrado entre un consumidor o usuario final con una persona humana o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente o con una empresa prestadora de servicios, pública o privada, que tenga por objeto el uso o goce de los bienes o servicios por parte de los consumidores o usuarios, para su uso privado, familiar o social. La amplitud del acto de consumo se traduce en todo aprovechamiento, adquisición o uso de bienes o servicios que en forma onerosa o gratuita se realiza con destino de consumo, esto es sin incorporarlo a una cadena de producción o comercialización sino para beneficio del consumidor o de su grupo familiar o social.

Resta hablar del locador como proveedor y del mercado inmobiliario.

El locador como parte de un contrato, en esencia realiza una actividad económicamente reconocida ya sea por sí mismo o en forma delegada, esto puede darse mediante la contratación de un profesional. Lo cierto es que así al menos lo entienden el Fisco nacional como el provincial en cuanto quien preste servicios inmobiliarios realizados por cuenta propia, con bienes inmuebles urbanos o rurales (según la actividad de que se trate) propios o arrendados, su condición frente a AFIP es la de inscripto en



monotributo o bien ser inscripto responsable en IVA, y en el ámbito provincial estar inscripto en Ingresos Brutos. Ya sea que lo haga como una actividad económicamente organizada o bien lo haga ocasionalmente, dado que en la locación de inmuebles con fines habitacionales, se comercializa un servicio de uso y goce temporal de un inmueble destinado a consumidores finales.

Este servicio mayormente se lo comercializa en un mercado en que intervienen profesionales mediando entre la oferta y la demanda de los mismos (martilleros, corredores, etc.), se suelen utilizar ofertas a consumidores indeterminados, se emplean distintos instrumentos financieros como contratos de fianza o títulos de créditos como garantías personales para garantizar las obligaciones a cargo del locatario, también entrega de sumas de dinero en depósito como garantías; normalmente la forma de contratación es a través de contratos de adhesión o mediante la utilización de cláusulas predispuestas, la atribución de los gastos necesarios de mantenimiento del inmueble como inmobiliarios o expensas extraordinarias además de los gastos de uso a cargo de los locatarios, entre otros rasgos que caracterizan estas contrataciones. Lo que se quiere mostrar con esto es que el mercado de alquileres de inmuebles en general está económicamente estructurado en forma desigual, en donde el locatario como consumidor final del mismo es la parte más débil.

#### **4. Conclusión**

Poder comprender que el acceso a la vivienda es uno de los derechos humanos principales que poseemos, garantizados tanto por nuestra Constitución Nacional como por los Tratados ratificados por nuestro país. Una vez que accedemos a ella debe entenderse que la necesidad de po-

seer una vivienda, tener la posibilidad de tener un lugar donde habitar, puede canalizarse mediante un contrato de locación. Esta situación debe ser protegida por el Derecho, aplicando en este caso en particular un gran abanico de posibilidades y derechos que otorga la ley de Defensa del Consumidor. De acuerdo a las características del ámbito o mercado en que se desarrollan los contratos de locación de bienes inmuebles con fines habitacionales, puede entenderse que el locatario se configura como consumidor final, en tanto destinatario final del mismo, aprovechando el inmueble en su beneficio como a favor de su familia. Es perfectamente factible que la locación de inmueble pueda constituir un contrato de consumo en los términos del artículo 1093 siendo causa de una relación de consumo visible y dable aplicar el régimen de defensa al consumidor ya que es visible que el locatario se encuentra desprotegido sin posibilidad de discutir el contenido y exigencias que posee el contrato de locación debido a la necesidad que lo trasciende, frente al locador, aquel que posee el bien inmueble, herramientas y poder para estipular las condiciones en que se realizará el contrato. Esto conlleva a una situación de vulnerabilidad del locatario y sin más remedio genera que acepte las condiciones estipuladas de antemano por el locador, por lo que nos lleva a su vez a percibir que este tipo de contratos ya no es más un contrato bilateral de igual condiciones y contraprestaciones, sino que se ha convertido a lo largo de los años en un contrato de adhesión. La locación con fines habitacionales de carácter urbano, dentro del mercado capitalista se utiliza como instrumento para el aprovechamiento por parte del locador de la necesidad de las personas de tener un “techo donde vivir”, quienes aceptan bajo cualquier condición, a cambio de efectivizar su derecho humano más básico, tener una vivienda.



Por todo lo expuesto, es que consideramos que a este tipo de contrato debe considerarse como un contrato de consumo, y consecuentemente debe aplicarse el Derecho de Consumo, siendo factible incluir al locatario como sujeto vulnerable, en esta relación de disparidad con el locador, en el artículo 1 y subsiguientes de La ley 24.240 de Defensa al Consumidor.

## 5. Bibliografía

- SMITH, Juan Carlos “Estructura lógica de la relación jurídica”, E. D. Tomo 81, pág. 913.
- BETTI, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*. Editorial Comares.
- ABRAMOVICH Víctor y COURTIS Christian, “Los anillos de la serpiente. Transformaciones del Derecho entre el trabajo y el consumo”.
- ALFONSO VELÁSQUEZ Olga-LETURIA Mauro Fernando, “Consumidores y Derecho de Iberoamérica”, publicado en Madrid-España, Editorial Reus, año 2018. ISBN: 978-84-290-2068-7. Publicado también en México por Editorial UBIJUS.

# “Artículo de Investigación sobre la prueba digital en las causas de violencia familiar y de género en los Juzgados de Familia de la Ciudad de La Plata”

Camila Denisse Pereyra

## Introducción

El objeto de investigación del presente artículo es la prueba digital en las causas de violencia familiar y de género en los Juzgados de Familia del Departamento Judicial de la Ciudad de La Plata.

En principio es preciso ahondar acerca de esta problemática y fenómeno en crecimiento. Es importante destacar el auge que hubo a partir del año 2011, en donde se vio claramente un notable aumento en denuncias y causas iniciadas por diferentes tipos de víctimas con diversas modalidades de violencia que fueron incrementándose con el transcurso de los años siguientes. De las mismas, solamente se requería la denuncia que era utilizada como testimonio por la víctima en sede de la Comisaría de la Mujer de su jurisdicción a los solos fines de dar inicio al proceso judicial.

Con anterioridad al año 2018 todas las causas atinentes a violencia familiar se concentraban solamente en dos juzgados de la Ciudad de La Plata; el número cuatro (4) y el cinco (5). Éstos recibían las denuncias y dictaban medidas precautorias a fin de resolver todo lo concerniente a violencia familiar en el marco de la ley 12.569 de la Provincia de Buenos Aires.

Sin perjuicio de ello, atento a la inminente necesidad de “descongestionar” la abrumadora cantidad de cau-



sas que comenzaron a judicializarse, y que asimismo necesitaban del debido análisis para garantizar una adecuada protección, es que se extendió la competencia en torno a causas de violencia al resto de los juzgados de la Ciudad.

Es así que, actualmente los ocho Juzgados de Familia de la Ciudad de La Plata entienden y resuelven desde no hace más de dos años en cuestiones de violencia.

Atento a este importante cambio que se dio en el fuero de Familia, se realizó una breve encuesta a los Magistrados de los mismos a fin de verificar los medios probatorios que son presentados y valorados en causas de violencia, con especial preponderancia a los digitales. Obteniendo respuestas casi unánimes al respecto.

## **I. Objeto de evaluación: descripción del objeto**

Para adentrarnos al objeto de evaluación es menester definir a los medios probatorios. Éstos son los instrumentos con los cuales se pretende lograr convencer al juez sobre los hechos vertidos en la demanda o presentación realizada por la parte en un juicio, a fin de lograr una resolución favorable y conforme a lo peticionado. Estos instrumentos pueden consistir en objetos materiales: documentos, fotografías, impresiones de mensajes de texto, impresiones de capturas de pantalla de Facebook, impresiones de publicaciones en twitter, conversaciones impresas de “Whatsapp”, etc. O en conductas humanas realizadas bajo ciertas condiciones, como ser declaraciones de testigos, dictámenes periciales, absolución de deposiciones, informes, etc.

Dentro del fuero de Familia, uno de los principios que rige a la prueba es el de la amplitud. Motivo por el cual, a la hora de iniciar o acompañar prueba en relación a

causas de violencia, podemos hacerlo libremente, siempre que sea pertinente a los hechos conducentes.

Ahora bien, siguiendo con nuestro objeto debemos saber que se define a la violencia de género como todo “acto de violencia basado en el género que tiene como resultado posible o real un daño físico, sexual o psicológico, incluidas las amenazas, la coerción o la privación arbitraria de la libertad, ya sea que ocurra en la vida pública o en la privada” (Naciones Unidas 1993).

Asimismo, es necesario entender la expresión “género”. Se entiende por género a las construcciones socioculturales que varían a través de la historia y se refieren a los rasgos psicológicos y culturales que la sociedad atribuye a lo que considera “masculino” o “femenino” mediante la educación, el uso del lenguaje, la familia, las instituciones o la religión.

Con ello, hilando aun más fino, en cuanto a la violencia de género con respecto a las mujeres a nivel nacional, el art. 4° de la Ley 26.485 establece “Se entiende por violencia contra las mujeres a toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecta su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal...”. A nivel supranacional el art. 1 de la “Convención de Belém do Para” establece que para sus efectos “debe entenderse por violencia contra las mujeres cualquier acción o conducta, basado en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado...”. Esta Convención adopta un concepto amplio de violencia que abarca todas las formas de violencia dirigidas contra las mujeres por el hecho de ser mujeres, o que afecta a las mujeres desproporcionalmente.



Con las definiciones brindadas y ya adentrados a nuestro objeto de estudio, podemos enumerar dentro de las clases de violencia a las siguientes:

Violencia psicológica, Violencia sexual, Violencia patrimonial y económica, Violencia simbólica, Acoso u hostigamiento, Violencia doméstica, Violencia laboral, Violencia obstétrica, Violencia mediática, Violencia institucional. Y por último, doctrinariamente hace poco se ha comenzado a hablar de Violencia de género digital, como forma novedosa de la violencia de género tradicional, que tiene características que la hacen autónoma, específica pero que no deja de reflejar una jerarquía de poder entre el agresor y su víctima, adaptándose en su forma a la nueva realidad de las comunicaciones digitales.

Éstas abarcan las redes sociales, la mensajería instantánea, entre otras y que afectan a la mujer en su integridad moral y emocional, dejándola expuesta ante conocidos y desconocidos. Todo ello, a partir de que se utiliza una red social de acceso público para someter a la víctima al control y dominación, dañando su reputación generándole un tipo de agresión o presión psicológica y moral que la afecta gravemente.

La Violencia de género digital es aquella que se produce cuando una persona provoca o realiza daños físicos o psicológicos a otras personas utilizando las nuevas tecnologías de la información y comunicación, vulnerando principalmente su dignidad, libertad y vida privada.

Con esta nueva modalidad, al ejercer la violencia de género difundiendo comentarios ofensivos, fotografías íntimas, comentarios humillantes, coacciones y amenazas mediante el uso de redes sociales, se traspasa el ámbito privado, se “viralizan”, perpetuando de tal modo la violencia ejercida. Es mediante la utilización de las nuevas tecnologías y las redes sociales.

Estos hechos resultan hoy en día menos complejos de probar, dada la particular postura de los Juzgados de Familia a la hora de receptar medios probatorios digitales. El profesional del Derecho debe esforzarse sobremanera, inclusive ahondar sobre pruebas que resultan superfluas para las realidades virtuales o digitales que la sociedad está viviendo.

Los medios probatorios digitales revisten la calidad de novedosos, “extraños”, sumado a ello, el arraigo a las pruebas “convencionales” que en principio los jueces no habían logrado corromper o superar. A los profesionales del Derecho, que en pleno ejercicio intentan acreditar esta clase de violencia por medio de fotografías de redes sociales, capturas de pantallas, etcétera, les resulta difícil atento a que éstas pruebas no son de fácil admisibilidad en los Juzgados de Familia.

## **II. El proceso judicial**

Desde el inicio del proceso, el Juez interviniente debe hacer uso de todas las medidas y potestades jurídicas que estén a su alcance a fin de habilitar la resolución inmediata del conflicto suscitado.

Dentro de ellas, establecidas en el Código Civil y Comercial como así también la ley nacional 26.485 las cuales habilitan al Estado a prevenir y sancionar las diversas formas de violencia de género basándose en principios como “debida diligencia”, “adecuada respuesta jurisdiccional”, entre otros.

Dentro del marco de la Ley de Protección contra la Violencia Familiar (ley 12.569) el Juez debe dictar dentro de las facultades que la ley le otorga, medidas preventivas conforme al conflicto suscitado.



Entre las tantas herramientas, cabe destacar que ante la sospecha de la existencia de algún tipo de violencia, se dicta una medida protectoria que puede extenderse al vínculo familiar. Con ello, es necesario hacer hincapié en que estas medidas, siempre alcanzan el ámbito digital, es decir que las prohibiciones o los ceses de todo acto de perturbación, también lo son con respecto a envíos de mensajes de texto, llamadas telefónicas, publicaciones de Facebook, entre otras. Medidas que tienen su real extensión conforme las problemáticas sociales en las que se vive en la actualidad.

### **III. Herramientas judiciales**

Siguiendo el hilo de ideas, dentro de cada proceso, el Juez interviniente tiene la potestad de utilizar un sinnúmero de herramientas judiciales que le permiten decidir y actuar en pos de la protección de la/s personas víctimas de violencia de género, familia, digital, etc.

En tal sentido, los Juzgados hacen uso de los principios consagrados en los arts. 706 y 709 del Código Civil y Comercial los cuales son: tutela judicial efectiva, oficiosidad, intermediación, acceso a la Justicia, intervención especializada y multidisciplinar y el interés superior del niño.

Asimismo, se recurre a categorías jurisprudenciales y legales como el “principio de normalidad”, la aplicación de los arts. 30 y 31 de la ley 26.485 los cuales consagran la necesaria rapidez e inmediatez, y la oficiosidad junto con la libertad y amplitud probatoria en este tipo de procesos, no sólo como principios rectores, sino como métodos de interpretación y valoración de la prueba que deben ser conjugados con los de la sana crítica.

Dentro de las herramientas más utilizadas en los Juzgados se mencionan: el cese de todo acto de perturbación y de violencia, la abstención de realizar nuevas publicaciones con apercibimiento de dar intervención a la Justicia penal, otros han ordenado a Facebook Argentina SRL eliminar el perfil registrado a nombre de la persona agresora, ordenar la realización de tratamiento psicoterapéutico con el objeto de reconstruir el proceso de aprendizaje de la comunicación violenta y del hostigamiento y la suspensión del régimen de comunicación -en caso de existencia de menores-, o bien la suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental, designación de abogado del niño, hasta tanto no se acredite la realización del tratamiento psicológico y el resultado exitoso.

#### **IV.- La prueba**

Existen varios principios rectores en estos procesos en relación a la aportación de la prueba, como ser el de la amplitud probatoria, en el Fuero de Familia específicamente.

Dentro de las clases de prueba podemos mencionar a la documental, testimonial, audiencia de escucha al menor, certificaciones actuariales oficiosas de redes sociales y de la documental que se acompaña, de los teléfonos celulares en caso de existir, prueba en soporte audiovisual, intervención en redes sociales, conducta procesal de la persona agresora, etc.

Atento al avance tecnológico y a los tiempos que estamos viviendo, existen en la actualidad medios probatorios que constituyen los denominados “no convencionales” pero que son de suma importancia en momentos de dictar una sentencia, precisamente por generarse en el ámbito de redes sociales o digitales.



## V.- Análisis de datos: acerca de los Juzgados de Familia de la Ciudad de La Plata

Se ha realizado una breve encuesta a Jueces y/o a Secretarios de los Juzgados de Familia de la Ciudad de La Plata.

De los datos arrojados se desprende que los ocho (8) Juzgados coinciden en que muchas veces les tocó intervenir en causas en las que el elemento probatorio partiera de la utilización de prueba digital: (Whatsapp, Facebook, Instagram, twiter). Todos coinciden, asimismo, en que en la mayoría de las causas de violencia familiar, de género y digital, la principal prueba aportada lo son fotografías de mensajes de texto, de capturas de pantalla de conversaciones de whatsapp, publicaciones de Facebook, etc. Estas pruebas principalmente rigen en este tipo de causas, dada la imposibilidad de tener otras en momentos en que ocurren los episodios de violencia en el ámbito familiar y vida privada. Sin perjuicio de ello, de la encuesta se desprende que existe actualmente una cierta tendencia en las materias de “derecho de comunicación” y “alimentos” en aportar esta clase de prueba con la finalidad de abundar a la prueba principal.

Sin embargo, uno de los Jueces de los Juzgados de Familia de la Ciudad de La Plata, manifestó que los elementos probatorios digitales que intentan acreditar violencia **NO SIEMPRE FUERON SUSTANCIALES** para las resoluciones judiciales, sino más bien, se valoró en varios casos lo aportado por el Equipo Técnico de su propio Juzgado. Es decir que, en principio, el dictamen desplazó a la prueba digital aportada. Con esto, el Juez entendió que carecía de validez, puesto que podía haber sido sometida a manipulaciones de una de las partes para su entera conveniencia, motivo por el cual la desestimó.

Sin perjuicio de lo anteriormente mencionado, un novedoso fallo con fecha 11 de septiembre del año 2019 dictado por la Cámara II de Apelación en lo Civil y Comercial de La Plata, establece que las copias de pantallas de los mensajes que se realizan vía WhatsApp serán admitidas como pruebas en los procesos de Familia. Todo ello, en suma concordancia con los principios que rigen en los procesos de familia que son el principio de libertad y amplitud probatoria, con lo cual resulta necesario dar cabida a medios probatorios no tradicionales.

Con esta decisión, claramente se tuvo en cuenta que los hechos invocados pueden resultar de difícil acreditación. Y todo, como consecuencia previsible de las relaciones que se despliegan en el ámbito familiar, dentro de un espacio íntimo.

Asimismo, se destaca que en caso de duda acerca de la prueba digital aportada, el Juez debe inclinarse por admitirla.

## **VI. Conclusión**

Ya no se entiende la forma en la que nos relacionamos sin la intervención tecnológica. Los medios digitales evolucionan cada día más e inundan nuestro día a día. Ante esta utilización masiva de instrumentos electrónicos, el ámbito jurídico se enfrenta a conflictos desconocidos por el incremento de nuevas pruebas como la electrónica. La aceptación de estos medios de prueba no tradicionales, es el resultado de una intervención cuidadosa, a conciencia, con perspectiva de género con la que se abordan las situaciones de violencia hoy en día.

Hace falta trabajar mucho para lograr marcos normativos o nuevas herramientas que tiendan a conseguir



el aporte probatorio de este tipo de violencia, que va en crecimiento y que en las épocas que estamos viviendo, con el avance de la tecnología y la globalización, tienden a perpetuarse. Que son realidades sociales a las que el Derecho debe ajustarse e inmiscuirse, sin temor, con contundencia.

Como así también los Magistrados, deberán trabajar más, a fin de obtener el mayor conocimiento y entendimiento de estas nuevas relaciones y fenómenos en crecimiento.

Para cerrar y de acuerdo a las realidades sociales que estamos viviendo con el avance de la tecnología, las relaciones que entablamos, los conflictos que se suscitan dentro del mismo ámbito y sumado a ello los datos arrojados de las encuestas a los Juzgados de Familia, concluyo que la prueba digital está actualmente siendo admitida en los Juzgados de Familia de La Plata, y con tendencia a ser más valorada al momento de resolver.

## VII. Jurisprudencia anotada

“P.M.B S/incidente denuncia por violencia de género (ley 26.485)” Juzgado de Familia N° 5 de Cipolletti, con fecha 07/05/2018.

Fallo de la Cámara II de Apelación en lo Civil y Comercial de La Plata con fecha 11/09/2019.

## VIII.- Bibliografía

- [www.violenciadigital.blogspot.com](http://www.violenciadigital.blogspot.com)
- Ley 26.485
- Ley 12.569
- HOOKS, Bell, *El feminismo es para todo el mundo*, Ed. Traficantes de Sueños, Buenos Aires, 2017, p. 87.

- <https://dixitp.com.ar/fallo-sin-precedentes-en-la-plata-las-capturas-de-pantalla-de-whatsapp-seran-validas-en-los-juicios-de-familia/>
- Derecho de Familia, Revista interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, 2018-V, Octubre 2018, p. 151, 152, 153, 154, 155, 157, 161, 162, 163.
- Cedaw, Recomendación general N° 19: “La violencia contra la mujer”.
- <https://es.scribd.com/doc/43944822/medios-probatorios>



# “La educación especial en la Ley de Educación de la Provincia de Buenos Aires y en la práctica cotidiana”

Gustavo Nicolas Paretti

## Introducción

La discapacidad es un concepto complejo y su plasticidad permite que dentro de su concepción se subsuman miles de años de historia donde el ostracismo y la vejación formaron parte del destino de este colectivo. El ser una persona con discapacidad, y los derechos que se les han ido reconociendo, o negando, han estado condicionados por el tiempo, el espacio y la ideología que fue determinando el abanico de significaciones que nunca son definitivas, sino que, en toda época, han cedido paso ante nuevos paradigmas (GÓMEZ, 2007).

La adopción de un paradigma influye directamente en el mundo jurídico. PALACIOS (2008) explica que hasta no hace mucho tiempo la cuestión de la discapacidad se relacionaba con la legislación atinente a la seguridad social, los procesos de incapacidad de la legislación civil o a servicios asistenciales. Ello obedece a que el modelo por entonces vigente consideraba a las personas con discapacidad solamente en relación a la sanidad, beneficencia o cuestiones muy específicas del Derecho Civil.

Considerar a la persona como un objeto a proteger es un oxímoron, una contradicción insalvable que redundará en perjuicio de un verdadero enfoque de derechos. Si todos somos humanos, ningún colectivo es la excepción, y si bien pueden ser destinatarios de medidas de acción positiva, nada indica que deban ser tratados como objetos a proteger donde su propia autovalía se sacrifica en pos de

lograr objetivos transpersonales que nada tienen que ver con sus verdaderos deseos. El sentimiento paternalista tiñe todas las aristas, incluso lo referido al derecho a la salud y a la educación.

Respecto de esta última, y desde un enfoque de derechos, la idea misma de diversidad se enfrenta al formato tradicional de la escuela que obedece a una construcción histórica cuyos orígenes se remontan al siglo XIX cuando surgen los Estados modernos. El mandato escolar hegemónico consistía en homogeneizar a la población y forjar un sentimiento nacional anulando toda posible diferencia. Pero, la realidad es que cada niño llega a la escuela con un capital cultural propio que no garantiza que la mera igualdad formal posibilite un trato verdaderamente equitativo (ANISOVICH, 2014).

En este orden, el presente trabajo analizará las líneas de acción en materia de educación especial y la correspondencia con los discursos normativos vigentes a partir de la adopción del modelo social en materia de discapacidad.

### **Breve descripción del contexto histórico**

La sanción de la Ley de Educación de la Provincia de Buenos Aires N° 13.688 que actualmente se encuentra vigente se produce en el año 2007. Dicho nacimiento se da en el contexto de superación de la Ley Federal (N° 24.195. Año 1993), y su par provincial (N° 11.612. Año 1995), ambas fieles expresiones del neoliberalismo y, en lo que a discapacidad respecta, enroladas en el modelo médico rehabilitador vigente a partir de la Primera Guerra Mundial.

Para esta concepción, la discapacidad es algo propio del individuo, una falla o deficiencia individual suscep-



tible de ser rehabilitada o normalizada. No se concibe a la persona con discapacidad como autónoma, sino que prima una concepción asistencialista. En este escenario para garantizar el derecho a la educación existieron dos submodelos: el de la segregación, mediante la creación de escuelas especiales; y el de la integración, cuando, a partir de la década del 80 comenzaron a elaborarse adecuaciones curriculares en escuelas comunes (debía adecuarse el estudiante a la institución). Fueron dos soluciones que hoy entran en análisis y debate, pues asistimos a la vigencia de una nueva concepción de discapacidad otorgada por el denominado movimiento social, el que ha generado una ola reformista a nivel nacional e internacional.

En este contexto, surge con fuerza una nueva mirada inspirada en los derechos humanos que brega por una concepción inclusiva y le otorga a las personas con discapacidad estatus de sujetos de derechos, entendiendo que ambas estrategias (escuela especial e integración) no tratan al sujeto con equidad, sino que la diversidad da lugar a la estigmatización. En Argentina, esta nueva concepción es introducida en el año 2006 con la adopción de la Convención Internacional de Derechos de Personas con Discapacidad (CIDPD) -Ley N° 26378- lo cual recobró inusitada fuerza mediante su elevación a Tratado con Jerarquía Constitucional (Art. 75 inc. 22 CN, por Ley N° 27.044, año 2014) (PALACIOS, 2008).

A partir de las nuevas directrices se entiende a la discapacidad con criterio social equiparándola a todas aquellas barreras que, en interacción con los sujetos, obste a su plena participación social. En materia educativa se comienza a hablar de educación inclusiva, la que se traduce como el derecho de toda persona con discapacidad a educarse en las mismas escuelas que el resto de la socie-

dad, superándose así el modelo de integración donde se esperaba que el estudiante sea quien se adapte al medio, y no viceversa como aquí se contempla. Claro está que esta nueva mirada exige, necesariamente, que el cambio de letra de la ley se acompañe de un cambio de enfoque (ANISOVICH, 2014).

### **Antecedentes importantes**

La Dirección de Educación Especial de la Provincia de Buenos Aires fue creada en el año 1949 como consolidación de una serie de experiencias de la década previa. Por su parte, las prácticas integracionistas en colegios comunes datan de fines de la década del 80. El modelo descrito denota una clara influencia del modelo médico rehabilitador al que el modelo social vino a reemplazar.

No se trata aquí de criticar sin más las bondades o desaciertos del modelo, sino, simplemente de evaluar los cambios que ha ido introduciendo el cambio de paradigmas no sólo en la tibia letra de la ley sino, y por sobre todo, en las políticas y prácticas públicas.

En el año 1994 los bonaerenses asistimos a una doble reforma constitucional, a nivel nacional y provincial; en la primera, la introducción del denominado Bloque de Constitucionalidad conformado por el actual Artículo 75 inciso 22 de la CN ha modificado para siempre el modo de interpretar las disposiciones pues se abrió la puerta a un sinnúmero de lineamientos *pro homine* que tiñen cualquier iniciativa en tal sentido. A nivel local, en la Constitución Provincial se destinó un apartado en la actual redacción del Artículo 36 para proteger a las personas con discapacidad y tender a su desarrollo y equiparación, un corolario a la previsión nacional del Artículo 75 inciso 23 CN que les otorga un estatus especial frente a las de-



nominadas medidas de acción positiva para propender a la igualdad de oportunidades y de trato. La sanción de la Ley de Educación Provincial, absorbe este complejo normativo y a la par de la Ley Nacional, ambas dejan atrás un modelo que ya no respondía, en lo que a educación especial refiere, a las nuevas exigencias impuestas por la adopción de la CIDDP y la concepción de educación inclusiva del nuevo paradigma. El cambio no es semántico, sino que tiene el claro objetivo de superar la visión integracionista propia del marco normativo anterior, el cual contemplaba a la educación especial como una modalidad bifurcada entre la escuela especial y la estrategia de integración en escuelas comunes. Ahora la inclusión postula una sola escuela que valore la diversidad y saque el mejor provecho de ella. Quien debe garantizar su calidad y acceso igualitario es el mismo Estado Provincial.

Estos nuevos postulados encuentran su *ratio* en el Art. 24 de la Convención Internacional, el cual brega por el cambio de terminología y prácticas hegemónicas propiciando un espacio común e inclusivo. Claro está que aún se perciben ciertos resquicios del modelo rehabilitador que conviven paradójicamente con los nuevos argumentos (ALE, 2014). Esta mezcla demuestra las pulsiones internas del sistema social, y se traduce en legislaciones partidarias de uno u otro modelo.

### **Problemas que busca resolver**

El problema central consiste en determinar el modo de garantizar el derecho a la educación integral a personas con discapacidad, en igualdad de oportunidades y sin sacrificar su calidad (DÍAZ BARRERA, 2011). Asimismo, se procura evitar la segregación *aggiornata* con argumentos “*new age*” y fomentar una real valoración de la diferencia.

Las soluciones empleadas por el modelo anterior han sido criticadas por no dejar de tratar la diversidad con cierto estigma, toda vez que la exigencia de adaptación a lo que se considera normal recaía sobre la persona con discapacidad. Si no era capaz de adecuarse mediante la figura de la maestra integradora (aspectos pedagógicos) y el acompañante escolar externo (cuestiones vinculares), debería ir a la escuela especial.

La tensión a resolver, antes y ahora, puede resumirse en la tríada: exclusión-integración-inclusión y en el desafío de lograr una educación que sea respetuosa de la dignidad y diversidad humana para no generar desigualdad. Ello, con el trasfondo político e ideológico de “habilitar y reconocer” la autonomía de este colectivo históricamente controlado y cosificado.

Cobra trascendencia aquí la noción de equidad, comprensiva de una igualdad real de oportunidades (Art. 75 inc. 23 CN) ampliamente superadora de la noción de igualdad formal (Art. 16 CN). En consecuencia, cada ser humano posee puntos de partida diferentes, y todos ellos deben tener garantizada la posibilidad de desplegar al máximo sus capacidades a lo largo de toda su vida (VAIN, 2011).

Bajo el lema “todos pueden aprender” MEURIEU (2005) afirma que no alcanza con reconocer que somos diferentes, sino que se torna necesario un diálogo genuino entre las diversidades que implique también una verdadera concepción pedagógica que considere la diversidad como un valor y condición inherente al ser humano (ANIJOVICH, 2014).

Cabe citar aquí la conclusión arribada por BASTONS y ELÍADES en ocasión del análisis de una sentencia judicial. En dicha ocasión, los autores expresaron que las personas con discapacidad cuentan con un marco jurídico



protectorio con altos estándares, pero al mismo tiempo no existe una real instauración social que garantice su inclusión efectiva, para lo cual se requiere una sociedad civil dispuesta a ello. De allí la necesidad de contar con acciones positivas que alcancen, e incluso superen, el deber ser propio de la norma.

Como sostiene COURTIS quizás debería reflexionarse de manera crítica respecto de las prácticas que consideramos normales ya que bajo la normalización de una práctica puede esconderse, en realidad, la imposición de un parámetro a personas, que simplemente, las llevan a cabo de otro modo.

Resulta necesario reafirmar que la discapacidad es un concepto cultural, por lo tanto relativo. Sólo tomando profunda conciencia de la historia de vejámenes y ostracismo por la que han pasado las personas con discapacidad se podrá tener la luz necesaria para rechazar las políticas de escritorio en el tratamiento de estas cuestiones, y el primer paso es analizar los objetivos de las nuevas normativas, para ver si mediante su cumplimiento el modelo se acerca a lo que el discurso dominante manifiesta.

## **Objetivos**

La ley provincial contempla a la educación como una prioridad provincial, y constitutiva de la Política del Estado. Se la conceptualiza como un derecho social y una responsabilidad estatal. La inclusión (y no integración como el modelo anterior) pasa a ser una prioridad insoslayable para establecer prescripciones pedagógicas que aseguren a todos el desarrollo de sus posibilidades, la integración social y el pleno ejercicio de sus derechos. La educación especial es contemplada como modalidad de

enseñanza (Cap. IX) garantizando la integración de los estudiantes en todos los niveles, según sus posibilidades.

Sin perjuicio del uso indistinto de los dos términos centrales de este análisis (integración e inclusión), su objetivo abre camino a los nuevos argumentos que provienen del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Son sus objetivos el aporte de diseños curriculares para una educación especial que garantice los derechos de igualdad, inclusión, calidad y justicia social; el desarrollo de la atención educativa de las personas con necesidades educativas especiales de manera conjunta con el resto de las modalidades y la creación de mecanismos que permitan el desarrollo completo de la modalidad con docentes especializados.

### **Solución planteada**

Este nuevo complejo normativo pretende una escuela de todos y para todos, exigiendo a los establecimientos que se adecuen a la diversidad de sus estudiantes valorándola y sacándole el máximo provecho. Se contempla a la integración como un paso necesario hacia la inclusión educativa, pero no suficiente. Asimismo, el derecho de ser uno más debe garantizarse en todas las etapas de la vida.

### **Valoración crítica**

No obstante lo anterior, sigue dejando abierta la posibilidad de una escolaridad en centros o escuelas sedes de educación especial, lo cual, remite directamente al modelo médico o rehabilitador, al poner énfasis en el déficit de la persona, y no en la incapacidad de la propia escuela para adaptarse y flexibilizarse a su alumnado. En este sentido, la propuesta que presenta la norma sigue estan-



do por fuera de la esencia inspiradora de la Convención, pues en lugar de acercar, continúa alejando y separando la posibilidad de ejercer el derecho a la educación inclusiva.

Si bien esta falencia reviste gravedad institucional, es loable que los avances se dirijan a lograr el máximo escalón: la plena inclusión; pero aún debemos reconocer que, aunque nuestra ley así lo instaure, en la práctica estamos a mitad de camino, pues todavía coexisten escuelas comunes y especiales, tema que será retomado en la conclusión para descubrir las tensiones reales que ello reproduce en la sociedad y en el terreno de la planificación institucional.

### **Alcance y cobertura institucional, geográfica y social**

El ámbito de aplicación de la Ley Provincial de Buenos Aires abarca la totalidad del territorio de la Provincia. Ella, junto al Marco General de la Educación Especial y las Pautas para la Inclusión de Alumnos con Discapacidad con Proyectos de Integración representa el marco normativo. Actúa a través de la Dirección General de Cultura y Educación que posee una Dirección específica sobre la temática. Las tensiones se profundizan en razón de que sus políticas deben ser acordes a los lineamientos basales del Sistema Nacional y las obligaciones asumidas mediante la adopción de los Tratados internacionales con jerarquía constitucional. A tal efecto, por ejemplo, el Consejo Federal de Educación ha creado el Acuerdo de Educación Especial mediante el cual se persigue la adecuación a los nuevos estándares internacionales.

En cuanto a lo institucional se mantiene la bifurcación escuela común-escuela especial pero se garantizan tra-

yectorias integrales en todos los niveles y a lo largo de toda la vida. Actualmente en la Provincia tenemos alumnos integrados, la inclusión es un proyecto a futuro que todas las instituciones anhelan, pero ninguna sabe cómo operativizar.

### **Actores involucrados. Comunidad Educativa Restringida**

El Estado, en sus tres niveles. Directivos. Equipos de Orientación Escolar. Docentes. Profesionales de Apoyo, Alumnos con y sin discapacidad. Familias. Ninguno presentó objeciones importantes, incluso se los ha fortalecido al ser tenidos en cuenta. Pero cuando se ha intentado avanzar en la reforma de la práctica institucional, fueron los docentes, directivos y muchas familias quienes se opusieron a la “desaparición de las escuelas especiales” por considerar que allí sus hijos encuentran mayor contención y que la escuela común es incapaz de atender la diversidad ante la falta de recursos y de inversión.

### **Actores involucrados. Comunidad Educativa Ampliada**

Dividimos aquí a quienes han presionado por la adopción del modelo social (ONG, Asociaciones padres de niños con discapacidad, Organizaciones Internacionales de Derechos Humanos) y quienes prefieren mantener el *statu quo* por las ganancias que ello les representa (industria farmacéutica, algunos profesionales especializados en patologías discapacitantes), esto se vivenció, por ejemplo, ante la sanción el DSM V donde se ha denunciado un flagrante proceso de patologización y medicamentación de la infancia creando síndromes y déficits antes



inexistentes. La sociedad civil muchas veces se muestra abierta a estos temas, pero en su vida cotidiana prefiere que sus hijos “normales” no se vean amenazados en los ámbitos educativos por la presencia de niños conflictivos o “raros”. Esta es una verdadera barrera cultural que sólo se vencerá con educación y el ejercicio de la tolerancia a lo diverso.

### **Consecuencias e interpretaciones sobre sus resultados**

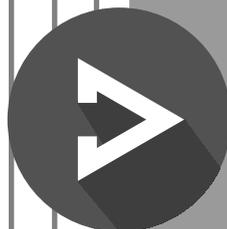
Hablar de inclusión educativa y educación especial resulta interesante para evaluar la eficacia de las políticas públicas. Independientemente de las normativas que se sancionen, aún se carece de la fuerza necesaria para derribar las barreras socioculturales. La educación no es una concesión ni privilegio, es un derecho, y como tal exigible. No se trata de rechazar a la escuela especial, sin más, por representar un espacio de segregación, sino que debe valorarse la experiencia recogida en este tiempo para apoyar nuevas miradas en un espacio educativo que debe ser de todos, para todos y con todos. Sólo de este modo se superará la tensión escuela especial-escuela inclusiva, admitiendo que lo que está en crisis son las instituciones tradicionales. Hay una necesidad de reconceptualizar lo que se considera educación especial inclusiva. La pregunta sigue inquietando...¿puede la escuela ordinaria hacer frente a lo que se pide de ella por parte de la educación inclusiva? Nadie duda de que la escuela necesita más recursos, materiales y humanos, así como una sólida formación docente para hacer frente a la diversidad de las aulas. No es necesario cerrar nada, pero sí transformar para crear un escenario donde lo diverso se constituya en un verdadero valor educativo

y se trabaje mancomunadamente sin esperar todo de las instituciones existentes. Los cambios que se esperan, no provendrán *per se* de la fría letra de la Ley. Se requiere ACCIÓN, compromiso y sobre todo inversión.

El nuevo paradigma tiende a desplazarse en dos direcciones, la primera creando normativas adecuadas que le sirvan de sustento; en nuestro país por ejemplo responden a este movimiento la Ley de Salud Mental N° 26.657 y la dotación de jerarquía constitucional a la Convención Internacional de los Derechos de Personas con Discapacidad, y en segundo lugar irradia su télesis sobre toda la normativa que obste a su avance, por ejemplo las modificaciones estructurales que se introdujeron en el régimen de capacidad del nuevo Código Civil y Comercial. Queda, sin embargo, un desafío crucial, y lo constituye la difícil tarea de modificar prácticas enraizadas en milenarios prejuicios. En este sentido la mirada inter y transdisciplinaria se torna necesaria. Es responsabilidad de todos modificar la lógica cosificante para dar lugar a una asimetría simbólica y vincular donde el modelo biológico aporte sus beneficios, pero dirima su poder absolutista y hegemónico ante el discurso de todas las disciplinas y operadores que ponen la subjetividad de este colectivo sobre la mesa, no para ser admirada, sino para ser tomada en cuenta a la hora de planificar una política estatal.



**Trabajos  
de doctrina  
elaborados  
por Profesores  
de la Facultad**





## **“La evolución de los DDHH en la Constitución. Diálogos y tensiones entre la Constitución formal y la Constitución material”**

**Ricardo Germán RINCÓN**

Si partimos de la premisa generalmente difundida y aceptada de que el mundo se encuentra organizado en espacios políticos a los que denominamos Estados y que estos Estados se encuentran diseñados en base a una tecnología del poder dada, entonces se vuelve válida tanto la afirmación kelseniana sobre la existencia de una norma de organización primera rectora y ordenadora de dicha sociedad, como la doctrina sentada por tantos constitucionalistas argentinos y de otras latitudes que han denominado al texto constitucional como ley suprema.

No es, por supuesto, el propósito de esta ponencia desarrollar el tema de la supremacía, pero sí considerar algunos aspectos relacionados con esta atribución de la norma constitucional.

Destacados tratadistas modernos refieren al texto constitucional como a la regla de regularidad imperante en una sociedad política, lo cual implica que al interior de las fronteras de dicha sociedad toda decisión que sea tomada tanto por el Estado como por un particular deberá ajustarse a los patrones y lineamientos que se encuentran enmarcados en dicho texto. En efecto, la regularidad implica el ejercicio conforme a un molde, el juego ajustado de acuerdo a unas determinadas reglas. Ni una ordenanza municipal, ni un contrato entre privados podrán escapar de la regularidad que marca la regla.



Establecida esta premisa inicial, pasamos al análisis introspectivo puesto que considerar la supremacía es referir a un atributo que se ejerce “hacia afuera” y “hacia abajo” del texto constitucional. Cuando lo vemos hacia adentro, encontramos que la Constitución deja de ser una pirámide, para transformarse en algo parecido a una bolsa o un maletín. Ella contendrá todo lo que pueda contener. También podemos asimilarla a una sombrilla o un paraguas y, en este sentido, diremos que hasta donde alcance su tela y en función de su diámetro, será que podrá cubrir lo que pueda cubrir.

En este punto empieza el tema del diálogo o la tensión entre la Constitución formal y la Constitución material. Un paraguas puede resguardar muy bien a una persona, pero hemos visto innumerables ejemplos de alquimias realizadas por padres, madres, enamorados y demás para que un simple paraguas permita entrar a los chicos al colegio o llegar desde la puerta del cine al colectivo. Hemos visto solitarios descansando en una playa a la sombra y familias enteras guarecerse bajo un toldito para pasar el día en esa playa sin tener que irse al mediodía. Ni hablar de la maravillosa elasticidad de bolsillos, riñoneras y carteras de mujer.

Pues bien, la Constitución formal es nuestra estructura rígida, el *hardware* del sistema, es la computadora o el teléfono en su concepción física, en sus circuitos. Pero, una computadora sirve para que los programas corran, y nuestros dispositivos móviles ya no son sólo teléfonos en base a las diferentes aplicaciones que se les pueden incorporar. A los circuitos los diseña un ingeniero y los arregla un técnico; a los textos legales los diseña un legislador y los arregla un abogado. A la Constitución formal la “hace” el poder constituyente, su interpretación y puesta en práctica la hacen las autoridades elegidas di-

recta o indirectamente por el Pueblo y los abogados. Aquí es donde comienza a materializarse, a hacerse realidad, el plan de la Constitución. Aquí se encuentra el diálogo y la tensión entre la forma y la realidad; entre la Constitución formal y la Constitución material.

Ahora, en estos momentos, en Europa se encuentran desarrollando un nuevo concepto de industria, la llamada revolución 4.0 y, en los Estados Unidos, en Syllicon Valley, se encuentra el corazón de la innovación tecnológica. Pues bien, tanto en Europa como en los EE.UU. se emplean ingenieros para que construyan materiales pero, fundamentalmente, se emplea a filósofos para que diseñen a gran escala mundos futuros posibles.

Los filósofos del Derecho Constitucional, amparados en su conocimiento de las normas y de las características de la sociedad, se posicionan para imaginar escenarios. Recordemos que DWORKIN afirmaba que “la filosofía jurídica era el nervio de la reflexión sobre el derecho” y consideremos los aportes de autores como HABERMAS, ZAGREBELSKY, BOBBIO, FERRAJOLI, ALEXY, CARNONELL y NINO entre otros.

El Derecho Constitucional nos enseña la diferencia entre una reforma y una mutación constitucionales como la diferencia entre una modificación a nivel de la Constitución formal y una modificación a nivel de la Constitución material. El contraste entre ambas modificaciones es evidente. Las Constituciones materiales se ajustan con más velocidad que las Constituciones formales; es una enseñanza de la historia. Las modificaciones más radicales a las Constituciones formales son, por lo general, fruto de una revolución como las experiencias cubana, nicaragüense, iraní y libia parecen demostrar, confirmando la certeza de la tesis de VANOSSI cuando afirmaba que el poder constituyente tenía tres y no dos manifestaciones, incorporando la noción de poder constituyente revolucio-



nario a las tradicionales ideas de poder constituyente originario y poder constituyente reformador o derivado.

En unas circunstancias no revolucionarias, la incorporación de derechos y nuevos escenarios a la Constitución formal viene precedido por un período de ejercicio social previo que se verifica a través de las mutaciones constitucionales. Este ejercicio social previo hace las veces de ensayo y, al momento de la convocatoria al poder reformador, los constituyentes se encuentran discutiendo sobre circunstancias y hechos probados (o rechazados) por la comunidad.

En el siglo XVIII, la filosofía de la Ilustración había puesto en diversos textos visiones sobre la organización de la sociedad. Las *Cartas marruecas* de José CADALSO en España, *Los viajes de Gulliver* de Jonathan SWIFT en Inglaterra, el *Cándido* de VOLTAIRE en Francia mostraban visiones críticas de la sociedad, que congeniaban con la visión de MONTESQUIEU en *El espíritu de las leyes*, de Adam SMITH en su análisis sobre la “riqueza de las naciones” y de ROUSSEAU en *El contrato social*. Estas visiones inspiraron a los actores de las primeras revoluciones cuyo fruto sería el movimiento constitucionalista y las primeras Constituciones escritas.

Los primeros constituyentes, al organizar la sociedad política bajo formas racionales y objetivas, decidieron establecer estas reglas bajo un formato que distinguiera la organización del poder respecto de los límites de ese poder. Así, decidieron establecer algunas cuestiones de manera muy clara, de modo tal que no pudiera ser ignorado por ningún administrador del poder y que pudiera ser invocado por cualquier gobernado por dicho administrador.

Con el típico pragmatismo anglosajón, los estadounidenses ordenaron primero el poder en 1787 y ya en 1791 mediante las diez primeras enmiendas habían limitado

dichos poderes. En Francia, en tanto, la declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789 establecía en su declaración 16 que “Toute société dans laquelle la garantie de droits n’est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n’a point de Constitution”, lo que significa que toda sociedad en la que la garantía de los derechos no esté asegurada, ni la separación de poderes establecida, no tiene una Constitución, y la primera Constitución francesa (1791) ya cumplía con esta regla.

Quedó de esta manera establecido un criterio morfológico para los textos constitucionales, criterio al cual se ajustaron los ensayos constitucionales argentinos desde 1819, con la particularidad de que en 1819 las declaraciones, derechos y garantías se encontraban luego de la organización del poder. Desde el ensayo constitucional de 1826 a la actualidad, los textos constitucionales argentinos se han ajustado a un formato kantiano que establece un orden: Prólogo, Frenos al Poder, Organización del Poder. Esto lo decimos debido a que siguiendo a KANT, el derecho de mi vecino es el límite a mi derecho por lo cual el reconocimiento de los derechos a la población es el freno a las facultades del gobierno.

Mientras por el mundo comenzaban a expandirse los textos constitucionales que ponían fin al Antiguo Régimen en Europa y al sistema colonial en América, las consecuencias de la revolución industrial comenzaban a alterar dramáticamente las condiciones de vida impulsando a una nueva generación de pensadores a reflexionar sobre la situación social. Cabe representarse que un SAINT SIMON o un MARX se preguntasen qué había sido de los ideales de la Revolución Francesa de igualdad, libertad y fraternidad frente a la dureza de las condiciones materiales de vida. La “Cuestión Social” se volvió uno de



los temas de reflexión de la intelectualidad del momento. Esta situación llegó incluso a conmover a una institución milenaria como la Iglesia Católica Romana, llevando a León XIII a dictar la encíclica “Rerum Novarum” con la que se inicia la Doctrina Social de la Iglesia.

Los pensadores de la Ilustración habían identificado los derechos humanos de primera generación, los derechos de la libertad y de la igualdad, a la propiedad y a la intimidad. Ahora, los pensadores de la cuestión social iban un paso más adelante e identificaban el derecho de algunos grupos humanos, de colectivos, que quedaban fuera de juego; grupos respecto de los cuales los derechos de primera generación no eran más que nominales. Ese grupo de desfavorecidos necesitaba de la intervención de un actor social que compensara el desequilibrio en el que se encontraban. Ese actor, resultaría ser el Estado y los primeros desfavorecidos identificados fueron inicialmente los trabajadores, a los cuales luego debería sumarse a los menores, las mujeres, los ancianos y las minorías étnicas. Estos derechos entraron en las Constituciones formales a partir del siglo XX, con las Constituciones de México y de la URSS de 1917 y de Weimar (Alemania) en 1919, pero ya se estaban filtrando en las Constituciones materiales desde mucho antes. Valga considerar que en Gran Bretaña el cartismo logró imponer el derecho de los trabajadores a organizarse hacia 1830 y que el Estado alemán bajo la conducción de Bismarck consideró la protección de los obreros mediante un sistema de jubilaciones, retiros y seguros que reducían las injusticias que afectaban a los trabajadores.

En nuestro país, la legislación obrera comenzó en 1905 de la mano de Joaquín V. González quien impulsó la ley 4661 sobre descanso dominical, en tanto en 1907 se reguló por primera vez el trabajo de niños y mujeres median-

te la ley 5291. Ya el Código Civil de VÉLEZ SANSFIELD se había mostrado innovador frente a otras legislaciones de la época al establecer la igualdad de derechos sucesorios entre hombres y mujeres así como el derecho a la comunidad de bienes entre la mujer y su marido. Legislaciones posteriores fueron mejorando la posición jurídica de la mujer hasta la firma de la Convención de Bogotá de 1948. La Constitución de 1949 incorporará los derechos de segunda generación a la Constitución formal por primera vez y tras su irregular abrogación, los mismos serían confirmados en su constitucionalidad en 1957 a partir del artículo 14 bis.

Otro ejemplo de este camino es el que se puede establecer respecto del amparo, recordando el recorrido realizado desde su creación pretoriana en los casos “Siri” y “Kot”, su posterior recepción legal en los ’60 y su constitucionalización en los ’90.

Los derechos de incidencia colectiva o también llamados derechos difusos o de tercera generación incluyen una nueva categoría de derechos, en los cuales la caracterización del sujeto se hace conforme a las visiones que provienen de nuevos espacios de desarrollo del Derecho como son el Derecho de los Consumidores y el Derecho Ambiental. Recordemos que en los años ’60 y ’70 los ecologistas y los pacifistas eran minimizados por los sectores de la política tradicional, hasta que los llamados partidos verdes comenzaron a ganar escaños en las elecciones legislativas. En 1984 la tragedia de Bhopal le dio una gran magnitud al tema impulsando soluciones legislativas en todo el mundo.

En nuestro país, previo a su constitucionalización, existían normas en favor del medio ambiente y de los consumidores. Recordemos la ley 2797 (1891) aún vigente, que establece la obligación de tratar las aguas que se vierten



en los ríos y arroyos. La legislación consumeril comienza a establecerse entre nosotros previo a su incorporación al texto constitucional, para ser luego receptado en 1994. Vale considerar: • Ley 18.284 que establece el Código Alimentario Argentino. (B.O. 28/07/1969) y su modificación por Dec. 27/2018 (B.O. 11/01/2018). • Ley 19.511 de Metrología Legal, establece la vigencia de las unidades del Sistema Métrico Legal Argentino - SI.ME.L.A, basado en el sistema métrico decimal. (B.O. 11/05/1972). • Ley 20.680 de Abastecimiento. (B.O. 25/06/1974) modificada por Ley 26.991 (B.O. 19/09/2014). • Ley 22.802 de Lealtad Comercial (B.O. 11/05/1982) y sus modificatorias, que regulan la publicidad, la comercialización y el envasado. • Ley 24.240 de Defensa del Consumidor de 1993 (B.O. 15/10/1993), modificada por leyes 24.999 de 1998 (B.O. 30/07/1998) y 26.361 de 2008 (B.O. 07/04/2008).

Ahora bien, el diálogo y la tensión entre la realidad y la norma, entre la filosofía y la legislación, no sólo no ha concluido, sino que avanza hacia otros horizontes. A medida que los derechos establecidos formalmente quedan incorporados al patrimonio jurídico de una sociedad, ésta puede avanzar hacia nuevos escenarios. En efecto, hoy se habla de derechos de cuarta y quinta generación, derechos relacionados con el avance de la tecnología de la información y de la comunicación y con la eliminación de barreras y tabúes relativos a las elecciones de la vida personal y a la constitución de la familia. ¿Qué ocurre cuando un tribunal ordena a un club y a una asociación deportiva a permitir competir en el equipo femenino a una jugadora de hockey trans? ¿Qué se juega cuando una jueza de familia considera inconstitucional una prescripción del Código Civil y Comercial y ordena inscribir a un niño con dos madres y un padre? La base de derechos se ensancha, por la acción sistemática y sostenida de los

actores sociales, los filósofos, los juristas, los jueces y los legisladores, enriqueciendo a la Constitución material y dando pie a la consideración sobre lo oportuno de promover una reforma constitucional.

La tensión entre la realidad y el Derecho, finalmente, sólo se resuelve sobre la base del diálogo, entendiendo que éste se produce al interior de diferentes ámbitos tales como el cultural, el académico, el deportivo, el empresarial, el tecnológico, el financiero, etc. No es exclusividad del Estado la reflexión, ni siquiera la generación de normas; pero es éste el contenedor de todos los ámbitos y el necesario armonizador de las tendencias y pareceres.

La historia del constitucionalismo es la historia de esta tensión y de este diálogo, el cual, de cuando en cuando, fructifica en un texto constitucional concreto, formal, que se vuelve parte del ábside de la pirámide normativa, en espejo de regularidad en el cual se inspire la sociedad para crecer. Formulo votos para que este proceso no sólo no concluya, sino que se vuelva cada vez más representativo e integrador en su dinámica.

Muchas gracias.



# **“Dificultades en la enseñanza de los Derechos de Autor que corresponden a los trabajadores en relación de dependencia laboral”**

**Profesor Mauro Fernando Leturia  
Abogado Adrián Emir Gochicoa**

SUMARIO: 1. Introducción.- 2. Derechos de Autor como derechos individuales laborales.- 3. Tratamiento en los contenidos académicos.- 4. Reflexiones finales.- 5. Bibliografía

## **1. Introducción**

El presente trabajo tiene como finalidad el exponer qué relación existe entre la ausencia de un conocimiento efectivo y concreto de los Derechos de Autor en el marco de las relaciones jurídica laborales y la pérdida de dichos derechos por parte del trabajador y que implica su consecuente apropiación indebida por parte del empleador. Por lo cual, la formación universitaria de los profesionales del Derecho con conocimiento efectivo sobre la relación de estas temáticas tiene una incidencia directa en el ejercicio de la tutela efectiva de los derechos que corresponden a los trabajadores.

A modo de introducción corresponde señalar que el fundamento y las características de las relaciones laborales resultan diferentes a las que justifican un régimen especial para los Derechos de Autor. Las primeras resultan profundamente arraigadas en el ámbito territorial y económico de cada país, por lo cual entre ellos existen profundas diferencias en cuanto a los derechos y beneficios que les otorgan a los trabajadores en relación de dependencia, mientras que los Derechos de Autor tienen un

reconocimiento internacional indiscutido y genéricamente unificado en virtud de los convenios internacionales que han sido ratificados por la mayoría de la comunidad internacional.

Tomando como punto de partida la existencia de relaciones jurídicas que son estructuradas por el ordenamiento jurídico sobre la base de relaciones sociales desiguales, donde uno de los sujetos es “más fuerte” que el otro, la ausencia de un conocimiento jurídico efectivo respecto a las facultades y prerrogativas que le corresponden a este último implica la pérdida de las mismas. Esta ausencia de conocimiento, no sólo está referida al sujeto de la relación jurídica, sino a los profesionales del Derecho que actúan como operadores jurídicos. En este orden de ideas, la educación universitaria con la consecuente formación de profesionales idóneos resulta esencial para un ejercicio pleno de los derechos, sobre todo en aquellas relaciones jurídicas desiguales, como por ejemplo consumidores y/o usuarios, y trabajadores.

El crecimiento de los grupos económicos y de las empresas transnacionales, en un mundo profundamente globalizado e interconectado, en combinación con las posibilidades que brindan las nuevas tecnologías y sus importantes recursos económicos que superan las reservas de muchos países, como fenómeno actual posibilita a ciertos grupos económicos la utilización de diferentes estrategias o mecanismos que les permiten una apropiación indebida de los Derechos de Autor de los trabajadores en relación de dependencia.

Dada las particularidades de relaciones jurídicas laborales, la falta de conocimientos jurídicos específicos constituye la regla por parte de los profesionales del Derecho que intervienen a efectos de asesorar o para reclamar y tratar de hacer efectivo judicialmente un derecho.



Ello implica en la práctica, no sólo la pérdida de los derechos vulnerados sino también ventajas patrimoniales para las empresas proveedoras de servicios y bienes y/o empleadores, mediante la reducción de costos, obtención de ganancias ilegales, o la apropiación de los derechos que corresponden por la realización de una obra intelectual, cuya autoría corresponde a sus trabajadores. Esa situación de superioridad en que se encuentran “los proveedores de servicios o de bienes” en las relaciones de consumo y “empleadores” frente a la situación de hiposuficiencia de los trabajadores y consumidores trae como consecuencia esa apropiación indebida, teniendo en todos los casos un único fundamento formal: esto es “la propiedad de los medios de producción de los bienes y servicios”.

En particular la idea es demostrar que la ausencia de ciertos conocimientos jurídicos, específicamente de los derechos de autor, como derecho individual laboral, en las relaciones laborales, tiene su correlato directo en la pérdida de esos derechos. Y en este camino, el rol de los profesionales del Derecho y de su formación como tales, pueden mitigar o limitar esos efectos. De allí la importancia de incluir en los planes de estudios de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales contenidos referidos a esta temática.

Debe señalarse que la ausencia de normativa laboral específica sobre Derechos de Autor, sumada a las diferencias que existen entre los Derechos Intelectuales como género, que comprende los Derechos de Autor, el Derecho de Patentes, Derechos industriales y de marcas, facilitan la apropiación indebida del empresario de los derechos económicos y principalmente morales que surgen de la creación de una obra intelectual en y por el trabajo en relación de dependencia.

Si bien las estrategias adoptadas por los grupos económicos son de las más variadas, en esencia se apoyan en las implicancias que proyecta el concepto de “propiedad”, en el sentido de dominio o de dueños de los factores o medios de producción, considerando a los empleados o trabajadores como un recurso más de su organización empresarial; así se derivan posturas para justificar la apropiación indebida de los Derechos de Autor de los trabajadores en relación de dependencia, sobre sus obras o realizaciones o de algunos de sus aspectos. La apropiación indebida de los Derechos de Autor de los trabajadores puede provenir de empresas o grupos económicos ya sea conformados por personas físicas o jurídicas que se arrogan, en función de sus roles de propietarios y de empleadores en la relación laboral, en detrimento de los legítimos creadores o autores.

Así se expondrán conceptos básicos referidos a los derechos de autor, la regulación jurídica existente y el análisis de los programas de estudios a fin de comprobar que dichos contenidos no son enseñados en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

## **2. Derechos de Autor como derechos individuales laborales**

El reconocimiento de los Derechos de Autor respecto a las obras realizadas por los trabajadores en relación de dependencia no debería verse afectado por dichas circunstancias, dado que el fundamento de su reconocimiento radica en la realización el “acto de creación” en sí mismo, y que por definición resulta esencialmente humano, por lo que una empresa o persona jurídica no podría ser considerada autora.

Por lo cual, la realización de una “obra”, por parte de una persona que a su vez, resulta ser empleado o parte



en una relación laboral, no puede modificar el reconocimiento de los derechos que le corresponden por ser su autor, pero la realidad demuestra cómo pese a la existencia de una regulación jurídica específica, los empleadores o empresas suelen apropiarse de los derechos patrimoniales y en algunos casos hasta de los derechos morales que corresponderían al artista, creador o autor, justificándose dicha apropiación en que debe primar la idea de que a su vez resulta ser empleado o trabajador acorde a su contrato de trabajo, y que por lo tanto lo que produce le corresponde al dueño o empleador.

Los “Derechos de Propiedad Intelectual” presentan características propias y particulares, no sólo desde el punto de vista normativo, sino desde el punto de vista de su estudio. La creación de una “obra” resulta ser el objeto ideal sobre el que se construye la tutela legal. En el ordenamiento jurídico argentino, cuando se alude a los “Derechos de Propiedad Intelectual” se refiere a un conjunto de derechos subjetivos consagrados por normas y disposiciones que regulan la obra o creación del ser humano, abarcando a los “Derechos de Autor”, “el régimen de patentes” y el “Derecho Marcario”.

Los Derechos de Autor constituyen un conjunto de derechos subjetivos que tienen por objeto un ente ideal, la creación misma con independencia del soporte en que recaiga esa creación. El acto de creación, la obra, abarca su protección en aspectos no sólo económicos sino también morales. La ley 11.723 en su artículo 1 señala que “A los efectos de la presente Ley, las obras científicas, literarias y artísticas comprenden los escritos de toda naturaleza y extensión, entre ellos los programas de computación fuente y objeto; las compilaciones de datos o de otros materiales; las obras dramáticas, composiciones musicales, dramático-musicales; las cinematográficas, coreográficas

y pantomímicas; las obras de dibujo, pintura, escultura, arquitectura; modelos y obras de arte o ciencia aplicadas al comercio o a la industria; los impresos, planos y mapas; los plásticos, fotografías, grabados y fonogramas, en fin, toda producción científica, literaria, artística o didáctica sea cual fuere el procedimiento de reproducción. La protección del derecho de autor abarcará la expresión de ideas, procedimientos, métodos de operación y conceptos matemáticos pero no esas ideas, procedimientos, métodos y conceptos en sí”. Por un lado debe señalarse que los Derechos de Autor abarcan un conjunto de obras de la más diversa índole, pero que tienen un eje en común: el “acto de creación” y la noción de “obra”. Desde el punto de vista del contenido del Derecho de Autor, puede señalarse que normativamente abarca dos grandes aspectos, uno patrimonial y otro moral.

El aspecto moral necesariamente se refiere a la existencia de un vínculo personal entre el autor y su obra. La ley 11.723 reconoce como tales: a) El de Paternidad. B) El de Integridad. C) El derecho al Inédito. D) El derecho al Retracto. Presentan como características que se los consideran “perpetuos”, “irrenunciables”, “personalísimos”, “fuera del comercio”, e “inembargables”. Puede señalarse que si bien estos derechos en sí están fuera del comercio, no significa que no generen consecuencias económicas, por ejemplo como secuela de su ejercicio o de su violación. Pudiendo ser transferido su ejercicio efectivo por acto entre vivos como así también se transmiten *mortis causa* a sus derechohabientes.

El aspecto patrimonial, se encuentra definido en el artículo 2 de la ley 11.723 que señala: “...El derecho de propiedad de una obra científica, literaria o artística, comprende para su autor la facultad de disponer de ella, de publicarla, de ejecutarla, de representarla, y exponerla



en público, de enajenarla, de traducirla, de adaptarla o de autorizar su traducción y de reproducirla en cualquier forma...”. En este aspecto patrimonial abarca las prerrogativas jurídicas propias del ejercicio de un derecho subjetivo (Artículo 17 CN).

El ordenamiento jurídico laboral no contiene una regulación específica dedicada a los Derechos de Autor de los trabajadores, tanto en su faceta moral como en su aspecto económico. Desde el punto de vista fáctico, existen ciertas actividades económicas en las cuales un “acto de creación” del trabajador en relación de dependencia, ya sea como objeto de la prestación laboral o ya sea como actividad ajena a esa prestación, genera una “obra intelectual” protegida por la ley de Propiedad Intelectual, la cual es aprovechada por el empleador, sin que exista una regulación jurídica laboral que regule dicha situación reconociendo derechos al trabajador. Con respecto a los Derechos de Autor y la creación de una “obra” en las relaciones laborales si bien no existe una regulación específica en la ley de Contrato de Trabajo, no significa que no exista regulación jurídica alguna, sino que en principio sólo resultaría aplicable la normativa que regula los Derechos de Autor, tanto internacional como la Convención de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artistas (OMPI), la Convención de Buenos Aires sobre propiedad literaria y artística, la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 27, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre artículo XIII, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales artículo 15, y en el orden nacional la C.N. en su artículo 17, la ley 11.723, y el C. C. y C. Lo cual implica una protección para el trabajador de los aspectos económicos y morales de los Derechos de Autor que le corresponden sobre sus “obras intelectuales”.

En este momento parece oportuno distinguir los Derechos de Autor de los Derechos de Patentes sobre invenciones: en cuanto a su conceptualización, se ha señalado que: "...La patente es el documento expedido por una oficina gubernamental que describe una invención y que crea un privilegio legal en un Estado determinado, durante un plazo fijo, para que pueda ser explotada por su titular o por un tercero que tenga autorización para ello y que vencido el término de la vigencia pasa a ser del dominio público. Básicamente, el principio a que el derecho de patentes responde es el siguiente: quien realice una invención industrial puede pedir la concesión de una patente, que se le concederá si es el primero en solicitarla para esa invención y si la misma reúne los requisitos legales de patentabilidad...". Con respecto a las Invenciones del trabajador y sus derechos sobre ellos, por un lado existe en la Ley de Contrato de Trabajo (20.744) dos artículos que regulaban la cuestión, los artículos 82 y 83. Por su parte la ley de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad (24.481) también regula las invenciones en las relaciones laborales en su artículo 10 y en su decreto reglamentario 260/96.

Las legislaciones laborales fueron sancionadas teniendo en mira principalmente el trabajo físico o manual, por lo que en general, consideran a la prestación debida por el trabajador como una puesta a disposición de su fuerza laboral, se lo considera así una mercadería o un aporte fungible.

Una pregunta interesante como disparador sería: ¿qué sucede cuando una persona es contratada o empleada para realizar una obra intelectual?

Históricamente la regulación del contrato de locación de servicios o en su caso la del contrato de obra perteneciente al Derecho Civil, fueron utilizadas como herra-



mientas jurídicas para dar respuestas a las cuestiones que pudieran presentarse. Con la consolidación del Derecho Laboral, los empleadores, empresas o grupos económicos se han servido de la relación de dependencia para apropiarse indebidamente de lo producido por el trabajador en relación a los derechos que surgen de sus creaciones u obras protegidas por el Derecho de Autor.

En la actualidad, se observa que las personas que se encuentran en relación de dependencia laboral, y que a su vez son creadores, artistas, músicos, en fin autores de obras protegidas por los Derechos de Autor, padecen o sufren situaciones de abuso como consecuencia de la apropiación indebida de todos o algunos de los aspectos o derechos reconocidos por los Derechos de Autor y que les corresponderían por sus obras.

Las normas y principios que conforman los sistemas jurídicos laborales, dan escaso tratamiento a las situaciones planteadas, dado que fueron pensadas y sancionadas en un mundo en el cual el trabajo humano era preponderantemente físico, para muchos considerado como un aporte o mercancía fungible o perfectamente sustituible por el trabajo o aporte de otro individuo. Corresponde advertir, que la tarea intelectual o de creación artística se basa precisamente en resaltar la individualidad y la manifestación personal de cada autor o creador, sin perjuicio de la protección que como trabajador en relación de dependencia merezcan. Por lo cual estas situaciones, por las cuales un trabajador a su vez crea obras en el sentido de los Derechos de Autor, que cada vez se dan con mayor frecuencia en nuestra actualidad económica dominada por empresas o grupos económicos, implica que debe mejorarse el sistema jurídico a fin de tratar de reducir la posibilidad de la apropiación indebida de los derechos sobre sus obras. Debe advertirse cómo se agrava la situación de

desventaja de los autores que son a su vez trabajadores frente a la situación de las empresas que les exigen renunciar a ciertos Derechos de Autor o que directamente se los apropian precisamente en función de esa relación de dependencia.

### **3. Tratamiento en los contenidos académicos**

Como primera medida en lo que se refiere a la enseñanza del contenido académico, del “Derecho”, en el ámbito universitario se configura por planes de estudios, que se subdividen en materias las cuales a su vez en programas de estudio y de examen. La existencia de áreas de conocimiento del Derecho o de la Ciencia del Derecho, que se manifiestan en la existencia de materias curriculares, responde principalmente a fines pedagógicos y a la necesidad de organizar ese conocimiento en forma sistemática, facilitando así su enseñanza y su conocimiento. Con la característica que su esquematización en materias, puede responder a la existencia, y ahí su correlato, de las denominadas “ramas” del Derecho.

Puede señalarse que no existe en los planes de estudios vigentes el reconocimiento a la autonomía científica de la “propiedad Intelectual”, sino que su enseñanza se encuentra parcializada y desmembrada principalmente en otras materias como Derecho Penal, Derecho Comercial y Derechos Reales. Por lo cual el punto de partida es la ausencia de una exposición y estudio sistemático de esta materia, al menos a nivel de grado.

En referencia a la materia Derecho Social (Derecho Laboral), indagándose en los programas oficiales de las cátedras puede verse la inclusión como “Derechos del empleador y correlativos deberes del trabajador” la “preferencia en la explotación de los inventos personales del



trabajador”. Por lo cual sólo se hace referencia a los derechos sobre las invenciones realizadas por los trabajadores pero no así sobre las obras intelectuales.

Se hace referencia a los derechos del empleador sobre la invención del trabajador, y no a los derechos del trabajador pese a la referencia de los artículos 82 y 83 de la LCT que señalan que “...Las invenciones o descubrimientos personales del trabajador son propiedad de éste, aun cuando se haya valido de instrumentos que no le pertenecen. Las invenciones o descubrimientos que se deriven de los procedimientos industriales, métodos o instalaciones del establecimiento o de experimentaciones, investigaciones, mejoras o perfeccionamiento de los ya empleados, son propiedad del empleador. Son igualmente de su propiedad las invenciones o descubrimientos, fórmulas, diseños, materiales y combinaciones que se obtengan habiendo sido el trabajador contratado con tal objeto...” y “El empleador deberá ser preferido en igualdad de condiciones a los terceros, si el trabajador decidiese la cesión de los derechos a la invención o descubrimiento...”. Por su parte la ley 24.481 en su artículo 10 referido a las Invenciones desarrolladas durante una relación laboral señala que “... a) Las realizadas por el trabajador durante el curso de su contrato o relación de trabajo o de servicios con el empleador que tengan por objeto total o parcialmente la realización de actividades inventivas, pertenecerán al empleador. b) El trabajador, autor de la invención bajo el supuesto anterior, tendrá derecho a una remuneración suplementaria por su realización, si su aporte personal a la invención y la importancia de la misma para la empresa y empleador excede de manera evidente el contenido explícito o implícito de su contrato o relación de trabajo. Si no existieran las condiciones estipuladas en el inciso a), cuando el trabajador realizara

una invención en relación con su actividad profesional en la empresa y en su obtención hubieran influido predominantemente conocimientos adquiridos dentro de la empresa o la utilización de medios proporcionados por ésta, el empleador tendrá derecho a la titularidad de la invención o a reservarse el derecho de explotación de la misma. El empleador deberá ejercer tal opción dentro de los noventa (90) días de realizada la invención. c) Cuando el empresario asuma la titularidad de una invención o se reserve el derecho de explotación de la misma, el trabajador tendrá derecho a una compensación económica justa, fijada en atención a la importancia industrial y comercial del invento, teniendo en cuenta el valor de los medios o conocimientos facilitados por la empresa y los aportes del propio trabajador; en el supuesto de que el empleador otorgue una licencia a terceros, el inventor podrá reclamar al titular de la patente de invención el pago de hasta el cincuenta por ciento (50 %) de las regalías efectivamente percibidas por éste. d) Una invención industrial será considerada como desarrollada durante la ejecución de un contrato de trabajo o de prestación de servicios, cuando la solicitud de patente haya sido presentada hasta un (1) año después de la fecha en que el inventor dejó el empleo dentro de cuyo campo de actividad se obtuvo el invento. e) Las invenciones laborales en cuya realización no concurren las circunstancias previstas en los incisos a) y b) pertenecerán exclusivamente al autor de las mismas. f) Será nula toda renuncia anticipada del trabajador a los derechos conferidos en este artículo”.

Más allá de los reparos que pueden realizarse a los artículos antes citados, por cuanto un trabajador que realiza una invención se ve limitado en el ejercicio de sus derechos por ser trabajador, y la discusión sobre cuál ley debe aplicarse, la regulación jurídica elegida para or-



denar esta situación es la atribución de la autoría de la invención (con independencia de los derechos indemnizatorios reconocidos a los trabajadores o de preferencia para los empleadores) según la invención sea objeto del contrato de trabajo, o se hayan utilizado medios (instrumentos) de la empresa o hubieran influido predominantemente conocimientos adquiridos dentro de ésta. No se elige en virtud del reconocimiento directo de la capacidad creativa del trabajador, sino los medios de producción utilizados y más aun, una invención industrial será considerada como desarrollada durante la ejecución de un contrato de trabajo o de prestación de servicios, cuando la solicitud de patente haya sido presentada hasta un (1) año después de la fecha en que el inventor dejó el empleo dentro de cuyo campo de actividad se obtuvo el invento. Esta solución se contrapone totalmente con el paradigma de los Derechos de Autor, principalmente con su aspecto moral.

#### **4. Reflexiones finales**

Como conclusión puede señalarse que dentro de los contenidos académicos de grado la “Propiedad Intelectual” sólo se enseña en forma parcial, y en el caso particular de los Derechos de Autor en el marco de las relaciones jurídicas laborales no forman parte de estos contenidos.

Por lo cual, a nivel de grado, al no existir la inclusión en los programas de estudios de la contemplación de los derechos de autor de los trabajadores como un derecho individual de los mismos, los que nos formamos en Derecho carecemos de dichos conocimientos. Puede entenderse que dicho contenido al ser específico debe formar parte de los planes de estudio de un posgrado, pero se plantea el

inconveniente de que al ser arancelados tales posgrados el acceso a dicho contenido se encuentra condicionado.

Un derecho que no se conoce es un derecho que no se ejerce, y en este caso los profesionales del Derecho que no conocemos la existencia de los Derechos de Autor de los trabajadores sobre sus obras intelectuales, tendemos a no reconocerlos y a no aplicarlos, y quienes se ven perjudicados son los trabajadores, la parte más débil de la relación jurídica laboral.

Entendemos que a los graduados de esta Facultad se les deben brindar los elementos y herramientas para enfrentar los desafíos y retos que exige la nueva realidad. Así en lo laboral, no sólo la aparición de las “economías de plataforma” o nuevas formas de flexibilización laboral implican un desafío sino también hace años, el desarrollo de “Internet” donde el trabajo intelectual, la obra intelectual, resulta ser la prestación principal por ejemplo en la industria del software, o farmacéutica, o el diseño de semillas. En estos casos por ejemplo, ya no es el trabajo físico lo que se demanda sino la capacidad intelectual del trabajador.

Reconociendo la fuerte influencia del concepto de “propiedad” en nuestra realidad, en forma directa o como derivaciones jurídicas o lingüísticas la idea de “propiedad” cumple un rol preponderante para atribuir facultades. Si bien ello sucede en el ordenamiento jurídico en general, ya que está profundamente teñido de “propietarismo” o de ideas cosificadoras, en particular, este fenómeno también se observa en el campo de los Derechos de Autor, dado que los grupos económicos o las empresas consideran y justifican la apropiación de los derechos que surgen de una obra en función de la visión que tienen sobre el Derecho de Propiedad de los medios o factores de producción.



En el contexto actual, en el cual la globalización financiera y el comercio mundial se apoyan en la tecnología y nuevos desarrollos innovadores, las principales empresas y grupos económicos se direccionan decididamente a buscar nuevos productos o servicios que en muchos casos constituyen creaciones intelectuales, acorde al Derecho de Autor. Por lo cual las ventajas y relaciones jurídicas y económicas, que esa interconexión permite e impulsa a su vez, un proceso de cambio vertiginoso, determinado por aquellas empresas o grupos económicos que poseen o se arrojan la titularidad de los Derechos Intelectuales sobre obras de acceso masivo, o desarrollos que requieren sistemas o equipos electrónicos o computadoras, para su concreción, realización o fijación de obras intelectuales protegidas por los Derechos de Autor, implica que se debe reconocer adecuadamente que en todos los casos, siempre se encuentra una persona que crea, es decir un autor, ya sea como programador, ingeniero, artista, músico, pintor o diseñador, que crea la obra tal vez con ayuda de los medios tecnológicos elegidos y que pertenecen en propiedad a la empresa o grupo económico, con lo cual resulta imperioso entender esta realidad y comprender que los distintos aspectos que conforman los Derechos Intelectuales, sus características y efectos, siempre provienen o reconocen su existencia a partir de un acto de creación intelectual de seres humanos, que a su vez pueden ser empleados en relación de dependencia laboral.

La aplicación de las Leyes Laborales vigentes en combinación con la normativa específica sobre Derechos de Autor, debería generar una eficaz protección del trabajador que a su vez crea o realiza obras protegibles.

Siendo la relación jurídica laboral estructurada en un plano de desigualdad entre las partes (Empleador y Trabajador), en donde el trabajador resulta ser la parte

más débil de la misma, sufriendo una situación de dependencia que justifica la existencia de un ordenamiento jurídico protectorio específico y que responde a valores y principios jurídicos propios, que fueron pensados y sancionados teniendo en mira principalmente el trabajo manual o físico. Los cambios económicos y sociales llevan a una modificación de las tareas laborales, dando cada vez más preponderancia a las tareas intelectuales por lo cual resulta necesario avanzar en la articulación de los principios jurídicos generales del Derecho Laboral y las reglas propias de los Derechos de Autor.

Lograr una realización artística, acorde a los cánones legales, tiene muy poca relación con la idea de ser propietario o dueño de recursos económicos o materiales utilizados en su elaboración, dado que todas estas conductas o actividades creativas constituyen una manifestación o el resultado de la creatividad y la personalidad de su autor, con lo cual resulta válido que las empresas o grupos económicos obtengan una retribución o participación en las beneficios económicos que genere la obra en la cual han contribuido, pero la realidad demuestra frecuentemente abusos o la apropiación indebida en detrimento de los derechos de los legítimos autores o creadores, que es lo que la ley debe reconocer y tutelar, para fomentar la realización de obras o invenciones que resulten o constituyan los elementos modernizadores y en fin de mejora de nuestra vida social en todos sus aspectos.

No existe una sistematización de los conocimientos sobre derechos intelectuales que responda a su esencia, naturaleza y sobre todo a su evolución, comprendiendo los fenómenos complejos que nos presentan las nuevas tecnologías y avances científicos y culturales. La fragmentación del contenido de los derechos intelectuales no permite el conocimiento efectivo ni la enseñanza de la



esencia que justifica esta disciplina jurídica: “El acto de creación”. En el plano del Derecho del Trabajo, menos aun. En este sentido la Educación Superior debe adaptarse a las nuevas demandas sociales, y a los cambios estructurales que plantea la tecnología.

Entendemos que resulta necesaria la incorporación al plan de estudios de una materia dedicada exclusivamente a los diversos aspectos que comprenden los Derechos Intelectuales, ya que la fragmentación de sus contenidos implícitos o explícitos no forma parte de la formación efectiva de los estudiantes de Derecho. En su defecto que se incorpore en el ámbito del Derecho Social y de la seguridad social la temática expuesta.

## 5. Bibliografía

ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. 2007. *Estudios de Derecho de autor y derechos afines*. Colección de Propiedad Intelectual, Editorial Reus, Madrid.

BUERES, Alberto J. (1998). *Objeto del negocio jurídico*. 2a. ed. Buenos Aires: Hammurabi.

CORREA, Carlos María. 1989. “Propiedad Intelectual, Innovación Tecnológica y Comercio Internacional”. *Revista de comercio exterior*, Vol. 39, Nro. 12, pág. 1059.

DIEZ PICAZO, Luis (1979). *Fundamentos del derecho civil patrimonial (Introducción a la Teoría del Contrato)*. 2ª reimp. Madrid: Tecnos.

D’ALBORA, Francisco J. (h), “Lavado de dinero. El delito de legitimación de activos provenientes de ilícitos”, ED, 180-1085.

IRIARTE, Ignacio Fabián. 2011. “Ley 22.362 Marcas y Designaciones”, en *Código Penal de la Nación Comentado y anotado*, Dir. Andrés José D’Alessio, Ed. La Ley, 2ª. Edición, Buenos Aires.

LETURIA, Mauro Fernando. “Problemáticas de la enseñanza de los Derechos de propiedad Intelectual en el ámbito de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata.” Publicado en el año 2013 en:

[http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/36070/Documento\\_completo.%20Mauro%20Leturia..pdf?sequence=1](http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/36070/Documento_completo.%20Mauro%20Leturia..pdf?sequence=1)

LETURIA, Mauro Fernando. 2014. “Crónica sobre Propiedad Intelectual en Argentina en el año 2013”. Publicada en el *Anuario de Propiedad Intelectual ASEDA 2013*. Editorial Reus. Madrid, España.

LETURIA, Mauro Fernando. 2014. “Reflexiones sobre los Derechos Intelectuales”, publicado en la Revista “Temas de Derecho Económico-Enfoque Nacional e Internacional” Tribunales Ediciones.

LETURIA, Mauro Fernando. 2015. “Breves consideraciones sobre el ‘acto de creación’”. *Anuario de Propiedad Intelectual ASEDA 2014*. Editorial Reus. Madrid-España.

LETURIA, Mauro Fernando. 2016. “Protección Penal de los Derechos Intelectuales en Argentina”. *Anuario de Propiedad Intelectual ASEDA*. Editorial Reus, Madrid-España.

LIPSYC, Delia-VILLALVA, Carlos A., “El autor menor de edad”, La Ley 2007-C, 797.

NÚÑEZ, Ricardo. (1972). *Manual de Derecho Penal*, parte general, Ed. Lerner.

RIVERA, Julio César. (2006). *Instituciones de derecho civil*. 3ª ed. Buenos Aires: LexisNexis.

ROGEL VIDE, Carlos. 2003. *En torno a los Derechos Morales de los Creadores*, Editorial Reus, Madrid.

ROGEL VIDE, Carlos. 2013. *Estudios Completos de Propiedad Intelectual*, volumen cuarto, Editorial Reus, Madrid.



ROGEL VIDE, Carlos-Eduardo SERRANO GÓMEZ. 2008. *Manual de Derechos de Autor*, Editorial Reus, Madrid.

ROGEL VIDE, Carlos-Caridad VALDÉS. 2012. *Obras Originales de Autoría Plural*, Editorial Reus, Madrid.

RUIPÉREZ AZCÁRATE, Clara. 2012. *Las obras del Espiritu y su originalidad*, Editorial Reus, Madrid.

SERRANO GÓMEZ, Eduardo. 2000. *La Propiedad Intelectual y las nuevas tecnologías*. Cuadernos Civitas. Madrid. España.

SÁNCHEZ CANNAVÓ, Sebastián I. *Manual de Derecho Comercial I*. 1ª ed. José C. Paz: Edunpaz, 2017.

TABIERES Susana-LETURIA, Mauro Fernando. *Derechos de propiedad intelectual. Análisis sobre su naturaleza, aplicación y efectos*, Librería Editora Platense, La Plata-Buenos Aires, 2014.

## **Resumen de las actividades de Extensión a cargo del Dr. Martín Gagliardi**

En mi carácter de Coordinador de la Secretaría de Extensión, realizare una breve síntesis de las jornadas que se realizaron a lo largo del año 2019, previo a ello pasaré a explicar de qué se trata esta tarea que tanto esfuerzo y trabajo nos lleva al equipo que conformamos en el Decanato de la Facultad de Derecho de la UDE:

La extensión universitaria procura generar y mantener la relación de la Universidad con la sociedad, siendo el mecanismo de interacción que permite dinamizar la vinculación entre los diferentes actores universitarios y el medio, con el fin de proponer respuestas alternativas a cuestiones de la sociedad.

Si bien la Universidad no tiene como función la resolución directa de los problemas sociales, sanitarios, educativos o económicos de las regiones próximas, si tiene la responsabilidad de generar nuevas ideas que permitan hacerlo. Pensar hoy la universidad y sus sentidos implica pensarla hacia sí misma y, al mismo tiempo, hacia la realidad social en que ella despliega sus prácticas. Intervenir en el campo de las necesidades sociales puede ser una elección, pero para quienes estamos en las universidades públicas es también un deber.

¿Cuál es el rol que le corresponde desempeñar a la Extensión Universitaria en el contexto de la sociedad contemporánea? ¿Qué papel juega en la sociedad del conocimiento y de la información que se está configurando y en un contexto dominado por los fenómenos de la globalización y la apertura de los mercados?

Y en esos nuevos escenarios educativos, agregamos nosotros, el paradigma de la educación permanente, del



aprendizaje permanente, es el que nos permitirá disponer de la llave para ingresar en el nuevo milenio.

Todo proyecto de Extensión Universitaria que se promueve desde esta Facultad constituye prácticas de educación formal e informal, académicas, basándose en el conocimiento disciplinar, cultural, artístico, humanístico, deportivo, etc.

Definir una política de extensión y vinculación con la sociedad que oriente las actividades, integre a todas las unidades académicas y áreas centrales y promueva la participación de profesores, alumnos y miembros de la comunidad.

Por, último no puedo dejar de lado que este ciclo resultó trascendental para la historia de nuestra Facultad, ya que hemos tenido que sostener y defender el plan de estudios de la carrera de abogacía con pares evaluadores de la CONEAU, lo que ha llevado al grupo de gestión, extensión e investigación a sumar esfuerzos y disponer de un tiempo supremo de nuestras vidas para que todo resulte de la mejor manera, como no dudo que así afortunadamente será.

Logros de la gestión que se plasmaron exitosamente en las siguientes actividades de extensión.

- Oralidad Forense. Expositor: Dr. Claudio Gianone y Silvina Luna.

- Derechos Intelectuales, tipos de obras o creaciones. Su protección legal. Expositor: Dr. Mauro Fernando Leturia.

- Jornadas Académicas sobre el 25 Aniversario de la Reforma Constitucional de la Nación Argentina. Expositores: Germán Rincón, Andrés Salazar Lea Plaza, Mauro Fernando Leturia y Carlos Balbín.

- Taller de litigación Penal. Expositores: Dra. Analía Reyes, Martin Sabelli.

- Reapertura anual de la Cátedra de Cultura Vasca. Expositor y organizador: Dr. Santiago Irisarri.

- Reunión ampliada de la Cátedra de Derecho de Familia y Ateneo Profesional con colegas especialistas de la República del Perú. Responsables: Dr. Juan Pablo Troncoso UDE, Dr. Mauro Cerdá UDE, Mag. Gloria Acosta Hoyle (UNIFE), Moderadores: Dra. Mariana Manso (CALP), Dr. German Rincón, Mauro Fernando Leturia, Pablo Puente y Marín Gagliardi.

- V Jornadas Bonaerenses de Derecho Romano. Expositores: Liz Amaya y Fabio Arriagada.

- La Mediación, diversos métodos de resolución de conflictos y los Derechos del Consumidor. Expositores: Francisco López Simpson, Osvaldo Bassano, Vanina Murray Laura Guevara.

- Charla Informativa acerca del Ejercicio de la Profesión de Abogado. Expositores: José Manuel Calvo, Emiliano Agustín Barbieri, Camila Denisse Pereyra.

- Jornadas sobre Finanzas Públicas y Derecho Tributario: actualidad y futuro. Expositores: Bruno Tondini, Aníbal Oscar Berteá, Agustina O'Donnell, Azul Lamoglie, Mercedes Sastre y Javier Gobbi.

- Diálogo sobre los ejes estructurales de la reforma procesal civil de la Nación y la Provincia de Buenos Aires – Conversatorio sobre la etapa preliminar en el contexto de la reforma. Expositores: Dra. Patricia Bermejo, Dr. Agustín Hankovits, Dr. Sebastián Villa, Dr. Agustín Silva, Dr. Juan Manuel Hitters.

- “Jornada sobre Juicio por Jurados y Litigación” Organiza: Programa de Extensión sobre Juicio por Jurados y Litigación de la Universidad del Este. Expositores: Daniel Carral, Analía Reyes, Gladys López, Alejandro Cascio y Cristian Penna.



- Jornadas sobre los Nuevos paradigmas, nuevas sociedades, y nuevas tecnologías en el Derecho Societario. Expositores: David, Marcelo A., Arenas, Pablo E., Otalvares, Juan José.

- Jornadas sobre la Introducción al análisis del cobro de honorarios, modalidades y alternativas de la misma. Análisis de la Ley de Honorarios y su vinculación con la práctica. Expositores: Arriagada Fabio, Amaya María Lis, Cerdá Mauro y Pereyra Camila.

- Jornadas sobre La Quiebra del consumidor y Derecho Concursal. Expositores: Dra. Rita Cordera, María Jazmín García y Karen Alt.

- Convenio de colaboración y proyección con la Municipalidad de Ensenada.

- Instalación del Consultorio Jurídico Gratuito en Santa Rosa, Provincia de La Pampa.

- Carta de intención y cooperación recíproca con la Universidad Femenina del Sagrado Corazón (Perú), suscripta por el Sr. Decano Germán Rincón y el Secretario de Investigación y de extensión Mauro Fernando Leturia.

- Participación activa en las reuniones de la Comisión de Jóvenes abogados del Colegio de Abogados de la Plata.

## **Resumen de las actividades de gestión y coordinación a cargo del Dr. Pablo Federico Puente**

En mi carácter de coordinador de la carrera de Abogacía de la Universidad del Este, en una breve síntesis prosigo a describir los puntos fundamentales de la gestión, sobre el ciclo lectivo 2019, en lo que respecta a nuestra querida Facultad.

Sin dejar de lado y poniendo énfasis en mis dichos, este ciclo fue trascendental para la historia de nuestra Facultad, visto que hemos tenido que defender el plan de estudios de nuestra carrera con nuestros pares evaluadores de CONEAU, lo que ha llevado al grupo de gestión, un arduo e intenso trabajo.

Brevemente y en un acotado resumen paso a describir los puntos principales del ciclo lectivo 2019:

### **DOCENCIA**

Descripción de las actividades comprometidas

Actividad: Implementación del Diseño curricular de la Carrera de Abogacía. Plazo de Ejecución: Ejecución continua.

Beneficiarios: Comunidad Educativa. Indicadores operacionales: Consultas, reuniones y entrevistas, Proyectos de Cátedra e informes del desarrollo de actividad.

### **ACTIVIDADES CUMPLIDAS**

1-Actividad: Implementación del calendario académico de la carrera de grado.

Plazo de ejecución: Ejecución continua.

Beneficiarios: Gestión institucional, docentes y alumnos.



Indicadores Operacionales: Acto administrativo que aprueba y regula la actividad. Puesta en conocimiento a la comunidad educativa.

2-Actividad: Confección de la propuesta docente, para lo cual se procede a:

Entrevistar a los nuevos docentes propuestos por los titulares de cátedra.

Evaluar los antecedentes académicos y profesionales de los docentes propuestos.

Plazo de Ejecución: corto plazo. Ejecución cuatrimestral.

Beneficiarios: Gestión Institucional.

3-Actividad: Planificación de la oferta académica. Asignación Estratégica de horarios, comisiones y aulas: redistribución horaria de la cursada por cátedras y asignaturas, que garanticen el dictado efectivo en la franja horaria correspondiente, respetando la posibilidad de elección de los alumnos.

Plazo de Ejecución: corto plazo. Ejecución continúa.

Beneficiarios: Alumnos. Gestión Institucional.

4-Actividad: Supervisión del Desarrollo Curricular. Evaluación objetiva de la actividad docente.

Plazo de Ejecución: Corto plazo. Ejecución continúa.

Beneficiarios: Gestión académica.

Indicadores operacionales: Protocolo para el relevamiento de la información por cátedra (propuesta pedagógica, cronograma de clase, rendimiento académico de los alumnos, asistencia y puntualidad, asistencia a convocatorias del Decano.

5-Actividad: Supervisión del Desarrollo Curricular. Evaluación subjetiva de la actividad docente.

Plazo de Ejecución: Corto plazo. Ejecución continúa.

Beneficiarios: Gestión académica

Indicadores operacionales: Instrumento para relevar las opiniones de los alumnos. Cantidad de alumnos encuestados y/o entrevistados. Informe de resultado del relevamiento efectuado. Ficha Autoevaluación de desempeño académico. Informe anual.

6-Actividad: Control Administrativo Interno.

Plazo de Ejecución: corto plazo.

Beneficiarios: Gestión Institucional. Sistema Académico.

Indicadores operacionales: Reportes producidos por el Departamento de Alumnos. Estado de legajos de alumnos, expedientes de equivalencias y libros de actas.

#### Puntos de la Coordinación:

1-Me he reunido con la totalidad de las cátedras de la carrera de Abogacía, con sus titulares y adjuntos, con respecto a la planificación de la carrera y el contenido de cada una de las materias, la forma de trabajo y las expectativas a futuro.

2- Realizamos las llamadas “Reuniones con el decano” conjuntamente con el Sr. Presidente del Consejo de Administración y la Rectora, también con muy buena respuesta de los docentes. También trabajamos en el proceso de acreditación donde se subió información, se vinculó a docentes y demás, amén de iniciar un estudio profundizado del plan de estudio para adaptarlo al contenido exigido y pensar un Plan adaptado a las necesidades de la Universidad.

3- Hemos atendido de manera personal a todo el alumnado, solucionando, escuchando y evacuando inquietudes e inconvenientes.

4- Se comenzó a profundizar la incorporación de la educación a distancia para tratar de incorporarlo al ciclo académico 2019.



Temas generales que se trataron en las reuniones con las cátedras:

\*Biblioteca: En este punto la mayoría de las cátedras se comprometieron a hacer una visita a la biblioteca a ver qué bibliografía hay con respecto a su materia.

\*Cvar: La totalidad de los profesores han cargado su CV al CVAR.

\*CONEAU: se les informó a todas las cátedras que la carrera está en etapa de acreditación, por lo que necesitaremos de su colaboración permanente.

\*Horarios de Cursada: se les informó el horario de la cursada y su estricto cumplimiento.

\*Asistencia de los Docentes: se les informó a los docentes que previo a la clase pasen a firmar por Alumnos y que la asistencia es fundamental, que el docente debe pasar lista y cargarla al Siu Guarani, no puede agregar alumnos manualmente ni en la lista de asistencia, ni en el acta de examen final.

\*Promoción de la cursada: se les recordó a las cátedras métodos y puntaje de promoción.

\*Extensión e Investigación: Aquí la mayoría de las cátedras se comprometió a realizar actividades en 2019.

En conclusión, la mayoría de las cátedras se han mostrado agradecidas y satisfechas con las entrevistas, han prestado su conformidad y han dejado observaciones, la experiencia fue altamente favorable.

#### Logros de la gestión

- Conformación del equipo de trabajo de la Facultad
- Puesta en marcha del convenio con la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional de La Plata para que los docentes de esta Facultad accedan a carreras de posgrado en dicha dependencia
- Convenio con la Municipalidad de Ensenada

- Designación de 4 (cuatro) docentes con dedicaciones semiexclusivas
  - Instalación del Consultorio Jurídico Gratuito dependiente de la Facultad en la municipalidad de Ensenada y en la ciudad de Santa Rosa (La Pampa)
    - Carta de intención de cooperación recíproca con Universidad Femenina del Sagrado Corazón (Perú)
    - Instalación del Programa de Seguimiento y Apoyo al Estudiante
      - Participación en las reuniones de la Comisión de Jóvenes abogados del Colegio de Abogados de La Plata
      - Organización del Taller de Litigación: Alegatos de inicio y contra- examen a cargo de Martín Sabelli (coorganizado con INECIP)
        - Organización y desarrollo del 1er. Concurso de Artículos de Investigación y Divulgación Jurídica
        - Realización de Jornadas Académicas y Conversatorios sobre diversos temas
        - Participación en el XI Concurso Nacional Universitario de Litigación Penal (Tucumán)
        - Participación en el IV Congreso de Justicia Constitucional (Salta)
        - Participación en el IV Congreso de Consumidores y Usuarios (Junín)
        - Co-organización de la V Jornada Bonaerense de Derecho Romano en conjunto con CALP, UNLP y UCALP
        - Participación en el XXIV Encuentro Nacional de Profesores de Derecho Romano
        - Participación en Primera Jornada Nacional sobre Enseñanza del Derecho UNLPam (Santa Rosa)
        - Participación en III Congreso Internacional de Enseñanza del Derecho UNLP (La Plata)
        - Participación en XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil UNL (Santa Fe)



Creación del Instituto de Derecho Antigo y Comparado de Investigación y Extensión;

Charla sobre Concientización sobre la importancia de la donación de sangre.

En síntesis el grupo de gestión ha tenido un año intenso de trabajo pero con logros satisfactorios.

## Graduados del año 2019

### PROCURADORES 2019

- Amodio, Romina
- Bimercati, Luis
- Cantero, Priscila
- Fernández Ruiz, Gloria
- Guitiérrez, Damián
- Marioli, Patricio Leandro
- Ponce, Agustina
- Rondina, Valentino
- Ruiz Díaz, M. Lorena
- San Guino, María Isabel

-

### ABOGADOS 2019.

- Cabrera, Patricia
- De la Concepción, Luciano
- Ferreira, Ezequiel
- Gonzales Tabuenca, Catalina
- Pulvermacher, Erika
- Ranno, Matías Javier
- Romano, Diego
- Sgriletti, Ornella
- Weinzettel, Alez Javier





