



FACULTAD DE CIENCIAS  
JURÍDICAS  
UNPSJB

# Revista Patagónica de Derecho

---

Publicaciones jurídicas de la Facultad  
de Ciencias Jurídicas de la  
Universidad Nacional de la Patagonia  
San Juan Bosco.

[www.fcj.unp.edu.ar](http://www.fcj.unp.edu.ar)





**FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS**

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PATAGONIA**

**SAN JUAN BOSCO**

**NÚMERO II AÑO 2024**

*ISSN 3008-9247*





# **DIRECTOR DE LA REVISTA**

*Dr. Leonardo Andrés Behm*

Revista creada y avalada académicamente por Resolución 37/2023 (04/07/2023) del  
Consejo Directivo de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional de la  
Patagonia San Juan Bosco



# **AUTORIDADES FCJ-UNPSJB**

## **DECANO**

*Dr. Rubén Gustavo Fleitas*

## **VICE DECANO**

*Dr. Francisco Schiavone*

## **SECRETARIO ACADEMICO**

*Dr. Juan Manuel Irusta*

## **SECRETARIA ADMINISTRATIVA**

*Proc. Paola Cirión*

## **SECRETARIO DE INVESTIGACIÓN Y POSGRADO**

*Dr. Leonardo Andrés Behm*

## **SECRETARIA DE EXTENSIÓN Y BIENESTAR ESTUDIANTIL**

*Proc. Ana Gabriela De Palma*



## *SOBRE LOS DERECHOS DE AUTOR*

*Se deja expresa constancia que las manifestaciones vertidas en los artículos doctrinarios de esta Revista lo son bajo la exclusiva responsabilidad de sus autores, quienes han declarado expresamente que lo elaborado por ellos es de su completa autoría y que no viola derechos de propiedad intelectual de terceros.*



# ÍNDICE

## PALABRAS PRELIMINARES

*Palabras del Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas. Por Rubén Gustavo Fleitas* (p.15).

*Palabras del Director de la Revista Patagónica de Derecho. Por Leonardo Andrés Behm* (p.17).

## ARTÍCULOS POR ÁREA

### ***Derecho Laboral***

*La transacción normativa y la ineficiencia del sistema de reforma laboral desde la perspectiva metodológica trialista. Por Emilio Romualdi* (p. 19).

*El SAC en la marinería: incompatibilidad del régimen laboral general en un caso concreto. Por Joaquín Iglesias* (p. 39).

### ***Derecho Penal***

*Los modelos de la responsabilidad penal de la persona jurídica a la luz de la ley 27.401. Por Francisco Gelvez* (p. 45).

*Principio de Proporcionalidad “D., E. R. s/rec. de casación”. Por Francisco Gelvez* (p. 61).

*El terrorismo en el código penal argentino. Por Corina Franco* (p. 79).

### ***Derecho Procesal***

*¿Pueden las partes preparar a sus testigos antes del juicio? La Preparación de testigos desde la teoría de la litigación y la ética procesal. Por Nicanor Barrios* (p. 95).

### ***Derecho del Consumidor***

*Las sociedades comerciales y el estatuto del consumidor. Por Leonardo J. Barzini* (p. 113).

### ***Derecho Civil y Comercial***

*¿Libertad contractual o autopista del abuso? Por Fernando Shina (p. 125).*

### ***Derecho Tributario***

*El sustento territorial como límite constitucional a la potestad tributaria en la aplicación del SIRCRES (a raíz de la reciente providencia cautelar dictada por la justicia federal en la causa “Adeco Agropecuaria”). Por José Ignacio Bellorini (p. 139).*

*Análisis del Fallo Camaronera Patagónica S.A. Recobrando el análisis de la delegación legislativa en materia tributaria. Por Leticia Brun (p. 153).*

*La necesaria armonización impositiva local en el marco de la ley de coparticipación. Las “características básicas” del IIBB como regla de homogeneidad. Por Leonardo A. Behm (p.177).*

### ***Marcas y Patentes***

*Régimen de las indicaciones geográficas y denominaciones de origen para productos agrícolas y alimentarios en la Argentina. Por Paola G. Laurini Rodríguez y Elena M. Schiavone (p. 189).*

### ***Derecho y Salud***

*¿Qué es el secreto médico? ¿Cuándo puede revelarse? ¿Cuándo hay obligación de denunciar? Por Karina Mariela Castagna (p. 209).*

### ***Derecho Internacional Público***

*Breve análisis de la licitud de la legítima defensa preventiva en el derecho internacional público. Por Gastón I. Morales (p. 223).*

*Los grupos terroristas como entidades en la escena internacional ¿Actores o Sujetos? Por Christian Aprosoff (p. 235).*

*Participación popular como derecho en la Constitución de Chubut. Por Eduardo Hualpa (p.243).*

*Antecedentes académicos y profesional de los autores (p. 241).*

***Palabras del Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas UNPSJB  
al cumplir en el 2024, 30 años la carrera de Abogacía en nuestra Universidad***

***\*Por Rubén Gustavo Fleitas***

Este año se cumplen 30 años de la carrera de Abogacía en nuestra Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco. Desde el año 1994, y en forma ininterrumpida, se viene dictando la carrera, iniciando con la Escuela de Derecho para luego normalizarse y convertirse en nuestra hoy Facultad de Ciencias Jurídicas, a partir del año 2006.

Es oportuno señalar que siendo la carrera de Derecho más austral del mundo, ha transitado por momentos de intenso crecimiento y de incesante actualización, logrando no sólo instalarse como una de las carreras de mayor convocatoria en nuestra Patagonia, sino como un punto de referencia en la actualización y vinculación de la temática del Derecho, con nuestra sociedad.

Ello se ve reflejado en el centenar de convenios que relacionan a nuestra casa de estudios con instituciones Públicas y Privadas, que desarrollan vínculos académicos, científicos y de práctica profesional, que permite mediante actividades, pasantías y diversas estrategias, desarrollar tareas que redundan claramente en el desarrollo de los mejores conocimientos en el Derecho.

A lo largo de estos treinta años se puede apreciar que no sólo se ha institucionalizado la carrera de grado, sino que también se han incorporado carreras de pregrado y posgrado, con título de alcance nacional, a través del reconocimiento del Ministerio de Educación.

Las Tecnicaturas Universitarias en Criminalística, Martillero Público y Corredor, y en Procuración y Asistente Jurídico, se han dictado en forma programada en las cuatro sedes de nuestra Facultad: Comodoro Rivadavia, Trelew, Esquel y Puerto Madryn.

Por su parte, las carreras de Posgrado, Maestría en Derecho Administrativo y la Especialización en Derecho Administrativo, lleva distintas cohortes dictadas en Sede Trelew de la Facultad.

Estas instancias se suman a la diversidad de actividades académicas y científicas que se vienen desarrollando incesantemente en nuestras sedes, Congresos Nacionales e Internacionales, jornadas, seminarios, talleres, conversatorios, Cursos de Posgrados y Diplomaturas, se encuentran en la agenda anual de cada sede, sumado a las vinculaciones de nuestros estudiantes mediante voluntariados, actividades de competencias en

litigación, práctica profesional en el ámbito de distintas instituciones, simulacros y ensayos de actividades relacionadas con el ejercicio de la profesión en relación con la actividad del Poder Judicial; y asimismo el intercambio Nacional e Internacional de nuestros estudiantes con distintas Universidades.

Mantiene en igual sentido nuestra Facultad, el compromiso asumido respecto de la formación y actualización de nuestros graduados, con los demás claustros que la componen ya que a la par se desarrollan actividades destinadas a nuestros planteles docentes y no docentes que, sin duda, se logra con el aporte de todos quienes integramos nuestra institución.

Tenemos la oportunidad desde el lanzamiento de la Revista Patagónica de Derecho en nuestra Facultad de Ciencias Jurídicas de la UNPSJB, de continuar desarrollando espacios que fortalecen el estudio y conocimiento de la ciencia del derecho, para difundir la tarea iniciada ya hace treinta años y que sin dudas es impulso para la continuidad y el crecimiento conjunto de quienes tenemos la visión de proyectarnos no solo como referentes en nuestra Patagonia, sino también en una invitación a realizarlo tanto a nivel Nacional como Internacional.

Ese es el camino, saludos y felicitaciones a cada uno de los que, a lo largo de estos años, realizó el esfuerzo y acompañó lo hasta aquí logrado.

## ***Palabras del Director de la Revista Patagónica de Derecho (RPD)***

***\*Por Leonardo Andrés Behm***

***Secretario de Investigación y Posgrado FCJ-UNPSJB***

El presente número de la Revista Patagónica de Derecho (RPD) se inserta en un contexto sobre el que la academia debe prestar su debida atención: a nivel nacional el año 2024 constituye el treinta aniversario de la reforma constitucional de 1994 y, a nivel local, se conmemora igualmente dicha celebración para el caso de nuestra Constitución provincial.

A este hito fundamental para cualquier operador del Derecho se suman, en nuestro caso en particular, las celebraciones por los treinta años del dictado de la Carrera de Abogacía en la hoy Facultad de Ciencias Jurídicas (antes Escuela Superior de Derecho). Como si ello fuera poco, debe adicionarse a las celebraciones referidas el hecho de que nuestra querida Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco ha cumplido sus cincuenta años de vida.

Todas estas cuestiones trascendentales deben colocarnos en el compromiso (y la obligación) de redoblar nuestros objetivos en miras al crecimiento institucional, a los efectos de colocar a esta Facultad de Ciencias Jurídicas en la posición que la misma se merece: en lo más alto de su nivel académico.

Creo con fervor que la aparición de este segundo número de la Revista Patagónica de Derecho (RPD) cumple con la meta *supra* referida.

En este año tan especial, por las celebraciones referidas más arriba, quiero agradecer una vez más a las autoridades de la Facultad, a quienes se han comprometido para escribir aquí, al claustro Docente en general y al Nodocente en particular. Sin todos ellos esta Revista no habría trascendido más que a un número de Resolución de nuestro Honorable Consejo Directivo. Hoy, una vez más, nuestras publicaciones tienen forma.

Es así que la aparición de este nuevo número de la Revista nos obliga a seguir trabajando en el camino que hemos escogido y que, estimo, es el adecuado tanto institucional como académicamente hablando.



## *La transacción normativa y la ineficiencia del sistema de reforma laboral desde la perspectiva metodológica trialista*

**\*Por Emilio Romualdi**

### **I- Introducción**

El proceso de reforma laboral enfrenta, en cuanto a los modos, dificultades que generan rechazo y dudas en cuanto a la perdurabilidad en el tiempo de estas.

Es decir, como ocurre con el DNU 70/23, más allá de la constitucionalidad de este como de la ley 26.122 que lo reglamenta de manera groseramente inconstitucional en mi perspectiva de la normativa constitucional, el modo en que se pretenden o pretendieron realizar las reformas no es el adecuado a un estado democrático moderno.

El mecanismo implementado se asemeja al ingeniero utópico, que menciona y descalifica Popper<sup>1</sup> ( que podría denominarse también ingeniero platónico u holístico), el cual busca cambiar a la sociedad en su conjunto pretendiendo que la conducta humana se adapte a los “ideales” inamovibles de quien las profesa. Esto lo que lleva a desoír al conjunto social y simplemente imponer sus soluciones que considera las únicas posibles de implementar

El utopismo de este ingeniero que describe Popper es reconstruir la sociedad en su totalidad, provocando cambios de amplio alcance, pero, y esto es fundamental, sin tener la experiencia suficiente para ello<sup>2</sup>.

Esta concepción totalitaria de la sociedad de tipo platónico en la cual, afirma Popper, Platón creía en una tendencia histórica general hacia la corrupción y en la posibilidad de contener dicha corrupción en el cambio político, por medio de la supresión de todo cambio político<sup>3</sup>

Sostiene Popper que Platón advertía que la sociedad de su tiempo tenía preferencias por la vida democrática, por la discusión crítica y libre, establecida por los sofistas lo cual desde su perspectiva era un error.

Ello así, dado que esto representaba una degeneración social y propugnó, como reacción, un gobierno aristocrático con pensadores aristocráticos e idealistas como él los cuales

---

<sup>1</sup> POPPER, K, “La Sociedad Abierta y sus Enemigos”. Planeta-Agostini, Barcelona, España, 1992, pp. 173-184.

<sup>2</sup> Íd, pp. 173-184.

<sup>3</sup> Íd, p. 35.

eran los únicos que poseían la verdad acerca de la naturaleza del hombre y de la cosa pública.

Así, según Popper el pensador idealista griego formuló un modelo de sociedad totalitaria, basado en la pretendida posesión de toda la verdad sobre lo que es el hombre y la sociedad, prometiendo a los hombres la felicidad posible y correspondiente a la clase social en la que nacieran y donde él – solo él – era capaz de formular las soluciones adecuadas.

Luego, en este contexto el ingeniero utópico – según Popper - no permite experimento social de consenso alguno pues propone una transformación total de la sociedad en su conjunto conforme su estructura ideal.

Luego, concluye que este experimento, en el mal sentido de la palabra, tiene un resultado incierto”<sup>4</sup>.

Por el contrario, sostiene que una sociedad abierta requiere de un ingeniero social abierto democrático que se desenvuelve en un contexto social pluripartidario, con instituciones intermedias autónomas, con libertad y responsabilidad personal<sup>5</sup>

La vida en un estado democrático, moderno, liberal Estado moderno se desarrolla en el marco de una sociedad civil está constituida por grupos organizados cada vez más fuertes.

Luego, ella es atravesada por conflictos de grupo que continuamente se renuevan, frente a los cuales el estado como conjunto de órganos de decisión (parlamento y gobierno) y ejecutivos (aparato burocrático), donde el ingeniero social democrático desempeña la función de mediador y de garante más que de detentador del poder de imperio de acuerdo con la imagen clásica de la soberanía<sup>6</sup>

En igual sentido, desde una posición ideológica distinta, sostiene Bobbio que los acuerdos entre partidos políticos son normalmente precedidos por largas negociaciones, características de las relaciones contractuales, y culminan en un acuerdo que se parece más a un tratado internacional, con la inevitable cláusula “rebus sic stantibus (hasta que la situación no se modifique), que a un contrato de derecho privado cuyas reglas para una eventual disolución están establecidas por ley<sup>7</sup>

---

<sup>4</sup> POPPER, K, “La miseria del historicismo”, Alianza, Madrid, España, 1996, p. 84.

<sup>5</sup> Íd, p. 128.

<sup>6</sup> Íd, p. 393.

<sup>7</sup> BOBBIO, N, “Gobierno y sociedad –por una teoría general de la política–“, 4º reimpresión, Fondo de Cultura Económica, México, 1996, p. 31.

Luego afirma el autor italiano que los contratos colectivos con respecto a las coaliciones de gobierno y las relaciones entre partidos políticos- también menciona igual concepto con respecto a las relaciones sindicales - son momentos decisivos para la vida de esa gran organización, o sistema de sistemas, que es el Estado contemporáneo, articulado en su interior por organizaciones semisoberanas, como las grandes empresas como los partidos políticos y las asociaciones sindicales<sup>8</sup>.

A pesar de sostener la preeminencia del orden dirigido desde arriba sobre el orden espontáneo de la organización vertical de la sociedad sobre la organización horizontal afirma que la vida en un Estado moderno en el que la sociedad civil está constituida por grupos organizados cada vez más fuertes, es atravesada por conflictos de grupo que continuamente se renuevan, frente a los cuales el estado como conjunto de órganos de decisión (parlamento y gobierno) y ejecutivos (aparato burocrático), desempeña la función de mediador y de garante más que de detentador del poder de imperio, de acuerdo con la imagen clásica de la soberanía<sup>9</sup>.

En definitiva, con una perspectiva diferente coincide en Popper en la necesidad de un estado mediador de los sectores sociales y no uno que impone sus soluciones de manera discrecional autocrática.

El proceso de reforma laboral comenzó en el marco de un ingeniero utópico que mediante el DNU 70/23 intentó imponer sus soluciones de manera unilateral para derivar en el actual proceso de transacción democrática de la ley bases más allá de las debilidades de nuestro sistema político.

Ahora bien, en este contexto creo importante hacer un breve análisis del mundo normativo laboral de manera global no aplicado necesariamente a nuestro contexto particular.

## **II- Una aproximación al mundo abstracto de la norma laboral**

Si bien se cuestiona desde distintos ángulos se puede afirmar siguiendo a Zupiot<sup>10</sup> que la noción de derecho del trabajo es reciente y evolutiva.

El desarrollo está relacionado con el nacimiento y el desarrollo del trabajo remunerado en los países denominados capitalistas cuya economía reposa en la libertad de comercio y de la industria

---

<sup>8</sup> Íd, pp. 31-32.

<sup>9</sup> Íd, p. 31.

<sup>10</sup> ZUPIOT, A, “Derecho del trabajo”, Ed. Heliasta, Buenos Aires, Argentina, 2008, p. 9.

Por otro lado, la profunda modificación de las relaciones intrasociales del trabajo producidas por la tecnología, agudizadas con la digitalización de la prestación del trabajo, ha desplazado al tradicional trabajador industrial, agrario o de servicios.

Ese desplazamiento no implica necesariamente su exclusión del sistema, pero sí su necesaria readecuación a nuevas necesidades del mercado. Hoy cada vez más se exige capacitación, especialidad y educación.

Más aun, un importante sector de la burguesía tradicional -en este caso el término entendido como clase social-, tales como los denominados "profesionales liberales", se ha incorporado al trabajo dependiente.

También ello ha producido una modificación en la tradicional concepción del derecho del trabajo "como un derecho de clases (Josserand) denominado en los manuales de derecho con el nombre de legislación industrial (P. Pic, 1894; H. Capitant y Cuche, 5ª ed., 1939) y por algunos como derecho obrero (G. Scelle, 2ª ed., 1929)<sup>11</sup>.

Esto también implica abandonar la idea de un derecho originado en un conflicto de clases, y consecuentemente de una transacción entre valores distintos, sino, por el contrario, un conflicto de valores e intereses comunes en el marco de un trabajo subordinado

Esta incorporación de la burguesía al sector asalariado ha generado tensiones dentro del sistema que se expresan, entre otros, en los cuestionamientos a los límites en las indemnizaciones por despido o la limitación de la jornada de trabajo.

No es casual, en mi apreciación, que en el precedente "Vizzoti"<sup>12</sup> donde se establece la inconstitucionalidad del límite previsto en el art. 245 el actor era un médico que representa a este nuevo sector burgués asalariado.

En tal sentido, es de observar que el problema del límite comprende a los sectores de ingresos más altos pero casi nunca los sectores tradicionales de asalariados obreros del sector industrial.

De igual modo, la ley 26597 responde a una necesidad de los sectores de más altos ingresos en general pertenecientes a este sector burgués-asalariado que menciono.

La Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social de 1995 propuso un marco exhaustivo para potenciar el aporte del sistema de las Naciones Unidas a un modelo de crecimiento más equilibrado e inclusivo basado en la justicia social.

---

<sup>11</sup> Íd., p. 9.

<sup>12</sup> CSJN, "Vizzoti, Carlos Alberto c/ AMSA S.A. s/ despido", Sentencia del 14/09/04.

Este marco estableció las bases de diversas cumbres subsiguientes: de los objetivos de desarrollo del milenio y del programa de trabajo decente.

Como expresó la Comisión Mundial sobre la Dimensión Social de la Globalización y el relativo trabajo de la OIT y de las Comisiones Económicas Regionales, el modelo de globalización y el patrón de crecimiento que han emergido durante los últimos treinta años suscitan una preocupación cada vez mayor.

Aunque este modelo, sin duda ha estimulado el crecimiento económico mundial, también ha generado un aumento en la desigualdad de los ingresos y otras desigualdades dentro de los países.

En tal sentido, no ha logrado reducir los altos niveles de empleo informal generando un retraso de trabajo decente en relación con el incremento de la fuerza laboral, así como altos niveles persistentes de desempleo y subempleo juvenil en todas las regiones.

Esto es lo que el director general de la OIT, en su informe a la Conferencia Internacional del Trabajo en lo que denominó como una nueva era de justicia social, llamó crecimiento "ineficiente" ya que "la pobreza, en cualquier lugar, constituye un peligro para la prosperidad de todos"<sup>13</sup>.

La lucha contra la pobreza y en favor de la integración social va más allá del aumento de los ingresos. Se trata también de derechos, dignidad y comunicación que permitan a las personas desarrollar su potencial económico, social y político.

El trabajo decente resume las aspiraciones de las personas en su vida laboral, aspiraciones en relación con oportunidades e ingresos; derechos, voz y reconocimiento; estabilidad familiar y desarrollo personal; justicia e igualdad de género. Las diversas dimensiones del trabajo decente son pilares de la paz en las comunidades y en la sociedad.

El trabajo decente refleja en definitiva las preocupaciones de gobiernos, trabajadores y empleadores, que dan a la OIT su singular identidad tripartita y se vincula, sin dudas, con el concepto de proyecto de vida que ha sido recogido por nuestra Corte Suprema de Justicia Nacional en el precedente "Arostegui"<sup>14</sup> siguiendo la doctrina de la Corte Interamericana de Derecho Humanos<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> Declaración relativa a los fines y objetivos de la OIT, Filadelfia, 1944.

<sup>14</sup> CSJN, "Arostegui Pablo Martín c/ Omega Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A. y Pametal Peluso y Compañía S.R.L", Sentencia del 08/04/08.

<sup>15</sup> CIDH, "Loayza Tamayo v. Perú", Serie C, N° 33, Sentencia del 17/09/97; "Bulacio v. Argentina", Sentencia del 18/09/03; "Masacre de Mapiripán v. Colombia", Sentencia del 15/09/05.

Ésta, si bien referida a la reparación del daño por accidente, ha considerado que debe valorarse a la persona por el exclusivo hecho de ser persona -es decir, persona en su subjetividad y dignidad irreductible, dotada de una personalidad singular- y justamente por ello, titular de atributos e intereses que no son susceptibles de apreciación en términos económicos.

El derecho se ocupa entonces de construir principios y reglas desde la abstracción normativa que tienen por objeto la tutela de esa dimensión existencial.

El acceso a un nivel adecuado de protección social es un derecho fundamental de todos los individuos reconocido por las normas internacionales del trabajo y por las Naciones Unidas.

Además, es considerado un instrumento para la promoción del bienestar humano y el consenso social, que favorece la paz social y es indispensable para lograrla, y, por lo tanto, para mejorar el crecimiento y el comportamiento de la economía.

Como ya dijera, el concepto trabajo decente resume las aspiraciones de las personas durante su vida laboral, las que han evolucionado durante todo el siglo XX y se han proyectado al siglo XXI con una innegable fuerza a partir de que el sector de servicios se ha constituido en el mayor requirente de mano de obra.

Consecuencia directa de esta situación es que se han incorporado como trabajadores asalariados sectores sociales que tradicionalmente pertenecían a la burguesía de clase media, tal como ocurre con los profesionales egresados de la formación universitaria o de tecnicaturas terciarias, dentro de los cuales los jóvenes y en particular los profesionales tienen dificultades de inserción.

Por otro lado, las mujeres han pasado a tener una decisiva participación en el mercado laboral dejando de ser marginales en términos numéricos; lo que no sucede en todos los casos es que ese crecimiento se refleje en tareas de decisión.

El mercado laboral moderno es mucho más amplio que el tradicional del siglo XX, reducido a los trabajadores industriales y agrarios, y ello genera nuevos desafíos ya que la mayor amplitud genera mayores tensiones entre los sectores demandantes y proveedores de mano de obra que han producido una necesaria reformulación del mercado laboral y las normas que lo regulan.

Hoy la expectativa del trabajador es mucho más amplia, en cuanto a su realización personal, que la que tenía durante gran parte del siglo XX mucho más aún a partir de la revolución digital y la teletarea o teletrabajo que permite el trabajo a distancia a cualquier lugar del planeta.

Sin embargo, muchos de los males tradicionales continúan presentes en la sociedad moderna.

Ello ha generado la necesidad de establecer adecuadas soluciones para esta problemática que la OIT ha encuadrado en el término que estudiamos en este breve trabajo.

La expresión trabajo decente implica para el trabajador moderno oportunidades de trabajo productivo con un ingreso justo, seguridad en el lugar de trabajo y protección social para las familias. También implica mejores perspectivas para el desarrollo personal y la integración social, libertad de expresar opiniones, organizarse y participar en la toma de decisiones e igualdad de trato para todas las mujeres y hombres.

En todo el mundo, las personas enfrentan déficit, brechas y exclusiones como consecuencia del desempleo y subempleo, de trabajos de poca calidad e improductivos, de trabajo peligroso e ingresos inseguros, de derechos negados, desigualdad de género, de la explotación en el caso de trabajadores migrantes, de falta de representación y voz, protección y solidaridad inadecuadas para enfrentar enfermedades, discapacidad o vejez.

En todo el mundo, las personas enfrentan déficit, brechas y exclusiones como consecuencia del desempleo y subempleo, de trabajos de poca calidad e improductivos, de trabajo peligroso e ingresos inseguros, de derechos negados, desigualdad de género, de la explotación en el caso de trabajadores migrantes, de falta de representación y voz, protección y solidaridad inadecuadas para enfrentar enfermedades, discapacidad o vejez.

Así, conforme lo sostiene la OIT, la crisis mundial del trabajo es uno de los mayores riesgos que enfrentamos en la actualidad. Si decidimos continuar por este camino, el mundo corre el riesgo de ser cada vez más fragmentado, proteccionista y conflictivo. Una escasez prolongada de oportunidades de trabajo decente, inversiones insuficientes y bajo consumo causan una erosión del contrato social que caracteriza a las sociedades democráticas, según el cual todos debemos compartir el progreso.

Las experiencias en muchos países sugieren que los riesgos de desórdenes son mayores donde la necesidad de oportunidades de trabajo decente es ignorada y que la superación de las crisis es más veloz donde las comunidades pueden trabajar juntas para la reconstrucción.

Ahora bien, aún en este contexto uno debe analizar la eficiencia o ineficiencia de una norma en un contexto social determinado para lo cual primero debemos precisar el concepto de ineficiencia normativa.

### III- La eficiencia de la norma jurídica

No alcanza ciertamente con la validez formal de una regla y que ella sea cumplida por las personas o los tribunales sino cual es el grado de eficiencia en las relaciones sociales tiene la misma.

No hay que perder de vista que el mundo normativo (dimensión normológica) es una abstracción y como tal carece en sí mismo de valor verdadero.

En tal sentido desde una visión positivista – a la que no adscribimos pero que es útil en este estadio del trabajo – Pintore sostiene que el Derecho (también el justo) es norma y como tal no puede ser ni verdadero ni falso<sup>16</sup>.

Luego sostiene en su conclusión “que el Derecho es remediamente sin verdad, pero precisamente en esto reside su utilidad y, diría, su razón de ser. Asociar el Derecho a la verdad hace de él un fin, o un principio, e induce a desatender su instrumentalidad básica. Induce a entregarlo al dominio del poder que, en tanto es concebido como fuente o vía de verdad, se sustrae al control y a la confrontación pública, esenciales para nuestras democracias”<sup>17</sup>

Sin embargo, la norma que ella denomina derecho tiene su fuente en el mundo del ser y se proyecta asimismo a la vida cotidiana que denominamos la conducta y por tanto el concepto de verdad se diluye en favor del concepto de eficiencia.

La norma interfiere la libertad de los individuos reemplazando su libre intercambio por los términos sociales del mismo.

En sus trabajos sostenía Kant que “el concepto de un derecho externo en general procede totalmente del concepto de libertad en la relación externa de los hombres entre sí; y no tiene nada que ver con el fin que todos los hombres tienen de manera natural (la intención de alcanzar felicidad), ni con la prescripción de los medios para lograrlo; de modo que por esa razón ese fin no tiene en absoluto que mezclarse con aquella ley, como fundamento de determinación de ésta. El derecho es la limitación de la libertad de cada uno a la condición de que esta libertad concuerde con la libertad de todos, en tanto esa concordancia es posible según una ley universal; y el derecho público es el conjunto de leyes externas que hacen posible tal concordancia universal”.<sup>18</sup>

<sup>16</sup> PINTORE, A, “El derecho sin verdad”, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, España, 2005, Prólogo, p. 15.

<sup>17</sup> *Íd.*, pp. 15-16.

<sup>18</sup> KANT, I, “Teoría y praxis”, Prometeo Libros, Buenos Aires, Argentina, pp. 33-34.

Así el estado civil, considerado meramente como estado jurídico, se funda en los siguientes principios a priori:

1. La libertad de cada miembro de la sociedad, como hombre.
2. La igualdad de cada miembro con cualquier otro, como súbdito.
3. La independencia de cada miembro de una comunidad, como ciudadano<sup>19</sup>.

Es decir, el derecho es un intercambio de libertades entre los sujetos en su relación intersubjetiva transaccional condicionada por límites establecidos externamente mediante normas jurídicas.

Sostenía Kant asimismo que “nadie me puede obligar a ser feliz a su manera (tal como él se figura el bienestar de los otros hombres), sino que cada uno tiene derecho a buscar su felicidad por el camino que le parezca bueno, con tal que al aspirar a semejante fin no perjudique la libertad de los demás que puede coexistir con la libertad de cada uno según una ley universal posible (esto es, con tal que no perjudique ese derecho del otro)”<sup>20</sup>.

En ese contexto se podría remitir el concepto de eficiencia a la simple maximización de la producción con cierto volumen de recursos derivado del libre intercambio de libertades entre los individuos.

Este concepto fue propuesto por Vilfredo Pareto y pasó a ser conocido como “óptimo de Pareto” el que afirma que en economía es una noción que implica que existe un punto de equilibrio en el que no es posible mejorar la situación de un individuo sin perjudicar a otro

En el orden social el “Óptimo de Pareto” sostiene que el bienestar de un individuo no puede aumentar sin disminuir el bienestar de otros miembros de la sociedad.

Es decir, un principio que permite comparar distintas situaciones sin caer en comparaciones interpersonales de utilidad, vedadas en un análisis científico que no debe introducir juicios de valor donde es irrelevante la regulación existente, porque es el mercado (la libre voluntad de las partes) quien nos conducirá a la mejor alternativa.

En este contexto, a partir del concepto de “óptimo de Pareto” una situación A es superior a otra B si algunos han podido mejorar su situación sin que empeore la situación de los demás.

Luego, la situación óptima se alcanza cuando éstos ya no pueden mejorar su situación sin empeorar la de los otros.

---

<sup>19</sup> Íd, pp. 34-35.

<sup>20</sup> Íd, p. 35.

Ahora bien, el criterio sirve para analizar situaciones de mercado donde se producen transacciones voluntarias que expresan, al menos, un criterio de unanimidad débil. Esto es, quienes realizan el intercambio mejoran su condición (pues de otra forma no lo hubieran realizado) mientras que los demás no se oponen a él.

Sin embargo, en el mundo normativo donde se interfiere esa libertad y la decisión individual se convierte en una colectiva en la cual el individuo se debe comportar como lo requiere la sociedad en función de considerar que no existe en una determinada transacción estado de paridad que permita un ejercicio libre de la misma.

El legislador entonces no interfiere en la libertad natural o metafísica, sino de la libertad acotada, limitada, según las normas jurídicas.

En este contexto la libertad jurídica refiere a:

- a) Lo que está permitido que no requeriría en principio una norma que lo establezca.
- b) Lo que está prescripto (que es una forma de prohibición porque prohíbe otra conducta o al menos no le da efectos jurídicos).
- c) Lo que está prohibido (que en realidad es o la ausencia de efectos jurídicos a una conducta – esto es reconocimiento de terceros de su validez – o un “precio” a la misma – como son las sanciones penales- o en casos extremos la absoluta imposibilidad de realización de una conducta).

En definitiva la suma de lo permitido + lo prescripto + lo prohibido es el ámbito de la libertad jurídica.

Luego, la puja con el principio de igualdad deriva en la necesaria regulación mayor o menor de la conducta humana. Ello así porque la homogeneidad o igualdad requiere de limitar el ejercicio de la libertad individual en busca de igualar lo que es naturalmente desigual: la persona humana individual o la persona no humana colectiva

Así podemos tener los improbables mundos donde:

- a) todo está regulado u ordenado como mayor expresión de limitación a la libertad. Esto es todo está ordenado o prohibido o permitido explícitamente como intentaba Napoleón en sus códigos.
- b) todo está prohibido. Es decir, un mundo sin libertad
- c) todo está permitido o en el que nada está ni ordenado ni prohibido. Es decir, un mundo anárquico de total libertad.

Es en este contexto, donde debemos analizar la eficiencia de una regla, en el cual podemos recurrir eventualmente a la denominada “revolución marginalista”, que algunos autores han interpretado en clave de continuidad con la economía política clásica, la que

se ha basado, esencialmente, en la reivindicación de la teoría de Marshall del descubrimiento de la utilidad marginal con importantes similitudes entre el paradigma clásico y el marginalismo.

Ellos compartirían una visión del mundo económico caracterizada por la división del trabajo, la propiedad privada de los medios de producción, los mercados y la ley de Say que sostiene que la producción es la que realmente les da salida a las mercancías porque la compra de estas se hace por medio de otros valores y productos

Ahora bien, las políticas públicas del estado y las circunstancias fácticas en las que se circunscriben y a partir de las cuales se emiten normas jurídicas no son como vimos del tipo voluntario.

En este contexto cobra relevancia un criterio alternativo al que los economistas denominaron “de compensación potencial”, o “Kaldor-Hicks” (por ser quienes lo propusieran).

Este criterio enmarcado en la llamada “Nueva Economía del bienestar” surge de la necesidad – más que del deseo - de permitir al economista hacer recomendaciones políticas sin obligarle a realizar comparaciones interpersonales de satisfacciones.

La economía del bienestar propone poner primero a las personas y al planeta en función de resolver problemas sociales o ambientales y que a la vez se genere riqueza y valor económico para sus implementadores.

Es decir, su objetivo es establecer un criterio cierto para un aumento en la renta social o un mejoramiento en el bienestar

Así, el criterio de Kaldor-Hicks para un aumento de la renta social ("bienestar económico", "bienestar social" o "bienestar" son términos que se han utilizado como sinónimos por los distintos autores) considera que la renta social se ha elevado, incluso aun cuando algunos miembros estén peor de lo que estaban antes, si aquellos miembros que están mejor pueden compensar a los que han perdido y permanecer todavía en mejor situación.

Así, un estado C es preferible a otro D si los beneficios que algunos obtienen allí superan a los costos que otros reciben, de forma tal que pudieran compensarlos y todavía sobrara un remanente de utilidad, aun cuando esa compensación no se llevara efectivamente a cabo.

Luego, una cierta política pública puede ser considerada “eficiente” según este criterio si genera más beneficios que costos en un sentido general, sin que unos y otros caigan necesariamente en las mismas personas.

En términos económicos, entre varias observaciones, sostiene Strektkn<sup>21</sup> el criterio de que no es una condición suficiente, ya que la compensación que puede pagarse no determina el bienestar que en realidad existe.

Ello así dado que mejores situaciones potencialmente consideradas, pueden resultar realmente peores (Baumol, Samuelson, Reder, Little, Robertson entre otros) como ha ocurrido con la legislación indemno-sancionatoria dictada en el mundo laboral en referencia a la evasión del sistema de la seguridad y fiscal derivada de la ausencia o deficiencia de registro de los contratos de trabajo en nuestro país desde 1991.

Ahora bien, este concepto neoclásico de eficiencia basada en la compensación potencial fue luego trasladado por el Análisis Económico del Derecho a todas las áreas del derecho (derechos de propiedad, contratos, daños y derecho penal) y, en cuanto a lo que aquí nos interesa, al análisis de la resolución de disputas como criterio para asignar derechos.

En otras palabras, el criterio le asignó al legislador o al juez la tarea de maximizar utilidad a partir de un análisis de beneficios y costos (donde los primeros fueran superiores a los segundos), en lugar de aplicar un tradicional concepto de justicia tan complejo de definir.

Analicemos primariamente el estado actual del mercado laboral en su nivel de empleo y su nivel de informalidad o evasión.

Ahora bien, el análisis de la situación fáctica nos permitirá comprender la situación en la cual se promueve una reforma compleja desde muchas perspectivas para no quedarnos en la mera enunciación de abstracciones sin proyección al mundo real.

#### **IV- El mercado laboral. Empleo y evasión**

En cuanto a los niveles de empleo el mismo tuvo un incremento muy grande en los años 90 y si bien ha descendido erráticamente hasta ahora alcanza niveles cercanos al 7% conforme surge de los gráficos que se acompañan<sup>22</sup>

Durante la década de 1990 el desempleo tuvo un fuerte incremento, entre otras causas debido a la Ley de Reforma del Estado impulsada por el entonces presidente Carlos Saúl Menem.

---

<sup>21</sup> STREKTYN, P, “El principio de compensación”, [www.cepc.gob.es](http://www.cepc.gob.es)31526recp022005, p. 5-6.

<sup>22</sup> Gráficos de evolución de la tasa de Desempleo en Argentina entre 1980 y 2022. Tasa de desempleo (1980 -2022) según la Encuesta Permanente de Hogares (EPH) del INDEC.

Esta reforma supuso el inicio del proceso de privatización y de concesión de las empresas públicas, lo que produjo despidos en masa o a través de los llamados retiros voluntarios.

La apertura irrestricta de la economía produjo el cierre de establecimientos que no pudieron adecuarse a las exigencias de la competencia externa. La reforma del estado implicó la pérdida del poder contra balanceador que ejercía este en la absorción de empleo.

Estos fenómenos se produjeron en coincidencia con modificaciones profundas en los procesos productivos de muchas industrias, producto de la renovación o incorporación de tecnología, que dieron como resultado que decreciera la necesidad de mano de obra<sup>23</sup>.

En los últimos años la tasa de empleo si bien se mantuvo estable lo cierto es que no hay crecimiento del sector privado y el estado – en sus tres niveles – es el que ha tomado mayor cantidad de trabajadores.

En tal sentido, conforme fuentes del ministerio de trabajo en los últimos 10 años, el número de empleos privados aumentó en 123 mil. Pero, si se tiene en cuenta el crecimiento poblacional en ese período, se registró una caída del 8,9%.

Durante la gestión de Cristina Fernández se crearon 155 mil puestos de trabajo de asalariados privados, pero tomando en cuenta el aumento poblacional hubo una caída del empleo del 1,9%.

En tanto, con Mauricio Macri se perdieron 218.400 puestos de trabajo (-7,4% contemplando el factor poblacional) y en la actual gestión del Frente de Todos se recuperaron 191.700 puestos de trabajo privados (+0,3%).

En el sector privado los sectores que más empleos asalariados formales crearon fueron el comercio (379 mil trabajadores nuevos), el rubro de “otros servicios comunales” (173 mil) y las actividades inmobiliarias (147 mil).

En definitiva, en diciembre de 2012 los privados representaban el 54,8% del total de trabajadores registrados, en julio de 2022 eran el 48,3%.

Por el contrario, el empleo público pasó, en el mismo período, del 23,9% al 26,4%; y los monotributistas del 12,3% al 14,5%.

Ahora bien, hay un fenómeno que se está verificando y es que se toma personas en relación de dependencia, pero se las hace figurar como monotributistas.

---

<sup>23</sup> Ministerio de Economía y Producción (Marzo de 2005). “Los años 90: la acentuación de la exclusión y la pobreza”, Análisis Económico N°3: Empleo e Ingresos en el Nuevo Contexto Macroeconómico. Archivado desde el original el 4 de marzo de 2016. Consultado el 10 de noviembre de 2016.

Es especial el caso porque si bien no hay registraci3n formal hay financiamiento del sistema de la seguridad social en este caso y una soluci3n similar que se propone - en el art3culo nuevo art3culo 7 de la ley 24.103 propuesto por la reforma en la ley bases donde se establece que “La Autoridad de Aplicaci3n asegurar3 un mecanismo 3gil, simplificado y diferenciado para la confecci3n de los recibos de sueldo en el sistema de registraci3n, especialmente para las empresas de hasta doce (12) trabajadores inclusive. Respecto de 3stas 3ltimas, dicho sistema contemplar3 un importe 3nico para todas las obligaciones emergentes de las relaciones laborales tanto legales como convencionales. Del importe abonado, la entidad recaudadora deber3 distribuir cada uno de los conceptos emergentes de la relaci3n a los destinatarios correspondientes.”<sup>24</sup>

Tambi3n lo es que algunas provincias utilizan contrataciones temporarias a monotributistas en reemplazo del hist3rico trabajador contratado formal conforme las normas de derecho p3blico

Finalmente, los monotributistas sociales crecieron del 1,7% al 4% seg3n datos oficiales.

Este esquema es necesario entenderlo para comprender que un proceso de reforma del estado nos va a colocar en una situaci3n similar a la d3cada de los 90 cuando se hizo la reforma del estado.

En este contexto f3ctico es claro que el sistema econ3mico general, en el marco del cual est3n las normas laborales, no ha logrado promover el empleo formal en el sector privado.

Un segundo problema es el de la informalidad laboral. Hace un tiempo ya, en uno de los trabajos econ3micos y sociales m3s importantes de los 3ltimos a3os, Jeremy Rifkin<sup>25</sup> sostuvo que el desempleo ha alcanzado desde hace algunos a3os su nivel m3s elevado desde la gran depresi3n de los a3os 30

---

<sup>24</sup> Art3culo 7°: “Se entiende que la relaci3n o el contrato de trabajo se encuentran registrados cuando el trabajador est3 inscripto en las formas y condiciones que establezca la reglamentaci3n. Dicha registraci3n deber3 ser simple, inmediata, expeditiva, y realizarse a trav3s de medios electr3nicos. La Autoridad de Aplicaci3n asegurar3 un mecanismo 3gil, simplificado y diferenciado para la confecci3n de los recibos de sueldo en el sistema de registraci3n, especialmente para las empresas de hasta doce (12) trabajadores inclusive. Respecto de 3stas 3ltimas, dicho sistema contemplar3 un importe 3nico para todas las obligaciones emergentes de las relaciones laborales tanto legales como convencionales. Del importe abonado, la entidad recaudadora deber3 distribuir cada uno de los conceptos emergentes de la relaci3n a los destinatarios correspondientes”.

<sup>25</sup> RIFKIN, J, “El fin del trabajo. Nuevas tecnolog3as contra puestos de trabajo: el nacimiento de una nueva era”, Ed. Paid3s, Buenos Aires, Argentina, 1996, p. 17.

Ahora bien, en términos generales, la informalidad laboral en el sector pasó de 40,2% en 2019 a 42,2% en 2023, pero en algunos sectores la situación es bastante más complicada.

Es bueno recordar que, según OIT, se considera empleo informal a todo trabajo remunerado que no está registrado, regulado o protegido por marcos legales o normativos, así como también trabajo no remunerado llevado a cabo en una empresa generadora de ingresos. Los trabajadores informales no cuentan con contratos de empleo seguros, prestaciones laborales, protección social o representación de los trabajadores<sup>26</sup>.

En lo que respecta a los que empeoraron su situación, uno de los de peor resultado fue el “comercio”, que pasó de una tasa de informalidad laboral del 37,3% en el segundo trimestre de 2019 a una del 43,5% en el mismo período de 2023 (6,2 puntos más).

No es un dato menor, teniendo en cuenta que se trata de uno de los sectores que mayor cantidad de trabajadores están comprendidos en su convenio colectivo.

De igual modo, empeoró mucho la situación del sector de “transporte, almacenamiento y comunicaciones”, que del 33,1% de informalidad saltó al 39,1% en el período analizado.

Sin embargo, el caso más alarmante fue el que se dio en la rama de “otras actividades de servicios comunitarias, sociales y personales”, donde la informalidad laboral aumentó casi 10 puntos porcentuales, pasando de 39% en 2019 a 49% en 2023.

Más allá de las variaciones, los tres sectores con mayor nivel de informalidad laboral siguen siendo el servicio doméstico (67,5%), la agricultura (59,7%) y la construcción (58,6%), tres ramas de actividad que históricamente han tenido una alta participación en el empleo en negro.

Lo positivo, al menos en términos estadísticos, es que ninguno empeoró significativamente en los últimos cuatro años. Lo negativo, es que entre los tres perdieron 135 mil puestos de trabajo en el período analizado.

Es cierto, que como sostiene Pelliza, el 53,1% de los trabajadores latinoamericanos labora en condiciones de informalidad<sup>27</sup>.

Asimismo, sostiene que la pobreza laboral refleja subdesarrollo y es síntoma de políticas laborales y de gestión ineficaces. Es también el reflejo de la ineficacia Estado

---

<sup>26</sup> <https://www.oitcinterfor.org/taxonomy/term/3366>.

<sup>27</sup> PELLIZA, E, “El fenómeno del trabajador pobre en América Latina: causas, factores y dinámicas”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, p. 550.

como gestor del bienestar. La generación de trabajo decente sigue entonces constituyendo un gran desafío estructural para América Latina y el Caribe.<sup>28</sup>

Ahora bien, más allá del discurso abstracto propio de nuestra actividad es altamente probable que entre otros factores que contribuyen a la evasión o informalidad es la presión tributaria conforme queda expresada en la curva de Laffer<sup>29</sup>.

Esta curva representa la relación existente entre los ingresos fiscales y las tasas impositivas, mostrando cómo varía la recaudación fiscal al modificar las mismas ya que el incremento del gravamen no necesariamente aumenta la recaudación porque la base tributaria cae.

Si la tasa impositiva es cero los ingresos fiscales serán nulos ya que no se aplica ningún impuesto. Luego, si la tasa impositiva es del 100% los ingresos fiscales también serán nulos, ya que nadie aceptaría producir un bien cuyos ingresos generados fueran destinados en su totalidad a pagar impuestos.

Así, la recaudación del gobierno se incrementa hasta su punto óptimo, es decir, el nivel de tasa impositiva que genera que el gobierno gane el máximo dinero posible mediante impuestos.

A partir de dicho punto el aumento de los impuestos sobre el bien o servicio en cuestión, genera que productores y compradores vean cada vez menos interesante el producir y adquirir ese bien o servicio, cada uno por sus motivos

Si bien Laffer dibujó la curva para el impuesto a la renta, lo cierto es que se puede aplicar a otras variables de la economía como las tasas de la seguridad social o impuestos que gravan el trabajo que integran la totalidad de la presión tributaria.

En este punto también es cierto que el punto óptimo, desde mi perspectiva, dependerá de los servicios que brinda el estado o beneficios que se obtiene de dicha presión tributaria.

En este contexto, es claro que el resultado en el mundo del ser del sistema del que las normas laborales son parte ha fracasado porque los números crudos expresan resultados marcadamente negativos.

Veamos entonces cuales han sido las respuestas desde la década del 90 a la fecha desde el mundo del deber ser al problema sobre todo de la evasión al financiamiento del sistema de la seguridad social y la respuesta de la ley bases.

---

<sup>28</sup> Íd, p. 564.

<sup>29</sup> Arthur Laffer es un economista estadounidense de la Universidad de Stanford que sirvió como asesor del consejo de política económica del gobierno del presidente Ronald Reagan.

## V- El mercado laboral. Las normas sobre empleo y evasión

Como surge del gráfico que se acompaña, la marginalidad – que como dijimos ha ido en 2023 al 43,5% - ha tenido un incremento en momentos de mayor crisis económica y baja en momentos de mejoramiento de esta con una norma uniforme inalterada en los mismos períodos.

Por otro lado, queda claro que la misma creció de un 28% al momento de sanción de la ley 24.013 – diciembre de 1991 – hasta un 46% en 2004 – valores similares a los actuales para luego descender con variaciones hasta 2015 a un nivel del 35% año en la que comenzó a incrementarse hasta 2024.

Es decir, las leyes 24.013 (lucha contra la evasión fiscal) y 25013 (disminución de las indemnizaciones y pago fuera de término) en los “90” y las leyes 25.323 (evasión fiscal y pago de indemnizaciones en término), 25.345 (evasión fiscal y entrega de documentación) con la regulación adicional del servicio doméstico en la N° 26.844 sencillamente no han tenido incidencia en el problema.

Estas normas han tenido una efectiva aplicación por parte del poder judicial llegando incluso a sancionar situaciones donde no había estrictamente evasión previsional como el caso del plenario “Vázquez c/ Telefónica”<sup>30</sup>.

En igual sentido, en el precedente Seguí<sup>31</sup>, la SCBA sostuvo la aplicación del artículo primero de la ley 25323 a un trabajador que había prestado servicios por una agencia de personal temporario en los términos del art. 29 de la LCT y que estaba registrado por esta.

Es interesante el tema porque en ambos era aplicable el art. 29 bis de la LCT en cuanto establece que el empleador que ocupe trabajadores a través de una empresa de servicios eventuales habilitada por la autoridad competente será solidariamente responsable con aquélla por todas las obligaciones laborales y deberá retener de los pagos que efectúe a la empresa de servicios eventuales los aportes y contribuciones respectivos para los organismos de la Seguridad Social y depositarlos en término.

Por tanto, había un defecto formal pero no había evasión al sistema de la seguridad social por lo que la premisa del art. 3 de la ley 24.013 en cuanto la política de empleo comprende las acciones de prevención y sanción del empleo no registrado, de servicios

---

<sup>30</sup> CNAT, Plenario N° 323, “Vásquez María Laura c/ Telefónica de Argentina S.A. y otro s/ despido”, Sentencia del 30/06/10.

<sup>31</sup> SCBA, “Seguí Juan Sebastián c/ EMAPI S.A. s/ despido”, Sentencia del 10/12/14.

de empleo, de promoción y defensa del empleo, de protección a trabajadores desempleados, de formación y orientación profesional para el empleo y las demás previstas en esta ley. Su formulación y ejecución es misión del Poder Ejecutivo a través de la acción coordinada de sus distintos organismos estaba en términos de evasión previsional cumplida dado que no estábamos ante un trabajador informal estrictamente en términos del sistema previsional.

Ahora bien, queda claro que el sistema de sanción ha sido ineficiente y que el estímulo positivo o negativa al cumplimiento de las normas, sobre registro del contrato de trabajo – y consecuente financiamiento del sistema previsional -, han sido absolutamente ajenos a las normas que estamos estudiando.

La respuesta de la ley bases ha sido en el artículo 97 derogar los artículos 8° a 17 y 120, inciso a), de la Ley N° 24.013, las leyes 25.323 y los art. 43 y 45 de la ley 25.345 como asimismo derogar art. 9 ley 25.013.

Más allá, del error de derogar los arts. 43 y 45 de la ley 25345, dado que se debió técnicamente derogar el arts. 132 bis y modificar el art. 80 de la LCT.

Luego, la propuesta es simplemente establecer en el art. 7 de la ley 24.013 nueva redacción, que si el trabajador está registrado por una empresa así preste servicios en otra se considerará debidamente registrado – para evitar que conforme art. 29 de la LCT se considere al trabajador deficientemente registrado – y establecer un incipiente régimen no especificado de un sistema de monto fijo -una especie de monotributo laboral.

Establece un conjunto de normas vinculadas con el control de la evasión y un particular régimen que denomina trabajador independiente el que podrá contar con hasta otros cinco trabajadores independientes (se discute si reducir a dos en el momento de redactar este trabajo) para llevar adelante un emprendimiento productivo y podrá acogerse a un régimen especial unificado que al efecto reglamentará el Poder Ejecutivo nacional.

En atención a la extensión del trabajo vamos a omitir su tratamiento, pero es claro que la normativa tiende no solo a eliminar indemnizaciones sancionatorias – no obstante, no eliminan el artículo 275 LCT – sino a establecer un régimen que de no modificarse la haría inaplicable a situaciones como las analizadas previamente al referirme a los fallos “Vázquez” de la CNAT y “Seguí” de la SCBA.

## **VI- Epílogo**

El desarrollo del trabajo tiende a demostrar que las reglas contra la evasión han sido marcadamente ineficaces dado que las variaciones en los niveles de marginalidad económica han variado sustancialmente en los años de vigencia de estas.

Es claro que la respuesta social no se incentiva por normas exclusivamente de carácter sancionatorio y que la situación general de la economía, la presión tributaria y la carencia en las políticas públicas son las que promueven la disminución de la evasión.

También me parece claro en este momento que el estado actual requiere de un conjunto de normas necesarias para generar confianza y factibilidad del mundo del ser en pos de cumplir las previsiones del sistema de la seguridad social que también requerirá de cambios necesarios a fin de facilitar su financiamiento.

Para ello necesitamos políticas sociales y no políticas utópicas a fin de encontrar las transacciones adecuadas que permitan establecer una solución que haga previsible el futuro en el marco de las cuales las normas jurídicas sancionatorias o no son un aditamento más pero nunca la verdadera solución nuclear del conflicto.



*El SAC en la marinería: incompatibilidad del régimen  
laboral general en un caso concreto*

\*Por Joaquín Iglesias

**I- Introducción**

En el presente trabajo se comentarán y analizarán los presupuestos facticos y legales de una controversia judicial reciente en materia laboral<sup>1</sup>, cuya resolución por parte de la Justicia Federal de Comodoro Rivadavia acentuó las características propias del trabajo marítimo como régimen especial, diferenciándolo del régimen general, sobre todo en materia de remuneraciones.

**II- Desarrollo del caso**

*Antecedentes:* El actor, en su carácter de personal embarcado (contramaestre<sup>2</sup>) efectivo en buques pesqueros de la empresa demandada, promovió demanda laboral ante el Juzgado Federal N° 1 de Rawson con el objeto de que se le reconozcan diferencias salariales no prescriptas derivadas de una incorrecta liquidación del sueldo anual complementario (o “SAC”). Como fundamento de su reclamo, alegó la aplicación literal del artículo 1° de la Ley de Sueldo Anual Complementario N° 23.041 —modificatoria del artículo 121 de la Ley de Contrato de Trabajo N° 20.744— que determina que el SAC “...será pagado sobre el cálculo del 50% de la mayor remuneración mensual devengada por todo concepto dentro de los semestres que culminan en los meses de junio y diciembre de cada año”; así como la aplicación del Decreto Reglamentario N° 1078/1984.

Por su parte, la empresa demandada, si bien reconoció la existencia de la relación laboral vigente y las tareas desempeñadas por el actor, rechazó que el cálculo realizado a los fines de liquidar y abonar el SAC sea incorrecto. En su defensa, argumentó la empresa pesquera que: (i) el SAC fue históricamente calculado a promedio; (ii) el artículo 121 de la Ley de Contrato de Trabajo N° 20.744 (o “LCT”) ratificó ese modo de cálculo; (iii) la liquidación del SAC a promedio surgió consuetudinariamente para la actividad pesquera sobre la base de su naturaleza, características propias, específicas y diferenciadas del

---

<sup>1</sup>CFCR, “Coste, Marcelo Enrique c/ Congeladores Patagónicos SA s/diferencias salariales”, Expte. 7887/2022, Sentencia del 11/08/23.

<sup>2</sup> Encuadrado en el CCT 356/03.

régimen general; (iv) sin perjuicio de la sanción de la Ley N° 23.041, el sector pesquero continuó liquidando el SAC a promedio; (v) una gran parte de las remuneraciones del personal se encuentran establecidas en dólares estadounidenses, circunstancia que elimina las variables inflacionarias que intentó remediar la Ley N° 23.041; (vi) el modo de cálculo a promedio en la actividad había sido admitido en forma previa por el Ministerio de Trabajo de la Nación<sup>3</sup>; (vii) el artículo 4 del Decreto Reglamentario N° 1078/1984<sup>4</sup> determina situaciones de excepción que permiten descartar la aplicación de la Ley N° 23.041; (viii) existe una costumbre en el sentido jurídico generador y fuente de derecho que indica el cálculo del SAC a promedio en la actividad; (ix) existen otras convenciones colectivas de trabajo relacionadas a la actividad pesquera<sup>5</sup> que determinan en forma expresa el cálculo del SAC a promedio; y (x) existe un acuerdo suscripto entre el Sindicato de Obreros Marítimos Unidos y empresas del sector que determina en forma específica el modo de liquidación del SAC; entre otros.

*La sentencia de primera instancia:*

Con fecha 17/05/2023 el Juzgado Federal N° 1 de Rawson dictó sentencia definitiva, haciendo lugar a la demanda entablada por el trabajador y condenando a la empresa empleadora a abonar al actor las diferencias salariales reclamadas.

Para así resolverlo, ponderó que el artículo 121 de la LCT, que establecía como forma de liquidar el SAC la doceava parte del total de las remuneraciones percibidas por el trabajador en el respectivo año calendario, fue expresamente derogado por el artículo 2 de la Ley N° 23.041 y su mecanismo de cálculo reemplazado por el establecido en el artículo 1, esto es, el 50% de la mayor remuneración mensual devengada dentro del semestre respectivo.

Asimismo, subrayó que las facultades reglamentarias que el Decreto N° 1078/1984 puso en cabeza del Ministerio de Trabajo de la Nación se encuentran acotadas a lo reglamentado por dicha norma, no autorizando a liquidar el SAC de la manera que pretendía la empresa demandada.

---

<sup>3</sup> Dictamen Jurídico N° 598/00 del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación y Disposición D.I.R.I.T. N° 259/2020.

<sup>4</sup> Artículo 4°: “El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, en el área de su competencia, podrá interpretar las disposiciones del presente decreto y adoptar las decisiones pertinentes para su cumplimiento, cuando resulte necesario por las particulares características de la actividad de que se trate o por especiales situaciones o modalidades de prestación laboral”.

<sup>5</sup> Convención suscripta entre la Asociación Argentina de Capitanes, Pilotos y Patrones de Pesca y la Cámara Argentina Patagónica de Industrias Pesqueras.

Hizo especial mención al conjunto de normas imperativas que conforman el denominado orden público laboral (piso mínimo inderogable que debe ser respetado en tanto las partes no establezcan condiciones más favorables al trabajador), para concluir que el modo de cálculo del SAC utilizado por la demandada establece condiciones menos favorables para el trabajador que las contenidas en las prescripciones de la Ley N° 23.041; vulnerando asimismo elementales principios protectorios del derecho laboral a los cuales deben subordinarse las condiciones contractuales individuales.

*Los agravios de la demandada:*

Contra la sentencia definitiva se alzó la empresa demandada, interponiendo recurso de apelación, en el entendimiento de que el Juzgado Federal de Rawson había realizado un insuficiente análisis de los argumentos expuestos y de la prueba producida, tornando arbitrario el decisorio.

Si bien mencionó la demandada que los jueces no están obligados a seguir a las partes en todas y cada una de las argumentaciones que se pongan a su consideración, puntualizó que se incurre en arbitrariedad cuando una sentencia elude sin justificación el tratamiento de una defensa debidamente fundada en derecho y conducente para la correcta solución del caso. En ese entendimiento, la empresa demandada consideró que el Juez de primera instancia, si bien hizo referencia a los argumentos esgrimidos al contestar demanda, no les dio debido tratamiento, sin siquiera analizar someramente las razones que justificaban apartarse de los mismos.

Finalmente, adujo una incorrecta interpretación del Decreto Reglamentario N° 1078/1984, haciendo referencia de antecedentes jurisprudenciales que habían determinado una interpretación distinta<sup>6</sup> y que ya habían sido desarrollados en el escrito de contestación de demanda.

*La decisión de la Cámara Federal de Apelaciones:*

Finalmente, con fecha 11/08/2023 la Excma. Cámara de Apelaciones de Comodoro Rivadavia dictó sentencia, revocando la sentencia de grado y rechazando la demanda impetrada por el trabajador<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> JFCO, “Arbumasa S.A. y otros c/ Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación s/ Medida cautelar”, Expte. 41000084/2013.

<sup>7</sup> La Sentencia se encuentra firme, habiéndose rechazado el Recurso Extraordinario Federal interpuesto por el actor con fecha 01/09/23.

En primer lugar, el Tribunal, recurriendo a la normativa general, manifestó que no existe controversia en cuanto a que la Ley N° 23.041 reemplazó la metodología establecida en el artículo 121 de la LCT a los fines del cálculo del SAC.

Sin embargo, al interpretar las disposiciones del Decreto Reglamentario N° 1078/1984, subrayó que su artículo 4 no es más que la directa proyección del ámbito de aplicación expresamente establecido en el artículo 2 de la LCT en cuanto dispone que su vigencia está condicionada a que la aplicación de sus disposiciones resulte compatible con la naturaleza y modalidades de la actividad de que se trate y con el específico régimen jurídico a que se halle sujeta.

Así, a criterio del Tribunal, y en razón de las características particulares del trabajo marítimo, el reconocimiento de un régimen especial, sobre todo en materia de remuneraciones, se impone como una realidad “casi inevitable”; debiendo admitirse que la LCT —si bien aplicable como regla general al personal del sector— no lo es cuando se trate de una institución contemplada de modo diferente en el régimen estatutario específico o si ha sido expresa o tácitamente excluida por él.

En la misma línea, sostuvieron los magistrados que se estaba ante un régimen de remuneraciones específico, distinto al de los trabajadores del régimen general, en razón de: (i) la especificidad de la materia pesquera; (ii) la especialidad de la actividad; (iii) sus características aleatorias; (iv) su régimen propio de horario laboral, de licencias y francos; (v) sus remuneraciones variables, previstas algunas con equivalencias a la divisa estadounidense; (vi) los distintos mecanismos de remuneraciones según la situación de revista de cada trabajador (salario en puerto, en navegación, a órdenes, en francos, etc.).

En consecuencia, afirmaron los camaristas que el *a quo* había realizado una interpretación forzada de la norma reglamentaria y alejada de la realidad que impera en el trabajo marítimo; siendo que “...limitar la competencia reglamentaria del Ministerio de Trabajo al cálculo del SAC de forma proporcional al tiempo trabajado (primeros artículos del Decreto), pero negarla cuando se trata de una actividad con institutos como el salarial incompatible con el régimen habitual, resulta contradictorio, ajeno al texto de las normas y a la realidad económica que impera en el sector”.

En tales condiciones, reconociendo la competencia del Ministerio de Trabajo como autoridad de aplicación a la que hace referencia el artículo 4 del Decreto Reglamentario N° 1078/1984, sostuvo que al momento de liquidar el SAC en determinada actividad correspondía examinar cuales han sido aquellas resoluciones que han reglado u homologado el tema en conflicto.

Así, referenciando concretamente varias disposiciones administrativas que habían autorizado la liquidación del SAC promediando las remuneraciones del semestre<sup>8</sup> y, puntualmente, a un acuerdo homologado en el año 2015 por la Res. 1905/2015<sup>9</sup>, la Excma. Cámara de Apelaciones de Comodoro Rivadavia concluyó que: (i) no es la mayor remuneración mensual la que debe adoptarse a los fines del cálculo del SAC; y que (ii) la metodología de cálculo empleada por la empresa demandada se ajustó en principio a las pautas pactadas en dicho acuerdo homologado.

### III- Conclusiones

Independientemente del acierto en la interpretación realizada por la Excma. Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro en cuanto al tema puntual puesto a su decisión, es interesante destacar la importancia que el Tribunal asigna a una norma que muchas veces suele pasar inadvertida y que sirve como parámetro de interpretación a la hora de analizar reclamos laborales que se plantean dentro de regímenes —como el del trabajo marítimo— que se hayan sujetos a normas particulares y específicas.

El Tribunal, con atino a criterio de quien escribe, recordó que la aplicación de la LCT se encuentra expresamente condicionada a que sus disposiciones resulten compatibles con la naturaleza y modalidades de la actividad de que se trate y con el específico régimen jurídico a que se halle sujeta (artículo 2 LCT).

En relación, son varios los antecedentes jurisprudenciales laborales —principalmente de la Justicia Federal— que han puesto énfasis en las características propias de la actividad pesquera y, particularmente, del personal enmarcado dentro de la Ley de Navegación N° 20.094, sosteniendo que no le resultan aplicables los sistemas legales generales, distintos del particular y propio de la actividad.

Así, a modo de ejemplo, y con criterio que también comparto, el propio Juzgado Federal de Rawson N° 1 ha dicho que “...es de suponer que el legislador al haber estructurado el régimen especial de una manera determinada, lo hizo teniendo en cuenta las características particulares de la actividad, por lo cual, de acuerdo con la directiva que establece el art. 2 de la LCT, no procede sustituir el régimen particular por otro, por el hecho de que ese otro resulte más beneficioso para el trabajador (...) en el caso, el

---

<sup>8</sup> Res. 259/2000, Disp. DIF N° 65/06, Disp. DIF N° 130/08.

<sup>9</sup> A criterio de la Cámara de Apelaciones dicho acuerdo “...tiene entidad suficiente porque impera en la actividad como costumbre administrativa *secundum legem*, sobre todo en cuanto consagra su aplicación irrestricta al sector”.

intérprete no goza de la posibilidad de optar por la aplicación de un sistema legal distinto del propio, ya que el legislador ha fijado uno determinado, situación que impide hacer aplicación del referido principio general del derecho del trabajo”<sup>10</sup>. En el mismo caso, se aclaró que “mucho se ha escrito respecto a si corresponde o no la aplicación lisa y llana de la LCT respecto de actividades laborales que poseen una regulación específica, y la vigencia o no de los principios protectorio que emanan de la ley madre laboral” y que “para solucionar la correlación y eventual aplicación de la ley de contrato de trabajo y acudiendo a las reglas de aplicación de normas que suministra la teoría del derecho, es de recordar que existen las siguientes “ley posterior deroga a la anterior”, “ley especial prevalece sobre la ley general”.

Por su parte, deben resaltarse también las reglas que suministra el propio derecho del trabajo, regla de la compatibilidad, regla de la norma más favorable al trabajador y regla de la condición más benéfica; pudiendo afirmarse sin lugar a dudas que la LCT adopta expresamente la regla de la compatibilidad en su artículo 2.

En conclusión, entiendo que, en el caso de los trabajadores marítimos, no nos encontramos ante una situación de carencia normativa, sino más bien ante un supuesto de incompatibilidad normativa entre la LCT y las normas específicas de la actividad, entre las que se encuentran principalmente la Ley de Navegación N° 20.094 y las convenciones colectivas de trabajo.

Así, concluyo que el solo argumento de que una disposición de la LCT resulta más favorable al trabajador marítimo que una norma especial no es suficiente para su aplicación directa al caso concreto. Por el contrario, se requerirá una situación de duda interpretativa y, además, la norma del régimen general deberá ser considerada en la medida que la aplicabilidad de la misma resulte compatible con la naturaleza y modalidades de la actividad (artículos 2 y 9 de la LCT) y con la existencia de regímenes especiales que traten de ella.

---

<sup>10</sup> JFR, “Lucero, Claudio Raúl c/ Congeladores Patagónicos SA s/despido”. Expte. FCR 21049783/2012, Sentencia del 19/02/19, citando a Romero Basaldua (Contrato de ajuste (I), Gente de Mar, p. 129, Ed Lerner. Sentencia confirmada por la Excma. Cámara de Apelaciones de Comodoro Rivadavia con fecha 03/07/20.

*Los modelos de la responsabilidad penal de la persona jurídica a la luz de la ley 27.401*

\*Por Francisco Gelvez

**I- Introducción**

En el presente trabajo se desarrollarán los distintos modelos que existen para atribuir responsabilidad a la persona jurídica, analizándolos en relación a la ley 27.401, que establece el régimen de responsabilidad penal aplicable a las personas jurídicas. Ello, a los fines de verificar cuales de los modelos que se expondrán a continuación, resulta ser el escogido por el legislador en la aludida ley. En este mismo sentido, se realizará un análisis en cuanto a la compatibilidad de dicho modelo, en relación a los principios del derecho penal. Finalmente, se efectuará una conclusión crítica respecto del modelo elegido por la ley y una propuesta superadora.

**II- Modelo de la responsabilidad penal vicarial o de transferencia**

Este modelo, es quizás el más conocido y parte de la doctrina considera que resulta aquel que el legislador tuvo en miras al atribuir responsabilidad penal de la persona jurídica a lo largo de toda la legislación penal argentina: delitos aduaneros (Código Aduanero, Art. 887), delitos cambiarios (Régimen Penal Cambiario, Art. 2, inc. f), delitos tributarios y previsionales (Régimen Penal Tributario, Art. 13), delitos contra la libre competencia (Ley N° 25.156, Arts. 46 y ss.), lavado de activos (Código Penal, Art. 304), en todos los delitos que atenten contra el orden económico y financiero (Código Penal, Art. 313) y, finalmente, en los delitos de cohecho y tráfico de influencias, nacional y transnacional, negociaciones incompatibles con el ejercicio de la función pública, concusión, enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados, y balances e informes falsos agravados (Ley N° 27.401, Arts. 2 y ss.)<sup>1</sup>. Sin embargo, de acuerdo al análisis que se desarrollará en el presente trabajo este modelo no resulta compatible con nuestro sistema jurídico como tampoco con el principio de culpabilidad.

---

<sup>1</sup> SALINAS, J, C, “Presupuestos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Argentina”, disponible en <https://rii.austral.edu.ar/bitstream/handle/123456789/1288/Presupuestos%20de%20la%20responsabilidad%20penal%20de.pdf?sequence=1>, p. 3 .

Particularmente este modelo, de acuerdo a lo que expone el autor Rafael H. Chanjan Documet, atribuye responsabilidad penal a las personas jurídicas con la sola constatación de la comisión de un ilícito penal por algún miembro de la organización en beneficio o por cuenta de esta. Es decir, se transfiere la responsabilidad criminal de la persona individual a la persona jurídica de manera automática, sin requerirse para tal efecto verificación de una culpabilidad o injusto propio de la persona jurídica. El delito del directivo o representante se le imputa sin más (por reflejo o de rebote) a la persona jurídica si se ha actuado en el giro de la empresa o en su beneficio<sup>2</sup>.

Este sistema fue adoptado por las legislaciones de España, Estados Unidos, Francia y Reino Unido<sup>3</sup>. Sin embargo, en EE.UU si bien existe un modelo de responsabilidad vicarial, la regulación de este país permite hacer responder penalmente a los entes colectivos, por la infracción cometida por cualquier empleado o incluso cualquier persona que obre por cuenta de la empresa. A este sistema se le ha denominado “respondand superior”, pues consiste en transferir la culpabilidad de la persona física a la persona jurídica bajo tres condiciones: i) la actuación culpable del agente, ii) dentro de los fines de la empresa y iii) con el fin de beneficiarla<sup>4</sup>.

Siguiendo los lineamientos de este modelo, se puede explicar el mismo de acuerdo a lo que el Dr. Guillermo J. Yacobucci, explica como la cláusula del actuar en lugar de otro. En este sentido el autor referido explica que: “los supuestos de las leyes penales tributarias que tienen por sujeto al “obligado”, siendo éste justamente la persona jurídica y no un sujeto de existencia real. El problema que aquí se plantea guarda relación con el principio de legalidad, pues ciertamente los delitos especiales reclaman que el agente al que se refiere el comportamiento típico sea el mismo que ha de responder por el hecho. Para salvar la vigencia de la legalidad las legislaciones penales han elaborado una cláusula de “transferencia” en virtud de la cual responde por el ente ideal un representante del mismo. Es lo que denominamos como el actuar en lugar de otro. Explica García Cavero que este instituto sirve para cubrir vacíos de punibilidad que se presentan en los delitos especiales cometidos por representantes tanto de personas jurídicas como naturales. Agrega que incluso algunos penalistas amplían su ámbito de aplicación a sujetos que

---

<sup>2</sup> CHANJAN DOCUMET, R, H, “La Responsabilidad penal de las personas jurídicas: ¿Un olvido o reinterpretación de los principios del derecho penal?”, disponible en <https://fcp.es/wpcontent/uploads/2018/01/Rafael-Chanjan-Documet-La-responsabilidad-penal-de-las-personas-jur%C3%ADdicas.pdf>, p. 2.

<sup>3</sup> NIETO, M, “Manual de cumplimiento penal en la empresa”, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2016. pp. 69-70.

<sup>4</sup> *Íd.*, p. 3.

“actúan fácticamente” en el lugar de otro, es decir, aun cuando no exista propiamente una relación de representación voluntaria.”<sup>5</sup>

Ahora bien, si bien muchos autores consideran que el legislador cuando sancionó la ley 27.401, estableció un sistema de responsabilidad vicarial, lo cierto es que como se expondrá más adelante, realizando una interpretación sistemática de la ley y de acuerdo al principio de culpabilidad, no resulta ser el modelo escogido por el legislador cuando sancionó la ley antes aludida.

### **III- Modelo de Autorresponsabilidad pura o de culpabilidad de la persona jurídica**

Este modelo expone que los entes colectivos responden penalmente por ilícitos cometidos por ellos mismos. Si bien se asume que un directivo, administrador o empleado haya llevado a cabo un hecho delictivo por cuenta y en provecho de la sociedad, se exige un injusto propio de la persona jurídica para poder responsabilizarla. Este injusto propio de la persona jurídica puede identificarse con un hecho delictivo societario, un defecto de organización concreto, una cultura corporativa defectuosa o una reacción defectuosa frente al hecho delictivo realizado por la persona física. Por lo general, la responsabilidad de la empresa depende de un defecto de organización o de la culpabilidad propia de la empresa<sup>6</sup>.

Según Chanjan Documet, los países que adoptaron este modelo en sus legislaciones son Suiza y Austria. No obstante, existen diferentes variantes teóricas dentro del modelo aludido.

#### *III. a) Teoría de los sistemas sociales autopoieticos*

Esta teoría según Chanjan Documet, recurre a que el presupuesto de la RPPJ es la existencia de un delito cometido por una persona física. La conducta individual, es sólo un hecho de referencia o presupuesto ajeno a la valoración de la responsabilidad penal del ente colectivo, es decir, está fuera de la teoría del delito aplicable a la persona jurídica. El hecho típico de la persona jurídica consistiría en un defecto de organización empresarial (injusto propio de la empresa), consistiendo su culpabilidad en una inadecuada disposición o falta de una cultura jurídica empresarial fiel a la legalidad.

---

<sup>5</sup> Guillermo YACOBUCCI, Derecho Penal Empresario, IB de F, Reimpresión 2020, Buenos Aires, Argentina, p. 24.

<sup>6</sup> CHANJAN DOCUMET, R. H., op.cit. p.4.

En este sentido Bajo Fernández expone: “el hecho injusto de la persona jurídica estaría compuesta de un hecho específico descrito en la norma concreta de que se trate (...) que contiene una modificación de mundo externo objetivamente constatable (...) más un comportamiento, un “hacer” (o un “omitir”) que se verifica en la carencia de normas internas o ausencia de programas de buen gobierno -relacionados con el objeto de protección (patrimonio de la hacienda pública, medio ambiente, etc.)- que disciplinen a sus directivos y empleados en el cumplimiento del derecho o que origina defectos de organización determinantes del comportamiento típico”<sup>7</sup>.

Esta teoría, busca la construcción de la culpabilidad de la persona jurídica, en virtud de un defecto organizacional de la misma, que ha permitido el comportamiento típico y antijurídico (injusto) por parte de los directivos y empleados de la persona jurídica. Esto lo que permite sostener es responsabilizar a la persona jurídica por un hecho que de acuerdo a su defecto de organización se ha realizado desde el seno de la misma, es decir, se construye ficticiamente un concepto de culpabilidad para la persona jurídica, distinto de la teoría clásica del delito.

Este modelo si bien resultaría ser más compatible con el principio de culpabilidad y con la ley 27.401, que incluyen los programas de integridad, no resulta ser el modelo que eligió el legislador para atribuir responsabilidad penal de la persona jurídica.

### *III. b) Teoría de la acción comunicativa*

En cuanto a esta teoría, el autor Chanjan Documet, explica que: “el hecho ilícito por el que responde penalmente la persona jurídica es el incumplimiento del deber penal que jurídicamente le incumbe; es decir, el injusto se identificaría con la adopción de acuerdos ilegales por parte de sus órganos de dirección. La culpabilidad de la empresa, por su parte, estaría vinculada a la ausencia de circunstancias o situaciones que generaran que fuera imposible el incumplimiento normativo, esto es, la persona jurídica será culpable cuando, en el momento del incumplimiento normativo, sea posible seguir exigiéndole sus obligaciones conforme a Derecho.”<sup>8</sup>

El principal exponente de esta teoría resulta ser el Prof. Carbonell Mateu, quien ha expresado lo siguiente: “hay acción en las personas jurídicas porque éstas son sujetos

<sup>7</sup> Miguel BAJO FERNÁNDEZ, “Vigencia de la RPPJ en el derecho sancionador español”, Capítulo I, en BAJO FERNÁNDEZ, FEIJOO SÁNCHEZ y GOMEZ-JARA DIEZ (autores), “Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, Cizur Menor, Navarra, 2012, p. 41.

<sup>8</sup> CHANJAN DOCUMET, R. H., op.cit. p.5.

de Derecho reconocidas como tales, sus tomas de decisión están sometidas a reglas y podemos, por tanto, decir que significan, que tienen sentido o, más propiamente, que constituyen un significado.”<sup>9</sup>

En esta teoría se podría identificar un esfuerzo por sostener la existencia de un injusto que es realizado por parte de la persona jurídica a través de acuerdos de sus órganos directivos. Es decir, a través de dichos órganos la persona jurídica despliega un comportamiento propio de ella, que puede encuadrarse en un tipo penal determinado y resultar antijurídica. Pero no obstante ello, esta teoría sostiene una noción de culpabilidad semejante a la de la teoría del delito del Derecho Penal nuclear, ya que como fue expuesto, la persona jurídica es culpable cuando al momento del hecho es posible exigir sus obligaciones normativas.

Este modelo no coincide con el escogido por el legislador en la ley 27.401, ya que el art. 2 de dicha ley, establece que: “Las personas jurídicas son responsables por los delitos previstos en el artículo precedente que hubieren sido realizados, directa o indirectamente, con su intervención o en su nombre, interés o beneficio. También son responsables si quien hubiere actuado en beneficio o interés de la persona jurídica fuere un tercero que careciese de atribuciones para obrar en representación de ella, siempre que la persona jurídica hubiese ratificado la gestión, aunque fuere de manera tácita”. Esto expone que el concepto de injusto construido dogmáticamente por Carbonel Mateu, difiere del expuesto en la ley, ya que en el artículo se establece la responsabilidad penal de la persona jurídica incluso cuando un tercero que carece de atribuciones para obrar en representación de esta, actúe en beneficio o interés de la antes aludida.

### *III. c) Teoría del injusto y culpabilidad autónomos de Heine*

En relación a esta teoría, formulado por el Prof. Alemán Günter Heine, la imputación de la responsabilidad a las personas jurídicas debe ser concebida de modo separado en sus presupuestos y consecuencias de la culpabilidad penal individual, debe entenderse como una organización deficiente de la empresa. Por ende, propone crear un sistema paralelo para la concepción del delito corporativo y su culpabilidad<sup>10</sup>.

Específicamente, el autor Chanjan Documet expone en relación a esta teoría lo siguiente: “el injusto del ente colectivo tendría relación con el deber de evitar y controlar

---

<sup>9</sup> Javier SÁNCHEZ BERNAL, Responsabilidad penal de las personas jurídicas, Universidad de Salamanca, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4018439.pdf>, p. 143, (disponible al 26-IX-2021).

<sup>10</sup> CHANJAN DOCUMET, R, H., op.cit. p.5.

los riesgos propios del giro de la empresa, de esta manera existirían dos presupuestos de la RPPJ:

i) La existencia de una administración deficiente del riesgo y ii) la materialización del peligro típico de la empresa en la afectación de algún bien jurídico. Así se tiene en cuenta el dominio funcional – sistémico de la organización, el cual es deficiente si la empresa descuida la posibilidad de remediar a tiempo un peligro, si omite programas de prevención. En tal sentido, se erige una teoría del delito propia de las personas jurídicas el cual incluye una propia concepción funcional – colectiva del dolo, la culpa y la conciencia de la ilicitud. El dolo vendría determinado desde un enfoque social por el conocimiento poseído por las secciones especializadas de la empresa. En cuanto a la culpabilidad de la persona jurídica, se sostiene que no es una culpabilidad de acto -como sucede con la culpabilidad individual clásica-, sino una “culpabilidad de hecho” que se puede caracterizar como una “culpabilidad por la conducción de la empresa”; es decir, por una deficiente organización permanente de la empresa a lo largo del tiempo. No se analiza en la culpabilidad el momento concreto en que la persona física comete el delito, sino también la situación anterior y posterior que dé cuenta del modo en el cual se organizaron los mecanismos de prevención y control en la empresa.”

Como se puede observar, esta teoría abarca un injusto y culpabilidad autónomos para la responsabilidad penal de la persona jurídica y pretende construir en virtud de ello, una teoría del delito para aquellas conductas penalmente relevantes que cometan las personas jurídicas.

Un modelo similar al expuesto por el profesor Heine, a nivel nacional resulta ser el expuesto por el profesor David Baigún, quien si bien no es objeto del presente trabajo y su extensión no podría ser abarcada aquí, es importante mencionar cuales fueron sus propósitos con su modelo teórico.

Es así que Baigún explica, “al criticar el esquema que pretende trasladar la teoría del delito del derecho penal convencional al ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, hemos sostenido, como alternativa más eficiente, la necesidad de crear un nuevo sistema teórico que sirviera como marco adecuado para resolver los conflictos planteados por la actividad delictiva realizada por las personas jurídicas. Este sistema, que se cobija ya tras el nombre de doble imputación, reside esencialmente en reconocer la coexistencia de dos vías de imputación cuando se produce un hecho delictivo protagonizado por el ente colectivo, de una parte, la que se dirige a la persona jurídica

como unidad independiente y, de la otra, la atribución tradicional a las personas físicas que integran la persona jurídica.”<sup>11</sup>

Ahora bien, esta propuesta del profesor Baigún tiene fundamento en lo siguiente: “En el plano de la política criminal, o más desnudamente, de la política general, un apartamiento del campo penal de los hechos delictivos realizados por la persona jurídica contribuiría a contrarrestar el efecto simbólico que ejerce la ley penal, al tiempo que contradiría el principio de igualdad que impone una consideración, al menos parificada, de las actividades delictivas de personas físicas y jurídicas; simétricamente, el ámbito penal, con todos sus desniveles y contradicciones aparece ante la conciencia social como el escenario donde se concentra el summum de garantías con que cuenta el sujeto de la imputación, imagen que, por otra parte, tiene mayor acogida en la realidad cotidiana”.<sup>12</sup>

Como fue manifestado anteriormente si bien no es objeto del presente trabajo, sumado a que ninguno de los modelos anteriormente expuestos fue adoptado por el legislador que sancionó la ley 27.401, a la hora de atribuir responsabilidad penal de la persona jurídica, es importante destacar estos modelos teóricos y sus esfuerzos por construir una teoría del delito autónoma y en paralelo para la persona jurídica, a los fines de atribuirle a esta responsabilidad penal.

### *III. d) Modelo mixto o ecléctico*

Finalmente nos encontramos con el modelo mixto o ecléctico, donde se van a combinar distintos elementos del sistema vicarial y de autorresponsabilidad, de tal manera que no se trata ni de una transferencia pura de la responsabilidad individual a la persona jurídica ni se trata de una exclusiva responsabilidad autónoma de ésta<sup>13</sup>.

En este caso nos encontramos ante una combinación del sistema vicarial y de autorresponsabilidad, en donde se analiza una conducta desplegada por la persona física que actúa en beneficio o en interés de una persona jurídica, pero sumado a ello, se analiza la culpabilidad propia de la persona jurídica.

De acuerdo a lo expuesto por el autor Chanjan Documet, dentro de este modelo de imputación a los entes colectivos podemos hallar diversas teorías que dan ciertos matices dogmáticos al sistema de RPPJ<sup>14</sup>.

---

<sup>11</sup> BAIGÚN, D, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas (Ensayo de un nuevo modelo teórico)”, Depalma, Buenos Aires, Argentina, 2000, pp. 27-28.

<sup>12</sup> Íd, pp. 29 -30.

<sup>13</sup> CHANJAN DOCUMET, R, H., op.cit. p.6.

<sup>14</sup> Íd, p. 8.

#### IV- A) Teoría del hecho de conexión

Para esta teoría, de acuerdo a Chanjan Documet, el hecho típico de la persona jurídica consiste en la realización por la persona física de la vertiente objetiva y subjetiva de un tipo penal y que, en la medida en que se realiza en el giro de la empresa, en nombre, por cuenta y en beneficio de la empresa, sea al mismo tiempo, jurídica sociológica y criminológicamente una acción propia de la persona jurídica y expresión de su específico obrar corporativo<sup>15</sup>.

Siguiendo los lineamientos de este autor, en cuanto a la culpabilidad de la empresa, la persona jurídica es culpable cuando haya omitido adoptar medidas de cuidado necesarias para garantizar un desarrollo ordenado y no delictivo de la actividad empresarial, esto es, se trata de una culpabilidad por un defecto de organización empresarial. El ente colectivo es culpable y se le reprocha penalmente por haber incumplido su deber de implementar eficazmente un programa de cumplimiento normativo (*compliance*), que prevenga la comisión de delitos como el que es cometido por la persona física<sup>16</sup>.

En definitiva este autor, expone que “la culpabilidad por defecto de organización deberá excluirse cuando ex ante el programa de cumplimiento normativo demuestre que la empresa ha cumplido con el deber de cuidado exigido para la evitación de riesgos penales, cobrando especial importancia la supervisión interna dentro de la empresa.”<sup>17</sup>

Esta teoría se asemeja a la utilizada por el legislador en la ley 27.401, sin perjuicio no es la teoría que adoptó la ley a la hora de atribuir responsabilidad penal a la persona jurídica. Esto es así ya que en primer lugar, la ley 27.401 establece la responsabilidad penal de la persona jurídica por los delitos que fueron identificados al principio del trabajo, estos son: a) Cohecho y tráfico de influencias, nacional y transnacional, previstos por los artículos 258 y 258 bis del Código Penal; b) Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, previstas por el artículo 265 del Código Penal; c) Concusión, prevista por el artículo 268 del Código Penal; d) Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados, previsto por los artículos 268

(1) y (2) del Código Penal; e) Balances e informes falsos agravados, previsto por el artículo 300 bis del Código Penal.

---

<sup>15</sup> Íd, p. 8.

<sup>16</sup> Íd, p. 8.

<sup>17</sup> Íd, p. 8.

En segundo término, el artículo 2 de dicha ley en su último párrafo establece que: “La persona jurídica quedará exenta de responsabilidad sólo si la persona humana que cometió el delito hubiere actuado en su exclusivo beneficio y sin generar provecho alguno para aquella.” En consecuencia, a ello, en este caso no podemos hablar que la ley establezca una acción propia de la persona jurídica, como expone la teoría aludida, ya que solamente si la persona humana comete el delito para su beneficio propio y sin generar provecho alguno para la persona jurídica, esta última quedará exenta de responsabilidad. Es por ello, que el injusto de la persona humana se transfiere a la persona jurídica como establece la primera parte del artículo mencionado, pero ese injusto no resulta ser propio de la persona jurídica como obrar colectivo.

En tercer lugar, el artículo 3 de la ley, establece claramente la responsabilidad sucesiva de la persona jurídica en los casos de transformación, fusión, absorción, escisión o cualquier otra modificación societaria, que resulta ser “transmitida” a la persona jurídica resultante o absorbente. Con ello, queda claro que existe una transferencia o transmisión del injusto penal cometido por la persona humana que haya actuado directa o indirectamente, con su intervención o en su nombre, interés o beneficio.

Como conclusión, si bien esta teoría se asemeja en relación al ámbito de la culpabilidad de la persona jurídica por defecto de organización, siempre y cuando *ex ante* no se advierta la existencia de un programa de integridad conforme a los arts. 22 y 23 de la ley, que junto con lo establecido en el artículo 9 exime de pena y responsabilidad penal a la persona jurídica, no resulta coincidir respecto de cómo se configura el injusto penal en el seno de la persona jurídica desde la perspectiva del artículo 2 de la ley citada.

#### **IV- B) Teoría de la transferencia del injusto**

De acuerdo a esta teoría, según lo que explica Chanjan Documet, “la RPPJ es partir del reconocimiento de que existe una transferencia del injusto de la persona física a la persona jurídica, esto es, no se crea una ficción para sostener que es la persona jurídica la que actúa típica y antijurídicamente a través de la persona física, sino que, al igual que en el sistema vicarial, se le traslada al ente colectivo el injusto individual cometido en su favor y en el giro de su negocio. Siguiendo esta teoría, seguida por autores como Diez Ripolles, Nieto Martín y Tiedemann, existiría un hecho injusto cometido por la persona física que es transferido a la persona jurídica. Sin embargo, el reproche va referido a un injusto que, tras la transferencia, se considera propio de la persona jurídica y a él irían referidas también una culpabilidad y punibilidad propias: Por un lado, la culpabilidad

propia se le atribuye a la persona jurídica por no haber evitado o reducido el riesgo de comisión del comportamiento antijurídico y comportaría la incorporación al derecho penal positivo de la llamada culpabilidad por defecto de organización. Dicha culpabilidad propia se identifica, por tanto, con la posibilidad de eximirse de responsabilidad mediante la adopción de modelos de prevención”<sup>18</sup>.

Explicado el modelo de la teoría de la transferencia del injusto, esta es la teoría que adoptó el legislador para atribuir la responsabilidad penal de la persona jurídica al sancionar la ley 27.401 por las consideraciones que pasaremos a explicar.

En primer término, como fue explicado anteriormente, el artículo 2 de la ley, establece la responsabilidad de la persona jurídica que hubiera cometido los delitos enumerados en el artículo 1, directa o indirectamente, con su intervención o en su nombre, interés o beneficio. Luego dicho artículo 2, continúa exponiendo que también son responsables las personas jurídicas, si quien hubiese actuado en beneficio o interés de aquella fuere un tercero que carece de atribuciones o facultades para obrar en representación de la misma, siempre que ésta ratifique la gestión, aun de manera tácita. En consecuencia, se puede advertir que es transferido el injusto cometido por aquellas personas que actúan con intervención, en nombre, interés o beneficio del ente colectivo. Con lo cual se puede concluir que existe una atribución del injusto penal a través de la transferencia de lo realizado por la persona humana.

Resulta interesante en este punto advertir que a una conclusión parecida llega el autor Juan Cruz Salinas cuando expone que: “del modelo de responsabilidad argentino surge que la acción de la persona jurídica es la acción emanada de un órgano social que actúa en beneficio de la misma, dentro del marco de su competencia estatutaria y legal, ya sea representándola con terceros, o consintiendo y avalando la acción del administrador o de un tercero vinculado jurídicamente con la persona jurídica que actúa en interés de esta. De dicho concepto surgen los siguientes presupuestos: “actuar en nombre” de la persona jurídica, “actuar con su intervención o ayuda”, y “actuar en su beneficio”<sup>19</sup>.

Ahora bien, es menester destacar y aludiendo a la teoría mixta de la transferencia del injusto, que el legislador al sancionar la ley 27.401, tuvo en miras no solo transferir el concepto de acción de la persona humana a la persona jurídica, sino transferir el concepto de injusto penal, esto es el comportamiento típico y antijurídico de aquella

---

<sup>18</sup> Íd., pp. 8-9.

<sup>19</sup> SALINAS, J, C, op.cit.

persona humana, en nombre, con intervención o en su beneficio, tenga o no la representación de aquella persona jurídica.

En segundo término, en el artículo 3 de la ley mencionada, se puede observar que el legislador utiliza el término “transmitida”, para establecer la responsabilidad penal en los casos de transformación, fusión, absorción, escisión o cualquier otra modificación societaria de la persona jurídica resultante o absorbente. Sumado a ello, en el final del artículo 2, se establece la exención de responsabilidad penal cuando la persona humana cometió el delito para su exclusivo beneficio y sin generar provecho para la persona jurídica. Es por lo que, realizando un análisis sistemático de la ley, se puede interpretar que la finalidad del legislador fue transferir el injusto cometido por la persona humana, en beneficio, con intervención y en nombre de la persona jurídica, pese a que dicha persona humana no posea las atribuciones para obrar en representación del ente colectivo.

En tercer lugar, la ley en su artículo 9 establece la exención de pena profesando lo siguiente: “Quedará eximida de pena y responsabilidad administrativa la persona jurídica, cuando concurren simultáneamente las siguientes circunstancias: a) Espontáneamente haya denunciado un delito previsto en esta ley como consecuencia de una actividad propia de detección e investigación interna; b) Hubiere implementado un sistema de control y supervisión adecuado en los términos de los artículos 22 y 23 de esta ley, con anterioridad al hecho del proceso, cuya violación hubiera exigido un esfuerzo de los intervinientes en la comisión del delito; c) Hubiere devuelto el beneficio indebido obtenido”. Si bien no resulta muy feliz el término “responsabilidad administrativa de la persona jurídica”, cuando la ley establece la responsabilidad penal de la persona jurídica, lo cierto es que como indica la teoría desarrollada, la ley establece una culpabilidad propia de la persona jurídica, ya que podrá eximirse si hubiere implementado un sistema de control y supervisión adecuado en los términos del programa de integridad previsto en los artículos 22 y 23 de la ley. Es por lo que, en caso de un defecto de organización de la persona jurídica, no podrá eximirse de responsabilidad penal y por tanto de la pena.

A esta misma conclusión llega el autor Salinas que explica: “surge también del modelo argentino que la culpabilidad de la persona jurídica está determinada por su propio defecto organizativo interno. En consecuencia, la persona jurídica será responsable penalmente por el injusto cometido por el órgano social cuando este hubiera podido ser evitado con una mejor y más eficiente organización interna de la persona jurídica y, sin embargo, ella no lo hubiere hecho habiendo tenido la posibilidad de hacerlo. Conforme el derecho argentino, el déficit organizativo interno de la persona jurídica tiene como

presupuestos a la falta de implementación o incumplimiento de un programa de *compliance* y a la omisión de vigilancia sobre la actuación de los órganos sociales competentes para atribuirles su injusto a la persona jurídica.”<sup>20</sup>

Sin perjuicio de lo anterior y, en cuarto lugar, la ley establece en su artículo 8 la graduación de la pena, y específicamente alude a que los jueces tendrán en cuenta el incumplimiento de reglas y procedimientos internos; la omisión de vigilancia sobre la actividad de los autores y partícipes; la denuncia espontánea a las autoridades por parte de la persona jurídica como consecuencia de una actividad propia de detección o investigación interna. Por lo que, no solamente el programa de *compliance* o integridad y el control de vigilancia sobre los órganos sociales competentes determina la culpabilidad de la persona jurídica y en razón de ello su responsabilidad penal, sino también dichos instrumentos son relevantes para el juez, a fin de merituar la pena a aplicar a la persona jurídica por la comisión del delito.

Si bien como se ha mencionado, expresamente la ley mencionada establece en sus artículos 22 y 23 los programas de integridad y como debe ser su contenido con pautas generales, en el artículo 24 se establece que la existencia de dicho programa deberá ser condición necesaria para poder contratar con el Estado Nacional en el marco de los contratos según la normativa vigente, por su monto, deberá ser aprobado por la autoridad competente con rango no menor a Ministro; y se encuentren comprendidos en el artículo 4° del decreto delegado N° 1023/01 y/o regidos por las leyes 13.064, 17.520, 27.328 y los contratos de concesión o licencia de servicios públicos. Esto implica que el legislador tuvo como finalidad establecer cierta obligatoriedad de la implementación de los programas de integridad para las personas jurídicas que contratan con el Estado Nacional, en virtud de la enumeración de delitos que la ley prevé para la responsabilidad penal de la persona jurídica en su artículo 1. Lo que permite concluir que el legislador en miras de atribuir responsabilidad penal de la persona jurídica, escogió el modelo mixto de transferencia del injusto ya que, con la introducción de los programas de integridad, su obligatoriedad y siendo una de los requisitos legales para eximir de pena y responsabilidad penal a la persona jurídica, se entiende que se ha determinado una culpabilidad propia del ente colectivo por defecto de organización.

## V- Críticas al modelo de responsabilidad de transferencia del injusto

---

<sup>20</sup> SALINAS, J, C, op.cit.

Las críticas que se le pueden realizar al modelo escogido por el legislador, resultan ser que transfiere el injusto cometido por la persona humana o física a la persona jurídica, por lo que se vulnera el principio de imputación subjetiva, integrada por dolo o culpa, ya que no existe un vínculo subjetivo entre el hecho cometido por la persona jurídica. Es decir, siguiendo los lineamientos del Doctor Guillermo Yacobucci, no existe un “un nexo con la subjetividad de la persona conforme un ámbito de competencia reglado”<sup>21</sup>, ya que se transfiere el injusto de la persona física a la persona jurídica.

Por otra parte, el modelo antes aludido, también vulneraría el principio de responsabilidad por el hecho propio, ya que de acuerdo con el autor Chanjan Documet, se parte de la desvaloración de un injusto ajeno, el de la persona física que actúa en su beneficio y por cuenta de ella<sup>22</sup>.

En consecuencia a lo antes expuesto y siguiendo con los criterios del Doctor Guillermo Yacobucci señalados en el principio de culpabilidad, este modelo de transferencia del injusto, resultaría criticable ya que no resulta compatible con los principios aludidos que resultan reglas definitorias del principio de culpabilidad<sup>23</sup>.

## **VI- Conclusión y una posible propuesta superadora**

En consecuencia a los argumentos expuestos, se puede concluir que el legislador sancionador de la ley 27.401 escogió el modelo mixto de transferencia del injusto para atribuir la responsabilidad penal a la persona jurídica en relación a los delitos previstos en el art. 1 de dicha ley.

A esta conclusión se puede llegar debido a lo siguiente:

- a) En cuanto al injusto cometido por la persona humana transferido a la persona jurídica en su beneficio y por cuenta de ella, se ha mencionado que: 1) El artículo 2 establece la responsabilidad penal de la persona jurídica cuando se cometan los delitos previstos en el artículo 1, directa o indirectamente, con su intervención o en su nombre, interés o beneficio. En consecuencia, se puede advertir que es transferido el injusto cometido por aquellas personas humanas que actúan con intervención, en nombre, interés o beneficio del ente colectivo; 2) Asimismo, dicho artículo

---

<sup>21</sup> YACOBUCCI, G, “El sentido de los principios penales”, Editorial IBde F, Montevideo-Buenos Aires. Uruguay-Argentina, 2017, pp. 554-578.

<sup>22</sup> CHANJAN DOCUMET, R, H., op.cit. p.11.

<sup>23</sup> YACOBUCCI, G, op.cit., pp.554-578.

establece la responsabilidad penal de la persona jurídica aun cuando un tercero sin atribuciones para obrar en representación de ella, actúe en su beneficio o en su interés. Con lo cual, no solo transfiere el injusto de aquellas personas humanas que posean facultades de representación a través de los órganos sociales, sino también terceros que actúen en su beneficio o interés; 3) Sumado a lo expuesto, en el final del mencionado artículo, se establece una limitación a la transferencia del injusto penal de la persona humana a la persona jurídica, cuando el delito sea cometido en exclusivo beneficio de la persona humana y sin generar provecho para la persona jurídica; 4) El artículo 3 transmite la responsabilidad penal de la persona jurídica resultante o absorbente, en los casos de transformación, fusión, absorción, escisión o cualquier otra modificación societaria. Con lo cual el injusto es transmitido desde la persona jurídica que se modifica societariamente a la persona jurídica resultante.

- b) En cuanto a la culpabilidad propia de la persona jurídica por defecto de organización y la posibilidad de eximirse de responsabilidad: 1) El artículo 9 establece la exención de pena y responsabilidad penal de la persona jurídica, si hubiere implementado un sistema de control y supervisión adecuado en los términos del programa de integridad previsto en los artículos 22 y 23 de la ley, además de la auto-denuncia y la entrega del beneficio indebido obtenido. Con lo cual, en caso de no contar con un programa de integridad eficiente y con las características que establecen los artículos mencionados, la persona jurídica será responsable penalmente y se le aplicará una pena; 2) El artículo 8 establece la graduación de la pena, debiendo el juez merituar el incumplimiento de reglas y procedimientos internos; la omisión de vigilancia sobre la actividad de los autores y partícipes; la denuncia espontánea a las autoridades por parte de la persona jurídica como consecuencia de una actividad propia de detección o investigación interna, entre otros, para la imposición de la pena. Por lo que, se concluye que se debe determinar la aplicación de la pena de acuerdo a una culpabilidad propia de la persona jurídica por defecto de organización; 3) Los artículos 22 y 23 hacen referencia a los programas de integridad y las pautas generales que deben contener los mismos. Por otra parte, el artículo 24 establece la condición

necesaria de un programa de integridad para aquellas personas jurídicas que contraten con el Estado Nacional.

Ahora bien, en relación a la compatibilidad de la teoría de la transferencia del injusto con el principio de culpabilidad, se puede concluir que no resulta compatible con dicho principio, puesto que no existe un “un nexo con la subjetividad de la persona conforme un ámbito de competencia reglado”<sup>24</sup>, ya que se transfiere el injusto de la persona física a la persona jurídica y tampoco se respeta el principio de responsabilidad por el hecho propio. Lo que supone que la teoría de responsabilidad penal de la persona jurídica escogida por el legislador en la ley 27.401 no resulta compatible con el principio de culpabilidad, dados los argumentos antes expuesto y eventualmente se podrían dar numerosos planteamientos ante los Tribunales respecto de su constitucionalidad. No obstante, deberá observarse jurisprudencialmente como se resuelven tales planteos.

Finalmente, consideramos acertado, como una propuesta a futuro elaborar tanto dogmáticamente como legislativamente una teoría de la responsabilidad de la persona jurídica similar a la teoría del injusto y culpabilidad autónoma de Heine o el modelo teórico del profesor David Baigún que resulte compatible con nuestro sistema jurídico y constitucional, como también con los principios de legitimación del derecho penal. En este sentido García Cavero expone que “la idea de construir un Derecho penal de las personas jurídicas no ha quedado en una propuesta doctrinal aislada, sino que son varios los autores que, tanto fuera, como dentro de nuestro país, han manifestado su adhesión a esta propuesta de *lege ferenda*”<sup>25</sup>.

Tal y como explica el autor citado, “por supuesto que no puede manejarse un concepto de culpabilidad idéntico para las personas físicas y las jurídicas, pero ello no impide formular una culpabilidad propia de las personas jurídicas con la cual se pueda fundamentar igualmente una pena. No se trata, por tanto, de crear un nuevo Derecho sancionador, sino de adaptar los criterios de imputación penal a las particularidades de las personas jurídicas.”<sup>26</sup>

Es por ello, que de acuerdo a lo referido a futuro se podría adaptar o modificar la teoría del delito del derecho penal nuclear para la persona jurídica, buscando compatibilizar los principios rectores de nuestro sistema constitucional y jurídico.

---

<sup>24</sup> *Íd*, pp-554-578.

<sup>25</sup> YACOBUCCI, G, “Derecho Penal Empresario”, Editorial IBde F, Reimpresión, Buenos Aires, Argentina, 2020, p. 88.

<sup>26</sup> *Íd*, p.88.



## *Principio de Proporcionalidad “D., E. R. s/rec. de casación”*

**\*Por Francisco Gelvez**

### **I- Introducción**

En el presente trabajo se analizará a la luz del principio de proporcionalidad, la resolución judicial de la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal, en los autos caratulados “D., E. R. s/rec. de casación” de fecha 25/11/2011. En el caso de referencia, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional confirmó la decisión judicial del juez de instrucción que había ordenado la extracción de sangre en forma compulsiva del imputado por el delito de abuso sexual con acceso carnal, con el objeto de comprobar si resultaba portador del virus de VIH y realizar cotejos de su ADN con las muestras secuestradas en el marco de la pesquisa. En virtud de ello, la defensa del sospechado de criminalidad impugnó dicho decisorio mediante recurso de casación que fue rechazado, lo que motivó el recurso de queja, pese a ello la Cámara Nacional de Casación Penal confirmó la decisión judicial aludida.

A lo largo del presente se intentará determinar si la medida de investigación dispuesta en autos, resulta una injerencia a los derechos de integridad física, intimidad y libertad de movimiento del imputado, que no supera los estándares del principio de proporcionalidad o razonabilidad, de acuerdo a los fines perseguidos en el marco del proceso penal. Se efectuará, además, un análisis crítico de la resolución judicial traída a estudio, de acuerdo a cada nivel o juicio del principio de proporcionalidad o razonabilidad como es entendido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el precedente “Norin Catriman vs. Chile”. Se evaluará si la medida afecta el contenido esencial de los derechos fundamentales del inculpa.

### **II- Análisis de la decisión judicial a la luz del principio de proporcionalidad**

En primer lugar, de la resolución surge, que la medida probatoria en cuestión, tiene fundamento en el art 218 bis del CPPN<sup>1</sup>, que autoriza al juez de instrucción a

---

<sup>1</sup> Artículo 218 *bis* del CPPN: Obtención de ácido desoxirribonucleico (ADN). El juez podrá ordenar la obtención de ácido desoxirribonucleico (ADN), del imputado o de otra persona, cuando ello fuere necesario para su identificación o para la constatación de circunstancias de importancia para la investigación. La medida deberá ser dictada por auto fundado donde se expresen, bajo pena de nulidad, los motivos que justifiquen su necesidad, razonabilidad y proporcionalidad en el caso concreto. [...] Código Procesal Penal: Ley N° 23.984, (Artículo incorporado por art. 1° de la Ley N° 26.549 B.O.

disponer dicha medida de prueba con motivos suficientes que fundamenten su necesidad, razonabilidad y proporcionalidad, sin embargo, constituye una injerencia a los derechos de integridad física, intimidad y libertad de movimiento del imputado, que se analizan a continuación:

El derecho a la intimidad encuentra recepción en el art. 18 de la Constitución Nacional y los pactos de derechos humanos incorporados por el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional (art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 11 inc. 2 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, art. V de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre). La jueza Argibay en el fallo “Baldivieso”, explica que el derecho a la intimidad “se refiere a la exclusión de terceros (los funcionarios públicos entre ellos) de ciertos ámbitos propios de la persona, a los que también se puede llamar ‘privados’ o ‘exclusivos’. Por antonomasia, cae en esta categoría el domicilio o vivienda, pero también incluye el artículo 18 de la Constitución Nacional a los papeles privados y a la correspondencia epistolar. A diferencia de la protección asignada por el artículo 19 de la Constitución nacional, la interferencia en estos ámbitos privados por parte de las autoridades públicas no se halla excluida de manera absoluta, sino que se la sujeta a determinados requisitos, tal como la orden de autoridad competente”<sup>2</sup>.

El derecho a la integridad física, psíquica y moral, está reconocido por el art. 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>3</sup> incorporado por el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional a partir de la reforma constitucional del año 1994. En este sentido la Corte IDH ha expuesto que “la Convención Americana reconoce expresamente el derecho a la integridad personal, física y psíquica, cuya infracción “es una clase de violación que tiene diversas connotaciones de grado y [...] cuyas secuelas físicas y psíquicas varían de intensidad según los factores endógenos y exógenos que deberán ser demostrados en cada situación concreta”. Además, la Corte ha sostenido en otras oportunidades que la mera amenaza de que ocurra una conducta prohibida por el artículo

---

27/11/2009) disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/383/texact.htm#9>.

<sup>2</sup> CSJN, “Baldivieso, Cesar Alejandro s/ causa n°4733”, Sentencia del 20/04/10, jueza Carmen M. Airgibay por su voto Consid. 6.

<sup>3</sup> Artículo 5°: “Derecho a la Integridad Personal: 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. 2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”, disponible en <https://www.oas.org/dil/esp/tratados>.

5 de la Convención, cuando sea suficientemente real e inminente, puede en sí misma estar en conflicto con el derecho a la integridad personal”.<sup>4</sup>

Finalmente, la libertad de movimiento o ambulatoria encuentra recepción en el art. 13 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el art. I de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. “En lo que al artículo 7 de la Convención respecta, éste protege exclusivamente el derecho a la libertad física y cubre los comportamientos corporales que presuponen la presencia física del titular del derecho y que se expresan normalmente en el movimiento físico. La seguridad también debe entenderse como la protección contra toda interferencia ilegal o arbitraria de la libertad física.”<sup>5</sup>

En este orden de ideas, las finalidades que persigue la medida ordenada por el magistrado de instrucción, consiste en determinar si el imputado resulta portador de VIH y cotejar su ADN con el material secuestrado en la investigación. Sin perjuicio de lo expuesto, la correspondiente medida probatoria fue dispuesta en el marco de un proceso penal cuya finalidad corresponde a la búsqueda de la verdad en juicio, tutelada por el interés público y además de ello, el hecho investigado resulta encontrarse enmarcado dentro de un contexto de violencia de género y violencia contra la mujer, bajo la modalidad de violencia sexual<sup>6</sup> de conformidad con la ley nacional 26.485 (Ley de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra Las Mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales).-

### **III- Finalidad legítima - Juicio de adecuación**

El Tribunal hace mención que el art. 218 bis del CPPN autoriza la medida de prueba criticada y resulta base legal suficiente para autorizar al juez a disponer dicha medida, previo examen de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad, cumpliendo con el principio de reserva de ley que se infiere del art. 19 de la Constitución Nacional. Explica

---

<sup>4</sup> CIDH, “Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia”, Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia del 30/11/12, Cuadernillo de Jurisprudencia N° 10: Integridad personal, p. 13, disponible en <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo10.pdf>.

<sup>5</sup> CIDH, “Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. vs. Ecuador”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 21/11/07, Cuadernillo de Jurisprudencia N° 8: Libertad personal, p. 6, consultar en <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo8.pdf>.

<sup>6</sup> Artículo 5º: “Tipos. Quedan especialmente comprendidos en la definición del artículo precedente, los siguientes tipos de violencia contra la mujer: 3.Sexual: Cualquier acción que implique la vulneración en todas sus formas, con o sin acceso genital, del derecho de la mujer de decidir voluntariamente acerca de su vida sexual o reproductiva a través de amenazas, coerción, uso de la fuerza o intimidación, incluyendo la violación dentro del matrimonio o de otras relaciones vinculares o de parentesco, exista o no convivencia, así como la prostitución”.

que puede alegarse que se vea afectada la intimidad, integridad física y la libertad de movimiento del imputado. No obstante, existen finalidades legítimas que autorizan la medida ordenada.

En primer lugar, se hace referencia a la naturaleza penal del proceso, que se encuentra tutelado por el interés público en miras a la determinación de la verdad acerca de lo sucedido, para la identificación de los partícipes y autores del delito que permita su enjuiciamiento y sanción.

En segundo término, se explica que el delito investigado es un hecho de violencia contra la mujer, de acuerdo a lo previsto en la Convención Belém do Pará (Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer). Y de acuerdo a la CIDH, es obligación de los Estados parte, actuar con la debida diligencia, a los fines de investigar y sancionar todo acto y/u omisión de violencia contra la mujer.

En virtud de lo expuesto, la extracción de sangre del imputado aún de forma compulsiva, tiene por objeto corroborar si es portador de VIH y cotejar su ADN con el material secuestrado, a los fines de acreditar la materialidad del hecho imputado y su responsabilidad penal en orden al delito de abuso sexual con acceso carnal reiterado, en concurso real con privación ilegal de la libertad, agravado por su comisión con violencia y lesiones leves. Todo ello, conforme a lo que surge del auto procesamiento con prisión preventiva respecto de D. (imputado) dispuesto por el magistrado de instrucción.

En este orden de ideas, en particular con la medida ordenada se pretende determinar en el presente caso la verdad de lo acontecido, es decir, verificar con la extracción de sangre de D. si su ADN se encontraba en el material secuestrado, en caso afirmativo se podría acreditar los extremos denunciados por la víctima. Por otro lado, tal y como surge de la resolución judicial, con dicha extracción de sangre, también se quiere determinar si el ya mencionado era o no portador de VIH/SIDA, ya que la damnificada mujer habría sido contagiada por dicha enfermedad de transmisión sexual, con posterioridad a los hechos que se le imputan a D.

En consideración a lo expuesto, las finalidades perseguidas por la medida resultan legítimas, en primer lugar, dado a que el art. 218 bis del CPPN, establece la base legal suficiente que autoriza al juez de instrucción a disponer la medida probatoria cumpliendo con el principio de reserva de ley. En segundo término, la medida persigue la determinación de la verdad en el marco de un proceso penal para identificar al autor del delito, su enjuiciamiento y la aplicación de la sanción penal correspondiente, en caso de resultar su conducta típica antijurídica y culpable, más allá de toda duda razonable.

En este sentido la Corte IDH en el caso *Norin Catriman vs. Chile*, expuso que “la finalidad de las medidas que priven o restrinjan la libertad debe ser compatible con la Convención”<sup>7</sup>. Ello así se verifica en el presente caso de acuerdo a lo esgrimido por el Tribunal, en función de lo siguiente: “en relación al derecho a la verdad, el propio sistema de protección interamericano de derechos humanos ha señalado que es deber del Estado el investigar, prevenir y sancionar (art. 1.1 CADH) y el derecho de las víctimas, sus familias e incluso, de toda la sociedad, a conocer la verdad de lo sucedido a través del acceso a la justicia requerido por el art. 25 CADH.”<sup>8</sup>

Por otro lado, es una obligación de los Estados partes que suscribieron la Convención Belém Do Pará, actuar con la debida diligencia a los fines de investigar y sancionar la violencia contra la mujer. En este mismo sentido se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su jurisprudencia.

Sumado a ello, se puede advertir que se cumplen con los requisitos establecidos por el autor Juan Cianciardo en relación al juicio de adecuación, siendo ellos los siguientes: “a) debe existir un fin; b) el fin no debe estar prohibido constitucionalmente, y c) el fin debe ser socialmente relevante.”<sup>9</sup>

En el caso en cuestión, los fines aludidos no resultan ser prohibidos constitucionalmente, sino que resultan amparados por convenciones y tratados internacionales reconocidos por el Estado Argentino. Y por último, dichos fines son socialmente relevantes dado a los fundamentos expuestos por el Tribunal y por el flagelo de los casos de violencia contra la mujer, que dado al avance de los instrumentos internacionales orientados a prevenir, investigar y sancionar todo tipo de violencia contra la mujer, han generado por parte de los Estados la obligación de orientar el abordaje de esta conflictiva de acuerdo a la complejidad que implica.

#### **IV- Idoneidad de la medida - Juicio de adecuación**

En cuanto a la idoneidad de dicha medida para cumplir los fines antes aludidos, el Tribunal argumenta que la prueba ordenada no sólo es necesaria sino también idónea para los fines perseguidos, más aún cuando la misma defensa en la presentación recursiva

---

<sup>7</sup> CIDH, “*Norin Catrimán y Otros, (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile*”, Sentencia del 29/05/14, p. 110.

<sup>8</sup> CNCP, Sala II, “D., E. R. s/ rec. de casación”, Sentencia del 25/11/11, juez Alejandro W. Slokar según su voto, publicada en Supl. Penal 2011 (diciembre), 52, La Ley 2011-F, 665, 26/12/2011.

<sup>9</sup> CIANCIARDO, J, “El principio de razonabilidad del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad”, Abaco Rodolfo Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1998, p. 63.

señaló su indispensabilidad cuando alegó que “para la determinación de si su representado posee el virus del VIH/SIDA [...] la única forma de realizarse es a través de la obtención de muestras de sangre”<sup>10</sup>. Así también se esgrime que la medida impugnada, resulta ser el medio eficaz para corroborar fehacientemente o no la responsabilidad de D. en los sucesos atribuidos y, en caso positivo, su correcta subsunción legal. Sin perjuicio de ello, no se realiza un examen exhaustivo de la idoneidad de la medida para el logro de las finalidades explicadas.

Ahora bien, la extracción de sangre del imputado, aún de forma compulsiva, es idónea para verificar si el mencionado resulta poseedor de la enfermedad de transmisión sexual aludida. Sin embargo, que el imputado posea o no dicha enfermedad luego de cometer la conducta delictiva no resulta de interés a los fines del proceso penal y la determinación de la verdad en el presente caso. Esta afirmación se sustenta ya que “el representante del Ministerio Público Fiscal al describir el hecho en el requerimiento de elevación a juicio sostuvo —en cuanto aquí interesa— que “el imputado, pese a conocer que resulta portador de una grave enfermedad de transmisión sexual, cuando sometía a... a tener relaciones sexuales, no habría utilizado ningún tipo de protección, lo que favoreció el contagio de la enfermedad VIH”<sup>11</sup>.

En este sentido lo que se debe corroborar en el presente caso, a través de medidas de investigación, es verificar si el imputado al momento de forzar a la víctima a tener relaciones sexuales, tenía conocimiento de que era portador de VIH y pese a tenerlo, desplegó su conducta sin haber utilizado ningún tipo de protección profiláctica. Que el procesado posea o no la enfermedad de transmisión sexual en el estadio procesal -auto procesamiento con prisión preventiva- del caso no es relevante a los fines de la investigación penal. Es así, que la medida de extracción de sangre de forma compulsiva con el objeto señalado más arriba, no es idóneo para determinar si el inculcado tenía conocimiento (elemento cognitivo) de que era portador de VIH al momento de desplegar su conducta y pese a ello sometió a la víctima a mantener relaciones sexuales, no utilizando ningún tipo de protección (elemento volitivo) lo que generó el contagio de la aludida enfermedad de transmisión sexual a la víctima. Por ello, es inidónea la medida de extracción de sangre compulsiva al imputado con posterioridad al hecho acaecido para acreditar si el mismo tenía conocimiento de que poseía VIH. -

---

<sup>10</sup> CNCP, Sala II, “D., E. R. s/ rec. de casación”, Sentencia del 25/11/11.

<sup>11</sup> CNCP, Sala II, “D., E. R. s/ rec. de casación”, Sentencia del 25/11/11.

En suma a lo ya mencionado, no es explicado en la resolución, cuál es la relevancia de verificar si el procesado resulta ser portador de una enfermedad de transmisión sexual a posteriori de cometer la conducta encuadrada en el delito de abuso sexual con acceso carnal. Si bien la defensa explicó que la única forma de verificar si su defendido poseía el virus, era la obtención de muestras de sangre, no se explica cuál es la relevancia en virtud del objeto de investigación.

Ahora bien, no existe relación entre el dolo requerido por el sujeto en el hecho descrito al momento de cometer el acto sexual y que posteriormente del suceso referido se verifique si posee VIH. Que el imputado posea o no la enfermedad de transmisión sexual con posterioridad al hecho que se le atribuye, no resulta relevante a los fines de la instrucción, ya que dependiendo de las circunstancias fácticas podría haber sido contagiado con posterioridad al hecho acaecido o en el mismo acto por parte de la víctima. En consecuencia, la medida de extracción de sangre, cuyo objeto es verificar si es portador del virus, no resulta idónea a los fines de atribuir responsabilidad penal, ni de acreditar la acusación sostenida por el Ministerio Público Fiscal en el requerimiento de elevación a juicio.

Distinto es el análisis de la extracción de sangre del imputado para cotejar su ADN con las muestras secuestradas. En este caso la medida dispuesta resulta claramente idónea para acreditar la materialidad de los hechos, ya que en caso de coincidencia de su ADN con las muestras secuestradas resulta ser un indicio, que junto a las demás pruebas valoradas de conformidad con la sana crítica, podrían determinar la autoría del hecho al imputado en orden a los delitos antes referidos. Cabe señalar que científicamente “es a partir del ADN que se puede identificar e individualizar a todos los seres humanos. [...] el ADN se constituye por: Moléculas muy largas; que contienen muchos miles de desoxirribonucleótidos de cuatro clases distintas, unidos en una secuencia que es característica para cada organismo, y que constan habitualmente de dos hebras. El cromosoma de las células procariota es una gran molécula de ADN, dispuesta de modo compacto en una zona nuclear o nucleóide.”<sup>12</sup> Por lo que “debido al carácter específico del ADN en el ser humano a cada individuo le corresponde “una huella digital genética. La comparación entre dichas huellas será lo que permita determinar si dos muestras de

---

<sup>12</sup> BOLAÑOS, B. “Implementación de la información genética ADN como medio probatorio en el sistema penal acusatorio colombiano”, *Revista Verba Iuris*, 13(39), pp. 27-47, disponible en <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/verbaiuris/article/download/1316/1012+&cd=4&hl=es419&ct=clnk&gl=ar>.

ADN proceden de personas diferentes o de un mismo individuo, o si existe una relación biológica entre dichos individuos”<sup>13</sup>

A modo de concluir el presente análisis, cabe señalar que “el primer problema a resolver es si al juzgar la idoneidad de la medida el intérprete debe retrotraerse al momento de su dictado o, por el contrario, debe situarse al tiempo de la producción de los efectos de la medida. Puede ocurrir que una medida previsiblemente idónea cuando fue dictada se vuelva luego inidónea o a la inversa.”<sup>14</sup> Sin perjuicio de ello, en el presente caso se advierte que la medida de extracción de sangre en forma compulsiva al imputado con el objeto de verificar si era portador de VIH, no resulta idónea ex ante como tampoco a posteriori a los fines de determinar su responsabilidad penal en el hecho atribuido. Ello así, ya que de acuerdo a la acusación realizada por la Fiscalía, lo que se debe determinar es si el imputado conocía que era portador de la enfermedad de transmisión sexual al momento de cometer el hecho de abuso sexual con acceso carnal. Como fue explicado, a los fines de determinar el objeto de investigación, no es relevante que el imputado sea portador de VIH con posterioridad a los hechos endilgados. No obstante ello, respecto de cotejar su ADN, obtenido a partir de la medida ordenada, con las muestras secuestradas en la investigación, resulta idóneo ex ante y a posteriori para acreditar su autoría en los hechos imputados.

#### **V- Necesidad de la medida - Juicio de Necesidad**

En este sentido, la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal expone que si bien la medida dispuesta importa una injerencia en los derechos fundamentales del imputado, debía ser sometida “al test de orden internacional y constitucional que importa la teoría general de los límites o conjunto de requisitos formales y materiales para las restricciones de derechos, que operan a modo de límites a la capacidad limitadora, y que en la especie en trato resultan ser: la habilitación constitucional, la reserva de ley, la causalización, la judicialidad, la adecuación, la necesidad, la proporcionalidad y la compatibilidad con el orden democrático, todo lo que sin mayor esfuerzo puede verificarse en el sub examine”<sup>15</sup>.

Finalmente de la resolución surge que “la prueba ordenada no sólo es necesaria sino también idónea para los fines perseguidos, más aún cuando la misma defensa en la

---

<sup>13</sup> Íd.

<sup>14</sup> CIARCIARDO, J, op.cit. p. 71.

presentación recursiva señaló su indispensabilidad cuando alegó que: “para la determinación de si su representado posee el virus del VIH/SIDA [...] la única forma de realizarse es a través de la obtención de muestras de sangre”<sup>16</sup>.

Sin perjuicio de lo expuesto, no se justifica cuáles son los motivos de la necesidad de la medida, ni se menciona porque no existen otras medidas de prueba que resulten menos gravosas a los derechos fundamentales del imputado. En este orden de ideas, si bien el Tribunal hace mención al test de orden internacional y constitucional, no se analiza si la medida resulta indispensable a los fines previstos o si existen otras medidas menos lesivas a los derechos fundamentales del imputado.

Es dable señalar que la Corte IDH ha interpretado al respecto que las medidas “deben ser necesarias, es decir, es preciso que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa con respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto”.<sup>15</sup>

Particularmente, en consideración a la medida de extracción de sangre del imputado de manera compulsiva, con el objeto determinar si el mencionado posee el virus de VIH, como fue expuesto no resulta idónea a los fines de acreditar la plataforma fáctica atribuida al encausado por el Ministerio Público Fiscal. No obstante ello, como señaló la defensa, existen otras medidas menos restrictivas al derecho a la intimidad, integridad física y libertad de movimiento del imputado, tales como verificar si existen constancias médicas o historias clínicas del mencionado anteriores al hecho que se le atribuye, en donde surja la enfermedad aludida.

Es así que las medidas probatorias sugeridas, resultan menos lesivas a los derechos fundamentales y más idóneas -ex ante y a posteriori- para determinar si el imputado tenía conocimiento que era portador de VIH al momento del hecho, y sin embargo forzó a mantener relaciones sexuales a la víctima, sin utilizar protección, provocando su contagio. Lo que permitiría sostener la acusación formulada por la Fiscalía.

Sin embargo, el Tribunal en la resolución no hace mención respecto de estas medidas, tampoco son evaluadas como posibles medidas que resulten menos gravosas a los derechos fundamentales del imputado. En virtud de ello, y dado a los argumentos

---

<sup>15</sup> CIDH, “Norín Catrimán y Otros, (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile, Sentencia del 29/05/14, p. 110.

expuestos, la extracción de sangre en forma compulsiva, con el objeto de determinar si resulta portador o no de VIH, no sólo no resulta idónea para acreditar la materialidad de los hechos sino que tampoco resulta necesaria, ya que existen otras medidas menos gravosas para los derechos fundamentales del imputado y que son más idóneas a los fines del proceso penal. “La medida adoptada sólo será constitucional en el caso de que sea la menos restrictiva de todas -o, al menos, igualmente restrictiva que las alternativas-. Resulta necesario hallar el grado de restringibilidad de la medida adoptada.”<sup>16</sup>

Por otro lado, y en cuanto a la extracción de sangre del imputado a los fines de cotejar su ADN con las muestras secuestradas, el Tribunal no ha evaluado si existen otras alternativas menos invasivas a fin de obtener el material genético de D. y realizar la comparación con los elementos secuestrados.

En primer lugar, el mismo artículo 218 bis del Código Procesal Penal de la Nación en su segundo párrafo establece que “para tales fines, serán admisibles mínimas extracciones de sangre, saliva, piel, cabello u otras muestras biológicas, a efectuarse según las reglas del saber médico, cuando no fuere de temer perjuicio alguno para la integridad física de la persona sobre la que deba efectuarse la medida, según la experiencia común y la opinión del experto a cargo de la intervención.” Esto no fue advertido por el Tribunal a la hora de verificar si existían otras medidas alternativas que permitan extraer el material genético del imputado sin que se vean afectados aquellos derechos fundamentales ya identificados en el presente trabajo.

En segundo término, cabe señalar que científicamente “hay muchas metodologías para extraer A.D.N. Estas son algunas de las formas: el A.D.N. se puede obtener de cualquier célula: sangre, piel, pelo, semen, huesos, etc. Las técnicas para su aislamiento son bastantes semejantes a las empleadas para cualquier tipo de célula o muestra que se quiera investigar.”<sup>17</sup> En consecuencia a lo expuesto, no se ha realizado, en la resolución criticada, un análisis que permita inferir que la medida ordenada a los fines aludidos sea la menos restrictiva -entre otras medidas-, para los derechos personalísimos del imputado y que permitan obtener el ADN del mencionado.

Es así que podría ser extraído el ADN del imputado a través de “a) pelos con bulbo o sin bulbo; b) uñas en cuerpos severamente descompuestos; c) muestras de orina

---

<sup>16</sup> CIANCIARDO J, op.cit., p. 92.

<sup>17</sup> ZENERE, G, “El peritaje de ADN, Revista” [www.saij.jus.gov.ar](http://www.saij.jus.gov.ar) Id SAIJ: DACF010032 [http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf010032-zenere-peritaje\\_adn.htm](http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf010032-zenere-peritaje_adn.htm), disponible al 6 de agosto del año 2020.

degradadas coleccionadas en botellas abandonadas en lugares próximos a la escena del crimen o en el mismo lugar; d) residuos de saliva seca en máscaras de media; e) descamación de la piel; f) pulpa dental; g) jeringas hipodérmicas de drogadictos; h) manchas de sangre, semen, saliva. Objetos comunes donde se puede hallar A.D.N.: a) peines, cepillos de cabeza y ropa, de dientes, de uñas; b) tazas o vasos; c) cubiertos; d) boquillas de cigarrillos y colillas; e) sobres, estampillas; f) cosméticos; g) máquina de afeitar; h) prótesis dental y dentadura postiza; i) ropas diversas, bufandas, sacos, zoquetes, interior de medias y calzado, anillos, relojes; j) muestras anatómicas patológicas; k) extendidos en portaobjetos.” No siendo evaluado por el Tribunal algunas de las opciones antes enunciadas como medio para obtener el ADN del imputado.

A modo de conclusión, en este subprincipio del test de proporcionalidad o razonabilidad, el Tribunal no realizó un análisis exhaustivo entre la medida escogida por el Juzgado de Instrucción y otras medidas que resulten menos gravosas, que tengan menor injerencia en los derechos de la intimidad, integridad física y libertad de movimiento del imputado.

## **VI- Proporcionalidad - Juicio de Proporcionalidad “Stricto Sensu”**

En este aspecto, la resolución traída aquí a estudio, sólo hace alusión a la proporcionalidad y que puede verificarse en el sub examine, sin explicar de qué manera la medida cuestionada cumple con dicho subprincipio.

Cabe recordar que la Corte IDH se ha expresado de la siguiente manera acerca de la proporcionalidad de las medidas en un proceso penal: “deben ser estrictamente proporcionales, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida.”<sup>18</sup>

El juicio de proporcionalidad “consiste en establecer si la medida guarda una relación razonable con el fin que se procura alcanzar. Esta coincidencia inicial no evita, por la generalidad del concepto, las disidencias al precisar en qué consiste una "relación razonable". La posición dominante concreta el juicio en un balance entre las ventajas y las desventajas de la medida [...] En el derecho comunitario europeo se exige, de modo análogo, que "las desventajas ocasionadas" no sean "desproporcionadas con respecto a

---

<sup>18</sup> CIDH, “Norín Catrimán y Otros, (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile, Sentencia del 29/05/14, p. 110.

los objetivos perseguidos”<sup>19</sup>. En este orden de ideas, este sub principio “más que una ponderación entre dos principios en conflicto, significa una comparación de los costos y beneficios de la norma: se propugna que si los costos son superiores a los beneficios, la norma debe ser declarada inconstitucional. Para esto se deberá evaluar el carácter de la medida y la relevancia de la finalidad que implicarán, de algún modo, una valoración por parte de los jueces que deberá estar suficientemente fundada. Este juicio se corresponde con el sub principio de proporcionalidad en sentido estricto que se suele aplicar en el derecho continental. [...] No se debe realizar un mero análisis cuantitativo, sino también tener todos los factores en cuenta como por ejemplo: costo económico, sujetos alcanzados y sujetos beneficiados, prolongación de la medida en el tiempo y el espacio, etc.”<sup>20</sup> Ello haciendo un análisis de la constitucionalidad de la medida a la luz del principio de proporcionalidad o razonabilidad.

En el presente caso, no se observa que el Tribunal haya realizado un análisis respecto de si la medida restrictiva de derechos fundamentales del imputado, resulta desmedida o exagerada en virtud de las finalidades perseguidas. Es así que si bien identifica cuales son las finalidades perseguidas por la medida criticada y enumera cuáles son los derechos fundamentales del imputado que se verían afectados por dicha medida, no existe un análisis respecto de los costos y beneficios entre la extracción de sangre y finalidades perseguidas.

En consecuencia, es dable destacar que la medida resulta una injerencia a los derechos fundamentales, y desproporcionada en relación a las finalidades perseguidas. Esto es así, ya que el grado de injerencia a los derechos fundamentales del imputado, por la medida dispuesta, resulta desmedido en proporción a los beneficios que se obtienen de ella. Y sumado a ello, la medida atenta contra la propia dignidad humana del imputado, debido a que existen otras medidas que resultan idóneas y menos lesivas de los derechos fundamentales de aquel, que podrían haberse dispuesto, en miras al objetivo perseguido en la presente causa judicial.

No es menor destacar, como expresa el Doctor Yacobucci que “Al asumir la dignidad humana como principio constitutivo del orden social, la exteriorización del poder estatal debe justificar de manera clara las restricciones sobre aquellos derechos que están más inmediatamente relacionados con esa expresión de la persona. Esto resulta

<sup>19</sup> CIANCIARDO J, op.cit., p. 93.

<sup>20</sup> SAPAG, M, “El Principio de Proporcionalidad y de Razonabilidad como límite Constitucional al poder del Estado: un Estudio Comparado”, Dickinson, Universidad de la Sabana, Colombia, 2008, p. 193.

decisivo en el campo de *ius puniendi*, en tanto el ejercicio de la potestad penal implica de suyo una de las limitaciones más intensas de ciertos derechos y libertades, tanto en el momento de la investigación y el proceso penal, cuanto en la instancia de aplicación de las consecuencias previstas para los ilícitos.”<sup>21</sup>

Es así que la medida ordenada, analizándola de acuerdo al sub principio de proporcionalidad, resulta una injerencia desmedida para los derechos fundamentales del imputado y por ende, atenta contra su dignidad humana estática, objetiva, radical o fundamental<sup>22</sup> ofreciendo beneficios o ventajas a las finalidades perseguidas que podrían ser conseguidas con otras medidas menos restrictivas y que resulten más idóneas a aquellos objetivos.

En este sentido “El principio de dignidad humana en materia penal determina, por lo tanto, criterios de razonabilidad y justicia que abarcan no sólo las medidas adoptadas durante el proceso frente a quien se ve resguardado por la presunción de inocencia, sino también en relación con las propias consecuencias penales –medidas de seguridad y penas– respecto de aquellos sujetos encontrados culpables de un delito o quienes, incluso sin serlo, se los define como peligrosos por el hecho cometido (Fallos, 321:3103).”<sup>23</sup> Es así que pese a la subsunción legal de los hechos que se le atribuyen al imputado, el principio de dignidad humana debe ser aplicado con criterios de razonabilidad y justicia, lo cual como fue expuesto no surge a la luz del presente análisis.

Por otra parte, el Tribunal dio suficientes argumentos para no acoger lo planteado por la defensa en relación a la afectación de la prohibición de autoincriminación forzosa por parte de la medida cuestionada. Tópico que fue analizado exhaustivamente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por el Supremo Tribunal Constitucional Español<sup>24</sup>, por la Corte Europea de Derechos Humanos, por la doctrina extranjera y nacional. Es por ello, que se coincide con el decisorio en relación a que la extracción de sangre compulsiva no afecta el principio que protege al imputado de su autoincriminación forzada. Esto no quiere decir, que en el caso se vean afectados otros derechos fundamentales del aludido que constituyen su dignidad como ser humano y persona, como sucede en autos.

---

<sup>21</sup> YACOBUCCI, G, “El sentido de los Principios penales”, Editorial B de F, Argentina, 2017, p. 50.

<sup>22</sup> *Id.*, p. 11.

<sup>23</sup> *Id.*, p. 51.

<sup>24</sup> CSJN, “Vázquez Ferrá, Evelin Karina s/ incidente de apelación”, Sentencia del 30/09/03, Consid. 18 disidencia parcial por su voto juez Juan Carlos Maqueda.

A través del principio de proporcionalidad se debe buscar un equilibrio y lograr la armonización entre el principio de bien común político y el principio de dignidad humana que se encuentran constitucionalmente reconocidos y resultan estandartes de nuestra organización social. En consonancia con lo anterior, avanzar sobre los derechos de la intimidad, la integridad física, la libertad y la dignidad del imputado a través de una extracción de sangre en forma compulsiva, resulta desmedido en relación a las ventajas que se obtendrían de conformidad al bien común político, en el marco del proceso penal.

## **VII- Afectación de los contenidos esenciales de los derechos fundamentales**

Pese a lo ya expuesto, se considera oportuno, realizar un análisis que va más allá del principio de proporcionalidad entendido desde la teoría de Alexy o desde la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Es así que en virtud de distintos autores, sumado al análisis ya realizado en el presente trabajo, se debe verificar si la medida que tenga una injerencia en derechos fundamentales conlleve una alteración al contenido esencial de esos derechos en particular.

En este orden de ideas se expresa el doctor Juan Cianciardo que expone “Este panorama permite advertir que la protección integral de los derechos fundamentales exige una conexión entre el principio de proporcionalidad y la garantía del contenido esencial. La proporcionalidad debe prolongarse en el juicio sobre el contenido esencial. Una medida será constitucional cuando supere uno y otro "límite de los límites". De algún modo, muchos aspectos del contenido esencial de los derechos en juego aparecieron a lo largo del examen de la proporcionalidad. La existencia de la conexión aquí sugerida se puede verificar de modo bastante claro en la jurisprudencia de la Corte Suprema, para quien la máxima de razonabilidad constituye el instrumento técnico de aplicación del artículo 28, Const. Nac., que prescribe, como ya fue dicho, la inalterabilidad de los derechos fundamentales.”<sup>25</sup>

Además de los juicios anteriores, es necesario controlar la norma a la luz de los distintos fines constitucionales (principios constitucionales y derechos fundamentales) y del ordenamiento jurídico. Es imprescindible verificar si la norma altera o vulnera el contenido esencial de los derechos que aparecen en juego o que regula la ley. Este examen requiere que se realice una interpretación teleológica del derecho fundamental a partir del

---

<sup>25</sup> CIANCIARDO, J, op.cit, pp. 97-98.

bien jurídico protegido y su función en el sistema de los derechos, a modo de encontrar la armonización con los demás derechos y no de hacerlos entrar en conflicto.”<sup>26</sup>

Ahora bien, el motivo por el cual resulta necesario agregar un test o nivel al principio de proporcionalidad, es que en el caso concreto pese a los fundamentos expuestos, en miras a la finalidad perseguida se podría entender que resulta proporcional el medio escogido, como fue entendido por el Tribunal, pese a que exista una afectación al contenido esencial de los derechos fundamentales del imputado.

Lo expuesto es desarrollado de manera exhaustiva por el Doctor Fernando Toller cuando menciona que: “A estos cinco pasos en este tipo de control, en que he dividido el principio de proporcionalidad alemán, hay que sumar otro elemento, si se quiere que con la bandera del control de proporcionalidad no se de lugar a graves despropósitos y pueda justificar cualquier cosa. Esto es así pues la sola lógica de los tres principios alemanes conduce a que, a mayor importancia del fin, mayor posibilidad de impactar con una medida gravosa, amparando las injusticias en la constatación de que en un caso concreto los beneficios obtenidos son mayores que los costos. Así, la razón de Estado podría, en casos específicos, llegar a amparar hasta medidas de tortura, que pueden ir sorteando los cinco primeros test del control de constitucionalidad.”<sup>27</sup>

Ahora bien, “la determinación de si una medida altera o no un derecho fundamental presupone una previa indagación acerca del contenido inalterable del derecho fundamental de que se trate. Determinado el contenido, sólo restaría examinar si la medida en cuestión interfiere o no en él. La cuestión decisiva resulta ser, por ello, la identificación del contenido inalterable. Se trata de una tarea a cargo del intérprete de la Constitución, especialmente de los jueces competentes, y que debe realizarse "a la luz de los preceptos constitucionales, a través de una interpretación sistemática y unitaria de la Constitución, y mediante una comprensión de cada derecho fundamental en conexión con los valores y conceptos morales que se encuentran en su base, y con las finalidades a las que obedece su protección.”<sup>28</sup>

En consecuencia, se debe analizar en el presente caso la existencia de una afectación al contenido esencial de los derechos fundamentales del imputado. - Es así que podemos advertir claramente en el presente caso una afectación al contenido esencial de los derechos a la intimidad, a la integridad corporal y a la libertad de movimiento. Por lo

---

<sup>26</sup> SAPAG, M, op.cit. p.194.

<sup>27</sup> TOLLER, F, “Interpretación de los derechos constitucionales”, p.167.

<sup>28</sup> CIANCIARDO, J, op.cit. p.100.

que una extracción hemática compulsiva al imputado resulta una injerencia tal, que genera un perjuicio a los bienes protegidos por los derechos antes aludidos.

Como bien ha entendido el Tribunal “puede alegarse que tanto la intimidad (en razón de que se avanza sobre el cuerpo), cuanto también la libertad de movimiento (por tratarse de una extracción coercitiva) y la integridad física (ya que, aun en forma mínima, compromete su cuerpo) aparecen afectadas por medidas como las adoptadas por la resolución en crisis.”<sup>29</sup>

En este caso, se ve afectado el contenido esencial de cada derecho fundamental del imputado por la medida ordenada por el juez de instrucción. Sin perjuicio de ello, y en miras a las finalidades legítimas mencionadas *ex ante*, el Tribunal resuelve que la extracción de sangre compulsiva resulta proporcional, necesaria, idónea y eficaz a los fines expuestos.

No obstante lo cual, la medida probatoria no resulta idónea para verificar si el imputado tenía conocimiento en el momento de cometer los hechos que se le atribuyen, que era portador de VIH y pese a ello continuó con su conducta, lo que generó que la víctima se contagiara de dicha enfermedad. Además, se explicó que existían otras medidas menos gravosas para los derechos fundamentales del imputado, siendo ellas, corroborar que existan historias clínicas o constancias médicas que acrediten que el procesado poseía aludida enfermedad con anterioridad al hecho descrito. Por otra parte, existían otras medidas menos restrictivas a los derechos fundamentales del mencionado para la obtención de su ADN y cotejar con las muestras secuestradas en autos.

Sumado a ello, se advierte que la medida puesta en crisis, vulnera el contenido esencial de cada uno de los derechos personalísimos del imputado. Fundando la presente postura en que “a través del principio de razonabilidad y de la garantía del contenido esencial se pretende asegurar la intangibilidad de determinados bienes junto con la necesaria articulación o armonización de pretensiones contradictorias: la de los particulares entre sí o las de los particulares con el Estado”.<sup>30</sup> Lo que no se verifica en la resolución del Tribunal, ya que con la ejecución de dicha medida probatoria se afecta la garantía del contenido esencial de los derechos del imputado, dado que avanza contra su cuerpo y su derecho de exclusión de terceros sobre el mismo, sobre su libertad, ya que la

---

<sup>29</sup> CNCP, Sala II, “D., E. R. s/ rec. de casación”, Sentencia del 25/11/11.

<sup>30</sup> CIANCIARDO, J, op.cit. p. 101.

extracción resulta coercitiva y finalmente aunque en menor medida sobre su integridad física debido a que se le extrae sangre de su organismo.

### **VIII- Reflexiones finales**

La Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal, identificó cuales eran las finalidades legítimas perseguidas por la medida probatoria, y cuáles eran los derechos del imputado que se veían afectados por la medida ordenada. No obstante lo cual, en primer lugar no se verificó si la medida resultaba idónea para corroborar la imputación formulada por el Ministerio Público Fiscal y determinar la verdad de lo sucedido, ya que no es relevante a los fines expuestos, determinar si el imputado con posterioridad al hecho era portador de VIH. Lo primordial es verificar si al momento del hecho el mismo tenía conocimiento de dicha enfermedad y pese a ello, no sólo continuó con su accionar, sin utilizar protección, sino que provocó que la víctima se haya contagiado la enfermedad de transmisión sexual.

En segundo término, de la resolución judicial no se advierte que se hayan analizado otras medidas que resulten menos restrictivas a los derechos fundamentales del imputado. En rigor, y como fue aludido en el presente trabajo, y por la defensa a la hora de interponer el recurso de casación, no se solicitaron constancias médicas o historias clínicas de D. que permitan determinar que previo al hecho tenía conocimiento de que portaba dicha enfermedad. Como tampoco se analizaron medidas menos restrictivas de obtención del material genético del imputado, que se encuentran previstas en el art. 218 bis del CPPN segundo párrafo.

Tampoco surge que el Tribunal haya realizado un balance de los costos y beneficios de la medida ordenada, en consideración con la finalidad perseguida y la injerencia a los derechos antes enumerados. En este mismo sentido, no se advierte que se analice si la medida restringe de manera desmedida o exagerada los derechos en juego del imputado en relación a las ventajas que se obtendrían de ella. No se verifica si llevando a cabo la medida ordenada se atenta contra la dignidad del imputado.

Finalmente, si bien el Tribunal explica de manera clara y concisa cómo la extracción de sangre de forma compulsiva afecta cada uno de los derechos fundamentales del imputado, no analiza teleológicamente si se vulnera o no el contenido esencial de ellos. Lo cual se advierte según el análisis aquí realizado.

Por lo que, de acuerdo al análisis de la resolución criticada en relación al principio de proporcionalidad realizado en el presente trabajo, la medida confirmada no cumple

con los estándares del principio y resulta una injerencia al contenido esencial de los derechos fundamentales del imputado, atentando contra la dignidad humana de aquel. En consecuencia, no se debería hacer lugar a la extracción compulsiva de sangre del incuso, sin que previamente sea verificado por el Juzgado de Instrucción, las medidas alternativas de obtención del material genético del nombrado para compararlo con los elementos secuestrados en autos. En cuanto a la determinación del dolo requerido para el sujeto activo, se encuentra como única vía idónea, eficaz y menos restrictiva, la solicitud de constancias medicas e historias clínicas de D., con el objeto de corroborar si efectivamente poseía VIH con anterioridad al hecho investigado.

## **I- Introito**

Universalmente conocido es que el ámbito penal es la rama del derecho en la que, en cualquier país, se espera que solucione los conflictos más graves que acontecen en sus sociedades. Esto, al menos, nace desde un conocimiento vulgar, pues la sociedad espera de ella la restauración del ideal “justicia”, quebrantado por alguna conducta<sup>1</sup>.

Partiendo de esa base no es de extrañar que, ante sucesos que causan un estupor generalizado, ocurran modificaciones a las normativas penales a fin de engrosar el catálogo de conductas punibles o recrudecer las sanciones de las ya existentes, fenómeno que la doctrina catalogó como “expansión del derecho penal”<sup>2</sup>.

Ejemplo cercano lo encontramos en la Argentina: desde su entrada en vigencia – hace ya más de 101 años- nuestro Código Penal cuenta con más de novecientas modificaciones, las que se traducen en la pérdida de la sistematización que todo código - que se precie como tal- debería presentar<sup>3</sup>.

Se pensaría, siguiendo esta lógica, que este fenómeno se agudiza ante los hechos con consecuencias más cruentas; pero, a poco de avanzar en su análisis a la luz de los actos de terrorismo, encontramos un quiebre en lo que a este tópico se refiere, dinámica que también se vemos replicada en diversas legislaciones del planeta<sup>4</sup>.

Dada la prieta extensión del presente trabajo, centraré su objeto en la legislación de la Argentina, que desde el año 2007 incluyó nuevas figuras penales, denominadas “antiterroristas”. En particular, resulta de interés la novedosa inclusión del artículo 41

---

<sup>1</sup> También sabemos que, desde un punto de vista científico, y a poco de interesarnos en los fundamentos y finalidades de la ley penal, ello es diametralmente opuesto a esta realidad imaginada.

<sup>2</sup> La “expansión” sería la tendencia general maximalista representada por la “creación de nuevos «bienes jurídico-penales», ampliación de los espacios de riesgos jurídico-penalmente relevantes, flexibilización de las reglas de imputación y relativización de los principios político-criminales de garantía” Conf. SILVA SÁNCHEZ, J. M., “La expansión del derecho penal”, p. 17 y ss. También, FERRAJOLI, L. dedica su pluma al fenómeno de modo indirecto, cuando habla de la “expansión” anormal de bienes jurídico, en “Derecho y Razón. Teoría del Garantismo penal”, Editorial Trotta, Madrid, primera reimpresión 2014, p. 473.

<sup>3</sup> Tal el caso de la “Ley Blumberg”, que inspiró un colectivo de reformas penales: no es difícil efectuar la correlación entre un caso perturbador -como el secuestro seguido de muerte de Axel Blumberg-y el consiguiente tratamiento parlamentario para modificarlo -cuyo proyecto tuvo el apoyo de más de dos millones de personas que se manifestaron con tal propósito-.

<sup>4</sup> No son habituales las legislaciones que cuentan con leyes “antiterrorista”, las que, en su gran mayoría, son criticadas por su ineficiencia.

*quinquies* del Código Penal, la que ha levantado más de una ceja doctrinaria, a la par de cuantiosas críticas por parte de los estudiosos de la dogmática penal.

Pero, previo a adentrarme a ello, en los siguientes párrafos discurriré en la génesis del concepto de “terrorismo” -o, para ser más precisa, en su ausencia- tanto en la comunidad internacional, regional, como en el derecho penal interno de nuestro país.

Finalmente, perfilaré una breve conclusión al respecto.

## **II- Punto de partida: el concepto de terrorismo en la comunidad internacional**

Arduo resulta encontrar un concepto unificado –internacionalmente- de “terrorismo”, o, si queremos utilizar la pureza en el lenguaje, más correctamente deberíamos hablar de “actos de terrorismo”<sup>5</sup>: se dice que la comunidad internacional, al día de la fecha, no se pone de acuerdo respecto a qué se refiere con ello.

A diferencia de otros crímenes internaciones<sup>6</sup> que pudieron ser plasmados en un instrumento internacional –el Estatuto de Roma-, los actos de terrorismo no han encontrado el conceso necesario para una tipificación similar.

Lo que no puede reprocharse a la comunidad internacional es el esfuerzo que ha invertido a fin de arribar a un acuerdo sobre ello. Más aún luego de los acontecimientos históricos que, en las últimas décadas, nos han conmocionado<sup>7</sup>, se han redoblado esos esfuerzos.

<sup>5</sup> No resulta ocioso efectuar tal diferenciación: si pensamos en el terrorismo como parte de un dogma, que tacha al “terrorista” y no a la conducta. “Como bien señalaba Beinutz Szmukler al analizar el concepto análogo de subversivo, queda a la vista que la creación de un sujeto como el de los terroristas pretende dar un estatuto especial por el mero hecho de poseer una cualidad personal (absolutamente indefinida) cuando la legislación penal interna (el código Penal) de cada país, ya prevé y reprime un catálogo de delitos: contra la vida, abuso de armas, delitos contra libertad individual, extorsión, daños, delitos contra la seguridad pública, delitos contra el orden público. Desde un punto de vista estrictamente técnico estamos haciendo derecho penal de autor y no de acto, a la vez que creando condiciones jurídicas especiales y excepcionales dentro del propio sistema jurídico, que en su espíritu constitucional no distingue a un ciudadano de otro ante la ley (art. 16 de la CN)” -AXAT, J. —Terrorismo o derechos humanos. Algunas consideraciones sobre modelos de implantación legal de terrorismo en Argentina, disponible en <http://www.derechopenalonline.com>-

<sup>6</sup> Como sucede con el genocidio –art. 6 -, el crimen de lesa humanidad –art. 7-, el crimen de agresión –art. 8 bis- y los crímenes de guerra -art. 10-, todos ellos del Estatuto de Roma.

<sup>7</sup> Se explica en “Terrorismo y Derecho Penal”, SUEIRO, C. C., Ed. Fabián di Plácido, 1era. Ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, pág. 33 y ss que “... en esta última década (2000-2010) se han perpetrado los siguientes atentados terroristas: el atentado del 11 de septiembre de 2001 al Centro Mundial de comercio (World Trade Center), el Pentágono y la Casa Blanca en los Estados Unidos de América; la toma en ciudad de Moscú, capital de la Federación de Rusia, del Teatro de Dubrivka el 26 de octubre de 2002, en la cual perdieron la vida más de 130 personas, el atentado del 11 de marzo de 2004 en la central ferroviaria de Atocha, España; el atentado del 1 de septiembre de 2004, en el cual se tomó por asalto un colegio en la ciudad de Beslán en la República de Osetia del Norte perteneciente a la Federación de Rusia, las demostraciones de fuerza de parte del terrorismo el 7 y 21 de julio de 2005 en Londres, Reino Unido de

Pero, este camino para intentar la concordia, de consenso no se remonta a los últimos tiempos<sup>8</sup>: “Como bien menciona el profesor Kai AMBOS, de la Universidad de Göttingen de la República Federal de Alemania, “los esfuerzos para alcanzar una definición unitaria y mundial del terrorismo son anteriores a la Segunda Guerra Mundial.

Dan testimonio del arduo emprendimiento efectuado por la comunidad internacional de desembocar en un concepto unívoco un total de doce (12) tratados internacionales siendo ellos:

- a) Convenio sobre infracciones y otros cometidos a bordo de aeronaves (Tokio 14/9/1963; en vigor desde el 4/12/1969).
- b) Convención para la supresión de apoderamiento ilícito de aeronaves (La Haya, 16/12/1970; en vigor desde el 14/10/1971).
- c) Convención para la supresión de actos ilegales contra la seguridad de la aviación civil (también conocido como Acuerdo de Montreal de 23/09/1971; en vigor desde el 26/1/1973).
- d) Protocolo adicional del Acuerdo de Montreal (Montreal, 24/2/1988; en vigor desde el 5/8/1989).
- e) Convención sobre la prevención y castigo de crímenes contra personas internacionalmente protegidas, también conocida como la Convención de protección diplomática (Nueva York, 14/12/1973; en vigor desde el 20/2/1977).
- f) Convención internacional contra la toma de rehenes (Nueva York, 17/12/1979; en vigor desde el 3/6/1983).
- g) Convención para la protección física de los materiales nucleares (Viena, 3/3/1980; en vigor desde el 8/2/1987).
- h) Convención para la represión de actos ilícitos contra la seguridad navegación marítima (Roma, 10/3/1988; en vigor desde el 1/3/1992).

---

Gran Bretaña e Irlanda del Norte; los atentados del 11 de julio de 2006 en Bombay, India; los del 18 de octubre de 2007 y del 27 de diciembre de 2007, en Islamabad, Pakistán, y del 29 de marzo de 2010 en el subterráneo de la ciudad de Moscú, capital de la Federación de Rusia; por solo enunciar y mencionar los más significativos de estos últimos diez años. Como puede apreciarse, todos han sido dirigidos contra potencias mundiales, siete de ellos más específicamente contra tres de los cinco miembros del Consejo de Seguridad permanente de las Naciones Unidas...”, mencionando posteriormente el autor otro ataque más reciente “... el 7 de enero de 2015 contra un periódico francés, por parte de extremistas franceses que reportaban a grupos yihadistas.”

- i) Protocolo para la supresión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas localizadas en la plataforma continental (Roma, 10/3/1988; en vigor desde el 1/3/1992).
- j) Convenio sobre la marcación de explosivos plásticos para los fines de detección (Montreal, 1/3/1991; en vigor desde el 21/6/1998).
- k) Convenio internacional para la represión de atentados cometidos con bombas (Adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas (AG) en Nueva York, el 15/12/1997; en vigor desde el 23/5/2001).
- l) Convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo (Adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas (AG) en Nueva York, el 9/12/1999, en vigor desde el 25/12/2003)<sup>9</sup>.

Más recientemente, en la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, celebrada en Kampala –Uganda- el 11 de junio de 2010 –en la que se incluyó el Art. 8 bis, adherido por nuestro país, con relación a los crímenes de agresión-, se plasmaron potenciales enmiendas futuras al mencionado instrumento, entre las que se apuntó el crimen de terrorismo –que fuera propuesto por Holanda-<sup>10</sup>. Pero, la agenda, allí quedó sin avances posteriores.

A nivel regional también se aprecia la existencia de instrumentos internacionales que intentan plasmar la problemática:

“Para las Américas: el Convenio de Washington (Convención Interamericana contra el terrorismo) aprobado por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos el 2 de febrero de 1971 (ratificado por 12 Estados)

Para el Sudeste Asiático: Convenio de Katmandú sobre la eliminación del terrorismo aprobado por la ASEAN el 4 de noviembre de 1987 (ratificado por 7 Estados);

Para los Estados árabes: Convenio de El Cairo aprobado por la Liga Árabe el 24 de Abril de 1998 (ratificado por 22 Estados);

Para Europa: Convenio de Estrasburgo sobre la represión del terrorismo aprobado el 27 de enero de 1977 (ratificado por 29 Estados) y

---

<sup>9</sup> Íd., p. 41.

<sup>10</sup> Se ha expresado en la propia Conferencia que “respecto de la incorporación de otros nuevos crímenes a la competencia de la Corte como el terrorismo, el tráfico internacional de drogas, o la piratería, son objetivos sobre los que hay que trabajar de manera permanente... para tratar de conseguirle en un futuro no muy lejano”. Opinión del IEEE 10/2010, Instituto Español de Estudios Estratégicos, editado por el Ministerio de Defensa, Dirección General de Relaciones Institucionales, IEEE, septiembre de 2010, p. 11”, citado en Íd., p. 40.

Para la unión Europea: Acuerdo de Dublín aprobado el 4 de diciembre de 1979 que incorpora el Convenio de Estrasburgo antes referido al Derecho de la Unión Europea.

La Unión Europea incorporó medidas sobre el terrorismo en los Acuerdos de Maastricht de 1992 y de Ámsterdam de 1997, así como al Convenio de Bruselas sobre Extradición, aprobado el 27 de septiembre de 1996”<sup>11</sup>.

Por su parte, la Asamblea General de las Naciones Unidas, cuando se pronuncia sobre el terrorismo, utiliza la siguiente definición: “Actos delictivos concebidos o planeados para provocar un estado de terror en la población en general, en un grupo de personas o en determinadas personas que son injustificables en todas las circunstancias, cualesquiera que sean las consideraciones políticas, filosóficas, ideológicas, raciales, étnicas, religiosas o de cualquier otra índole que se hagan valer para justificarlos”<sup>12</sup>.

Con posterioridad a ésta, encontramos que el Consejo de Seguridad lo delimitó como “actos criminales, inclusive contra civiles, cometidos con la intención de causar la muerte o lesiones corporales graves o de tomar rehenes con el propósito de provocar un estado de terror en la población en general, en un grupo de personas o en determinada persona, intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de realizarlo”<sup>13</sup>.

También, algunos países, por sus propias vivencias históricas, han recurrido a su legislación interna para plasmar una definición. Así, encontramos el ejemplo del Código Federal de los EEUU, en relación a los «Country Reports on Terrorism», elaborados por la Secretaría de Estado cada año, que definía, hasta el 2004, al terrorismo como «violencia premeditada y políticamente motivada contra no-combatientes, por grupos sub nacionales o agentes clandestinos, normalmente con la intención de influir en una audiencia»

Extenso y tedioso resultaría puntualizar detalladamente cada instrumento legal da un perfil al terrorismo, no siendo, además, la finalidad del presente trabajo. Si debo aclarar que, lo hasta aquí apuntado, es una muestra de lo poco unívoca que puede ser la expresión “terrorismo” en los cuerpos legales.

---

<sup>11</sup> SUEIRO, C, ob.cit., p. 42. El autor también menciona otros acuerdos regionales. La Convención de represión del terrorismo aprobada por la Confederación Islámica y la Convención de represión del terrorismo aprobada por la Comunidad de Estados Independientes (CEI) firmada en la ciudad de Minsk, Bielorrusia en el año 1999.

<sup>12</sup> Declaración de las Naciones Unidas de 1994 sobre medidas para eliminar el terrorismo internacional. Anexo de resolución de la Asamblea General de la ONU 49/60, “Medidas para eliminar el terrorismo internacional”, 9 de diciembre de 1994.

<sup>13</sup> Resolución N° 1566 del Consejo de Seguridad, ONU (2004).

Y si nos arrojáramos a la tarea de analizar el texto de cada uno de ellos<sup>14</sup>, nos encontraríamos con que ninguno limita, de manera unívoca, el significado de “actos de terrorismo”.

Es que, al día de la fecha, la comunidad internacional no ha logrado plasmar en un único cuerpo una definición legal unívoca al respecto, dándose así la gran paradoja que, si bien el término “terrorismo” es utilizado por todo el mundo, no sabemos acabadamente qué responder cuando se nos pregunta qué es.

Ahora bien, esta imprecisión no es patrimonio exclusivo del ámbito jurídico, pues, si analizamos otras ciencias del conocimiento, vamos a encontrar que la falta de delimitación se traduce en más de cien definiciones diferentes de terrorismo, y ninguna de ellas es aceptada de manera universal.

A modo de ejemplo, en el Diccionario de la Real Academia Española, encontramos tres acepciones:

- a) m. Dominación por el terror.
- b) m. Sucesión de actos de violencia ejecutados para infundir terror.
- c) m. Actuación criminal de bandas organizadas, que, reiteradamente y por lo común de modo indiscriminado, pretende crear alarma social con fines políticos<sup>15</sup>.

Por otra parte, algunos autores la definen como “...la intimidación con un propósito: el terror se utiliza para provocar que otros hagan cosas que de otra manera no harían”<sup>16</sup>.

Otro sector, incluso, se atreve a traducirlo como “*mecanismos de comunicación*” por parte de sectores minoritarios que, con escasos recursos, logran llamar la atención de su “interlocutor” -un Estado-, con el fin de “enviarles un mensaje”<sup>17</sup>, concepción que, de

<sup>14</sup> Faena que excedería los objetivos del presente escrito.

<sup>15</sup> Según: <https://dle.rae.es/terrorismo>.

<sup>16</sup> Dada por Igor Primoratz, citado en el portal del “Consejo de Europa”, <https://www.coe.int/es/web/portal/home>.

<sup>17</sup> “Parece ampliamente aceptado por las ciencias sociales que funciona como «estrategia de comunicación, como provocación del poder», pues, desde ese punto de vista, consideran que la finalidad última del terrorismo no es terminar con la vida de las personas -como en el homicidio-, sino que este fenómeno utilizaría esas muertes “...como instrumento para otros fines, por sus efectos psicológicos sobre la población. El propósito real es lanzar un mensaje al público, al cual se quiere o bien aterrorizar, o bien incitar a la rebelión... Por ello, en el terrorismo suele ser habitual que la fijación de objetivos se haga de manera aleatoria, con la finalidad de “generar una amenaza generalizada, una intimidación masiva que equivalga a la amenaza de uso de la fuerza militar” en orden a crear el terror en la población.... Fíjese que, con qué escasos recursos se puede lograr un gran impacto, lo que permite a los terroristas enfrentarse a un «enemigo» con mucho más poder, normalmente el Estado...”. “La nueva configuración de los delitos de terrorismo”, por PASTRANA SANCHEZ, M. A, colección Derecho Penal y Procesal Penal, Ed. BOE, Madrid, 2020, pág. 32.

plano, debería ser desechada si consideramos que la violencia no se condice con el concepto de “comunicación”.

Como puede apreciarse, estos intentos de conceptualización cuentan con bordes difusos, no pudiéndoselos unificar en una sola preposición que exponga con claridad y exactitud los caracteres genéricos y diferenciales de lo que serían los actos terroristas.

Y tal vez, si recurrimos a otras áreas del conocimiento auxiliares del derecho – como la sociología, la historia, la psicología- podamos dilucidar el por qué no se pueda arribar a este anhelado consenso.

Es que, si analizamos los movimientos históricos del terrorismo<sup>18</sup>, podemos apreciar que cada Estado percibe a los “actos de terrorismo” con una impronta subjetivista<sup>19</sup>, muy ligada a los hechos que les han tocado sufrir, lo que ha llevado a algunos pensadores a concluir que existen diversos terrorismos -en plural-, el que no se puede circunscribir a un sólo fenómeno -en singular-.

Ejemplo de ello es que en los últimos tiempos se ha acuñado un término novedoso, relacionado con el terrorismo, que se aleja a la “tradicional” estructura jerárquica piramidal con la que, hasta ahora, asociábamos al mencionado término: el “lobo solitario”.

A raíz de determinados acontecimientos se han identificado personas que, de manera aislada, a través del uso de las tecnologías, se autoradicalizan y actúan de manera individual -puede, incluso, en coordinación con otros- que cometen atentados de forma autónoma, pero siguiendo una misma ideología<sup>20</sup>.

Es una problemática actual, muy presente en la Era Digital en la que están hundidas nuestras sociedades, que incluso llevan a afirmar que el terrorismo de las últimas décadas “...está más cerca de ser una ideología que una organización, dado que esta clase de terroristas, a veces, no han tenido ningún acercamiento o contacto directo con terceras personas que les hayan instruido o adoctrinado para cometer delitos. Simplemente se han formado en sus propias casas, mediante recursos disponibles en Internet para todos: vídeos, documentos, foros de opinión, etc.<sup>21</sup>.

---

<sup>18</sup> “El terrorismo remonta su origen a la Grecia clásica, identificándose éste con el tiranicidio”, Íd., p. 38.

<sup>19</sup> Muchos países legislan los actos de terrorismo en sus legislaciones internas.

<sup>20</sup> “Tal el caso de los yihadista. La jurisprudencia ha considerado también como «terrorista individual» al que tiene como principal actividad la llamada «yihad virtual», es decir, compartir determinados contenidos por las redes sociales, para captar terceros individuos que lleven a cabo las acciones violentas finales”. Íd., p. 47.

<sup>21</sup> “En cualquier caso, no hay que confundir a estos pretendidos «lobos solitarios» con los «terroristas individuales», etiqueta que han recibido algunos sujetos que han cometido ciertos delitos graves que la

Como puede observarse, nada sencillo es conceptualizar al “Terrorismo”, y “... no parece descabellado afirmar que la palabra «terrorismo» es, sin duda, polisémica, y que se ha utilizado para describir fenómenos delictivos normalmente muy graves, pero también muy distintos”.<sup>22</sup>.

En conclusión, imposible pareciera ser la faena de encontrar una definición unívoca y universal de “terrorismo”, que tanto se anhela para despejar los problemas jurídicos que su imprecisión conlleva<sup>23</sup>.

### III- El terrorismo en el código penal argentino

En el año 2007 nuestro Congreso decidió sancionar la ley, denominada comúnmente como “Ley Antiterrorista Argentina”<sup>24</sup>, la que reformó el Código Penal, ello conforme las recomendaciones efectuadas por el Grupo de Acción Financiera Internacional (GATI)<sup>25</sup>.

La mencionada normativa establecía sanciones a quienes formaran parte de una asociación ilícita con fines terroristas<sup>26</sup>, tipos que finalmente fueron derogados a través de la Ley 26.734, sancionada a fines del año 2011, la que, además de tal abolición, estableció una agravante genérica -incorporó el Art. 41 *quinquies* del CP-, incluyendo, además, la punición de un novedoso tipo penal: el lavado de activos y la financiación del terrorismo, los que, hacen remisión a el mencionado agravante.

El Art. 41 *quinquies* establece: “Cuando alguno de los delitos previstos en este Código hubiere sido cometido con la finalidad de aterrorizar a la población u obligar a las autoridades públicas nacionales o gobiernos extranjeros o agentes de una organización internacional a realizar un acto o abstenerse, la escala se incrementará en el doble del mínimo y el máximo. Las agravantes previstas en este artículo no se aplicarán cuando el

---

prensa ha calificado como terrorismo al contener sus actos ciertas reivindicaciones políticas: tales son los casos de Unabomber o el más reciente de Anders Breivik”. Íd., p. 49.

<sup>22</sup> Explicado en Íd., p 50.

<sup>23</sup> A modo de ejemplo, piénsese, en el derecho interno, en las cuestiones de extradición y de prescripción de la acción, que mereció tratamiento en la sentencia que resolvió el rechazo de la extradición de Jesús María Lariz Iriondo -Fallo: 328:1268, de la CSJN-

<sup>24</sup> Ley Nro. 26.268 que incorporó los arts. 213 *ter* y *quater*. Dada la prieta extensión del presente trabajo, no me abocaré al análisis que de los mencionados artículos se efectuaron, sino que me limitaré a delinear lo correspondiente a las figuras actualmente vigentes.

<sup>25</sup> La Financial Action Task Force on Money Laundering (FATF), Grupo de acción financiera en contra del lavado de dinero también conocida por su nombre en francés como Groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux (GAFI), es una institución intergubernamental creada en el año 1989 por el G7. El propósito de la FATF es desarrollar políticas que ayuden a combatir el lavado de dinero y el financiamiento al terrorismo. (Fuente: <http://es.wikipedia.org/wiki/FATF>)

o los hechos de que se traten tuvieren lugar en ocasión del ejercicio de derechos humanos y/o sociales o de cualquier otro derecho constitucional”.<sup>27</sup>

Grandes fueron las críticas que en ese entonces se alzaron respecto a no solo su redacción, pues la técnica legislativa utilizada –de incluir un agravante genérico- que impacta en todos los delitos regulados, distó sustancialmente del espíritu de la reforma, que intentaba incluir “puntualmente” un nuevo tipo penal<sup>28</sup>.

Pero el mayor cuestionamiento se efectuó a la selección de la frase “...con la finalidad de aterrorizar...”, la que, como puede figurarse, prima facie es de tan amplio alcance que puede aplicarse a un sinnúmero de situaciones, ello en detrimento del principio de legalidad penal<sup>29</sup>.

Si quisiera sintetizar en breves renglones la crítica generalizada que mencionada normativa inspiró en la doctrina, perfecto sería para ello la siguiente...: “Salta a la vista la extrema vaguedad de la descripción normativa escogida por nuestro legislador, vinculada con los parámetros internacionales utilizados para la prevención y la represión de esta clase de delitos de terrorismo. En primer término, no queda claro quién y cómo habrá de constatar el grado o nivel de terror de la población. En segundo término, si bien la norma prevé en su párrafo segundo en que esta causal de agravación de la pena no se

---

<sup>27</sup> Recientemente, en marzo de 2024, se publicó en el Boletín Oficial la Ley 27.739, que reforma el presente artículo, y cuya redacción actual vigente establece: “Cuando alguno de los delitos previstos en este Código, en leyes especiales o en las leyes que incorporen al derecho interno tipos penales previstos en convenciones internacionales vigentes ratificadas en la República Argentina, hubiere sido cometido con la finalidad de aterrorizar a la población u obligar a las autoridades públicas nacionales o gobiernos extranjeros o agentes de una organización internacional a realizar un acto o abstenerse de hacerlo, la escala se incrementará en el doble del mínimo y el máximo.

Las agravantes previstas en este artículo no se aplicarán cuando el o los hechos de que se traten tuvieren lugar en ocasión del ejercicio de derechos humanos y/o sociales o de cualquier otro derecho constitucional”. Además, y sobre lo que nos interesa, en el Capítulo II de la mencionada Ley, el Art. 4 establece: “Incorpórase como artículo 4° bis, en el Capítulo II de la ley 25.246 y sus modificatorias, el siguiente: Artículo 4° bis: A los fines de la presente ley y sus disposiciones reglamentarias se establecen las siguientes definiciones (...) Acto terrorista: acto que constituye un delito previsto en el Código Penal, en leyes especiales y en las leyes que incorporen tipos penales dispuestos en convenciones internacionales vigentes en la República Argentina y cualquier otro acto que se ejecutare con la finalidad de aterrorizar a la población u obligar a las autoridades públicas nacionales o gobiernos extranjeros o agentes de una organización internacional a realizar un acto o abstenerse de hacerlo.

Tal como se aprecia, las modificaciones recientemente efectuadas, en nada modifican el desarrollo del presente trabajo.

<sup>28</sup> Ya en el análisis del mensaje presidencial enviado al congreso como proyecto de ley, observamos que se menciona entre sus párrafos el de “...promover reformas puntuales al Código Penal...” y, pocas palabras más tarde, se confiesa en introducir una agravante a la Parte General del Código, que como todos sabemos al colocarla en este lugar recibe el nombre de “genérica”, es decir, aplicable a cualquier delito de la parte especial. Por ende, a poco que comparamos el mensaje del Poder Ejecutivo con el texto de la ley, vemos que “de reforma puntual” no tiene nada, es decir, en nada se le parece a una reforma aislada a un tipo penal, sino todo lo contrario: es una gran transformación del Código en general. Dado que, como ya vamos a ver, no sólo se puede aplicar este agravante a todos los delitos, sino que su reforma incide especialmente en la determinación de las penas.

<sup>29</sup> En especial, las características de *Lex certa* y *stricta* que debe contar.

aplicará cuando se tratase del ejercicio de Derechos Humanos y/o sociales o de cualquier otro derecho constitucional, lo cierto es que ella representa un grave atentado contra las libertades de prensa y de expresión, en especial cuando los medios masivos de comunicación (televisión, prensa, radio e Internet, etcétera) ejerzan su derecho constitucional de informar y/o divulgar, no solo actos de naturaleza terrorista, sino cualquier otro tema relacionado con el curso de la economía o de la política, y de ello sea interpretado como la imposición por parte de los medios, grupos o corporaciones de una obligación de hacer o no hacer algo determinado para el Gobierno de turno.”<sup>30</sup>

Continúa el doctrinario explicando que “También se corre el riesgo cierto de criminalizar la protesta social, ya que los grupos políticos o las asociaciones sociales que en ejercicio de su derecho constitucional de peticionar a las autoridades o de huelga solicitasen a las autoridades nacionales la adopción de tal o cual medida económica, social, tributaria o financiera, pueden ser sancionados con esta causal de agravación de la pena. La realidad de Argentina nos demuestra que diariamente las personas acuden al corte de rutas o de vías de acceso público paralizan los subtes, trenes o servicio aéreo, realizan marchas en el centro porteño, procurando una mayor difusión de sus reclamos. Y todo esto puede quedar atrapado en las redes de esta disposición normativa”<sup>31</sup>; ejemplificando el autor que “...en caso de cometerse actos de vandalismo durante el curso de los eventos descritos, por ejemplo, daños a la propiedad privada o pública, o a ambas, atentado o resistencia a la autoridad, lesiones, muertes, amenazas, etcétera, cualquiera de estos actos ilícitos, pueden ser agravados hasta en un duplo de su pena mínima y máxima”.

Pero lo cierto es que, a poco de analizarlo, encontramos que estas críticas incurren en el mismo yerro que el Legislador: consideran a la agravante genérica como una nueva figura delictiva<sup>32</sup>, y lejos de ello está.

Si recurrimos a la dogmática penal, en cualquier manual universitario encontraremos una gran diferenciación entre un tipo penal y los agravantes de la pena -

<sup>30</sup> Conforme ABOSO, G.E. en su obra “Código Penal de la República Argentina. Comentado, concordado con jurisprudencia”; ED. B de F, año 2012, p. 152.

<sup>31</sup> Aboso, Eduardo, Op.cit, p. 152.

<sup>32</sup> El Art. 7 de la mencionada Ley, sustituye el inciso e) del apartado 1) del artículo 33 del Código Procesal Penal de la Nación, otorgando competencia al Juez Federal en la instrucción de los siguientes delitos: “...e) Los delitos previstos por los artículos 41 *quinquies*, 142 *bis*, 142 *ter*, 145 *bis*, 145 *ter*, 149 *ter*, 170, 189 *bis* (1), (3) y (5), 212, 213 *bis* y 306 del Código Penal”. Sobresale la confusión en la inclusión como “delito” al primeramente nombrado, pues, resultaría ser, como se dijo, un agravante genérico y no un delito autónomo. A lo sumo, deberían haberse referido a los delitos agravados por ese artículo.

que pueden ser genéricas o accidentales<sup>33</sup> o específicas<sup>34</sup>-, de una figura típica, los que se refieren al incremento de la sanción punitiva por determinadas circunstancias o situaciones que se dan en el *iter criminis* del tipo.

Cuando nos referimos a las genéricas, se agrava la sanción escogida para determinado injusto penal, como ocurre, a modo de ejemplo, la utilización del arma de fuego o la perpetración de un ilícito con el aprovechamiento de un menor de edad<sup>35</sup>.

Pero lejos está de afirmarse que la inclusión del agravante genérico estipulado en el Art. 41 *quinqües* se pueda traducir como un tipo penal complejo, con sus características objetivas y subjetivas, la que protegería un bien jurídico diferenciado de los ya existentes. Esa, definitivamente, no fue la intención del legislador.

Ahora bien, tampoco pareciera certero afirmar que se trata de una expresión totalmente abierta, o que cualquier acto de comunicación o protesta social -como lo que critica la doctrina-, puedan “encuadrarse” en la mentada aterrorización social y merezca la aplicación del art. 41 *quinqües* del CP.

Como bien sabemos, las leyes deben interpretarse por su texto -literal-, y en caso de dudas, debe recurrirse la voluntad del legislador a la hora de sancionarlo<sup>36</sup>, encontrándose aquí los primeros trazos que perfilan ya un marco para la expresión “aterrorizar a la población”, pues, si vamos al debate parlamentario que dio marco a la discusión de la presente ley, nos encontramos con la referencia específica de los actos terroristas discutidos por la comunidad internacional, siendo que se encuentran perfiladas en, al menos, dos Convenciones internacionales incorporadas al derecho interno.

Pero, antes de avanzar, y para arrojar un poco de luz, entre tanto parafraseo, útil resulta un traer a colación un caso emblemático que recaló en nuestros Tribunales provinciales<sup>37</sup>, el cual generó una cuestión de competencia negativa entre los fueros

---

<sup>33</sup> Como el caso bajo análisis.

<sup>34</sup> Que condicionan el acaecimiento de la figura, siendo parte del tipo penal que se trate -ej, ensañamiento, como plus al dolo del autor.

<sup>35</sup> Arts. 41 *bis* y 41 *ter* del Código Penal.

<sup>36</sup> Ha dicho la CSJN: “La primera fuente de interpretación de la ley es su letra y las palabras deben entenderse empleadas en su verdadero sentido, en el que tienen en la vida diaria, y cuando la ley emplea varios términos sucesivos es la regla más segura de interpretación la de que esos términos no son superfluos, sino que han sido empleados con algún propósito, sea de ampliar, de limitar o de corregir los conceptos, por cuanto, en definitiva, el fin primordial del intérprete es dar pleno efecto a la voluntad del legislador”. Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda, en autos “Defensor del Pueblo de la Nación c/ E.N. -P.E.N.- M° E. - dto. 1738/92 y otro s/ proceso de conocimiento”, sentencia del 24 de mayo de 2005.-

<sup>37</sup> Me refiero a la Justicia de la Provincia del Chubut: “El 13 de marzo de 2015, un grupo de alrededor de quince personas -que se identificaron como miembros de la Comunidad de Resistencia del Departamento Cushamen- habría ingresado sin autorización a una estancia, colocando carteles con las leyendas "Fuera Benetton" y "Territorio mapuche". A la vez, habría repelido con piedras y gomeras la intervención policial que pretendía su desalojo, causando lesiones leves a dos agentes y daños al móvil policial. También habría

provincial y federal, resultando finalmente dilucidada por nuestro Máximo Tribunal Nacional.

En esa, la Corte Suprema de Justicia de la Nación -haciendo suyos los argumentos del Procurador General de la Nación- resolvió que la competencia provincial, en base a los siguientes argumentos: “...los sucesos de este caso no habrían sido cometidos con los fines previstos en el artículo de ‘aterrorizar a la población u obligar a las autoridades públicas nacionales o gobiernos extranjeros o agentes de una organización internacional a realizar un acto o abstenerse de hacerlo’, por lo que, prima facie, no resulta aplicable esa agravante. A su vez, tampoco encerrarían algún tipo de conflictividad de la clase contemplada en los instrumentos internacionales sobre prevención y sanción del terrorismo suscripto por la Argentina, como la Convención Interamericana contra el Terrorismo y el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, incorporado a nuestra legislación...por el contrario, los acontecimientos bajo análisis están enmarcados en una protesta llevada adelante en reclamo de derechos sociales, lo que ameritaría aplicar, eventualmente, la excepción prevista en el artículo, en la medida que prevé que ‘las agravantes previstas en este artículo no se aplicarán cuando el o los hechos de que se traten tuvieren lugar en ocasión del ejercicio de derechos humanos y/o sociales o de cualquier otro derecho constitucional”.

Es decir, claramente se hace alusión a determinados actos que inspiraron una gran cantidad de instrumentos internacionales, los que, de manera atomizada, mencionan concretas conductas que se aluden como actos terroristas.

Así, la Convención Interamericana contra el Terrorismo, aprobada por la Ley Nro. 26.023, si bien no define unívocamente los actos de terrorismo, si se remite a una serie de instrumentos internacionales que perfilan determinadas conductas terroristas<sup>38</sup>.

---

amenazado al personal preventor, hurtado postes de madera e interrumpido parcialmente el tránsito sobre la ruta N° 40 a la altura de El Maitén. En el marco de su reclamo por la propiedad ancestral de esas tierras, habría solicitado la intervención de autoridades nacionales para conformar una mesa de diálogo sobre el reclamo. El juez provincial declinó la competencia por considerar que los hechos investigados afectaban la seguridad interior y entendió, además, que resultaba aplicable al caso la agravante prevista en el último párrafo del artículo, de competencia federal. Por su parte, el magistrado federal aceptó parcialmente la competencia por la irrupción del tránsito en la ruta nacional N° 40 y rechazó la declinatoria por los restantes hechos. Señaló que la conducta denunciada no revestía la entidad típica que requiere la agravante del artículo 41 *quinquies* del Código Penal. Además, indicó que en el caso subyace un reclamo indígena por la propiedad o posesión de la tierra, lo que fundamenta la exclusión de estos sucesos como actos terroristas. Se trabó, así, una contienda negativa de competencia” (fuente: <https://codigopenal2021comentado1tomo.blogspot.com/2021/02/articulo-41-quinquies-agravantes.html>)

<sup>38</sup> Que dicen en su Artículo 2: “Instrumentos internacionales aplicables. 1. Para los propósitos de esta Convención, se entiende por “delito” aquellos establecidos en los instrumentos internacionales que se indican a continuación: a. Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, firmado en La Haya el 16 de diciembre de 1970. b. Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de

Por su parte, la Convención Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo —aprobada por ley 26.024—, en su preámbulo, alude a la Resolución 49/60 de la Asamblea General, ya mencionada en el acápite anterior.

Si bien es cierto que “El concepto de terrorismo ha sido sumamente difuso y ampliamente discutido, al punto que ni siquiera se logró un consenso en el Estatuto de Roma, donde no fue posible lograr una definición, pese a la unánime condena. Tampoco en el sistema regional americano la Convención Interamericana contra el Terrorismo, adoptada en Barbados el 3 de junio de 2002 (ratificada por ley 26.023) logró un consenso sobre su tipificación ni sobre su consideración como crimen de lesa humanidad...”<sup>39</sup>; ello no habilita que las críticas apuntadas en la reforma penal sean del todo acertadas.

Si interpretamos la norma, como ya se señalara, las críticas que se le achacan tienen que ceder. El intérprete -que la mayoría de las veces coincide con el operador de justicia- no puede abstraerse de la voluntad del legislador: necesariamente debe recurrir a los instrumentos internacionales que rigen en la materia y que, como se dijo, si bien no nos proporcionan una definición certera y clara respecto a los actos de terrorismo, si nos allana el camino para que, contrario sensu, se descarten cuáles no forman parte de este catálogo de actos. Y si en todo caso, algún operador del sistema pretende darle otro alcance -como pareciera ocurrió en el caso del Chubut ya mencionado-, existen los Tribunales superiores que, en consonancia con los lineamientos constitucionales, deben evaluar y limitar su aplicación -también, como aconteciera en el antecedente mencionado-

#### **IV- Colofón**

---

la aviación civil, firmado en Montreal el 23 de septiembre de 1971. c. Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1973. d. Convención Internacional contra la toma de rehenes, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 17 de diciembre de 1979. e. Convenio sobre la protección física de los materiales nucleares, firmado en Viena el 3 de marzo de 1980. f. Protocolo para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que prestan servicios a la aviación civil internacional, complementario del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, firmado en Montreal el 24 de febrero de 1988. g. Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima, hecho en Roma el 10 de marzo de 1988. h. Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental, hecho en Roma el 10 de marzo de 1988. i. Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de diciembre de 1997. j. Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1999”.

<sup>39</sup> Considerando 28, en causa: “Lariz Iriondo, Jesús María s/ solicitud de extradición. 10/05/2005 — Fallos: 328:1268”.

Con lo hasta aquí ensayado, claramente no podemos afirmar la existencia de un tipo penal específico que puna los actos de terrorismo en nuestro Código Penal, a pesar que nuestro país, aparentemente, cuenta con una “Ley antiterrorista”.

Tal como se explicara, a través de esa ley, si bien se incluyeron figuras que reprimen conductas que podrían considerarse como “satélites al terrorismo”<sup>40</sup>, en sí, el legislador no ha tipificado en concreto a los actos de terrorismo.

Y no considero que ello sea merecedor de cuestionamiento, pues, difícilmente lo pueda realizar. Debo confesar que, si bien en un principio compartía las críticas que tan virulentamente la doctrina volcó contra la mentada reforma, luego de efectuar un análisis un poco más elaborado, me alejo de estos cuestionamientos sustancialmente.

Es que no se vislumbra de qué forma nuestro Congreso nacional podría plasmar en un tipo penal conductas que, históricamente, los países del mundo han discutido y aún no se ponen de acuerdo en un concepto unificado. Que se cuente con una serie de características que pueden presentar esas conductas -con las que difícilmente podríamos elaborar una lista de elementos permanentes- no alcanza para llevarnos a una descripción precisa de la conducta a reprimir.

Es así que no encuentro acertados los reproches en la técnica legislativa o la selección de palabras utilizadas, pues esta problemática de delimitación difusa y plagada de zonas grises del “terrorismo” la compartimos con la mayoría de los países de todo el mundo que se prestan a la tarea de punir, en su derecho interno, esta clase de actos, y que aún no han encontrado una figura que no acarree polémicas<sup>41</sup>.

Tal vez no resulte tan reprochable la inclusión de una figura genérica, como la estudiada, si analizamos la multiplicidad de conductas que podrían incluirse en los denominados “actos de terrorismo”. Lo que no logro rescatar del escarnio es que se hayan incluido absolutamente todas las existentes en el Código de Fondo<sup>42</sup>.

El presente trabajo me dejó más dudas que certezas, en tanto que la doctrina analiza puntillosamente las críticas que considera acertadas, pero ninguna de ellas amaga siquiera a dar una posible solución al asunto o, al menos, avizora una futura enmienda.

---

<sup>40</sup> Como la financiación del terrorismo, ya aludida.

<sup>41</sup> Si se pretendiera reprimir en un tipo penal específico a los actos de terrorismo, indefectiblemente -dado el estado actual del asunto a nivel internacional- deberíamos pensar en un tipo penal abierto, con las problemáticas constitucionales que ello acarrearía.

<sup>42</sup> No puedo imaginar que el “parto fingido”, previsto y reprimido en el inc.1 del art. 139 del CP pueda agravarse por los motivos previstos en el Art. 41 *quinquies*. Así, son más los ejemplos inimaginables - aborto, matrimonio ilegal, el delito de charlatanería, etc.-, que a los que podrían haberse limitado.

Quien sí se atreve a ensayar una pequeña reflexión, es el Profesor Eugenio Zaffaroni, quien, en su obra “Derecho Penal del Enemigo”<sup>43</sup>, al preguntarse ¿Qué hacer con el terrorismo?, expresó: “Podríamos responder con la lógica del verdulero, que no sólo es altamente respetable sino también impecable, y de la que tenemos mucho que aprender los penalistas. En efecto, si una persona va a la verdulería y pide un antibiótico, el verdulero le indica que vaya a una farmacia, porque el solo vende verduras. Esta sana respuesta debemos proporcionarla los penalistas cada vez que nos preguntan qué hacer con un conflicto que nadie sabe cómo resolver y al que, con falsas solución, se le asigna naturaleza penal. Por lo general nos consideramos obligados a opinar sobre cómo resolverlo, cuando en realidad no lo sabemos y lo correcto sería que procediésemos como el sabio verdulero: nosotros sólo sabemos decidir cuándo se habilita o no poder punitivo, y también sabemos que, en el caso, esto no sirve o no alcanza para resolver el conflicto. En rigor, sabemos muy pocas cosas y entre las que ignoramos se halla la respuesta a la pregunta sobre la solución del terrorismo en el mundo.

Al respecto sólo sabemos lo que puede hacer el derecho penal y, por supuesto, también que eso no es suficiente y ni siquiera podemos afirmar que tenga alguna eficacia. Por consiguiente, la pregunta correcta —porque es la única que podemos responder— es ¿qué puede hacer el derecho penal con los terroristas? La respuesta es bastante obvia, si éstos no hacen nada, el derecho penal nada puede hacer; si cometen delitos, corresponde individualizarlos, detenerlos, procesarlos, juzgarlos, condenar y hacerles cumplir la pena. Eso es lo que puede hacer el derecho penal. Si los delitos tienen la gravedad y las características de crímenes de lesa humanidad, corresponde el tratamiento reservado para esos delitos, y si no la tuvieran, deben ser penados conforme a los tipos que conminan la tenencia de explosivos, el homicidio por medio capaz de provocar grandes estragos, los estragos seguido de muerte, el robo a mano armada, el secuestro, la falsificación la asociación ilícita, etc. Todos amplificados en su caso conforme a las reglas de la participación y de la tentativa si corresponde según los principios que regulan el concurso real o ideal. Las penas para estos ilícitos no son benignas en ningún código penal del mundo, por lo cual se supone que en caso de condena ésta lo será a penas bastante prolongadas. (...) Parece que nadie es capaz de preguntarse para qué efecto práctico pueden servir estos tipos con elementos subjetivos, cuando en el tipo tradicional del homicidio calificado, sin requisito subjetivo alguno, se prevé la pena máxima del código,

---

<sup>43</sup> ZAFFARONI, E, R, “El enemigo en el Derecho penal”, Ed. Ediar, Buenos Aires, Argentina, 2012, pp. 181 y ss.

y ello sin necesidad de agotar el resultado del estado, sino bastando con causar la muerte de una sola persona. Y la misma pena se le impone al que lo financia, porque coopera en la perpetración en forma necesaria (con dominio del hecho) y, por consiguiente, es partícipe necesario, o porque decide al ejecutor y, en tal caso, es instigador.

En definitiva (...) ¿a quién le importa si quien hace estallar un avión en vuelo lo hace para aterrorizar, para imponer sus ideas políticas o idolátricas, para eliminar del mercado a la empresa competidora o para cobrar un seguro? Si la ley es tan clara y lo ha sido siempre, no se comprende qué efecto práctico se puede buscar con tipos especiales que no cubren ningún vacío de tipicidad y que, por el contrario, pueden confundirlo todo y provocar impunidades”.

Podría responderse al Maestro con lo acontecido en el precedente “Lariz Iriondo”, y tal vez, afirmar que ello sirva para evitar la impunidad de esta modalidad delictiva. Pero en todo caso, esto ya es una responsabilidad que le cabe a la comunidad internacional, más que al derecho interno.

En definitiva, habiendo encontrado la respuesta a mi interrogante inicial, todo este derrotero me lleva a una última reflexión: en vez de indagar si existe algún tipo penal en el Código Penal argentino, ¿no resultaría más ajustado preguntarse si es necesario un tipo penal en el derecho interno que sancione los actos del terrorismo?”.

La respuesta, que no se vislumbra fácilmente, es merecedora de otro análisis más profundo.

*¿Pueden las partes preparar a sus testigos antes del juicio? La Preparación de testigos desde la teoría de la litigación y la ética procesal*

**\*Por Nicanor Barrios**

**I- Introducción**

Al momento de llevar a la práctica la implementación de los sistemas adversariales-acusatorios en nuestra región latinoamericana, muchos de los interesantes debates que surgen giran en torno a la rama del derecho probatorio y a las reglas y ritos procesales en torno a la adquisición, conservación, producción, control y valoración de la misma.

La prueba testimonial es el medio de prueba por excelencia a la hora de ingresar información a un juicio oral y público en nuestros procesos, a lo largo de los años que llevamos de puesta en marcha de los nuevos sistemas se ha avanzado mucho en lo relativo a las reglas de producción -examen directo de testigos- y control la misma –contra examen de testigos- en la audiencia de juicio propiamente dicha. Sin embargo, poco se ha indagado en lo que respecta a ciertas cuestiones previas al juicio, en particular a ciertas posibilidades de trabajar con el testigo propio -de parte- antes de la realización de dicha audiencia.

En el presente trabajo me concentraré en el análisis, desde una perspectiva de la ética procesal y la litigación adversarial, de las dos formas de preparación -familiarización y entrenamiento- de los testigos a la hora de ir a juicio. Más precisamente, me abocaré a responder a la pregunta de si pueden las partes preparar a sus testigos antes del juicio.

**II- ¿Qué significa preparar? tipos de encuentros y entrevistas con los testigos durante el proceso judicial**

En todo proceso judicial, cuando llegamos a la etapa de juicio es porque hemos ya pasado por distintas etapas formales anteriormente. Por una parte, un anuncio inicial en la imputación -o en la demanda en aquellos casos no penales- la cual es la primera comunicación con la persona a la cual se destina el reclamo judicial, se le anuncia el o los hechos por los cuales se lo va a investigar o se lo está demandando. Esto les permite a los abogados establecer ciertos encuadres jurídicos y específicos de litigio para poder llevar adelante su labor.

Una vez que les llega un caso, en la primera fase de investigación en la preparación de un litigio, los abogados pueden -y deben- realizar entrevistas a los posibles testigos de los hechos. Esto debe realizarse, por un lado, para esclarecer estos hechos objeto de litigio y, por otro lado, con el fin de poder determinar el grado de conocimiento, veracidad, coherencia y la forma -puede ser directa o indirecta- a través de la cual obtuvieron la información que pretenden introducir al juicio.

Esto incluso lo vemos plasmado como una obligación para las partes en muchos de nuestros códigos procesales provinciales<sup>1</sup>, en sus normas referidas a la regulación de las audiencias llamadas de etapa intermedia, audiencia preliminar o, mayormente conocidas como control del mérito de la acusación en los procesos penales, al momento de establecer las reglas sobre los ofrecimientos de pruebas de las partes, donde generalmente se establece que todos los medios de prueba deben ofrecerse con indicación de los hechos y las circunstancias que pretenden ser probadas en el debate oral y público<sup>2</sup>. Es decir, estas entrevistas son muy importantes, en primer lugar, para determinar cómo ocurrieron los hechos, y en segundo lugar, para cumplir con el trabajo de saber qué información puede brindarme tal o cual testigo y cómo adquirió la misma.

Podríamos llamar a estas actividades como aquellas entrevistas previas propias de la etapa preparatoria del juicio, las cuales no solo son posibles sino que significan una obligación de las partes, para cumplir con las exigencias de ley en primer lugar, así como para poder ejercer de la mejor manera la labor profesional, puesto que si no definimos con la mayor precisión las circunstancias de modo, tiempo y lugar de los hechos de nuestro caso, no estaríamos trabajando como se debería.

Además de estas entrevistas previas propias de la etapa preparatoria del juicio, hay debate sobre si pueden existir otro tipo de encuentros u otras entrevistas del litigante con sus testigos, las cuales se podrían producir en una etapa distinta, la cual sería la etapa

---

<sup>1</sup> Es menester aclarar que las prácticas de litigación analizadas en el presente trabajo sólo son aplicables y posibles en jurisdicciones que cuentan con procesos adversariales -tanto penales como no penales-. De ninguna manera podrían aplicarse en modelos procesales inquisitoriales o mixtos puesto que, en éstos, los testigos no pertenecen a las partes litigantes, sino que pertenecen al tribunal y los mismos tienen la obligación y el deber de declarar ante éste, con el objetivo de arribar a la verdad del hecho. En consecuencia, en términos conceptuales, no cabría lugar al entrenamiento de los testigos, sean de la parte que sean, puesto que podría considerarlo como una obstrucción de justicia o de búsqueda de dicha verdad.

<sup>2</sup> Al respecto, el Código Procesal Penal de la provincia del Chubut establece en su artículo 293: "Ofrecimiento de prueba. Al ofrecerse la prueba, todos los intervinientes presentarán la lista de testigos, peritos e intérpretes que deben ser convocados al debate, con indicación del nombre, profesión y domicilio, y acompañarán también los documentos o se indicará dónde se encuentran. Los medios de prueba serán ofrecidos con indicación de los hechos o circunstancias que se pretenden probar o, de lo contrario, no serán admitidos."

del juicio propiamente dicho. Es decir, una vez finalizada la audiencia de la etapa intermedia y abierta la puerta del juicio, poder entrevistarse con el propio testigo, a los fines de poder practicar su testimonio y familiarizar, de alguna manera, a nuestro testigo con lo que va a suceder en dicho ritual. A estas entrevistas podríamos llamarlas entrevistas previas propias del juicio.

A diferencia de las primeras, donde el énfasis se encuentra puesto en determinar de manera precisa las circunstancias fácticas del caso y el contenido fáctico de cada declaración, en este segundo tipo de entrevistas, el foco puede estar puesto en dos cuestiones distintas: En un primer sentido, puede encontrarse puesto en aquellas cuestiones relativas a las cuestiones formales del juicio como un espacio de ritualización del conflicto, esto es, de qué manera se llevará a cabo el mismo, el rol que cumplen tanto el juez como las partes, la toma de juramento que le hará el juez a nuestro testigo, las preguntas denominadas generales de la ley, el orden en que las partes los interrogarán, el derecho que tienen de que se les repitan las preguntas que no hayan comprendido, el papel que juegan las objeciones y cómo pueden influir en dicho procedimiento, esto se suele denominar como la familiarización<sup>3</sup> del testigo, y, en un segundo sentido, orientado a la preparación del testigo sobre las eventuales preguntas que se le realizarán o sobre el orden y la temática sobre las que versarán las mismas, esto se conoce como *entrenamiento* del testigo (en inglés “*coaching witness*”).

Ahora bien, pareciera que estas entrevistas, encuentros con los testigos o cualquier otra actividad tendiente a conocer, familiarizar y/o entrenar al testigo, ya sea entrega de formularios informativos o formulario de preguntas, simulacros de interrogatorios, entre otros, siempre y cuando éstas no sean contrarias a la normativa convencional, constitucional y/o legal no serán *per se* contrarias a la ética judicial en la manera que el testigo no afirme hechos que no le constan, o que tergiversar u oculte aquellos hechos que sí o que diga cosas que le haya inducido el abogado a decir. En adelante analizaremos cómo funciona esta práctica en algunos países provenientes de la tradición del *common law* -particularmente me centraré en las jurisdicciones de Estados Unidos, el Reino Unido y Canadá- y luego pasará a analizar cómo se encuentra el estado de la cuestión en el ámbito regional latinoamericano y nacional.

### III- Common law: los casos de Estados Unidos, Reino Unido y Canadá

---

<sup>3</sup> SMITH, K, “Prepping, Not Coaching: The Ethics of Witness Preparation in Civil Litigation.”, p. 3.

En los países del *common law*, se rigen por los mismos principios subyacentes que regulan la práctica profesional: franqueza, honestidad, integridad, defensa diligente, etc.<sup>4</sup>. Sin embargo, en el contexto de la preparación de los testigos, podemos encontrar diferentes matices. Si bien hay consenso en que no resulta apropiado que los abogados mientan, induzcan hechos o permitan que sus testigos presten testimonios falsos, existen diferentes enfoques y limitaciones en estas jurisdicciones.

### *Estados Unidos*

En Estados Unidos es una práctica común, no solo *familiarizar* a un testigo, sino también entrenarlo, para que esté preparado para deponer frente al jurado. Es considerado un deber fundamental de toda representación jurídica y, especialmente, de una defensa eficaz.<sup>5</sup>

Según el autor John Applegate<sup>6</sup>, al desarrollar sus normas estándar de conocimiento profesional sobre preparación de testigos, indica que, en primer lugar, siempre un abogado puede discutir el caso con los testigos antes de que brinden su testimonio, puesto que tiene el deber de investigar los hechos del caso y para eso debe profundizar su vinculación con los mismos. El sistema acusatorio, además, permite a los abogados preparar a los testigos para que puedan brindar su testimonio de la mejor forma posible, de manera eficiente, persuasiva, cómoda y de conformidad con la reglas de evidencia.

En segundo lugar, el abogado no debe tergiversar la historia del testigo ni poner palabras suyas en boca de éste, lo que en términos coloquiales se conoce como “peinar” al testigo.

En tercer término, señala Applegate, que un abogado puede ser sancionado por el consejo de abogados (ABA: American Bar Association) por asesorar o ayudar a un testigo a declarar falsamente o por ofrecer un testimonio que sabe que es falso.

Todo este “conocimiento estándar” está desarrollado sobre la base de las normas de conducta que rigen la profesión, emanadas de la ABA<sup>7</sup>, en caso de incumplir alguna de estas reglas, la ABA puede imponer sanciones a los profesionales en cuestión.

---

<sup>4</sup> Íd, p. 2.

<sup>5</sup> Íd, p. 5.

<sup>6</sup> APPLGATE, J, “Witness Preparation”, December 1989, Texas Law Review, Estados Unidos, pp. 278-279.

<sup>7</sup>Reglas de Conducta de la ABA disponibles en: [https://www.americanbar.org/groups/professional\\_responsibility/publications/model\\_rules\\_of\\_professional\\_conduct/model\\_rules\\_of\\_professional\\_conduct\\_table\\_of\\_contents/](https://www.americanbar.org/groups/professional_responsibility/publications/model_rules_of_professional_conduct/model_rules_of_professional_conduct_table_of_contents/).

Por otro lado, en Estados Unidos es claro el deber que todo abogado tiene de investigar los hechos de su caso, en este sentido, no entrevistar a los testigos disponibles antes de que estos declaren es considerado una mala práctica y una carencia estratégica. David Berg, por ejemplo, va más allá, al sostener que no sería ético no preparar a un testigo, considerando que siempre deben ensayarse con el testigo propio, tanto el examen directo como un hipotético contra examen de la otra parte<sup>8</sup>, no hacerlo incluso podría interpretarse como una negligencia profesional.

De esta manera, se puede ver que, tanto la familiarización, como el entrenamiento de testigos es una práctica común y deseable en Estados Unidos, por lo tanto, no llevarla a cabo es visto como un error en el ejercicio profesional. Ahora bien, lo que no queda del todo claro, más allá del falso testimonio o peinar al testigo, es cuáles serían los límites de esta preparación, más precisamente lo que Smith llama el “ámbito aceptable”<sup>9</sup>, es decir, qué es y qué no es aceptable en esta práctica. Porque aparece un área gris donde el abogado, si bien no falsea el testimonio del testigo, sí ayuda a esculpirlo, a darle forma, a través de la práctica y los ensayos sobre cómo debe responder. Por lo tanto si es un testimonio verdadero y consistente con lo que el testigo definitivamente vió o sabe sobre el hecho, pero no sería un testimonio enteramente propio del testigo, sino esculpido también por el abogado.

Debido a que la línea que existe entre el entrenamiento perfectamente aceptable del testigo, por un lado, y la influencia inadmisibles del abogado hacia el testigo, por el otro, puede a veces ser fina y difícil de discernir es que ha habido algunas precisiones jurisprudenciales al respecto:

Por ejemplo, la Corte de Rhode Island dijo al respecto:

“En las entrevistas e interrogatorios de los testigos, extrajudicialmente y antes del juicio del caso, el examinador, sea quien sea, profano o abogado, debe extremar el máximo cuidado y cautela para extraer y no inyectar información, y por todos los medios resistir la tentación de influir o sesgar el testimonio de los testigos.”<sup>10</sup>

En el caso de Carolina del Norte “State v. McCornick” (1979) se dijo:

“Aunque un testigo haya sido preparado de esta manera, su testimonio en el juicio sigue siendo su testimonio voluntario. No ha ocurrido nada impropio mientras el abogado

---

<sup>8</sup>BERG, D, “Preparing Witnesses”, *Litigation Journal*, 1987, disponible en: <https://www.bafirm.com/publication/preparing-witnesses>.

<sup>9</sup> SMITH, K, *op.cit.* p. 7.

<sup>10</sup> SCRA, “State v. Papa”, 32 R.I. 453, 80 A. 12, 15 (1911).

esté preparando al testigo para dar su testimonio en el juicio y no el testimonio que el abogado ha puesto en boca del testigo y no un testimonio falso o perjuero.

Cuando el testimonio de un testigo parece haber sido memorizado o ensayado o parece que el testigo ha testificado utilizando las palabras del abogado en lugar de las suyas propias o ha sido instruido inadecuadamente, entonces estos son asuntos que deben explorarse en el conainterrogatorio, y el peso a recibir el testimonio del testigo es para el jurado.

Las sanciones del Código de Responsabilidad Profesional están ahí para el abogado que va más allá de preparar a un testigo para que testifique sobre aquello de lo que el testigo tiene conocimiento y, en cambio, obtiene testimonios falsos o perjuros.”

De aquí surge la herramienta del contra examen para poder detectar la influencia del abogado en la construcción del testimonio del testigo y, en el caso de encontrar que el testimonio falso o perjuero, se debe sancionar al profesional. En el caso de que sea muy evidentemente el trabajo con el abogado, pero sin llegar a falsear o al perjuero, si podrá quedar afectada la credibilidad del mismo luego de un buen contra examen pero no ameritaría una sanción disciplinaria.

Esto ha llevado a que haya pocos límites a la preparación de testigos en Estados Unidos, más allá de la prohibición de falsear el testimonio. Debido a esto, abundan estas prácticas de simulación de exámenes directos, hipotéticos contra examen, formulario de preguntas, etc. Aunque siempre sigue vigente la cuestión sobre si la preparación de los testigos puede desviarse hacia el ámbito de lo poco ético. Es por esto que, para apaciguar un poco la cuestión, la ABA publicó, en Agosto de 2023, una orientación sobre la ética de la preparación de testigos, en su “Formal Opinion 508: The Ethics of Witness Preparation”<sup>11</sup>, donde proporciona una lista útil de conductas preparatorias de testigos que son *éticas* y que no entrarían en conflicto con las reglas generales:

- a) recordar al testigo que estará bajo juramento.
- b) enfatizar la importancia de decir la verdad.
- c) Explique que decir la verdad puede incluir una respuesta veraz de “No recuerdo”.
- d) Explicar la estrategia y el procedimiento del caso, incluida la naturaleza del proceso testimonial o el propósito de la declaración.
- e) Sugerir vestimenta adecuada y comportamiento y decoro apropiados.
- f) Proporcionar contexto para el testimonio del testigo.

<sup>11</sup>Disponible en: [https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/professional\\_responsibility/ethics-opinions/aba-formal-opinion-508.pdf](https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/professional_responsibility/ethics-opinions/aba-formal-opinion-508.pdf).

- g) Investigar el probable testimonio y recuerdo del testigo.
- h) identificar otros testimonios que se espera que se presenten y explorar la versión de los hechos del testigo a la luz de ese testimonio.
- i) Revisar documentos o pruebas físicas con el testigo, incluido el uso de documentos para actualizar el recuerdo de los hechos por parte del testigo.
- j) identificar líneas de interrogatorio y posibles contrainterrogatorios.
- k) sugerir la elección de obras que podrían emplearse para aclarar el significado del testigo.
- l) decirle al testigo que no responda una pregunta hasta que la haya formulado por completo.
- m) enfatizar la importancia de mantener la calma y no discutir con el abogado que interroga.
- n) decirle al testigo que testifique sólo sobre lo que sabe y recuerda y que no adivine ni especule.
- o) familiarice al testigo con la idea de centrarse en responder la pregunta, es decir, no ofrecer información voluntariamente.”<sup>12</sup>

La lista no solo delinea las preparaciones permitidas de testigos, desde un punto de vista ético, sino que además proporciona una buena hoja de ruta sobre cómo preparar de manera eficiente a un testigo para declarar o testificar.

Luego también describe las conductas no éticas de preparación:

“Dentro de la amplia clase de conducta de los abogados dirigida al testimonio futuro de un cliente o un testigo, ciertas categorías de actividad de los abogados están firmemente establecidas como una interferencia poco ética con la integridad del sistema de justicia y una obstrucción poco ética del acceso de otra parte a las pruebas. Un abogado viola obligaciones éticas al aconsejar a un testigo que dé falso testimonio, ayudar a un testigo a ofrecer falso testimonio, aconsejar a un cliente o testigo que desobedezca una orden judicial que regula el proceso de descubrimiento o juicio, ofrecer un incentivo ilegal a un testigo o procurar la ausencia del testigo en el procedimiento.”

Podemos ver que claramente la ABA, a través de estas listas detalladas, ha tratado de brindar una buena orientación tanto para los litigantes, para mantenerse en el marco de legalidad y ayudar al testigo a compartir de manera auténtica y precisa la información,

---

<sup>12</sup>Disponible en página web ya citada: [https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/professional\\_responsibility/ethics-opinions/aba-formal-opinion-508.pdf](https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/professional_responsibility/ethics-opinions/aba-formal-opinion-508.pdf).

como para los jueces, para poder determinar cuándo ponerle límites a esta actividad de las partes y poder así, admitir o no cierto testimonio.

*Reino Unido (Inglaterra y Gales)*

Tanto en Inglaterra como en Gales, no son tan comunes las prácticas de *entrenamiento* y *familiarización* de testigos. Esto se debe a que, en estas jurisdicciones, si bien se ha atenuado en el último tiempo<sup>13</sup>, hay una distinción entre los abogados: por un lado están los *barristers* y, por otro, los *solicitors*. Históricamente, los *solicitors* son los que reciben a los clientes y quienes realizan todo el trabajo preliminar y burocrático sobre el caso (revisión de documentos, realización de entrevistas, redacción de escritos, redacción de declaraciones de testigos, familiarización de testigos, etc). En cambio, los *barrister*, son aquellos abogados especializados que defenderán el caso ante los tribunales. Estos abogados no tienen contacto con los clientes y solo reciben el caso por parte de un *solicitor*, quien solicita su intervención. Se ha argumentado que esta división de tareas ha generado una reticencia en los *barristers* a participar en cualquier preparación con los testigos<sup>14</sup>. Es por esto que no es tan común que los abogados tengan contacto con sus testigos antes de la audiencia del juicio.

Por otro lado, ambas labores tienen sus respectivos Códigos de Conducta, que describen los estándares de profesionalismo esperados en la conducta y la práctica cotidiana de estos agentes. En este sentido, ambos Códigos se refieren expresamente a la práctica con los testigos. En primer lugar, el “Solicitors Regulation Authority Code of Conduct” (Código de Conducta de los *solicitors*) establece “*resultados*” (*outcomes*) y “*comportamientos indicativos*” (*indicative behaviours*) para éstos:

---

<sup>13</sup> En las últimas décadas, se han producido varios cambios significativos en aras de aumentar la competencia en el sector jurídico, sin que la calidad de los servicios ofrecidos se vea afectada. De este modo, hasta la aprobación de la Administration of Justice Act 1985, los *solicitors* tenían el monopolio de la transmisión de propiedad (*conveyancing*), pero con esta ley se introdujo un sistema de *licensed conveyancers* (profesionales autorizados a emitir escrituras de transmisión de la propiedad) que liberalizó parcialmente esta actividad. Ello supuso una importante pérdida de ingresos para los *solicitors*.

Sin embargo, esta liberalización también ha permitido que los *solicitors* amplíen su ámbito de trabajo. Hasta hace relativamente poco, sólo podían encargarse de las tareas de asesoramiento jurídico. Podían ejercer la abogacía ante los tribunales inferiores y los tribunales administrativos, pero, solo los *barristers* podían dirigir la defensa ante los tribunales superiores. La labor de los *solicitors*, cuando el litigio debía presentarse ante un tribunal superior, se limitaba a preparar las fases iniciales del proceso. La Courts and Legal Services Act 1990 introdujo un nuevo sistema y, en la actualidad el organismo regulador de los *solicitors* —la Solicitors Regulation Authority— puede emitir unos certificados de que otorgan Higher Rights of Audience (derecho de audiencia en los tribunales superiores) en el orden jurisdiccional civil, en el penal o en ambos, para aquellos *solicitors* que cumplan los requisitos de sus vías de acceso. Los *solicitors* que lo obtienen reciben el nombre de *solicitor-advocates*.

<sup>14</sup> WYDICK, R, “The Ethics of Witness Coaching”, *Cardozo Law Review*, 1995, p. 3.

“Debes lograr estos *resultados*:

O(5.1): no intentar engañar, ni engañar consciente o imprudentemente al tribunal;

O(5.2): usted no es cómplice de que otra persona engañe o induzca a error al tribunal;”<sup>15</sup>

En cuanto a los “comportamientos indicativos” establece:

“Actuar de la siguiente manera puede tender a demostrar que no ha logrado estos resultados y, por lo tanto, no ha cumplido con los Principios:

IB(5.9): llamar a un testigo cuya evidencia usted sabe que no es cierta;

IB(5.10): intentar influir en un testigo, al tomarle una declaración, con respecto al contenido de su declaración;

IB(5.11): alterar pruebas o intentar persuadir a un testigo para que cambie sus pruebas.”<sup>16</sup>

En segundo lugar, la conducta de los *barrister* se encuentra regulada por la “Bar Standards Board Handbook, Code of Conduct”, que establece:

“RC9: Su deber de actuar con honestidad e integridad según CD3 incluye lo siguiente requisitos:

[...]

3. No se debe alentar a un testigo a que presente pruebas que sean engañosas o falsas;

4. No debe ensayar, practicar ni instruir a un testigo respecto de su testimonio;

5. A menos que tenga el permiso del representante de la parte contraria o del tribunal, no debe comunicarse con ningún testigo (incluido su cliente) sobre el caso mientras el testigo esté dando testimonio.”<sup>17</sup>

---

<sup>15</sup> En idioma original: “You must achieve these outcomes:

O(5.1): you do not attempt to deceive or knowingly or recklessly mislead the court;

O(5.2): you are not complicit in another person deceiving or misleading the court;” (Solicitors Regulation Authority, Code of Conduct. Disponible en : <https://www.sra.org.uk/solicitors/standards-regulations/code-conduct-solicitors/>

<sup>16</sup> En idioma original: “Acting in the following way(s) may tend to show that you have not achieved these outcomes and therefore not complied with the Principles:

IB(5.9): calling a witness whose evidence you know is untrue;

IB(5.10): attempting to influence a witness, when taking a statement from that witness, with regard to the contents of their statement;

IB(5.11): tampering with evidence or seeking to persuade a witness to change their evidence.”

<sup>17</sup> En idioma original: “rC9: Your duty to act with honesty and integrity under CD3 includes the following requirements:

[...]

Podemos ver que, si bien más permisivo para los *solicitors*, ambos Códigos de Conducta son bastante estrictos en comparación con la alternativa estadounidense, pregonando una limitación hacia la práctica de preparación de los testigos en un litigio judicial.

Sin embargo, más allá de las consideraciones normativas y de todo lo expuesto, el caso estrella, en esta temática en el Reino Unido, es el precedente “*R. v. Momodou & Limani*”<sup>18</sup> (2005), donde la Cámara de Apelaciones de ambos países (*England and Wales Court of Appeals*), en su sala penal (Criminal) aprobó disposiciones previas al juicio para *familiarizar* al testigo con la disposición del tribunal. Sin embargo después aclaró:

“No se permite la capacitación o entrenamiento de testigos en procesos penales (ya sea para la acusación o la defensa). Esta es la consecuencia lógica del conocido principio de que no deben tener lugar discusiones entre testigos y que las declaraciones y pruebas de un testigo no deben ser reveladas a ningún otro testigo. El testigo debe dar su propio testimonio, en la medida de lo posible sin verse influenciado por lo que otros hayan dicho, ya sea en discusiones formales o informales. La regla reduce, o incluso se espera que evite, cualquier posibilidad de que un testigo pueda adaptar su evidencia a la luz de lo que cualquier otra persona haya dicho, e igualmente, evita cualquier percepción infundada de que pudo haberlo hecho.”

Aquí la Cámara de Apelaciones diferencia la práctica de *familiarizar* al testigo, la cual la avala y considera necesaria para que el testigo esté al tanto de lo que va a ocurrir en la audiencia y para que el desenvolvimiento de la misma sea más eficiente, de la práctica de *entrenamiento (coaching)* de los testigos, la cual prohíbe rotundamente.

Después de Momodou, el Consejo de Abogados (The Bar Council) emitió un comentario<sup>19</sup> afirmando que era apropiado, como parte de un proceso de *familiarización* de los testigos, que los abogados asesoraran a los testigos sobre los requisitos básicos para declarar, por ejemplo, la necesidad de escuchar y responder a la pregunta formulada, de hablar clara y pausadamente para asegurar que el Tribunal escuche lo que dice el testigo y evitar comentarios irrelevantes, pero que se prohibió el *coaching* de testigos, y como

---

.3 you must not encourage a witness to give evidence which is misleading or untruthful;

.4 you must not rehearse, practise with or coach a witness in respect of their evidence;

.5 unless you have the permission of the representative for the opposing side or of the court, you must not communicate with any witness (including your client) about the case while the witness is giving evidence.”

Disponible en: <https://www.barstandardsboard.org.uk/for-barristers/bsb-handbook-and-code-guidance/the-bsb-handbook.html>

<sup>18</sup> R v Momodou & Limani (2005) EWCA Crim. 177; (2005) 2 All ER 571; (2005) 2 CR App R 6.

<sup>19</sup> Puede verse la guía de preparación de testigos (aclarando la prohibición del coaching) aquí : <https://www.barcouncilethics.co.uk/wp-content/uploads/2017/10/Witness-preparation-guidance-2019.pdf>

resultado, "se debe tener mucho cuidado de no hacer ni decir nada que pueda interpretarse como una sugerencia de lo que el testigo debe decir o cómo debe expresarse."<sup>20</sup>

Podemos ver que la regulación en Reino Unido es más restrictiva que en los Estados Unidos, no obstante esto, la misma se ha ido volviendo más permisiva año tras año, lo cual indica que, luego del precedente Momodou, dicha práctica llegó para quedarse. Incluso, desde sectores judiciales, específicamente en la rama penal y pese a no estar permitida, se viene reivindicando esta utilización en casos de violencia sexual, a los fines de preparar a las víctimas para que brinden mejores testimonios y evitar revictimizaciones que vulneren sus derechos<sup>21</sup>

### *Canadá*

En Canadá, a nivel general, rigen los mismos principios de la litigación que en el resto de los países del *common law*. Sin embargo, cada provincia tiene sus propios códigos profesionales, los cuales regulan las prácticas y la ética de los abogados que ejercen la profesión en las respectivas provincias. A diferencia de los códigos británicos, estos suelen ser más permisivos en cuanto al entrenamiento y familiarización de los testigos. A modo de ejemplo se puede citar el Art 5.1-2 del *Law Society of Upper Canada's Rules of Professional Conduct* (Normas de conducta profesional de la Sociedad de Abogados de la provincia de Alto Canadá):

“Al actuar como defensor, un abogado no deberá [...] (b) ayudar o permitir conscientemente al cliente hacer cualquier cosa que el abogado considere deshonesto o deshonroso [...] (e) intentar conscientemente engañar a un tribunal o influir en el curso de la justicia ofreciendo pruebas falsas, tergiversando hechos o leyes, presentando o basándose en una declaración jurada falsa o engañosa, suprimiendo lo que debería revelarse o colaborando de otro modo en cualquier fraude, delito o conducta ilegal [. ..] (f) tergiversar intencionadamente el contenido de un documento, el testimonio de un testigo, el fondo de un argumento o las disposiciones de un estatuto o autoridad similar.”

Incluso provincias como Alberta, han ido más lejos en los comentarios a su regulación llegando incluso a fomentar la familiarización y entrenamiento de testigos

---

<sup>20</sup> Disponible en página ya citada: <https://www.barcouncilethics.co.uk/wp-content/uploads/2017/10/Witness-preparation-guidance-2019.pdf>

<sup>21</sup> ELLISON, L, “Witness preparation and the prosecution of rape Legal Studies”, Vol. 27 N° 2, Junio 2007, pp. 171–187.

previo al juicio. Aunque la alusión aparece solo en los comentarios y no en las reglas específicamente:

“Regla 5.4-1 – Un abogado no debe influir en un testigo o testigo potencial para que presente pruebas falsas, engañosas o evasivas.

Regla 5.4-2 – Un abogado involucrado en un procedimiento no debe obstruir un interrogatorio o conainterrogatorio de ninguna manera.

Comentario – Principios Generales:

[1] El deber ético de no influir indebidamente en un testigo o en un testigo potencial se aplica en todas las etapas de un procedimiento, incluso durante la preparación de un testigo para prestar testimonio o hacer una declaración, y durante el testimonio bajo juramento o afirmación. También se aplica a la preparación de pruebas escritas juradas y declaraciones de “dirá” para su uso en cualquier procedimiento. El papel de un abogado es ayudar al testigo a presentar pruebas de una manera que garantice una comprensión justa y precisa por parte del tribunal y de las partes contrarias.

[2] Un abogado puede preparar a un testigo para el interrogatorio y la comparecencia ante los tribunales, discutiendo los procedimientos de la sala y del interrogatorio y las cuestiones del caso, revisando los hechos, refrescando la memoria y discutiendo las admisiones, la elección de palabras y la conducta. Sin embargo, es inadecuado ordenar o alentar a un testigo a que tergiversar los hechos o a que proporcione pruebas que sean intencionalmente evasivas o vagas.”<sup>22</sup>

Podemos observar que en el último comentario subrayado, la finalidad está orientada a fomentar no solo la familiarización del testigo sino también su entrenamiento. Al mismo tiempo, marca el límite ético profesional de esta práctica, el cual es no ordenar o alentar al testigo a tergiversar los hechos o a brindar testimonios vagos o evasivos, lo cual implicaría una mala fe por medio del litigante. Este comentario resulta verdaderamente interesante para poder analizar los límites éticos de esta práctica. En la medida en que el abogado no pase esta barrera, la práctica estaría completamente permitida, desde un punto de vista ético y legal. En cambio, al pasar dicha barrera, ya nos encontraríamos en un caso de mala fe por parte del litigante y por lo tanto ilegítima desde un punto de vista ético y legal.

Sin embargo, más adelante, el noveno comentario a dicha regla expresa

---

<sup>22</sup> SMITH, K, op.cit. p. 20.

“[9] La regla 5.4 también se aplica a los interrogatorios, incluidos todos los interrogatorios bajo juramento o afirmación que no se realicen ante un tribunal. Los abogados deben evitar escrupulosamente cualquier intento de influir en el testimonio de los testigos, particularmente porque el tribunal no puede monitorear directamente el cumplimiento.”<sup>23</sup>

Al aparecer también esta cuestión contradictoria en los comentarios ha llevado a que diferentes interpretaciones y conclusiones que han generado controversias en lo relativo a la temática<sup>24</sup>, puesto que es difícil establecer cuando el abogado influye escrupulosamente en los testigos y cuando no. Esto, sumado a que la jurisprudencia ha sido poco clara o todavía no ha atendido de manera profunda la cuestión, ha llevado a que, en la práctica, dependerá de la interpretación de los diferentes profesionales y jueces que participan del desarrollo y resolución de los diferentes casos, si se permite o no la inclusión de estas técnicas de litigación.

En síntesis, la cuestión del entrenamiento y familiarización de testigos es bastante incierta en Canadá. No hay normas específicas que se refieran expresamente a la cuestión, ya sea habilitándolas deliberadamente o prohibiéndolas determinadamente, ni tampoco hay precedentes jurisprudenciales relevantes en la materia. Esto lleva a que haya posturas a favor, más similares a las reglas del sistema estadounidense, y otras más restrictivas, cercanas a la práctica británica.

#### **IV- Contexto regional**

Producto de nuestra tradición continental europea, la cual conlleva la adopción del *civil law* como sistema jurídico y del predominio de los sistemas procesales mixtos, o inquisitivos reformados, hasta finales del siglo XX e inicios del actual, nuestra región latinoamericana no tiene una cultura aceptada de entrenamiento o familiarización de testigos.<sup>25</sup>

Además, si bien asistimos, en los últimos años, a la sanción de Códigos de Ética Judicial o reglamentaciones particulares análogas con contenidos y diseños

---

<sup>23</sup> Página oficial Law Society of Alberta: <https://www.lawsociety.ab.ca/resource-centre/key-resources/professional-conduct/code-of-conduct-guidance/>

<sup>24</sup> Para aumentar la controversia, muchas jurisdicciones canadienses tienen disposiciones idénticas a la Regla 5.4 de Alberta (Manitoba, Saskatchewan y New Brunswick, y Nueva Escocia utilizan la Regla 5.4-2) sin embargo, no está claro si se aplica el mismo comentario.

<sup>25</sup> Esto queda demostrado con la ausencia de regulación en nuestros ordenamientos jurídicos sobre la misma.

institucionales diversos<sup>26</sup>, los mismos no han desarrollado la temática planteada, siendo la referencia a la práctica forense con los testigos muy escasa o casi nula.

Sin embargo, con las sucesivas reformas y el avance en la implementación y la plena utilización de los códigos adversariales en materia no penal y acusatorios-adversariales en materia penal, se ha ido consolidando una práctica más cercana a la tradición del *common law*, y se están empezando a delinear los primeros debates en torno a la cuestión.

El precedente más relevante a nivel regional aparece en el año 2023, en el caso “STC9222-2023”, allí la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Colombia se pronunció sobre la legalidad de la práctica de preparación de testigos por parte de los abogados, considerándola una práctica no solo necesaria, sino también deseable. En dicho fallo el máximo tribunal colombiano dejó sin efecto una sanción impuesta a un abogado que se había reunido con uno de sus testigos para darle por escrito las preguntas que le iba a realizar en el juicio y ensayar el interrogatorio directo en un proceso no penal. Al respecto, el tribunal aclaró:

“Resulta plausible que los abogados puedan -y eventualmente deban- realizar entrevistas *pre procesales* con los posibles testigos de la causa, con el propósito de determinar el grado de conocimiento, veracidad, coherencia, espontaneidad, la forma en la que obtuvieron su saber -directa o indirectamente por ejemplo- y la posible incidencia de sus relatos en esclarecimiento de los hechos objetos de litigio.”<sup>27</sup>

Posteriormente, siguiendo con su análisis, la Corte diferencia las dos etapas procesales en que los abogados pueden realizar esta actividad, estableciendo:

“Ahora, vista la viabilidad de que el apoderado se reúna con el potencial testigo con fines de preparación para la audiencia, es bueno precisar que dicho laborío podrá surtir en, al menos, dos etapas. La primera que tiene lugar antes del inicio del litigio donde el mandatario deberá determinar si ese testimonio comporta un medio de prueba idóneo para acreditar los hechos materia de investigación (conducente) y su relación directa con el tema de prueba (pertinente).

---

<sup>26</sup> La Cumbre Judicial Iberoamericana adoptó en Santo Domingo, República Dominicana, en 2006 el Código Iberoamericano de Ética Judicial, el cual fue elaborado por dos insignes juristas: el juez argentino Rodolfo L. Vigo y el profesor español Manuel Atienza. Él mismo ha sido adoptado por 23 países.

En nuestro país, distintas provincias tienen un Código de Ética propio para el Poder Judicial, como el caso de Córdoba, Santa Fe, Corrientes, Formosa y Santiago del Estero. Río Negro y Neuquén suscribieron los principios ético-jurídicos de Bangalore, y La Pampa, San Juan, Salta y Tierra del Fuego adoptaron el Código Iberoamericano de Ética Judicial. Sin embargo, es ínfimo el tratamiento dedicado a la práctica con los testigos en los mencionados instrumentos normativos.

<sup>27</sup> CS Colombia, Sala Civil, “STC9222-2023”, Considerando 2.2.

La segunda etapa –superada positivamente la primera- tiene lugar en el curso del proceso una vez se ha decretado la probanza y antes de la práctica del testimonio. A diferencia de la anterior fase, no serán absolutos protagonistas los aspectos factuales de la declaración, sino también los ritos procedimentales que rodearán el relato, estos son, los parámetros que rigen la audiencia de práctica de pruebas.

Allí será viable advertir al deponente sobre el escenario en el que rendirá su dicho -presencial o virtual-, la toma de juramento por parte del juez, las preguntas relativas a sus generales de ley, el orden en que le interrogarán los distintos sujetos procesales, los cuestionamientos que eventualmente no estará obligado a responder, el derecho que tiene de que se le repitan o expliquen las preguntas que no sean comprensibles y puedan influir en el sentido de sus respuestas, entre otras directrices propias de la realización de la vista pública.”

Se puede apreciar como el máximo tribunal contempla las entrevistas de la etapa preparatoria (llamadas *pre procesales* en el fallo) y las entrevistas previas al juicio en un proceso. Centrándonos en las segundas, objeto del presente trabajo, se puede percibir la permisividad del tribunal hacia las mismas en un sentido de familiarización del testigo. Sin embargo, al tratar los ejemplos de las entrevistas pre procesales, la corte introduce la posibilidad de entrenamiento de un testigo e, incluso, se encarga de delinear los límites de la misma:

“En otras palabras, la entrevista pre procesal del apoderado judicial con los eventuales testigos –o cualquier actividad tendiente a conocer y preparar al deponente como entrega de formularios de preguntas, simulacros de interrogatorio, entre otros que no devengan contrarios a la constitución y la ley resulta no sólo posible sino necesaria para satisfacer los propósitos del actual régimen probatorio, siempre que ello no implique que el testigo afirme hechos que no le constan o que tergiversar u oculte los que sí.”

Se debe entender aquí que la corte se refiere también a las entrevistas previas al juicio, debido a que, en las entrevistas de la etapa preparatoria no podría prepararse al deponente con formularios o simulacros de interrogatorio, puesto que todavía no se encuentra formalmente ofrecido como evidencia de parte, lo cual quedará establecido con el auto de apertura o elevación a juicio, posterior a la audiencia de etapa intermedia o audiencia preliminar del proceso<sup>28</sup>.

---

<sup>28</sup> Sin perjuicio de las particularidades de los diferentes códigos procesales (en este caso el Código General del Proceso de Colombia), en torno a la tradición adversarial, la mayoría de estos códigos adversariales -en materia no penal- y acusatorios-adversariales -en materia penal- sigue una línea general de procedimiento

Por otro lado, resulta relevante el límite establecido por el órgano decisor, el cual consiste en que dicha preparación del testigo no implique la afirmación de hechos que no le constan ni la tergiversación u ocultamiento de aquellos que sí. Creemos que el límite, desde una perspectiva de la ética de la litigación y, teniendo en cuenta el tratamiento en otras jurisdicciones, es completamente válido.

Luego la Corte analiza las herramientas procesales para contrarrestar el eventual testimonio amañado:

“Fíjese, entonces, cómo la persona contra quien se presenta un testigo manipulado o llevado con fines de engaño tiene la posibilidad de interrogar y contrainterrogar, con el fin de atacar la credibilidad del deponente mediante la formulación de preguntas que develen el interés deshonesto, o la realidad de los hechos que interesan al litigio.

Memórese que un adecuado contrainterrogatorio al declarante puede servir de escudo contra un eventual relato engañoso, no sólo por las posibles contradicciones en las que o pueda hacer incurrir -dado el libreto que este lleva ajeno a la verdad- sino por los efectos que puede tener en la percepción del juzgador en lo restante del proceso en caso de verificarse su manipulación.”<sup>29</sup>

Incluso menciona también que, además del *contrainterrogatorio*, también la otra parte cuenta con las *contrapruebas*, que pueden también atacar la fiabilidad de un relato adulterado.

Luego finaliza el tribunal aclarando que es la figura del juez quien siempre deberá calificar la conducta procesal de las partes y deducir indicios de ella, pudiendo incluso invalidar testimonios o llamar la atención sobre el desempeño desleal.

## V- Contexto nacional y provincial

En Argentina, en sintonía con el resto de los países de la región, no contamos con reglas generales de conducta profesional relativa al tema, así como tampoco hay reglas claras y específicas sobre la ética en materia de litigación en los distintos sistemas procesales provinciales.<sup>30</sup>

---

tal como la expresamos, la evidencia ofrecida por una parte queda formalmente ofrecida, es decir, disponible para ser utilizada en el juicio, luego de superar el tamiz de la audiencia de etapa intermedia o audiencia preliminar.

<sup>29</sup> CS Colombia, Sala Civil, “STC9222-2023”, Considerando 2.3.

<sup>30</sup> Más allá de la implementación, ya sea del Código de Ética Judicial Iberoamericano o Códigos propios de Ética, en las provincias mencionadas, los cuales, se dedican de manera muy escasa a la temática relativa a los testigos.

Debido a esto, gran parte de la regulación sobre las conductas profesionales durante el litigio y el procedimiento, surgen de lo reglado en los códigos procesales, los cuales no tratan la cuestión relativa a la preparación de testigos. El nuevo Código Procesal Penal de la Nación (Ley 27.063), el cual instaura el paso -al menos en términos formales/legales- del sistema mixto al sistema acusatorio-adversarial en la materia, pese a dedicarle un capítulo entero a los testigos: “CAPÍTULO IV” (Arts. 239 a 252), no menciona en ninguno de sus artículos dicha cuestión.

Del mismo modo, el Código Procesal Penal de la provincia del Chubut, también acusatorio y vigente desde el año 2006, si bien no dedica un capítulo específico al tema, en varios artículos se refiere a los testigos y a ciertos procedimientos relativos a los mismos, sin embargo, es nula la referencia a la preparación los mismos.

Tampoco contamos en nuestro país con jurisprudencia relativa al tema, ni del máximo tribunal ni de tribunales inferiores<sup>31</sup>. Es por esto que cobra total relevancia el análisis de la cuestión, puesto que posiblemente sea objeto de futuros debates y controversias en eventuales litigios a medida que la tradición adversarial y acusatoria avancen tanto a nivel nacional como provincial.

## **VI- Conclusiones finales**

En definitiva, podemos concluir que no sólo resulta viable sino también deseable, la preparación de testigos durante la etapa preparatoria y luego de ella, antes de la audiencia de juicio propiamente dicha. En las jurisdicciones legales donde se permite esta práctica, es evidente que su utilización tiene como finalidad que la prueba se presente de la mejor manera sin que ello implique su contaminación por parte de los abogados litigantes.

Preparar a un testigo -ya sea familiarizarlo o entrenarlo para un mejor desempeño en la sala de audiencias- es una actividad de litigio esencial para ingresar información de mejor calidad a los juicios y, por lo tanto, poder arribar a una mayor pacificación de los conflictos que llegan a la justicia - tanto penal como no penal-. Hacerlo de manera competente y ética requiere mucho trabajo y previsión, para ello es interesante el

---

<sup>31</sup> Sí contamos con numerosos fallos relativos a la cuestión de la prueba testimonial en diferentes aristas, v. gr. cuestiones relativas a las reglas de la prueba testimonial en un sistema acusatorio, como la imposibilidad de ingreso de testimonios por lectura, imposibilidad de preguntar del juez/a, etc. Para un análisis más detallado se recomienda ver [https://www.mpf.gob.ar/area-mpf-ante-cnccc/files/2019/12/Incorporaci%C3%B3n\\_por\\_lectura\\_de\\_declaraciones\\_recibidas\\_en\\_la\\_instrucci%C3%B3n\\_10dic2019.pdf](https://www.mpf.gob.ar/area-mpf-ante-cnccc/files/2019/12/Incorporaci%C3%B3n_por_lectura_de_declaraciones_recibidas_en_la_instrucci%C3%B3n_10dic2019.pdf).

desarrollo de esta práctica en los países que cuentan con más ruedo en la dinámica adversarial.

También entendemos que, desde el punto de vista ético, dicha labor encuentra su límite y abre paso al reproche disciplinario, cuando el abogado sugiere o provoca que el testigo afirme hechos que no le constan o que tergiversar u oculte ciertos hechos que sí son de su conocimiento.

También puede ocurrir que aparezcan ciertos casos *grises* donde, sin llegar a ser pasible de sanción disciplinaria, el accionar del abogado haya esculpido el testimonio del deponente de manera evidente, perdiéndose la autenticidad del mismo, en este sentido, siempre se ha encontrado a salvo el derecho de contradicción y control de la información de las partes, quienes tienen a su alcance distintas herramientas procesales para desacreditar y dejar en evidencia la eventual declaración. Ello también sumado a los distintos poderes oficiosos de ordenación, dirección y, eventualmente, juzgamiento que el legislador le ha dado a los jueces y juezas para prevenir, advertir y sancionar esas eventualidades.

Sin dudas, nos queda un largo camino por recorrer -y de aprendizaje- en la implementación de los procesos adversariales, la experiencia nos llevará a ir creando nuestras propias prácticas sobre el tema. Es por eso que el presente trabajo pretende ser un aporte tanto para el desarrollo de esta necesaria actividad de litigio como para la detección de sus limitaciones y eventuales excesos.

**\*Por Leonardo J. Barzini**

## **I- Introducción**

Sabido es que el estatuto del consumidor, entendido como aquel conjunto de normas y principios que tutelan los derechos de los consumidores, se sustenta en la idea de proteger a la parte más débil de la relación de consumo. En ese norte, la Ley de Defensa del Consumidor<sup>1</sup> ha delineado la noción de consumidor como aquella 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<sup>2</sup>.

De este modo, una parte de la doctrina ha sostenido que las sociedades comerciales no pueden ser sujetos tutelados por las normas protectorias del derecho del consumidor puesto que la adquisición de bienes o servicios que ellas realicen, siempre lo será con una finalidad lucrativa<sup>3</sup>, con lo cual aquella noción de destino final no puede estar presente, pues siempre habrá una integración del bien o servicio adquirido al proceso de producción de la empresa.

El objetivo de este trabajo es reflexionar respecto a la posibilidad de que una sociedad comercial pueda ser considerada consumidora, y con ello cuestionar los límites del concepto de “destino final”, y sopesar las consecuencias beneficios o perniciosas que de tal reconocimiento se deriven.

## **II- La sociedad comercial consumidora**

Como punto de partida, cabe tener presente que nuestra legislación permite la posibilidad aludida. En efecto, la redacción del art. 1° de la LDC al definir al consumidor, indica que, además de las personas físicas, también pueden serlo las personas jurídicas.

Asimismo, la ley 26.361, publicada en el año 2008, modificó el art. 2° de la LDC y quitó una leyenda que excluía expresamente la posibilidad de que las sociedades comerciales pudieran ampararse en la protección tuitiva del régimen consumeril. En concreto, el texto que señaló rezaba: “No tendrán el carácter de consumidores o usuarios, quienes adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios para integrarlos en

---

<sup>1</sup> Ley 24.240 y modificatorias. En adelante, LDC.

<sup>2</sup> Artículo 1° LDC.

<sup>3</sup> Cfr. artículo 1°, Ley General de Sociedades.

procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros (...). Con su exclusión, el derecho argentino consagró en la ley, la doctrina otrora aplicada en el precedente “Artemis Construcciones c/ Diyón S.A. y otro”<sup>4</sup> del año 2000, dictado por la Sala A de la Cámara Federal de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal.

De esta manera, nuestra LDC aceptó la posibilidad de que las empresas sean consideradas consumidores en los términos legales. Ha seguido, en este sentido, la posición mayormente aceptada en los países latinoamericanos, y exige, como único requisito, que el bien o servicio adquirido sea en carácter de “destinatario final”.

No obstante, cabe señalar que la expresión “destinatario final” no resulta directamente asible, lo cual puede dar lugar a ciertas confusiones. Este razonamiento nos compele a realizar un esfuerzo interpretativo para poder definir con precisión a qué nos referimos cuando hablamos de destino final del bien o servicio, y, a partir de allí, concluir si estamos frente a una relación de consumo.

De tal manera, es menester ahondar en dicho concepto, puesto que no es lo mismo la adquisición de un producto para proceder a su reventa inmediata, como una mercancía o bien de cambio; emplearlo como insumo de otro producto a vender; utilizarlo como un bien de uso, no destinado a la reventa pero que produzca un beneficio a la empresa; como un bien de capital, no destinado a la venta pero que permita producir otros bienes; o con otros destinos que sólo produzcan un beneficio colateral o indirecto en la actividad industrial o comercial del ente.

Con relación a ello, Lorenzetti se refiere a la posibilidad del empresario de ser consumidor, aunque reconoce que hay supuestos dudosos entre los que destacan la vulnerabilidad del pequeño empresario<sup>5</sup>. Considero, junto con el autor, que ciertos casos parecen estar a mitad de camino entre ambas posibilidades, y, para poder determinar de modo fehaciente en qué momento una empresa forma parte de una relación de consumo, es importante considerar un conjunto de parámetros que deben ser sopesados de manera integral, de los cuales la integración del bien al proceso productivo, es uno más.

### **III- Parámetros para determinar si una sociedad es consumidora**

<sup>4</sup> CNCom., Sala A., “Artemis Construcciones c/ Diyón S.A. y otro”, Sentencia del 21/11/00.

<sup>5</sup> LORENZETTI, R, “Consumidores”, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, Argentina, 2003, p. 90. “Los empresarios han sido tradicionalmente excluidos de la noción de consumidor, porque no usan los bienes para el consumo final, sino para aplicarlos al proceso productivo. Este tema ha provocado discusiones porque hay supuestos dudosos, en los que el destino puede ser tanto privado como empresarial. También se ha planteado el problema de la protección de los pequeños empresarios, que tienen una situación de vulnerabilidad frente a los grandes proveedores”.

De los criterios desarrollados por el autor citado<sup>6</sup>, uno se vincula justamente con lo tratado en los párrafos anteriores, esto es el grado de integración de un bien al proceso productivo de la empresa, e identifica cuatro niveles.

El primero de estos grados o niveles consiste en que la vinculación del bien con la cadena de comercialización sea “inmediata” y total. Es decir, aquí no hay dudas de que el bien o servicio no está destinado a un uso interno, sino a ser comercializado. Queda claro que, en este supuesto, no corresponde la aplicación del régimen del consumidor.

El segundo, es la vinculación “mediata”. Si bien aquí el adquirente actúa como destinatario final, el producto o servicio adquirido sirve para dar una prestación a terceros, vinculándose al destino empresarial. Por ejemplo, la compra de un equipo de computación. En este caso, el autor señala que no correspondería la aplicación del régimen consumeril. Por mi parte, considero que en estos supuestos habría que analizar el modo concreto en que el bien o servicio se relaciona con la actividad empresarial, y, en suma, tener en cuenta los demás parámetros que más abajo se proponen.

En tercer lugar, encontramos la vinculación “parcial”, también denominada “mixta”. En este caso, el bien o servicio es utilizado tanto para beneficio personal del empresario, o de su grupo familiar o social, como para beneficio de la empresa de forma indirecta o remota. Para estos casos, señala el autor, habría que considerar si el acto es habitual para la empresa o cuál es el destino principal del bien. Aquí podría haber un caso de defensa del consumidor. Un ejemplo clásico es la adquisición de un vehículo por parte del titular o los directivos de la empresa, al que se le da un uso tanto personal como empresarial.

El cuarto y último supuesto, es que no haya una vinculación comercial directa. Aquí también se aplicaría el régimen del consumidor. Un ejemplo de este supuesto sería la contratación de un catering para el agasajo de los empleados de la empresa.

Finalmente, destaca otra pauta vinculada a la vulnerabilidad del pequeño empresario, en este punto, señala: “La aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor se discute en casos de pequeñas empresas, en las que hay vulnerabilidad especial (...)”. Es decir, que aquí podría darse un caso de sociedad comercial consumidora en virtud de exhibir un grado de vulnerabilidad con respecto a su contratante.

En suma, queda a la vista que el concepto de “destino final” debe ser desentrañado en cierta medida para determinar si en un caso concreto, corresponde o no la aplicación

---

<sup>6</sup> Íd., pp. 92-95.

del régimen consumeril, por lo que resulta indispensable realizar este análisis con mayor profundidad, observando de qué modo se produce la integración del bien o servicio adquirido con el proceso productivo empresarial, pero, además de esto, para poder arribar a una solución más precisa, será importante también, sopesar otros parámetros.

Entre estos criterios, deberá considerarse el tamaño de la empresa que provee el producto o servicio y de la que lo recibe; el conocimiento técnico o especializado que tenga el comprador del rubro de que se trate; si dicha adquisición resulta habitual al giro de la empresa adquirente, o si corresponde a una operación ocasional o extraordinaria; y la efectiva posibilidad de negociación de las cláusulas contractuales.

En definitiva, todas estas pautas deberán ser valoradas por el juez para concluir si corresponde reconocer o no el carácter de consumidor del empresario. No obstante, es claro que, en atención a la finalidad de lucro natural de cualquier empresa, el reconocimiento de la calidad de consumidor de una sociedad comercial deberá realizarse de manera restrictiva, a partir de un análisis minucioso de estas pautas, y atendiendo siempre, al principio de realidad, en procura de hallar la solución más justa para el caso concreto.

La posibilidad del magistrado, de moverse dentro de este grado de discrecionalidad, es necesario, pues solo así podrá juzgarse de manera adecuada si una empresa comercial -persona física o jurídica-, ante una situación determinada, reviste el carácter de consumidor o no. Para ello, deberán sopesarse las pruebas incorporadas al proceso, y, como mencioné, los extremos puntualizados con relación a las características de las empresas contratantes, y la relación jurídica existente entre ellas. Ante este escenario, no existe impedimento para que una sociedad comercial pueda ser considerada como consumidora.

El reconocimiento de esta protección se justifica a partir del amplio desarrollo que ha tenido la sociedad industrializada en los últimos siglos, con el fenómeno que se da hoy en día de convivencia entre pequeños mercados de cercanías y gigantes trasnacionales, con filiales en múltiples países como una verdadera lucha de David contra Goliat. De esta manera, y teniendo presente el criterio de vulnerabilidad esbozado por Lorenzetti, cabe preguntarse ¿Cuándo negocian entidades con recursos tan dispares, es posible hablar de igual poder de negociación?

*Posiciones a favor de extender la protección a las sociedades*

En un sentido similar a la atinada afirmación sobre la vulnerabilidad del pequeño comerciante apuntada más arriba, Tambussi entiende que en la medida en que los bienes y servicios objeto de la relación de consumo, no se integren como insumos directos a aquellos a ser comercializados, deben estar alcanzados por la protección del estatuto del consumidor, puesto que aun en estos casos, la situación del comerciante frente al proveedor experto es equiparable a la del consumidor<sup>7</sup>.

Este y otros parámetros son tomados por la doctrina partidaria de reconocerle a las sociedades comerciales la posibilidad de ampararse en las normas protectorias de los consumidores<sup>8</sup>, aunque lo deseable sería que los jueces no se ciñan a un criterio en particular, sino que analicen de modo integral, todas las particularidades que caracterizan la relación entre ambos contratantes, para poder determinar si se está frente a una parte especialmente débil en la relación jurídica, que justifique la aplicación del derecho protectorio.

#### *Posiciones en contra de la “sociedad consumidora”*

No obstante, también existen autores que se oponen a la posibilidad que se viene analizando. Los detractores de la posibilidad de las sociedades de ampararse en el régimen protectorio especial, sustentan sus argumentos, en los preceptos que en las líneas siguientes se detallan.

Por un lado, señalan que la contracara del ánimo de lucro de las sociedades comerciales lo constituye el riesgo empresario, y que esa sola afirmación basta para negarles la protección de la Ley especial, pues al aventurarse a los avatares del comercio, han hecho opción de arriesgarse a verse perjudicadas por los designios de mercados vacilantes y políticas económicas insondables, en su búsqueda por el lucro.

Otro de los argumentos que suelen sostener, es que, frente al perjuicio injustificado, aun sin la protección especial, las empresas tienen a su disposición herramientas legales de las cuales pueden echar mano. Así, por ejemplo, en materia de contratos de adhesión, se prevén reglas interpretativas especiales en protección de la parte adherente, y cláusulas consideradas abusivas, admitiéndose su control judicial<sup>9</sup>. También

---

<sup>7</sup> TAMBUSI, C, E, “Ley de Defensa del Consumidor Comentada”, 2da ed., Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 2022, p. 60.

<sup>8</sup> QUAGLIA, M, C, “La persona jurídica como consumidor. Una propuesta de criterios ante las soluciones que brinda la normativa vigente”, en La Ley, 2019, TR LALEY AR/DOC/3104/2019 y OLIVERA PINO, J, I, “La sociedad comercial consumidora” en La Ley, 2019, TR LALEY AR/DOC/3695/2018.

<sup>9</sup> Artículos 984 a 989, CCCN.

señalan que es importante tener presente el régimen de defensa de la competencia, e institutos como la lesión y la simulación. En resumidas cuentas, dicen que las sociedades comerciales ya cuentan con remedios legales idóneos<sup>10</sup>.

Finalmente, consideran que ampliar la tutela del consumidor a las sociedades comerciales, implica desnaturalizar el espíritu de dicho sistema protectorio, y lejos de mejorar la posición de los consumidores, les resta fuerza a la tutela que reciben las personas físicas, verdaderos destinatarios de este sistema.

Considero que ninguna de estas posiciones encuentra adecuado fundamento, siendo indispensable analizar las consecuencias de extender o limitar la protección en los casos señalados.

#### **IV- ¿A quién benefician las normas protectorias del consumidor?**

Con relación al primero de los argumentos referenciados, hay que decir que la buena o mala fortuna de una empresa en el mercado no guarda relación alguna con las inconductas de proveedores inescrupulosos, pues las normas de defensa del consumidor no cumplirían ninguna función en un escenario en el que los proveedores se conduzcan con buena fe y ética en los negocios, realicen controles de calidad adecuados, brinden información precisa, cumplan los contratos en los términos pactados y, en definitiva, no pretendan obtener ventaja a partir de su posición en el mercado.

Por otra parte, la existencia de las herramientas legales del derecho común no suple la tutela del régimen del consumidor, pues con la misma razón podría decirse que dichos remedios están a disposición de las personas físicas para canalizar sus reclamos. Aquí, justamente de lo que se trata es de reconocerle a una persona física o jurídica, una especial calidad, y una mayor protección en función de la asimetría existente en la relación jurídica, y a los fines de la realización de ciertos valores fundamentales conforme señalaré más adelante.

Finalmente, pensar que la ampliación de su espectro de aplicación reste fuerza al universo de sujetos por ella amparados, implica una falacia. En este sentido, proteger a una microempresa, no le quita ningún derecho a un consumidor físico, antes bien, aumenta las exigencias de los comerciantes masivos de bienes y servicios, lo que redundará en un mayor beneficio de ambos tipos de adquirentes.

---

<sup>10</sup> BARRY, L, “¿Empresa consumidora?”, La Ley, Buenos Aires, Argentina, 2019, RDCO 296, p. 779, TR LALEY AR/DOC/1393/2019.

En este sentido, como criterio equilibrante, el principio *in dubio pro consumidor*, nos compele a extender la protección, y no a limitarla. Shina nos recuerda que en caso de dudas respecto si un sujeto es o no consumidor, deberá asignársele la protección, puesto que esta idea es más próxima a la Constitución Nacional que aquella que la restringe o anula<sup>11</sup>. De esta manera, en el fallo González Medina<sup>12</sup>, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, admitió el carácter de consumidor del adquirente de un rodado utilizado tanto con fines personales como comerciales, valorando, para ello, criterios tales como la actividad habitual y el destino principal del bien, y considerando el principio *in dubio pro consumidor*.

Si bien en el caso citado, el amparado se trataba de una persona física, resulta destacable el análisis realizado por el Tribunal respecto a los diversos criterios a emplear para concluir que más allá de que pudiere haber integrado el bien en forma parcial al proceso productivo, mantiene su calidad de consumidor<sup>13</sup>.

Nada impide aplicar los principios señalados en este decisorio a un caso en que el actor sea una sociedad comercial, circunstancia que, como señalé, debe considerarse restrictivamente, y en el caso concreto. Así, por ejemplo, en el fallo Tacco Calpini S.A.<sup>14</sup>, se afirmó que, siendo que el vehículo adquirido por la sociedad anónima no integró su proceso productivo, revestía el carácter de consumidora.

Lo cierto es que para poder afirmar si la extensión de dicha protección a las sociedades comerciales puede resultar beneficiosa o perjudicial, es menester retrotraerse a cuál es el fundamento de la tutela del régimen consumeril y evaluar las consecuencias que de su aplicación se derivan para la sociedad.

## **V- Fundamento de la protección del consumidor**

¿Por qué desde el Derecho se otorga esta especial protección? Si leemos a cualquier autor que escriba sobre derecho del consumidor, todos coincidirán, inequívocamente, en que este conjunto de normas y principios se estructura para proteger a la parte más débil de una relación de consumo. Eso está claro, pero debe indagarse un poco más para entender el porqué de dicha protección especial.

---

<sup>11</sup> SHINA, F, “Ley de Defensa del Consumidor Comentada”, Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 2022, p. 102.

<sup>12</sup> CNCom., Sala B., “González Medina, Rosalino C. c/ Peugeot Citroen Argentina S.A. y otro”, TR LALEY AR/JUR/8222/2005, (2005).

<sup>13</sup> “Surge de autos que el actor adquirió un bien que lo integró en forma parcial al proceso productivo ya que también lo utiliza para otras finalidades”.

<sup>14</sup> CNCom., Sala C, “Tacco Calpani S.A. c/ Renault Argentina S.A. y otro”, TR LALEY 35031401, (2009).

Y a poco que reflexionamos en esto, resulta oportuno rememorar las palabras de John F. Kennedy en su famoso discurso de 1962. El ex mandatario señaló que, si los consumidores reciben productos de mala calidad, a altos precios, si los medicamentos no son seguros, si los consumidores no están bien informados, entonces su presupuesto se desperdicia, su salud y seguridad se ven amenazadas y el interés nacional sufre<sup>15</sup>.

En un sentido coincidente con esta línea de pensamiento, Lorenzetti dice que el Derecho del Consumidor constituye un aspecto más de la protección del individuo, y se integra con el derecho al acceso a los bienes primarios, a la justicia, y al consumo<sup>16</sup>.

De esta forma se van delineando los beneficios que trae aparejados para toda la sociedad el contar con una base fuerte de tutela de los consumidores, cuya contracara es la exigencia de que los proveedores masivos de bienes y servicios acaten las normas de la sana competencia, actúen con ética en los negocios y con responsabilidad social empresaria. Cuando esto se logra, quien se beneficia no es solamente el consumidor que con ellos contrata, sea éste una persona física o jurídica, antes bien, el beneficio se orienta hacia el interés nacional.

Así, es posible apreciar que la mayor exigencia a quienes comercializan bienes y servicios de manera masiva, para que aporten información precisa, guarden la dignidad de los consumidores, inviertan en controles de calidad dirigidos a proveer bienes seguros para las personas, se conduzcan con responsabilidad social, redundando, en definitiva, en un beneficio no solo del comerciante particular, sino, indirectamente en toda la sociedad.

## **VI- El futuro de los derechos del consumidor**

Está claro que la tecnología avanza a pasos gigantescos, y ello repercute de manera constante en nuestros hábitos y estilo de vida. El desarrollo de la informática y las comunicaciones, internet, los teléfonos celulares y la neuro tecnología, están cambiando tanto nuestra forma de relacionarnos unos con otros y con nuestro entorno, como los procesos en que adquirimos bienes y servicios.

El progreso de la automatización, de la inteligencia artificial y de las comunicaciones, seguirá calando cada vez más hondo en nuestras vidas y, no hará más que acentuar las características de la sociedad de consumo masivo: la facilidad de

---

<sup>15</sup> KENNEDY, J. F., Discurso ante el congreso de los Estados Unidos, 1962. "If consumers are offered inferior products, if prices are exorbitant, if drugs are unsafe or worthless, if the consumer is unable to choose on an informed basis, then his dollar is wasted, his health and safety may be threatened, and the national interest suffers".

<sup>16</sup> LORENZETTI, op.cit., pp. 18-24.

adquisición de bienes, la rápida distribución de los mismos, la intensa publicidad a la que estamos expuestos día a día, entre otros efectos.

En ese contexto, el derecho del consumidor tendrá un rol protagónico y deberá acompañar y reglamentar esa evolución a los fines de garantizar esos valores vinculados a la libre competencia, al acceso a los bienes primarios y al respeto por la dignidad de las personas.

## VII- El derecho del consumidor como derecho humano

En el escenario descrito, la trascendencia e importancia del derecho al consumo se hace latente, no ya como un manojito de normas más o menos sistematizadas, sino como un principio supra legal fundamental, un mandato de optimización<sup>17</sup>, que no puede ser soslayado. De esta manera, no es posible sino concluir que el derecho del consumidor es parte integrante de los derechos humanos, y merecedor de la máxima tutela.

Refiriéndose a su carácter de derecho fundamental, Tambussi señala: “los derechos de los llamados usuarios y consumidores en la relación de consumo, y el derecho de acceso al consumo mismo, forman parte de ese logro de la civilización que consiste en el amplio espectro que conforman los llamados “derechos humanos” gracias a su desarrollo original en el derecho internacional público, su impregnación en las normas internas de los estados y la progresividad del reconocimiento y protección de los mismos”<sup>18</sup>.

Nadie pone en tela de juicio que el derecho de los consumidores contiene una esencia especial, pudiendo afirmarse que se trata de un derecho humano más. En efecto, desde el discurso de Kennedy, al decir que consumidores somos todos, se aprecia la importancia de este derecho clave, merecedor de la mayor protección del ordenamiento jurídico. En nuestro derecho positivo, el hecho de haberle reconocido la calidad de ser de orden público<sup>19</sup>, así como su inclusión en la Constitución Nacional<sup>20</sup> constituyen prueba de ello.

---

<sup>17</sup> ALEXY, R, “Teoría de los Derechos Fundamentales”, Segunda Edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España, 2014, pp. 67/68, “los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que se caracterizan porque pueden cumplirse en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas”.

<sup>18</sup> TAMBUSI, op.cit., p. 39.

<sup>19</sup> Artículo 65, LDC.

<sup>20</sup> Artículo 42 de la Constitución Nacional.

De esta manera, los operadores jurídicos, en oportunidad de buscar las respuestas para hallar la solución justa a los casos en los que deban intervenir deberán tener presente que el estatuto del consumidor se encuentra conformado por todo un microsistema jurídico fundado en principios que trascienden la ley, y que hallan fundamento en ciertos principios vinculados a la protección de la dignidad de los consumidores de bienes y servicios, la seguridad en la salud e integridad física, la información clara y precisa, el acceso a la justicia y al consumo, entre otros importantes valores.

### **VIII- Conclusiones**

En virtud de lo mencionado en los apartados precedentes, es posible afirmar que existe la posibilidad de que, en determinados supuestos, las sociedades comerciales sean consideradas consumidores procurándoseles el amparo de las normas y principios de la Ley especial.

Dicha determinación deberá ser evaluada con criterio restrictivo, en el caso concreto, y tras considerarse una serie de parámetros tales como el tipo de integración del bien o servicio al proceso productivo de la empresa adquirente, el tamaño de las empresas contratantes, el conocimiento técnico o especializado de la adquirente en el rubro de que se trate, si dicha adquisición resulta habitual al giro de la empresa adquirente, o si corresponde a una operación ocasional o extraordinaria, y la posibilidad real de negociación de las cláusulas contractuales.

Esta protección, lejos de restar derechos a las personas físicas, reafirma el fundamento del estatuto del consumidor de protección de los más débiles, y redundan en un beneficio de toda la sociedad, al procurar el respeto por los principios que dicho estatuto inspira, y velar por el ingreso a la vida social de productos y servicios de calidad y seguros para todas las personas.

Estos principios fundamentales de protección a la parte débil, acceso a los bienes primarios, a la justicia, al consumo, a la existencia en la sociedad de bienes y servicios de calidad, seguros para las personas, se integran con la esencia del derecho de protección del consumidor en tanto derecho humano fundamental, y marcan el camino que los operadores del derecho deben seguir, tanto en oportunidad de defender los intereses de sus clientes, como en ocasión de dictar las sentencias para la solución de los conflictos que se les presenten.

En virtud de los altos valores que tutela, el derecho del consumidor forma parte integrante de los derechos humanos. Por tal motivo, y siendo que estamos inmersos en

una sociedad de consumo, el hecho de aumentar estas exigencias para los proveedores masivos de bienes y servicios, resulta beneficioso para toda la sociedad, pues propicia la ética en los negocios, la responsabilidad social empresaria, el respeto por la dignidad de los consumidores, la protección del medioambiente, entre otros valores fundamentales.

Esta protección deberá observarse especialmente en los años venideros y en la medida en que la comercialización masiva de bienes y servicios se intensifique, las comunicaciones se agilicen, tecnologías tales como la realidad virtual y la inteligencia artificial se introduzcan aún más en la vida de las personas, y, en suma, nuestro estilo de vida cambie, el derecho de los consumidores y usuarios deberá acompañar esa transformación, en procura de mantener la protección de la parte débil de ese vínculo jurídico, y realizar el ideal de justicia.



**I- En la búsqueda de la libertad perdida.**

Imitando, fallidamente, la inimitable genialidad Proust, que se proponía la ardua tarea de buscar el tiempo perdido, un grupo de entusiastas soldados libertarios, cien años más tarde, se propone restaurar la libertad perdida.<sup>1</sup>

Para llevar adelante esta épica rancia, que carece de los encantos de Don Quijote y se parece más a los bodrios fílmicos del Sargento Rambo, un destacado funcionario del gobierno dijo, incommovible, que el nuevo artículo 958 del CCyC (modificado por el DNU 70/23) es “... lo más importante del DNU porque nosotros históricamente teníamos nuestros códigos de Vélez Sarsfield, esos códigos eran de un corte estrictamente liberal, que en un contrato entre las partes prima la voluntad de las partes. Ideológicamente nos fuimos alejando del concepto liberal hasta que, en el nuevo código, tan estricto y determinístico, se entendía que tenías que hacer los contratos de tal manera. Al cambiar y decir que el código es supletorio es un baño de liberalismo y libertad. Te permite en todas las relaciones contractuales recuperar la libertad de cómo querés comerciar y relacionarte...”<sup>2</sup>.

Se postula que para rescatar a la libertad perdida es preciso retroceder hasta el año 1871 y reivindicar una regla del derecho romano (cuyos orígenes tiene alrededor de dos mil quinientos años) que perdió toda relevancia en los sistemas legales más desarrollados del mundo: la autonomía de la voluntad. El nuevo art. 958 del CCyC., al que le pronosticamos corta vida, en efecto, restaura la voluntariosa creencia (casi una superstición) de que actuamos libremente, controlando a voluntad nuestro discernimiento, nuestra intención y, naturalmente, nuestro deseo. Es difícil encontrar un pensamiento más fallido y anacrónico.

---

<sup>1</sup> En busca del tiempo perdido o —de acuerdo con otras traducciones— A la búsqueda del tiempo perdido o A la busca del tiempo perdido (À la recherche du temps perdu, en francés) es una novela de Marcel Proust, escrita entre 1908 y 1922 que consta de siete partes publicadas entre 1913 y 1927, de las que las tres últimas son póstumas. Es ampliamente considerada una de las cumbres de la literatura francesa y universal.

<sup>2</sup> <https://www.lanacion.com.ar/politica/sturzenegger-marco-el-punto-mas-importante-del-megadecreto-de-milei-y-critico-los-cacerolazos-nid21122023/>. (Consultado el 26/12/2023).

En los párrafos que siguen vamos a ver como las burbujeantes ilusiones libertarias esconden una regla contra fáctica que despoja de toda libertad a una de las partes del binomio contractual.

## **II- *Contrafactum***

El ámbito apropiado para usar la palabra *contrafactum* no es la ciencia jurídica sino la música. El *contrafactum* es una composición melódica preexistente colonizada por distintos ritmos y armonías que por ser tan diferentes y antagónicos terminan arruinando a la melodía original.

La metáfora, sin embargo, nos sirve para describir nuestra idea porque ese travestismo muy similar al que ocurre en el derecho con la ‘autonomía de la voluntad’. Esta noción fue, desde sus orígenes, disfrazada con atuendos libertarios para esconder al abusador del derecho que secretamente cobija. En ese sentido, la autonomía de la voluntad y la libertad contractual son un *contrafactum*, una deliberada simulación de lo que no es.

Veamos cómo fue evolucionando la autonomía de la voluntad en nuestro sistema legal para entender que su resurrección no es un milagro bíblico ni una restauración justiciera, sino un del anacronismo libertario.

## **III- La intervención estatal como equilibrio entre la seguridad jurídica y la equidad**

A partir de la segunda mitad del Siglo 20, particularmente con la aparición de la Ley 17.711 (1968) la libertad contractual absoluta y el reinado excluyente de la autonomía de la voluntad retrocedieron para darle lugar a concepciones menos individualistas y más solidaras.

Los institutos más importantes de la ley 17.711 restringieron esa libertad individual exagerada (piense el lector en los institutos del abuso del derecho, la teoría de la imprevisión, la indemnización de equidad, el vicio de lesión de enorme y la responsabilidad objetiva, por citar solo algunos ejemplos) Esa reforma, en sintonía con el resto del mundo occidental, le puso fin al individualismo clásico instaurado en los tiempos del código velezano.

Unos cincuenta años más tarde, la ley 26.994 (2015), que derogó el viejo Código Civil y puso en marcha el nuevo Código Civil y Comercial, propone un sistema legal en el cual la intervención del Estado en la contratación privada es más activa que en el pasado. Como bien señalan Julio César Rivera y Daniel Covi: En el ámbito de las

relaciones jurídicas patrimoniales, una cierta intervención del Estado a favor de las personas con menor poder de negociación lo que se traduce en la limitación del papel de la autonomía de la voluntad y en algunos límites impuestos al ejercicio de los derechos subjetivos.<sup>3</sup>

Además de compartir la reflexión de Rivera, nos permitimos agregar que esa mayor injerencia del Estado en la contratación privada es la regla y no la excepción en las sociedades de consumo modernas, donde rige el sistema capitalista más desarrollado.

#### **IV- Menos libertad contractual y más seguridad jurídica**

Cada vez que se propone restringir la participación del Estado en la contratación privada se alude al mismo argumento: la libertad del individual. Es como si existiera una causalidad excluyente entre la rellenar un contrato con cualquier contenido y ejercer la libertad individual. Esta idea es tan absurda como sostener dogmáticamente que toda intervención legal que restrinja la conducta individual supone una atrocidad que atenta la libertad del sujeto.

La hipérbole de una idea siempre engendra su propia anulación por el absurdo.

Los contratos particulares, moderadamente intervenidos por el Estado, y las conductas humanas limitadas por las leyes específicas, son la base de los sistemas liberales más eficientes. En ningún país del mundo se admite el salvajismo libertario como método para acceder a la libertad individual o económica. La unidad conceptual que los escolares libertarios quieren tejer entre la libertad contractual y la individual es, a nuestro modo de ver, falaz o, mejor dicho, deliberadamente falsa.

#### **V- Los excesos y equilibrios de Pantagruel**

Pantagruel es un delicioso personaje creado por el escritor François Rabelais<sup>4</sup> en el siglo 16 para protagonizar una serie de novelas satíricas que describen el difícil equilibrio entre la medida y el exceso, la sabiduría y la ignorancia y, finalmente, la razón y la demencia. Pantagruel camina por un borde delgado, siempre en peligro de tropezar y ser arrastrado por la corriente de la extravagancia.

---

<sup>3</sup> RIVERA, J, C, Medina Graciela, Derecho civil y comercial, Parte General, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2017, p.15.

<sup>4</sup> François Rabelais, escritor, francés y librepensador (1494-1553). Su obra más famosa es Gargantúa y Pantagruel un conjunto de cinco novelas satíricas famosas

El DNU 70/23, con evidentes rasgos pantagruélicos, marcha a mitad de camino entre la argumentación jurídica, el panfleto ideológico y el sofisma. El mamotreto postula, sin matices ni intensidades, que el empobrecimiento de una nación se debe a la injerencia del Estado en los mercados, para concluir que desterrando esa intromisión sucederá el milagro de la libertad individual y la prosperidad económica.<sup>5</sup> Sin embargo, omitir o anular por completo la facultad judicial de intervenir en aquellos contratos cuyos contenidos violen el orden público es, directamente, una aberración jurídica, un exceso digno de Pantagruel.<sup>6</sup>

## VI- *Pacta sum servanda*: el mantra libertario

El respeto ciego a la palabra empeñada garantiza, en simultáneo, el cumplimiento de los contratos y el tráfico comercial. Nos anticipamos a decir, para atenuar eventuales y apresuradas críticas que, según nuestro pensamiento, ambas nociones (seguridad jurídica y exigibilidad contractual) son esenciales para organizar un sistema legal: sin seguridad jurídica cualquier ordenamiento se desmorona. Sin embargo, nos permitimos efectuar algunas salvedades.

En primer lugar, debe decirse que esta añeja regla es de origen romano y no se refiere al contenido de los acuerdos, que pueden ser justos o injustos pero, en ambos casos, exigibles. Esto significa que la obligatoriedad del contrato es una condición esencial de la seguridad jurídica, no de la equidad y mucho menos de la libertad individual.

A pesar de estas consideraciones, que son bastante obvias, para las tribus libertarias el enunciado *Pacta sum servanda* actúa como un mantra que induce a pensar que la libertad acontece, como una epifanía, cada vez que se cumple un contrato, por más abusivos y absurdos que sean sus términos. De esta manera, la obligatoriedad contractual es ponderada como un diapasón que afina y hace vibrar a las almas libertarias. A pesar de

---

<sup>5</sup> “Que para revertir la situación de estancamiento y empobrecimiento en que nuestro país se encuentra sumido hace varias décadas, resulta imperiosa la eliminación de numerosas regulaciones que ahogan a las fuerzas productivas de la república. Que, por ese motivo, el gobierno nacional ha decidido implementar un plan de desregulación de amplísimo alcance. Que, en ese orden, es imprescindible facilitar la operatoria económica eliminando los obstáculos que han introducido diversas leyes en el libre funcionamiento de los mercados mediante una indebida injerencia del Estado, correspondiendo así derogar las Leyes...” (Poder Ejecutivo Nacional, DNU 70/23, Considerandos).

<sup>6</sup> Artículo 960 CCyC modificado por el art. 253 del DNU 70/23.- Facultades de los jueces. Los jueces no tienen facultades para modificar las estipulaciones de los contratos, excepto que sea a pedido de una de las partes cuando lo autoriza la ley.” La norma no contempla los casos en los que, por ser abusivo o contrario al orden público, el contrato debe ser intervenido por la autoridad judicial.

esas creencias dogmáticas, la exigibilidad de los contratos es una mera herramienta de la economía.

No pretendemos discutir la obligatoriedad de los contratos, pero nos oponemos a fomentar un malentendido entre la ética y la economía: sabemos que la libertad económica y la de los individuos pocas veces viajan en el mismo colectivo y nunca terminan el viaje en el mismo lugar.

Sin las sutilezas del pensamiento fino y entrenado, nuestro restaurador legislativo sostiene, sin filtros, que "... las relaciones civiles también necesitan ser liberadas de regulaciones paternalistas excesivas y que...es preciso recordar que el artículo 1197 del Código Civil redactado por Dalmacio VÉLEZ SARSFIELD, que estuvo vigente desde 1869 hasta 2015, establecía que "Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma". Este precepto, profundamente liberal, fue a lo largo de los años socavado por sucesivas teorías regulatorias que descreyeron de la capacidad de los individuos para determinar su propio destino, y que el Estado estaba en mejores condiciones que las personas para saber lo que necesitaban. Que, en concordancia con ello se unificó el Código Civil y Comercial de la Nación, incluyendo normas imperativas que impiden a las partes decidir sobre la forma, contenido y ejecución de los contratos, llegando algunas veces a imponer requisitos desmesurados para la validez de esos acuerdos..."

La reflexión omite explicar que el precepto invocado no es de raíz liberal, sino romana y tiene unos quince siglos de vida. También olvida que la autonomía de la voluntad, como regla excluyente de la teoría general de los contratos, no solo fue perdiendo peso en nuestro ordenamiento sino en todos sistemas legales del mundo occidental. Ya nos hemos ocupado de esa evolución al referirnos, en otro trabajo, a dos fallos emblemáticos dictados por la Corte Suprema de Estados Unidos.<sup>7,8</sup>

## VII- Ni muy muy, ni tan tan...

Para nosotros es imprescindible comenzar el desarrollo de este tópico con una enérgica declaración de principios democráticos. No es cierto que un pensamiento crítico, específicamente orientado en contra de una o varias ideas particulares, necesariamente

---

<sup>7</sup> Las perplejidades de un decreto sin necesidad ni urgencia, Rubinzal – Culzoni, dic. 2023, Citar: RC D 738/2023.

<sup>8</sup> La gran falacia libertaria: confundir la libertad de las personas con la seguridad jurídica en el tráfico de bienes y servicios, Rubinzal – Culzoni, feb. 2024, Citar: RC D 26/2024.

implique sostener ideas antagónicas. Se puede ser liberal sin adherir a los postulados extremos de la militancia libertaria, siendo igualmente posible auspiciar la existencia de mercados libres sin denostar la moderada intervención del Estado.

No toda regulación estatal es nefasta ni toda contratación libre es justa. Parece un índice de obviedades, pero no es inoportuno recordar estas premisas básicas en momentos de tanta crispación social.

En ese orden de ideas, es un hecho que los economistas más destacados del Siglo 21, aun siendo liberales formados en las universidades más prestigiosas del mundo occidental, no son libertarios (vaya uno a saber qué significa ese término). Prueba de esta afirmación es que entre los últimos ganadores del Premio Nobel de la economía NINGUNO suscribe a las ideas libertarias ni enterró sus idea (y las evidencias científicas que las respaldan) en el altar de una libertad contractual más distópica que utópica.

En los párrafos que siguen, vamos a pasar una rápida revista del pensamiento de algunos de los últimos ganadores del Premio Nobel de Economía. Ninguno de ellos es anarquista, ni anarcocapitalista, ni minarquistas, ni minotauros, ni semidioses de la mitología griega. Apenas son grandes pensadores, brillantes investigadores y académicos reconocidos en todo el mundo.

### **VIII- La economía manipulativa**

Empecemos el recorrido analizando las ideas del economista George Akerlof (1940, New Haven). Este profesor, que desarrolla su actividad académica en las universidades de Yale y MIT recibió el Premio Nobel de Economía en el año 2001.

Su libro más conocido (La economía de la manipulación) describe cómo los individuos, una vez liberados a los antojos de su voluntad y las tentaciones del mercado, son presas de lo llama la ‘economía manipulativa’. Apenas comienza el libro, Akerlof nos sorprende con un pensamiento contundente que concluye el debate antes de su inicio: “Los psicólogos nos han enseñado a lo largo de más de un siglo – en voces que varían su estilo y contenido, desde Sigmund Freud hasta Daniel Kahneman - que la gente con frecuencia toma decisiones que no le convienen. Dicho sin rodeos, no hacen lo que en realidad es bueno para ellos, no escogen lo que realidad desean. Esas malas decisiones hacen que caigan como incautos. Esta verdad es tan básica que es crucial en la primera

historia de la Biblia, en la que la serpiente convence a la inocente Eva de que tome una decisión necia que lamentará para siempre.”<sup>9</sup>

La metáfora, que luego desarrolla detalladamente en las casi cuatrocientas páginas que tiene el libro, explica cómo la autonomía de la voluntad es tan elocuente en su enunciado como deficiente en sus resultados positivos.

La autonomía de la voluntad es, entonces, una condición de la economía manipulativa antes que una señal libertadora del sujeto. No es cierto que la absoluta libertad contractual trae aparejada una mayor libertad individual y un mejoramiento del bienestar social. En una economía manipulativa, lo único que prospera es la codicia del mercado y la ansiedad sin objetivos de los consumidores

### **IX- La irracionalidad del deseo: el mono que llevamos dentro**

Robert Shiller (1946, Detroit) es otro destacado economista doctorado en la prestigiosa MIT. En el año 2013 fue galardonado con el Premio Nobel de Economía. Shiller ha investigado y escrito extensamente sobre la irracionalidad que nos domina a la hora de tomar decisiones de consumo. Estas decisiones, en su gran mayoría, no dependen de nuestra limitada autonomía de la voluntad sino que son afectadas por factores psicológicos y emocionales susceptibles de ser manipulados. En uno de sus ejemplos que ofrece, Shiller compara las decisiones de los monos con las que habitualmente tomamos cuando caminamos por un shopping. Si un primate, fuera rigurosamente entrenado para aprender a usar dinero y comprar las cosas que desea, es bastante probable que un comerciante humano le trataría de vender tantas bananas como éste fuera capaz de pagar, con independencia de que la ingesta de plátanos termine, literalmente, reventándole el aparato digestivo. Los simios, explica Shiller, “...tienen una capacidad limitada de resistirse a las tentaciones. Casi con total seguridad se volverían ansiosos, malnutridos, agotados, adictos, pendeñeros y enfermos.”<sup>10</sup> En efecto, los monos tienen un sistema de autocontrol de la conducta muy limitado. Su deseo, difícil de contener, lo perfora con peligrosa facilidad.

Evitando las comparaciones, pero aceptando las similitudes, no debemos aceptar que nuestro comportamiento no es tan distinto al de los monos cuando aparecen las deliciosas tentaciones del consumo. Nuestro deseo tampoco es tan dócil y nuestra

---

<sup>9</sup> AKERLOF, G–SHILLER, R, “La economía de la manipulación”, Gustavo Teruel (Trad.), Buenos Aires, Paidós, 2016, p. 37.

<sup>10</sup> Íd, p. 42.

capacidad de autocontrol es casi tan limitada como la del chimpancé: “Por esas debilidades muchas de nuestras opciones difieren de lo que ‘realmente deseamos’, o, dicho de otro modo, difieren lo que es bueno para nosotros”<sup>11</sup>.

En general, no somos conscientes del invisible orangután que cargamos, sobre nuestros hombros. Es él quien toma gran parte de las decisiones que realizamos durante cada día “Así que, en ausencia de ciertas limitaciones en los mercados... los monos en nuestros hombros son lo que de forma sustancial controlan la situación”, dice Shiller. Este colorido ejemplo es útil para entender que ciertas regulaciones del mercado no intentan privarnos de libertad sino evitar que reventemos libertariamente como simios.

En sumario: no nos parece desacertado, ni perjudicial para la libertad de la especie humana que, en forma moderada, nos ayuden a controlar un deseo que siendo ilimitado nos puede arruinar la vida mucho antes de saciarse.

#### **X- Richard Thaler y el paternalismo libertario**

Richard Thaler (1946, East Orange, USA) es otro de los economistas e investigadores cuyas ideas nos interesan examinar. Thaler actualmente se desempeña como académico en el MIT y en la universidad de Chicago. En 2017 obtuvo el Premio Nobel de Economía.

En sintonía con los autores que venimos examinando, sostiene que los individuos pocas veces toman decisiones racionales; por el contrario, los seres humanos - precisamente por esa condición - casi siempre tomamos decisiones irracionales intervenidas por la existencia de sesgos cognitivos y emocionales.

Esta posición, naturalmente, descarta que los contratos sean libremente pactados por los contratantes, la autonomía de la voluntad, en el mejor de los casos, se confunde con la aceptación o el consentimiento de uno de los contratantes a la propuesta formulada por el otro. Nada de acuerdos voluntarios: vivimos en la época de las propuestas cerradas y los consentimientos despojados de voluntad sustancial. Así y todo, el el libertarismo no llega a comprender que la conducta humana obedece más al deseo impulsivo que a las razones de la economía óptima.

El necesario, pero no espontáneo, equilibrio entre la libertad individual, la economía de mercado y la intervención estatal es explicado por Richard Thaler y Cass Sunstein mediante la creación de un concepto cuya originalidad tiene la marca registrada

---

<sup>11</sup> Íd, p. 43.

de sus autores: el paternalismo libertario. Esta idea, que aunque no lo sea parece un oxímoron, es útil para entender cómo es posible la convivencia entre las iniciativas individuales y la moderada intervención de un Estado que no abrume al sujeto, sino que lo ayude a tomar mejores decisiones para sus propios intereses.

Los autores describen el funcionamiento del paternalismo libertario señalando que, “Somos muy conscientes de que este término no va a contar con muchas simpatías. Las dos palabras son un tanto disuasorias, cargadas de estereotipos de la cultura y la política populares que las hacen poco atractivas para mucha gente. Incluso peor, parecen contradictorias... Nosotros pensamos que, entendidos correctamente, estos dos términos reflejan el sentido común, y son mucho más atractivos juntos que separados. El problema es que los dogmáticos se han apoderado de ellos.”<sup>12</sup>

Estas ideas nos obligan a pensar que no es contradictoria la existencia de un sistema legal que proteja a la libertad individual y, en simultáneo, requiera la intervención, moderada y eficiente del Estado. En este esquema, los organismos oficiales deben prevenir, o advertir o atenuar los abusos y distorsiones de los mercados liberados. “El aspecto libertario de nuestras estrategias radica en la convicción de que, en general, las personas deber ser libres para hacer lo que desean, y para desvincularse de los acuerdos desventajosos si lo prefieren. Tomando una expresión del difunto Milton Friedman, los paternalistas libertarios queremos que la gente sea libre de elegir”<sup>13</sup>, dicen los autores para inmediatamente cerrar la idea señalando que el “... aspecto paternalista radica en que pensamos que es legítimo que los arquitectos de las decisiones traten de influir en la conducta de la gente para hacer que su vida sea más larga, más sana y mejor. En otras palabras, estamos a favor de que las instituciones, tanto en el sector privado como del Gobierno, se esfuercen en orientar las decisiones de las personas en direcciones que mejores sus vidas.”<sup>14</sup> En síntesis: para este Premio Nobel de la Economía y prestigioso académico de la Universidad de Chicago, la libertad de los mercados y la autonomía de la voluntad de los sujetos puede y deber estar moderadamente intervenida por el Estado.

El libertinaje libertario, a nuestro modo de ver, no es la medicina apropiada para lograr una mayor libertad individual.

## **XI- Daniel Kahneman y la teoría del error de los sesgos cognitivos**

---

<sup>12</sup> THALER, R– SUNSTEIN, C, “Un pequeño empujón”, Taurus, 2018, Buenos Aires, Argentina, p. 19.

<sup>13</sup> Íd, p. 19.

<sup>14</sup> Íd, p. 19.

Para quien escribe este artículo, Daniel Kahneman es el referente más lúcido y admirable del exclusivo mundillo de la economía del comportamiento. Leer a Kahneman es, sencillamente, genial. Su tesis, que explica cómo los seres humanos tomamos decisiones en contextos de escasa o nula información, es tan apasionante como inspiradora de nuevas ideas aplicables a la ciencia jurídica.

Kahneman, nació en 1934, en lo que hoy se conoce como Tel Aviv. Es psicólogo y economista. Sus investigaciones realizadas en torno al juicio humano y la toma de decisiones, le valieron el Premio Nobel de Economía en 2002 (recientemente fue incluido en la lista de los 100 pensadores más influyentes del mundo (por la revista Foreign Policy).

Para este magnífico investigador, el complejo universo de las decisiones humanas se parece más a un pantano de emociones que al paraíso racional que imaginan los libertarios desde los días de Adam Smith hasta la aparición del DNU 70/23.

Las teorías conductistas explican que nuestras decisiones no dependen tanto de nuestra voluntad como de la existencia del razonamiento sesgado. Tiene que entenderse que los sesgos cognitivos, a pesar de ser variables en su intensidad, no son aleatorios: vienen incluidos en la estructura psicofísica del ser humano. No podemos pensarnos sin la existencia de sesgos cognitivos. Ese quizás sea el problema esencial de las teorías libertarias: no consideran los errores de sesgo; ese maravilloso agujero de la condición humana por donde se hace agua una libertad más narcisista que real.

Los sesgos del pensamiento más habituales (pero no los únicos) son descritos por Kahneman en su magnífico libro 'Pensar rápido, pensar despacio'. Por ejemplo, el sesgo conocido como aversión a la pérdida, explica cómo la simple percepción de que estamos perdiendo algo, por más que no sea un registro real, nos hace actuar impulsivamente (¿compulsivamente?) para evitar o atenuar esa pérdida. Dominados por ese sesgo que, repetimos, es propio de la condición humana, somos capaces de comprar dos productos en lugar de uno por el simple hecho de creer que comprando los dos nos van a regalar un tercer producto. Desde luego, no necesitamos esa tercera unidad que, además, nadie nos van a regalar. Simplemente NO QUEREMOS perder esa gratuidad apócrifa que hábilmente le ofrecen a nuestra libre voluntad. ¿O acaso nuestro lector nunca agarró de la góndola tres gaseosas cuando solo pensaba llevar una para gastar menos? Otro ejemplo similar es el conocido como sesgo del optimismo irracional, que, para bien o mal, domina nuestro comportamiento. Esta percepción benévola de la realidad es la que nos hace sobreestimar las habilidades que poseemos para resolver los problemas y

subestimar las dificultades del problema que enfrentamos. Así, la obstinada percepción optimista, es el motor más poderoso que impulsa nuestro deseo a toda velocidad hasta que, casi inevitablemente, se estrella contra el muro, rotundo y monolítico, del sobreendeudamiento. Así somos, humanos, demasiado humanos.

Nuestro pensamiento es más sesgado y menos racional de lo que se piensa. La autonomía de la voluntad no es tan autónoma como sugieren, con ingenuidad o cinismo, los escolares liberatorios.

## **XII- El fin del paradigma de la autonomía de la voluntad**

En su primer libro de difusión masiva, presentado luego de obtener el Premio Nobel de Economía en 2002, Kahneman explica este malentendido entre una parte de ciencia y la racionalidad humana: “Los científicos sociales de la década de 1970 aceptaban generalmente dos ideas acerca de la naturaleza humana -dice Kahneman. La primera es que la gente es generalmente racional, y su pensamiento normalmente sano. Y la segunda, que las emociones como el miedo, el afecto y el odio explican la mayoría de las situaciones en las que la gente se aleja de la racionalidad. Nuestro artículo desafiaba a estas dos suposiciones... Documentamos de manera sistemática errores en el pensamiento de gente normal y buscamos el origen de dichos errores en el diseño de la maquinaria de la cognición más que en la alteración del pensamiento por la emoción.”<sup>15</sup>

Lo que Kahneman y su entrañable amigo Amos Tversky sostenían era, ni más ni menos, que no somos tan racionales como pensábamos y que, además, no hace falta una alteración emocional para que tomemos decisiones inconvenientes. Si llevamos estas reflexiones al campo de la ciencia jurídica, rápidamente vamos a entender que los sistemas legales (particularmente el nuestro) se han organizado a partir de una concepción en la que predomina lo racional. Para este pensamiento, ese predominio racional solo puede ser alterado por un estado emocional o una situación de extraordinaria. Para la escuela jurídica clásica y para el liberalismo económico clásico, el comportamiento racional es la norma y el impulso emocional es una excepción infrecuente excepción.

---

<sup>15</sup> KAHNEMAN, D, “Pensar rápido, pensar despaci”o, Joaquín Chamorro Mielke (Trad.), Buenos Aires, Debate, 2018, p. 20.

Por nuestra parte, hemos señalado reiteradamente que la presunción legal de que actuamos racionalmente, es uno de los errores más grandes que debe asumir y solucionar el Derecho para no convertirse en un conjunto de normas vacías de contenido.<sup>16</sup>

El DNU 70/23, al menos en la parte que se refiere a la teoría general del contrato vacía aún más de contenido a un derecho que hace años marcha a contramano de la ciencia

### **XIII- ¿Qué abono del gimnasio me conviene suscribir?**

Para terminar este trabajo, vamos a presentar un ejemplo muy cotidiano que permite entender cómo funciona la voluntad, el deseo, la razón y los sesgos cognitivos en la toma de decisiones.

A diferencia de lo que ocurre en las ciencias jurídicas, los investigadores de otras ciencias, deben validar sus hipótesis con evidencia empírica. En la ciencia, no hay ninguna idea confiable que no haya sido avalada por una voluminosa data empírica. Las tesis que explican el predominio de las decisiones sesgadas están avaladas por toneladas de experimentos, literalmente

Dada la brevedad de este artículo, vamos a desarrollar un caso representativo de los tópicos desarrollados. Se trata de la sencilla decisión de elegir el mejor abono para concurrir al gimnasio. Prácticamente todos los autores que hemos citado se refieren a este ejemplo; nosotros utilizamos el formato propuesto por Akerlof y Shiller.<sup>17</sup>

Supongamos que una persona decide comenzar una rutina de ejercicios semanales para mejorar su condición física y mental. Así, con moderada convicción e inmoderado optimismo, nuestro personaje intenta anotarse en el gimnasio más cercano a su casa. Como suele ocurrir, el complejo deportivo le ofrece tres modalidades de inscripción: a) tarifa diaria por clase o sesión. Esta opción le permite pagar cada vez que usa el gym. Su precio es bastante elevado pero solo se paga cuando se asiste al gym; b) como segunda alternativa, se le ofrece la posibilidad de sacar un abono mensual que le permite concurrir todos los días sin restricciones horarias. Su precio es más bajo que la opción uno. De hecho, si usa el local 6 o 7 veces por mes, esta opción es más bastante más económica que la anterior; c) finalmente, el gimnasio le ofrece pagar una sola cuota anual y así poder acceder al gym durante todo un año con el precio congelado que, en países como

<sup>16</sup> Ver, entre otros trabajos, Shina, Fernando, Las neurociencias en la actuación profesional, T° 2, Buenos Aires, Hammurabi, 2021. Ver, asimismo, Shina, Fernando E., Las neurociencias en la actuación profesional, T°. y 2, Buenos Aires, Hammurabi, 2021.

<sup>17</sup> AKERLOF, G-SHILLER, R, op.cit, p. 40 y ss.

Argentina, no es una cuestión menor. Esta modalidad, siguiendo los parámetros de asistencia semanal (por lo menos dos veces por semana) es, sin dudas, la más económica. Empero, el cliente está obligado a desembolsar una suma de dinero que no tenía prevista.

En términos estadísticos, frente a estas tres ofertas, el cliente elige mayoritariamente la segunda. La elección no es muy difícil de explicar. Es una alternativa mejor que la primera, dado que su plan, como el de la mayoría de los atletas improvisados, es ir concurrir al gimnasio varios días de la semana. Es, asimismo, mejor que la tercera opción que lo obliga a realizar un pago único, que si bien es más económico en el largo plazo es muy costoso en lo inmediato.

La opción más elegida, entonces, cubre las expectativas optimistas de concurrir muchas veces al *gym* y evita desembolsar una suma de dinero que no está disponible. Negocio redondo, quizás piense nuestro amigo unos segundos antes de firmar la suscripción mensual con la única de las 5 tarjetas de crédito que aún tiene saldo.

Este experimento tiene un resultado tan previsible como repetido: la mayoría de los clientes elige la suscripción mensual, pero el 80% de ellos hubiera gastado menos dinero si hubiera elegido el pago por cada día de concurrencia al gimnasio.

Las pérdidas ocasionadas por esta mala elección son significativas y pueden llegar a los U\$ 600 anuales. Para colmo de males, agregan Akerlof y Shiller, los gimnasios suelen poner trabas y multas para cancelar las suscripciones más largas.<sup>18</sup> En definitiva, y como amarga conclusión, los autores señalan que la mayoría de personas no paga un precio razonable para ir al gimnasio, sino que pagan un precio elevado para NO ir al gimnasio.<sup>19</sup>

Les guste o no a nuestros amigos libertarios, así somos y actuamos los seres humanos. La total ignorancia del comportamiento humano es, como lo hemos dicho en tantos trabajos, una de las principales causas de nuestra decadencia en el ámbito de las ciencias jurídicas. La reciente aparición de un populismo libertario amenaza con empeorar este penoso diagnóstico.

Por otra parte, siguiendo las ideas tratadas al explicar el paternalismo libertario, pensamos que sería posible, saludable y legal, poner una leyenda, al finalizar este tipo de ofertas que, más o menos, diga algo así: “La mayoría de nuestros clientes eligen la opción b). Sin embargo, al 80% de ellos les hubiera resultado más económico la opción a). La asistencia al gimnasio es, estadísticamente, menor a la prevista el día de su inscripción.”

---

<sup>18</sup> Íd, p. 40.

<sup>19</sup> Íd, p. 40.

Este tipo de informaciones, que impactan en el nivel de la percepción y advierten sobre las expectativas optimistas, serían ideales para mejorar la toma de decisiones y, ciertamente, no podrían ser atacadas por intervencionistas, a no ser que la libertad libertaria incluya el derecho de los proveedores de engañar y explotar la debilidad cognitiva de su clientela.

#### **XIV- Algunas conclusiones no terminativas**

Lo más importante de este trabajo es resaltar que las ideas parcialmente dispares nunca son totalmente incompatibles con la idea parcialmente cuestionada. O sea: se puede ser liberal y, al mismo tiempo, descreer de algunas militancias libertarias exageradas.

Sostener que los procesos inconscientes y los sesgos cognitivos predominan en los mecanismos decisorios de los seres humanos no es una premisa ideológica, sino una evidencia científica respaldada por los economistas y académicos más importantes del mundo.

La autonomía de la voluntad es un enunciado contrafáctico que simula ideales libertarios, pero cuyo objetivo es la seguridad jurídica del comercio sin considerar la equidad de las relaciones jurídicas.

*El sustento territorial como límite constitucional a la potestad tributaria en la aplicación del SIRCREB (a raíz de la reciente providencia cautelar dictada por la justicia federal en la causa “Adeco Agropecuaria”)*

**\*Por José Ignacio Bellorini**

**I- Planteo del asunto: el dramático contexto nacido de la aplicación del SIRCREB**

Agradecemos especialmente a la Dirección de esta notable iniciativa académica en manos de la Revista de Derecho de nuestra amada Patagonia, que me invitara a compartir algunas ideas de actualidad. Y elegimos nada más ni nada menos que la razón más impura (o la sinrazón pura)<sup>1</sup> del actual derecho tributario en manos del SIRCREB, a la luz de un reciente pronunciamiento de fecha 07.05.2024 de la Sala II de la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal.

Hace poco tiempo; concretamente en el número especial que la Revista Argentina de Derecho Procesal hiciera en conmemoración al 30 Aniversario de la Reforma Constitucional de 1994, tuve oportunidad de escribir sobre la Ilegalidad de los Sistemas de Recaudación Impositiva mediante percepciones a cuenta de los fiscos provinciales y el habeas data constitucional como la mejor herramienta de control, donde justamente puse especial énfasis en la columna vertical y centro nuclear de este bendito asunto hoy abordado nuevamente por el fallo en comentario: el sustento territorial como límite constitucional al ejercicio de la potestad tributaria de los fiscos locales y, en este caso, el SIRCREB.

Nos proponemos entonces a analizar esta formidable providencia cautelar recientemente dictada por la justicia en lo contencioso administrativo federal, que permite avizorar que también los jueces la empiezan a ver -aforismo hoy de moda- y que promete de una vez por todas comenzar a poner las cosas en su debido lugar constitucional de cara a una ordenado y pacífico federalismo fiscal y la supremacía absoluta de nuestra Ley Fundamental.

---

<sup>1</sup> Maravillosa construcción y juego de palabras del Maestro Julio B. MAIER en Crítica de la razón impura o crónica de la sinrazón pura, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2010 y con quien tuve el honor de compartir largas charlas de anochecer junto a su equipo durante seis años en el piso tercero del Tribunal Superior de Justicia de Buenos Aires.

## II- La pretensión cautelar

Los hechos del caso pueden resumirse brevemente así, más allá de remitir al lector a la lectura de la sentencia en *inextenso* publicada juntamente con esta colaboración:

2.1.- La actora solicitó por vía de recurso de apelación deducido contra la sentencia de grado anterior que había rechazado su pretensión inicial, que la Alzada revoque la sentencia impugnada y, en consecuencia, dicte una providencia cautelar que ordene a la Comisión Arbitral del Convenio Multilateral (y, por ende, a su Comité de Administración) que se abstenga de efectuar detracciones y/o retenciones en orden a la resolución general 104/2004 SIRCREB.

En lo que importa y sin perjuicio de sostener lógicamente su impugnación en el debido cumplimiento de los presupuestos fijados para toda medida cautelar y cita de jurisprudencia aplicable -incluso del mismo tribunal llamado a resolver este asunto y que, a posteriori lo tuviese la Alzada a punto y cita para sentenciar como lo hizo-, los agravios pueden sintetizarse en: (i) la grave violación al debido procedimiento administrativo - legalidad-; defensa en juicio; al principio de propiedad y reserva de ley en materia tributaria por cuanto ni la Comisión Arbitral del Convenio Multilateral ni el Comité de Administración -creado a los efectos operativos mediante la Resolución General 104/2004 impugnada-; a la no discriminación y al comercio interjurisdiccional entre los aspectos más sobresalientes de su remedio procesal; con (ii) la grave sujeción a la tributación efectivas mediante la aplicación de alícuotas de casi el doble de su real fiscalidad territorial y con la consecuente creación de saldos a favor de imposible recuperación y/o compensación y/o libre disponibilidad amén de la notable erosión inflacionaria sufrida sobre tales saldos, sin que sea idónea la repetición de lo pagado en exceso. Finalmente sostiene la recurrente que el otorgamiento de la pretensión cautelar intentada no afecta ni al orden público ni a la percepción normal de la renta.

2.2.- La parte accionada, es decir la Comisión Arbitral del Convenio Multilateral (y por ende su Comité de Administración del SIRCREB- según luce de la sentencia anotada- habría asumido y más allá del estado germinal de una providencia cautelar, una actividad absolutamente pedagógica en oportunidad de contestar el informe fijado por el artículo 4 de la ley 26.854. incluso, luce de la sentencia anotada la parte accionada no habría contestado el memorial integrante de la impugnación intentada por la recurrente actora. Todo un síntoma de debilidad procesal.

En efecto y sin perjuicio que no resulte claramente un acto procesal de defensa el mencionado informe del artículo 4 como comúnmente decimos en la práctica profesional,

lo cierto es que la accionada habría solamente señalado las funciones y características más sobresalientes de la Comisión Arbitral como del SIRCREB, no sin antes sostener que son las jurisdicciones bases son las que incluyen a los contribuyentes en los padrones aplicables y, por ende, a quienes debería el contribuyente -y también la justicia no permitirlo en orden a no perturbar la normal recaudación tributaria- dirigir la acción.

Por ello y en síntesis sostiene la citada demandada, que la Comisión Arbitral del Convenio Multilateral no corresponde a que sea admitida como demandada debido a su no legitimación como parte pasiva del conflicto judicial llamado a resolver por cuanto sin bien la actora cuestiona la Resolución General 104/2004 omitió a su entender: (i) impugnar las normas locales provinciales que establecen los diversos regímenes de recaudación; (ii) citar a las mencionadas jurisdicciones locales destinatarias de las retenciones y/o percepciones efectuadas y que incluyeron a la actora como sujeto pasible de recaudación.

### **III- La resolución cautelar dictada**

La Alzada en una providencia cautelar lúcida, clara y contundente revoca la sentencia impugnada y a través de los considerados 6); 7); y 8) resuelve hacer lugar a la pretensión intentada con los alcances arriba señalados.

En lo que importa y para así decidir: (i) puso de relieve la mera actividad informativa en orden al cumplimiento del artículo 4 de la ley 26.854 no sin antes señalar su escasez argumental ante el señalamiento de la actora del indebido (o inexistente) procedimiento administrativo en orden a la ejecución de los extremos legales de la impugnada Resolución General 104/2007: (ii) fijó idéntica hipótesis de aplicación legal del caso concreto llevado a solución, con un precedente del Tribunal “Cofco International Argentina SA” que la vez remitiera a otros del mismo fuero “Cooperativa de Vivienda, Crédito, Consumo y Servicios Sociales Palmares” y “Hernan Buchholz SA”; (iii) por ende sostuvo que se encontraban debidamente acreditadas -a pesar del estado germinal de toda providencia cautelar- los extremos denunciados en cuanto a la inexistencia del procedimiento administrativo invocado y la aparente violación entre la real capacidad contributiva de la actora y lo efectivamente recaudado y tributado.

Finalmente, un aspecto sobresaliente y excluyente. De un lado para quien planificó procesalmente este litigio en cabeza de la actora y por el otro los ratios utilizados por el profesional contable firmante, ya que el informe contable de parte fue, como corresponde, excluyente y que acreditaron -bien insiste la Alzada sobre lo liminar que

importa toda provincia cautelar- las violaciones invocadas en orden sobre todo al principio de propiedad, capacidad contributiva y legalidad en materia tributaria.

#### IV- Nuestro aporte a la sentencia comentada

##### 4.1.- *El sustento territorial como límite constitucional a la potestad tributaria*

A) Decíamos en otro trabajo<sup>2</sup> que Zagrebelsky impecablemente resumió la determinación fundacional de un principio como base constitutiva de un sistema legal en unas breves líneas al afirmar el autor italiano que "...lo que es verdaderamente fundamental, por el mero hecho de serlo, nunca puede ser puesto, sino que debe ser siempre presupuesto..."<sup>3</sup>.

Se trata de eso. De poner las cosas en su debido lugar y prelación jurídica. De pensar nuevamente la Constitución Nacional como norma de principios fundamentales. De profundizar los fundamentos que organizaron al Estado a partir de una concepción política y jurídica preexistente al dictado de nuestra Constitución Nacional, luego de la tarea llevada adelante por el poder constituyente del año 1853. Y que tales fundamentos se erigieron y manifestaron normativamente a través de ciertas cláusulas que para nosotros importan los denominados principios constitucionales y también del derecho procesal. Es decir, los presupuestos políticos y jurídicos fundantes de un ordenamiento procesal cualquiera como definieran -en más o menos- Clemente Díaz<sup>4</sup> y más contemporáneamente nuestro maestro Rojas<sup>5</sup> cuya visión también adherimos en varias oportunidades<sup>6</sup>. Tal concepción filosófica entre fundamentos y principios nos permite también distinguirlos de los sistemas procesales creados por el legislador<sup>7</sup>.

<sup>2</sup> BELLORINI, J, I, "Aproximación a una Teoría General de la Prueba Tributaria", en Procedimiento y Proceso Tributario, La Ley, Buenos Aires, 2021, pp. 549 y ss.

<sup>3</sup> ZAGREBELSKY, G, "El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia", Trotta, traducción de Marina Gascón, sexta edición, Madrid, España, 2005, p 9.

<sup>4</sup> DÍAZ, C, "Instituciones de Derecho Procesal. Parte general. Introducción", Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1968, p. 212 y ss.

<sup>5</sup> ROJAS, J, "La emergencia y el proceso", Rubinzal Culzoni, Santa Fé, Argentina, 2003, pp. 161 y ss.; entre muchos otros trabajos. Incluso recomendamos al lector un fabuloso trabajo recientemente publicado: "¿Qué son los sistemas cautelares", en Revista de Derecho Procesal? Sistemas cautelares y procesos urgentes, 2009-2, Rubinzal Culzoni, Santa Fé, página 17 y siguientes.

<sup>6</sup> TRIONFETTI, V, "Algunos modos de finalización del proceso", en, Materiales de Derecho Procesal, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina, 2002, pp. 252 y ss; "El solve et repete desde una visión sistémica. A partir del art. 9 del Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires", Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública (RAP), número 298, julio 2003, página 55 y siguientes.

<sup>7</sup> Vgr. un código, una ley, incluso una sentencia. O sea, la forma metódica o apta para el desarrollo de los presupuestos políticos jurídicos del derecho procesal (principios).

En definitiva, tenemos fundamentos preexistentes a la Constitución (y adoptados por ella), principios contemporáneos a la Constitución (y plasmados en ella) y sistemas legales posteriores y subordinados a ella. Ningún subsistema legal de menor jerarquía puede someter a un contribuyente -porque en efecto y por directa aplicación lo somete- a una tributación distinta a su real capacidad contributiva y medida de pago, ni menos aún mediante un poder tributario ejercido más allá de sus límites territoriales.

Recientemente señalamos que el derecho tributario se había transformado en una gran maraña normativa creada a partir de reglamentaciones y disposiciones administrativas. Hoy la recaudación fiscal local se rige normativamente mediante la creación y funcionamiento de distintos sistemas de recaudación fiscal basados esencialmente en presunciones y ficciones tributarias, sin mayor posibilidad que los contribuyentes sometidos al ejercicio del poder fiscal<sup>8</sup> soberano del Estado, puedan defenderse y probar su cierta, actual y real situación tributaria frente a la imposición. Estos sistemas normativos primero presumen, luego gravan coaccionando el pago para luego, quizás, el obligado pueda intentar alguna acción de repetición de los enormes saldos a favor que se crean como consecuencia de su aplicación. Un delirio legal nacido al amparo de la inflación normativa que gobierna la tributación y sin que puedan los obligados poder siquiera poner por encima la supremacía constitucional que garantiza el artículo 31 de la Ley Fundamental porque en muchos casos el operador judicial mira para el costado embanderado en que el interés general de las rentas públicas están por encima de los intereses particulares de un contribuyente, desentendiéndose por un lado sus derechos y garantías constitucionales y favoreciendo por el otro, el avance salvaje de la voracidad fiscal del estado deficitario.

A) Hace años tuvimos la oportunidad de abordar este viejo pero actual tema como resulta la distribución de potestades tributaria en la Argentina<sup>9</sup>. Y lo hicimos en varias oportunidades porque siempre -hoy en día- surgen distintas superposiciones fiscales que importan el grave incumplimiento de ciertas obligaciones en cabeza de los fiscos

---

<sup>8</sup> De nuestra autoría, “Aspectos de derecho procesal tributario: el drama de las presunciones y su prueba” en Presunciones y Ficciones en el Régimen Tributario Nacional, Tomo I, Editorial La Ley, Julio 2014 y “La diabólica presunción de ganancia mínima presunta” en Presunciones y Ficciones en el Régimen Tributario Nacional, Tomo II, Editorial La Ley, Julio 2014.

<sup>9</sup> “Los plazos de prescripción en materia tributaria (a partir de los términos previstos en el sistema fiscal de la ciudad autónoma de Buenos Aires y el posible apartamiento del código civil)”. El Derecho, diciembre del 2003; “Acerca de los controles fiscales de Montoya en los centros invernales patagónicos. Su improcedencia e inconstitucionalidad”. La Ley Suplemento Actualidad, julio del 2006; “Sustento territorial y poder tributario municipal”. La Ley Patagonia, Agosto 2007; entre otros.

provinciales de repuntada jerarquía constitucional y cuestión federal bastante según propios términos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación<sup>10</sup>.

La creación en cabeza de los fiscos provinciales de distintos regímenes de recaudación en el impuesto sobre los ingresos brutos -cuyo objetivo inicial fuera en teoría noble para asegurar una ágil y segura tributación-, han transformado la actualidad tributaria local en un sistema inconstitucional. El mecanismo de adelanto de pago de impuestos en demasía importa la creación ficticia de saldos a favor acumulados, con clara violación al derecho de propiedad de cada contribuyente y en especial quienes radican fuera de la Ciudad de Buenos Aires de Provincia de Buenos Aires creadores del monstruo. Y la Comisión Arbitral del Convenio Multilateral su mejor aliado.

Tempranamente la justicia federal atendió a este criterio en un planteo donde el fisco provincial de la Provincia de Buenos Aires había claramente excedido el ámbito territorial de su poder de imperio más allá de su límite geográfico, poniendo fin al sistema de recaudación impugnado en el citado impuesto sobre cuentas bancarias por haberse acreditado -en dichos casos- que los contribuyentes no debían ser sujetos pasivos del tributo mediante dicho mecanismo legal presuntivo por carecer de domicilio en la provincia demandada<sup>11</sup>.

B) Como ya es sabido, el impuesto sobre los ingresos brutos es un tributo que grava la actividad habitual y onerosa llevada adelante por un contribuyente en una jurisdicción territorial cierta y determinada. El problema, en la economía moderna de transacción de bienes y servicios, es cuando la actividad del contribuyente se desarrolla más allá de una jurisdicción provincial. Es decir, cuando un mismo sujeto ejerce su actividad trascendiendo los límites de una misma y sola jurisdicción<sup>12</sup>.

C) Éste es el problema que intenta resolver el Convenio Multilateral que no grava tributariamente a los contribuyentes, sino que distribuye -mediante el armado de un coeficiente de ingresos y gastos- la base imponible fiscal entre las jurisdicciones provinciales. Reparte la “torta” en función de la actividad económica del contribuyente en cada provincia. De allí que cada sujeto deba “darse de alta” en cada jurisdicción para

---

<sup>10</sup> CSJN, “Argencard SA. c/ Provincia de Salta”, Sentencia del 27/05/04 y “Gasnor SA c/ Provincia de Salta”, Sentencia del 12/08/08.

<sup>11</sup> JFR, “Materiales Sur SA c/ Agencia de Recaudación de la Prov. de Buenos Aires s/ acción de habeas data”, expediente 48.438 folio 213 del año 2009, Sentencia del 05/07/10 y “Abastecedora Patagónica c/ Agencia de Recaudación de la Prov. de Buenos Aires s/ acción de habeas data”.

<sup>12</sup>BULIT GOÑI, E, “Convenio Multilateral”, Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1992, p. 31; entre tantísimos otros.

luego, mediante el citado Convenio Multilateral, coordinar su base imponible en cada jurisdicción provincial según sus coeficientes.

D) Cada provincia grava -o exime- la actividad del contribuyente frente a sus ingresos brutos mediante la fijación -según ley tarifaria anual- una efectiva alícuota, respecto la porción tributaria que le corresponde a sus límites de potestad territorial constitucional. Es decir, el federalismo provincial se transforma en un gran mosaico tributario donde el avance solapado mediante la creación administrativa de un ámbito de tributación distinto al designado por el legislador no solo afecta gravísimamente el patrimonio del contribuyente, sino la propia lógica y porciones tributarias de cada provincia todas integrantes del Convenio Multilateral.

E) Y ello por cuanto la potestad tributaria (i) encuentra sustento en las Constituciones Nacional y Provincial; se halla reconocida en la ley de coparticipación de impuestos y el propio Código Fiscal local que así la regula; (ii) su ejercicio se encuentra circunscripto al territorio municipal y recae exclusivamente sobre las cosas que forman parte de su riqueza y las actividades ejercidas en ella de acuerdo a las normas indicadas en el punto anterior; (iii) es también su propio territorio el límite para la administración pública tributaria de requerir información o imponer obligaciones respecto de cosas, hechos o actividades extraterritoriales; o (iv) cualquier otro tipo de actividad de inspección o fiscalización fuera de sus propios límites territoriales<sup>13</sup>.

*4.2.- Los sistemas de recaudación tributaria mediante la creación de recurrentes saldos a favor nacidos de percepciones en la fuente, no deben superar la alícuota efectiva del tributo definida por el Poder Legislativo*

A) El nacimiento de la información inexacta y por ende de la cuestión federal bastante en orden a la violación -por inconstitucionalidad- de los principios y garantías del contribuyente protegidos por la Ley Fundamental, es decir el problema constitucional irrumpe con la creación que cada provincia ha llevado adelante en esta última década de los regímenes de recaudación del impuesto sobre los ingresos brutos en cabeza de los agentes de retención y/o percepción tributaria que -para asegurarse su anticipada cobranza fiscal- fueron ampliando la sujeción real y efectiva de imposición más allá de la debida

---

<sup>13</sup> Ver de nuestra autoría, “Acerca de los controles fiscales de Montoya en los centros invernales patagónicos. Su improcedencia e inconstitucionalidad”. La Ley Suplemento Actualidad, julio del 2006 y “Sustento territorial y poder tributario municipal”, en LL Patagonia, agosto del 2007.

tributación del contribuyente fijada por el legislador local generando así enormes e irre recuperables saldos a favor del administrado.

B) La mecánica es simple, diabólica y letal: se ordena al agente de percepción en la fuente que vía de un padrón fiscal web creado por disposiciones administrativas que proceda a recaudar a una alícuota efectiva más alta que la fijada por el legislador en el código fiscal local. Y ese mecanismo de anticipo a cuenta importa una clara violación al principio de legalidad tributaria por cuanto supone la sujeción impositiva de un contribuyente a una alícuota más alta a la efectivamente debida y fijada por las leyes formales y materiales de los legisladores con la consecuencia inmediata en la generación de saldos a favor irre recuperables para el contribuyente.

Uno de mis grandes maestros, el Juez José O. CASAS en un formidable fallo expuso el tema -como siempre- con claridad meridiana. Señaló que sin perjuicio de las distintas normas que puedan o no autorizar la exigencia de ingresos a cuenta del tributo mediante este mecanismo de recaudación -y que tangencialmente puso en tela de juicio por resultar pesudas normas- , tal extremo “...*debe estructurarse con particular estrictez...*” en orden al principio constitucional de la legalidad tributaria que asegura que no hay tributo sin ley. Es que -dice Casas- “...tanto la ampliación de la esfera de sujeción pasiva de las obligaciones tributarias a través de la creación de agentes de percepción, retención y recaudación -en mérito a la solidaridad tributaria de éstos-; cuanto en el establecimiento de pagos a cuenta (anticipos, retenciones o percepciones) -que es lo que aquí interesa- la apreciación del ejercicio legítimo de tal facultad debe ser ponderada con sentido estricto y admitida sólo en aquellos casos en que el obrar del Departamento Ejecutivo y de sus agentes jerárquicos supere satisfactoriamente el test de razonabilidad. Es que, de no ser así, el establecimiento de cualquier ‘ante pago’ desproporcionado y abusivo y abusivo importaría la creación *ex novo*, en la excedencia, de una prestación pública coactiva distinta del impuesto mismo, regularmente instituido, con afectación al principio multiseccular de reserva de la ley tributaria, desatendiendo el imperativo de que sólo cabe aprehender la capacidad contributiva ponderada en el presupuesto de hecho definido por el legislador al caracterizar la hipótesis de incidencia tributaria (en términos de tipicidad y taxatividad) y fijar la cuantía de la obligación resultante en este caso de la aplicación de la tarifa a la base imponible, elementos todos que actúan en el campo del

derecho sustantivo donde queda excluido todo margen de discrecionalidad de parte del Organismo Recaudador...”<sup>14</sup>.

Por ello es que toda prestación pública que se exija sistemáticamente por la Administración Fiscal por encima del monto del tributo definido por el legislador que, en definitiva, se adeude perdiendo su fundamento esencialmente impositivo para convertirse en un fenómeno exclusivamente financiero a partir de deudas inexistentes importa alterar las bases éticas y jurídicas del derecho a recaudar, transfigurando, por medio de artilugios técnicos propios de alquimistas, la contribución común exigida por la ley a todos los ciudadanos para el levantamiento de las cargas públicas, en un verdadero despojo<sup>15</sup>.

En definitiva, ningún sistema de recaudación debe superar, por regla general, la obligación fiscal que, en definitiva, deba afrontar el contribuyente y, menos aún, cuando a través de tales institutos se originan recurrentemente saldos a favor del obligado de pago irrecuperables ni real ni financieramente por el sometimiento en definitiva de una alícuota efectiva mayor a la fijada por el legislador.

## V- Conclusiones

A) Debemos, entre todos, pensar y exigir judicialmente (en términos procesales, pero también del Poder Judicial en términos ciudadanos) el pleno e irrestricto cumplimiento de la Constitución Nacional de una vez por todas desde su supremacía normativa y por sobre encima de cualquier sistema jurídico contractualizado nacido de urgencias fiscales provinciales. En este caso, disfrazadas de la pseudo legalidad del SIRCREB.

Poner un límite, también, a la Comisión Arbitral del Convenio Multilateral que siempre parece permeable, lo que en algún punto pareciera hasta comprensible por su estructura fundacional, pero ilógico en términos constitucionales. Esta incongruencia nos remonta a tiempos de la historia política y filosofía universal y más modernamente a la problemática del constitucionalismo y la legitimidad del control judicial de constitucionalidad de las leyes y actos de la administración<sup>16</sup>: ¿Quién custodia a los

---

<sup>14</sup> TSJCABA, “Importadora y Exportadora de la Patagonia S.A. c/ Ciudad de Buenos Aires”, Sentencia del 12/11/08, publicado en LLCABA 20009 con nota de María Eugenia Bianchi y en Rev. Impuestos 2009-5, p. 399).

<sup>15</sup> Del voto de José O. CASÁS arriba citado con mención a un clásico precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación in re La Biznaga SAACIF y M c/ DGI, sentencia de fecha 31.03.1987, en Fallos 310:714)

<sup>16</sup> ZULETA PUCEIRO, E, “¿Quién custodia a los custodios?”, publicado en [www.derecho.uba.ar](http://www.derecho.uba.ar), publicación de fecha 27/12/2017 y RIVERA ORTEGA, R, “¿Quién custodia a los custodios?: casación y

custodios? o en otros términos: ¿es la Comisión de Administración de la Resolución General 104/2004 la que debiera interceder sobre la constitucionalidad del SICREB creado por Comisión Arbitral del Convenio Multilateral y cuando es ella quien la aplica? Respuesta: no existe el autotutela ni *cross check* constitucional en materia de urgencias fiscales locales.

Los regímenes de recaudación tributaria importan posiblemente la manifestación más a-sistémica y controvertida del derecho tributario actual<sup>17</sup>. Resulta un claro avance pseudo legislativo -porque incluso en su gran mayoría tienen una naturaleza reglamentaria de menor jerarquía a la ley- por encima de los derechos y garantías del contribuyente.

EL SIRCREB resulta un retroceso esclavista al servicio pasivo de las normas reglamentarias al que los jueces no deben prestarse sino todo lo contrario, bregar al servicio y defensa de la supremacía constitucional. Un razonamiento contrario al expuesto supondría una vuelta al estado de derecho legislativo del siglo XIX a través de la sumisión de los jueces, contribuyentes y de la propia Administración (claro que ésta con pleitesía) al arbitrio de normas reglamentarias. Y en el supuesto comentado ni poder legislativo; sino un Comité de Administración creado a de la Comisión Arbitral.

Los aspectos de la recordada soberanía legislativa importaban la primacía de la misma frente a la Administración, la justicia como ante los ciudadanos. Significaba la creación perfecta y suprema del legislador inoponible a ningún derecho más fuerte reconocido en otra fuente normativa. Recuerda Zagrebelsky que ni el poder de excepción del rey y de su administración, en nombre de una supuesta “razón de Estado”, ni la inaplicación por parte de los jueces o la resistencia de los particulares, en nombre de un derecho más alto (el derecho natural o el derecho tradicional) o de derechos especiales (los privilegios locales o sociales) importaban un quiebre a dicha sumisión. La primacía de la ley señalaba así la derrota de las tradiciones jurídicas del *Absolutismo* y del *Ancien Régime*. El estado de derecho y el principio de legalidad suponían la reducción del derecho a la ley y la exclusión, por lo menos la sumisión a la ley, de todas las demás fuentes del derecho. En todas las manifestaciones la ley se configuraba como la expresión de la centralización del poder político, con independencia de los modos en que ésta se

---

motivación como garantías del control de las decisiones judiciales”, en *Jueces para la democracia*, ISSN 1133-0627, N 29, 1997, p. 37-40.

<sup>17</sup> Además de las medidas cautelares en materia tributaria, ver de nuestra autoría *Revista de Derecho Procesal – Sistemas cautelares y procesos urgentes*, 2010-1, Rubinzal Culzoni, Santa Fé, 2010, páginas 303 y siguientes.

hubiese determinado históricamente y del órgano, o conjunto de órganos, en que se hubiese realizado<sup>18</sup>. Es definitiva una supremacía que importaba también un distinto trato según se manifestara frente a los ciudadanos o de la Administración. O, lo que es peor, el control subyacente de la ley sobre el poder, la separación de los poderes del estado como así la igualdad supuestamente proclamada.

En lo que importa para la justicia, el estado de derecho legislativo significaba para los jueces la mera aplicación del derecho que surgía de la ley sin mayor interpretación o contrapeso activo para su cuestionamiento respecto de su legalidad y adecuación constitucional. Eran meros portavoces de la ley. Tampoco era necesario bajo tal premisa legal la actividad de los juristas o estudiosos del derecho como fuente de derecho, sino sólo exégesis de la ley. Ni jueces, ni juristas: voluntad del legislador (o lo que es lo mismo atropellos de la Administración en connivencia con la ley). De allí que se haya dicho con razón que la expresión jurídica de esta hegemonía era la ley, a la que, en consecuencia, se le reconocía superioridad frente a todos los demás actos jurídicos y también frente a los documentos constitucionales de entonces<sup>19</sup>.

B) Sabemos que el artículo 14 de la Constitución Nacional dispone que “...todos los habitantes de la Nación gozan [del derecho] conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio...” entre otros el de “...usar y disponer de su propiedad...”. Dicha propiedad establece el artículo 17 de la Ley Fundamental “...es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley...”. Además “...ningún servicio personal es exigible, sino en virtud de ley o de sentencia fundada en ley...”. Como garantía procesal del debido proceso, nuestra Ley Fundamental instituye en el artículo 18 que “...inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos...” por lo que siempre se exige la intervención de un juez o tribunal competente,

---

<sup>18</sup> ZAGREBELSKY, G, op.cit., p. 24.

<sup>19</sup> La Cartas constitucionales dualistas de la Restauración venían degradadas, por lo general mediante avatares poco claros desde el punto de vista jurídico, pero bastante explícitos desde el punto de vista político social, a “constituciones flexibles”, esto es, susceptibles de ser modificadas legislativamente. Como se pudo afirmar, aquellas constituciones -es decir, los compromisos entre monarquía y burguesía, aunque previstos como “perpetuos e irrevocables” y sin procedimiento de revisión- debían considerarse para la burguesía (¡y sólo para esta!) un punto de partida y no de llegada. Permanecía, pues, un elemento de intangibilidad, pero ése solo operaba en una dirección, contra el “retorno” a las concepciones absolutistas, sin que hubiera podido impedir que la ley de la burguesía “avanzase”.

Así pues, las leyes, al ocupar la posición más alta, no tenían por encima ninguna regla jurídica que sirviese para establecer límites, para poner orden. Pero no había necesidad de ello. Jurídicamente la ley lo podría todo, porque estaba materialmente vinculada a un contexto político social e ideal definido y homogéneo. En él se contenían las razones de los límites y del orden, sino necesidad de prever ninguna medida jurídica para asegurarlos. Ob. cit. en nota anterior, p. 31.

independiente e imparcial acordando al justiciable el derecho de recurrir el fallo ante juez o tribunal superior dispone el artículo 8 del Pacto de San José de Costa Rica<sup>20</sup>.

De allí que todo sistema jurídico que contradiga tales fundamentos encuentra en el artículo 31 de la Carta Magna que "...la Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la Ley suprema de la Nación; las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ellas...".

Siendo que la forma democrática -por oposición al totalitarismo y al autoritarismo- no importa más que la manera en que se relaciona el ejercicio del poder del Estado con sus habitantes, el derecho procesal se manifiesta no sólo a través de la garantía de igualdad de las partes en el proceso, sino por la sujeción y defensa de la supremacía de la Constitución llevada adelante por los jueces del poder judicial mediante el control de constitucionalidad de todas las normas que se opongan a tal principio de adecuación normativa garantizado por el citado artículo 31 de nuestra Carta Magna.

Debemos insistir una vez más: el sistema legal es siempre posterior y está por debajo de los principios constitucionales que son siempre previos y situados por encima de la creación del legislador.

C) Es indudable que la legislación contenga algún mecanismo o sistema de recaudación que la agilice, sobre todo aprovechando el mecanismo de retención vía percepción en la fuente. Dice autorizada doctrina que "...el problema es, ayer y hoy, garantizar el equilibrio reflexivo entre principios en conflicto, tales como la supremacía de la Constitución, la soberanía popular, la división de poderes y las relaciones cambiantes entre la justicia y política..."<sup>21</sup> a las que agrego el debido ejercicio de la potestad tributaria y su límite territorial y el siempre desmanejo del déficit fiscal local, pesado anclaje sobre el que siempre carga el contribuyente.

El SIRCREB -legislación de inferior rango- no debe de someter a los contribuyentes -ni menos aún a los jueces dejarse someter- a su letra cuando su efectiva aplicación resulta violatoria de los derechos y garantías de los contribuyentes. La Comisión Arbitral; las legislaturas y las Administraciones fiscales deben adecuarse y subordinarse al estrato más alto de derecho que es la Constitución Nacional<sup>22</sup>. Hoy no

<sup>20</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos con jerarquía constitucional (conforme inciso 22 del artículo 75 de la Constitución Nacional).

<sup>21</sup> ZULETA PUCEIRO, E, op.cit.

<sup>22</sup> Conforme artículo 31.

podemos tolerar una distinción en la ley dependiendo a quien vaya dirigida. Es impensable la diferencia legal de trato según se trate de particulares o del Estado.

La Comisión Arbitral y las administraciones tributarias deben velar por el cumplimiento de la ley tributaria sustantiva -es cierto-, y para ello es necesario que realicen los actos que sean convenientes y oportunos para la tutela del crédito fiscal, pero en la medida que ese deber-facultad sea ejercido razonablemente<sup>23</sup>, sin lesionar los derechos y garantías de los contribuyentes.

Debemos bregar por revalorizar nuevamente el papel del legislador en nuestro estado de derecho constitucional, pero dicha función legislativa será nuevamente puesta en valor cuando el ámbito legislativo no se preste a la contractualización de la ley<sup>24</sup>, más allá de los innegables y necesarios acuerdos políticos de gobernabilidad. Igualmente llegaremos a tal resultado cuando la clase política no judicialice sus diferendos nacidos de la coyuntura de gobierno. Finalmente tendremos una mejor justicia cuando los jueces ejerzan la función y responsabilidad para la que fueron nombrados. Que aun cuando sea su última *ratio* declaren la inconstitucionalidad de los sistemas arriba abordados si de las mismas se desprende que el legislador ha violado sistemáticamente los fundamentos y principios constitucionales que nutren nuestra Constitución Nacional. Igualmente, todos los operadores que integramos el sistema jurídico y en el que cumplimos un rol dentro de la vida democrática del país, debemos recuperar y defender las instituciones.

Finalmente, de *lege ferenda*, creemos y así lo sostenemos que el Poder Ejecutivo nacional y el Banco Central de la República Argentina, sobre todo éste último tienen -sin demasiadas reformas normativas- las herramientas en mano para llevar adelante de una vez por todas el debido ordenamiento de SIRCRES regulando a las entidades financieras como Banco de bancos su actuación como garantes de los sistemas de recaudación pero sometidos al poder de la supremacía de la Constitución Nacional y no contra ni fuera de ella.

La sentencia comentada sin dudas irrumpe como aire fresco en la tributación local de manera formidable. Y hubo tanto ruido, que al final llego el final.

---

<sup>23</sup> Conforme artículo 28 de la Constitución Nacional.

<sup>24</sup> Es que esta circunstancia da lugar a una situación en la que la mayoría legislativa política es sustituida, cada vez con más frecuencia, por cambiantes coaliciones legislativas de intereses que operan mediante sistemas de do ut des.

La consecuencia es el carácter cada más compromisorio del producto legislativo, tanto más en la medida en que la negociación se extienda a fuerzas numerosas y con intereses heterogéneos. Las leyes pactadas, para poder conseguir el acuerdo político y social al que aspiran, son contradictorias, caóticas, oscuras y, sobre todo, expresan la idea de que -para conseguir el acuerdo- todo es susceptible de transacción entre las partes, incluso los más altos valores, los derechos más intangibles.



## *Análisis del Fallo Camaronera Patagónica S.A.*

### *Recobrando el análisis de la delegación legislativa en materia tributaria.*

**\*Por Leticia Brun**

#### **I- Introducción**

El presente trabajo tiene por finalidad analizar el fallo de la Corte Suprema en la causa “Camaronera Patagónica S.A.”, *leading case* en materia de la delegación legislativa que el Congreso puede conferir al Poder Ejecutivo para que éste ejerza temporalmente algunas de las facultades legislativas que la Constitución otorga al Poder Legislativo.

La delegación de facultades legislativas en el Poder Ejecutivo reviste enorme importancia en el ámbito político institucional, pues se vincula estrechamente con la función y atribuciones del Poder Legislativo y con el principio constitucional de la división de poderes. En definitiva, el tema es central porque se vincula con el Estado de derecho, la libertad de los particulares y la seguridad jurídica

Delegar facultades extraordinarias en el Poder Ejecutivo significa para el Poder Legislativo resignar su rol esencial de establecer las políticas estatales.

La preocupación central de la delegación legislativa, que hace el Poder Legislativo -en época de emergencia- a favor del Poder Ejecutivo para que dicte las normas que la situación requiera, generalmente, de manera amplia, temporal o transitoria (a veces) a efectos de concretar un determinado programa de gobierno, ha sido objeto del control de constitucionalidad ejercido por todos y cada uno de los jueces del sistema, y en especial la Corte Suprema, convirtiéndose en el reaseguro final del rol que debe jugar el Congreso.

En ese norte, el presente trabajo procurará desentrañar los argumentos del fallo dictado en la causa “Camaronera Patagónica SA c. Ministerio de Economía y otros s/amparo” firmado por los jueces Ricardo Lorenzetti, Carlos Fayt, Juan Carlos Maqueda, Raúl Zaffaroni, Carmen Argibay y Enrique Petracchi, del 15/04/2014,

Si bien, todos los jueces coincidieron en que sólo el Congreso tiene facultades para fijar tributos, declarando la inconstitucionalidad de la Resolución N° 11/02 del Ministerio de Economía; los jueces Lorenzetti, Fayt, Maqueda, Zaffaroni, declararon que la invalidez de tal resolución -que estableció derechos de exportación, conocidos como “retenciones”- estaba limitada al lapso comprendido entre marzo y agosto de 2002, porque luego hubo una ley del Congreso que ratificó expresamente la legislación

delegada. En cambio, los jueces Petracchi y Argibay, no limitaron los alcances de la inconstitucionalidad y no dieron efectos a las leyes ratificatorias.

El fundamento del voto mayoritario gravitó en que el establecimiento de dichas retenciones comprendía un aspecto del hecho imponible que transgredía el principio de legalidad en el que se vertebra todo el derecho tributario sustancial, en tanto el acto administrativo en crisis (Resolución 11/2002 ME) había sido dictada sin norma delegante de suficiente entidad. No obstante, dicha invalidez fue determinada desde su creación, el 5/03/2002, hasta el dictado de la Ley 25.645, que fue la ley por la cual el Poder legislativo ratificó expresamente y aprobó (a partir del 24/8/2002 por dos años) la totalidad de la legislación delegada ejercida por el Poder Ejecutivo sobre materias determinadas de administración o situaciones de emergencia pública, materia ésta última en la que se encuadró a la Resolución N° 11/02 ME y que la Corte consideró dictada al amparo de la legislación delegante preexistente a la reforma constitucional de 1994 (art 3°), teniendo en cuenta el contexto general y la cláusula Transitoria Octava de la CN .

Por su parte, en comparación, el voto de la minoría de los Dres Petracchi y Argibay, tal como se adelantó, coincidieron en que la resolución en crisis nació en contraposición al principio de legalidad en materia tributaria, no consideraron con suficiente entidad a la ley 25.645 como ratificatoria de la legislación delegada ejercida por el Poder Ejecutivo en la Resolución N° 11/02, declarando su inconstitucionalidad sin límite de tiempo alguno.

La postura de este voto minoritario es a mi criterio la más apropiada y la que comparto a la luz del régimen representativo y republicano elegido por nuestros constituyentes en nuestra norma fundamental, cuyos argumentos al fin de este trabajo expondré en mi conclusión.

## **II- Consideraciones previas**

El texto originario de la Constitución histórica de 1853/60 no contenía ninguna norma relativa a la delegación legislativa. Incluso, de una interpretación literal y estática del mismo podríamos concluir con que la delegación de competencias de un poder hacia otro estaba prohibida en su versión originaria, no sólo por la posible violación al sistema de división de poderes adoptado a través de la forma republicana de gobierno en el artículo 1, sino porque además en el artículo 29 sanciona la concesión de facultades extraordinarias por parte del Congreso hacia el Poder Ejecutivo con la pena de ser declarados infames traidores a la patria.

Sin perjuicio de la laguna constitucional, al igual que sucedió en Estados Unidos de América -cuya Constitución es fuente material de la nuestra- como en Francia e Inglaterra, la delegación legislativa comenzó adquirir fuerza propia en la práctica y en la constitución material, por lo que fue necesario darle un marco regulatorio, que primero vino dado por la jurisprudencia hasta que finalmente, tuvo consagración en el texto constitucional con la reforma de 1994 y la introducción del artículo 76 y de la cláusula transitoria octava.<sup>1</sup>

La delegación legislativa constituye una excepción al principio de división de los poderes y al sub principio de “corrección funcional”, que establece que las facultades que la constitución nacional otorga a cada uno de los órganos de gobierno solamente pueden ser ejercidas por ellos y no por los restantes.

El procedimiento de la delegación legislativa comienza con la sanción de una ley delegante que establece la materia, las bases y el plazo de delegación (art. 76 de la CN). Continúa luego con la sanción de los reglamentos delegados por parte del Poder Ejecutivo que, a diferencia de los reglamentos ejecutivos, tienen jerarquía normativa de ley, ya que mediante ellos el Presidente ejerce facultades propias del Congreso.

Está prohibida la delegación de la totalidad de la potestad legislativa (facultades extraordinarias, plenos poderes, súper poderes, etc.), límite que encontramos y se sostuvo en el Art. 29 de la CN, el cual expresamente dispone: “El Congreso no puede conceder al Ejecutivo nacional, ni las Legislaturas provinciales a los gobernadores de provincia, facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarles sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sujetarán a los que los formulen, consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la patria.”

El papel desempeñado por la Corte Suprema de Justicia en esta temática ha sido de suma utilidad, aunque no haya coincidencia en todos los aspectos. La intervención de nuestro más alto tribunal se vio motivada por la creciente práctica de los gobiernos de turno de acudir a la delegación legislativa

Antes de la reforma constitucional de 1994, los casos relevantes en esta materia fueron:<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> MONTEFIORI, P, “La delegación legislativa”, Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Santa Fe, Argentina, 2009.

<sup>2</sup> Íd.

En primer lugar, en el caso “Delfino” (Sent. 20/06/1927), la Corte enfatizó en la prohibición constitucional de que el Congreso delegue al Poder Ejecutivo u otro órgano de la administración alguna de sus atribuciones o poderes que le fueron expresa o implícitamente conferidos por la Constitución; y luego elaboró la distinción entre delegación propia o prohibida y delegación impropia, admitida en nuestro ordenamiento. Se puede leer en el fallo que “no existe propiamente delegación sino cuando una autoridad investida de un poder determinado hace pasar el ejercicio de ese poder a otra autoridad o persona descargándolo sobre ella”, y continúa expresando que “existe una distinción fundamental entre la delegación del poder para hacer la ley y la de conferir cierta autoridad al poder ejecutivo o a un cuerpo administrativo, a fin de reglar los pormenores y detalles necesarios para la ejecución de aquélla. Lo primero no puede hacerse, lo segundo es admitido aun en aquellos países en que, como los Estados Unidos de América, el poder reglamentario del poder ejecutivo se halla fuera de la letra de la Constitución”.

Expresa Paula Montefiori, que en este primer precedente la Corte realizó una errónea, o más bien contradictoria subsunción legal en el entonces vigente artículo 86, inciso 2 de la CN. La autora señala que hubiese sido más adecuado buscar la fundamentación de la validez del Reglamento invocando el artículo 67, inciso 28 de la CN -anterior al ‘94-, que preveía los poderes implícitos del Congreso, al cual la doctrina ya se había remitido, puesto que si en verdad el Poder Ejecutivo puede reglamentar la ley a través del ejercicio de una facultad propia de éste, no se puede comprender por qué razón el Poder Legislativo tendría que conferirle autorización a fin de reglar los pormenores y detalles necesarios para la ejecución de sus leyes, si aquel órgano ya tendría dicha competencia en mérito al reparto originario efectuado por la propia constitución.

Al final de cuentas, en el caso, la Corte despeja sólo una cuestión: que el Congreso no puede delegar la función de hacer la ley puesto que este tipo de delegación, denominada propia, está constitucionalmente prohibido por contradecir el principio de división de poderes y el artículo 29 CN.

Unos cuantos años más tarde, la Corte falla en el caso “Mouviel” (Sent. 17/05/1957- Fallos 237:636), en el que se cuestionaba la constitucionalidad de la facultad policial para dictar edictos y aplicar penas. Lo interesante de este caso, es que al momento de resolverse la causa se había tornado abstracta y el Tribunal pudo haberse escudado en ello para no expedirse, y sin embargo, ejerció su función de control de constitucionalidad y declaró la inconstitucionalidad de los edictos policiales. La sentencia configuró un giro

en la jurisprudencia vigente hasta entonces -la Corte había sostenido la validez de los edictos emanados del Jefe de Policía en varias ocasiones-

Raúl O. Mouviel junto a otras personas fueron condenadas por el Jefe de Policía de la Capital Federal a la pena de treinta días de arresto por infracción a los edictos policiales de “desórdenes” y “escándalo”. Los actores plantearon la inconstitucionalidad de los edictos policiales cuya sanción y aplicación estaba en manos del Jefe de la Policía Federal, de acuerdo con las facultades que le concedía la Ley 13030 (Estatuto de la Policía Federal) y que la concentración de facultades judicial, ejecutiva y legislativa en materia de faltas por parte del Jefe de Policía violaba el principio constitucional de la división de poderes. Para arribar a esta conclusión fue determinante el dictamen del Procurador General Sebastián Soler, quien sostuvo que la delegación efectuada por la Ley 13030 a la Policía Federal era excesivamente amplia pues suponía una delegación legislativa que permitía el dictado de un auténtico Código Penal por parte de la autoridad administrativa en franca violación con el principio de legalidad penal y el artículo 29 de la CN. Puntualmente expresó que “reglamentar es tornar explícita una norma que ya existe y a la que el poder legislativo le ha dado una sustancia y contornos definidos; y ello, sólo en la medida que sea necesario para su ejecución, cuidando siempre de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias” y que “todo intento de reglamentar lo que no ha sido materia de ley constituye una pura y simple usurpación de atribuciones legislativas, y no ejercicio legítimo de la facultad conferida en el artículo 86 inciso 2 de la Constitución”. En el fallo, la Corte ratifica el criterio sentado en “Delfino”, al considerar que la delegación propia está prohibida en nuestro sistema constitucional pero avanza un poco más, y especialmente tratándose de la materia de policía de seguridad asevera que la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo encuentra límites más definidos y que vienen dados por el principio de legalidad penal expresado como “no hay delito ni pena sin ley previa que lo establezca”, y que incluye tanto la descripción de las acciones típicas como la atribución de las penas correspondientes.

Más tarde, el caso “Prattico” (1960) representó otro hito en materia de delegación. En este, el tribunal convalidó «el reconocimiento legal de atribuciones que queden libradas al arbitrio razonable del órgano ejecutivo, siempre que la política legislativa haya sido claramente establecida». Se pasó, entonces, de la exigencia de no violar parámetros fijos de la ley delegante a no transgredir su política legislativa clara.

Esta evolución continuó con el caso “Cocchia, Jorge c/ Estado Nacional”, (Fallos 316:2624), del 2 de diciembre de 1993, en el que la C.S.J.N. debió decidir sobre la

constitucionalidad del decreto N° 817/92, que había suspendido la vigencia de diversos convenios colectivos, fijando nuevas pautas para el régimen laboral de la actividad de los actores, el Sindicato de los Encargados y Apuntadores Marítimos, y al mismo tiempo derogó todo acto normativo opuesto a las nuevas pautas, convocado a las partes a la negociación y firma de un nuevo convenio con arreglo a ciertas limitaciones.

La Corte valorando las normas citadas en los considerandos del precitado decreto -leyes N° 23.696, N° 24.093 (posterior al dictado del decreto N° 817/92 pero a juicio de la Corte tácitamente ratificatoria de él), en el Tratado de Asunción, entre otras- y el proceso de transformación encarado en aquel entonces por el Poder Legislativo, para lo cual se facultó al Poder Ejecutivo a adoptar decisiones dirigidas a materializar las pautas fijadas, halla un bloque de legalidad definidor de una clara política legislativa acorde con la Constitución respecto de la cual el decreto referido no sería más que uno de los instrumentos cuya implementación el legislador confió en el Poder Ejecutivo.

Comenzaba la Corte a trazar los requisitos habilitantes para que el Poder Legislativo pueda delegar a favor del Ejecutivo la atribución de hacer la ley, exigiendo tan solo que esta identificara con claridad la política legislativa, diciendo “en aquellas situaciones de grave crisis o de necesidad pública, que obligan al Congreso a la adopción de medidas tendientes a salvaguardar los intereses generales, el órgano legislativo puede, sin violar ni suprimir las garantías que protegen los derechos patrimoniales, sancionar la legislación indispensable para armonizar los derechos y garantías individuales con las conveniencias generales, de manera de impedir que los derechos amparados por esas garantías corran el riesgo de convertirse en ilusorios por un proceso de desarticulación de la economía estatal, el que, además y frente a la grave situación de perturbación social que genera, se manifiesta con capacidad suficiente para dañar a la comunidad nacional toda”

Poco tiempo después de dictado el fallo “Cocchia” se sancionó la reforma de 1994 que introdujo el artículo 76 en la Constitución nacional y, además, incluyó el artículo 99, inciso 3, referido a los decretos de necesidad y urgencia. La ley 24309 de necesidad de la reforma señaló, entre sus objetivos, el de reducir el presidencialismo. ¿Constituyen las prescripciones de los artículos precitados medidas eficaces para lograr el objetivo?..... Si bien las razones de carácter práctico que surgen de las discusiones en el seno de la convención apuntan a limitar la competencia del órgano ejecutivo en estas materias, que había sido extralimitada en los hechos, el marco jurídico plasmado en las normas no produjo los resultados esperados.

El fundamento que se ha esgrimido para permitir constitucionalmente la delegación legislativa es que la demanda normativa que requiere el adecuado funcionamiento de los sistema políticos contemporáneos, no puede ser adecuadamente atendido por el procedimiento ordinario de sanción de las leyes, dada la cantidad y complejidad técnica, y la rapidez de respuesta normativa que es necesaria para el eficaz desenvolvimiento de la vida política.

Quiroga Lavié fue el convencional que sustentó con mayor solidez intelectual la incorporación de la delegación legislativa a la Constitución Nacional. En sus exposiciones en la Convención expuso lo siguiente: "... aquí se ha dicho en forma insistente y enfática que la nueva Constitución viene a instalar la delegación legislativa. La prohíbe y sólo la permite en asuntos administrativos y en cuestiones de emergencia, sobre bases legislativas establecidas por el Congreso y por tiempo determinado..."<sup>3</sup>

Esta competencia significa una excepción a la regla. La prohibición está referida a la delegación total o propia, porque la misma norma establece la posibilidad de delegación de determinadas materias de administración o de emergencia, dentro de las bases y del plazo que determine el Congreso de la Nación para su ejercicio.

Del artículo 76 de la CN, surgen dos pautas claras: en primer lugar, una prohibición, la de la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, que -según la redacción constituye una regla- y, en segundo término, una competencia, la de delegar facultades legislativas en el Poder Ejecutivo, en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que establezca el Congreso de la Nación.

Como se observa, la distinción entre la delegación y la reglamentación ejecutiva de la ley había sido problemática y, después de la reforma constitucional, se volvió aún más compleja. La Constitución incorporó nuevos preceptos y mantuvo los antiguos, lo que requirió una interpretación cuidadosa del sentido y alcance de la potestad reglamentaria en la Constitución original. En realidad, lejos de resolver la cuestión, la reforma dejó latente la pregunta de si se mantendría la jurisprudencia de la Corte Suprema, que solamente consideraba nulas o inválidas las delegaciones que implicaban la transferencia total del poder.

---

<sup>3</sup> SALVADORES DE ARZUAGA, C, "Delegación legislativa: fuente e interpretación", disponible en <http://www.saij.gob.ar/carlos-salvadores-arzuaga-delegacion-legislativa-fuente-interpretacion-dacf090019-2009-03-27/123456789-0abc-defg9100-90fcanirtcod>.

### III- Fallo “Camaronera Patagónica SA c/ Ministerio de Economía y otros s/amparo”

#### *Antecedentes del caso.*

En dichos autos la empresa Camaronera Patagónica S.A. presentó un recurso de amparo contra la aplicación de los derechos de exportación dispuestos por la Resolución ME 11/02, con alícuotas del 10% y del 5% sobre distintas mercaderías comprendidas en la Nomenclatura Común del Mercosur, que se incluían a las obligaciones impositivas de tributos nacionales que debían estar cumplimentadas para dar curso a los pedidos de estímulos a la exportación emergentes de la Resolución ME 150/02.

La Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, al revocar la sentencia de primera instancia, resolvió hacer lugar a la acción de amparo instaurada por Camaronera Patagónica S.A. y, en consecuencia, declaró la inconstitucionalidad e inaplicabilidad a la actora de las Resoluciones 11/02 y 150/02 del -entonces- Ministerio de Economía e Infraestructura.

Para así decidir, adujo que el art. 76 de la Constitución Nacional prohíbe la delegación legislativa, de manera general, admitiéndola en supuestos puntuales, esto es, en materia de emergencia pública y de administración. A su vez, señaló que el art. 99, inc. 3o, veda terminantemente al Poder Ejecutivo emitir disposiciones de carácter legislativo, bajo pena de nulidad absoluta e insanable, y aunque reconoce excepciones al permitir el dictado de decretos de necesidad y urgencia cuando se den determinadas condiciones, excluye de ellas a la materia tributaria.<sup>4</sup>

Definió ese Tribunal que la Resolución 11/02 poseía indudable naturaleza impositiva y que su dictado controvertía el principio de legalidad en materia tributaria.

Desde la perspectiva de la delegación impropia aducida por el Estado Nacional, del examen efectuado del marco regulatorio delimitado por el Congreso, también concluyó que resultaba violatorio del principio de reserva de ley, sin que el interés público invocado en el establecimiento de las retenciones fuera motivo suficiente para salvar su inconstitucionalidad.

Contra esa decisión la AFIP presentó Recurso Extraordinario ante la CSJN, con fundamento en que la Ley 25.561, Ley de Emergencia Pública y Reforma del régimen cambiario del 6/01/2002 -dictada en el marco del artículo 76 de la Ley Fundamental-, dio suficiente cobertura al reglamento atacado tratándose de un caso de delegación impropia,

---

<sup>4</sup> CSJN, Fallos 337:388, Considerando 1°.

ajustado por demás a los límites de una pacífica y antigua jurisprudencia de la Corte. Señaló además, que el artículo 755 del Código Aduanero, Ley 22.415, faculta al Poder Ejecutivo a gravar con derechos de exportación las mercaderías y en la ley de Ministerios fundó la "subdelegación" para el dictado de la Resolución, puntualizando que no hay norma que prohíba al Poder Ejecutivo, delegar sus funciones -sean originarias o no- en los departamentos de Estado que lo integran, ya que entendió aplicables a su respecto los postulados del artículo 19 de la Constitución Nacional que permite realizar todo aquello que no está expresamente prohibido.<sup>5</sup>

#### *El pronunciamiento de la Corte*

El 15 de abril de 2014 la Corte Suprema de Justicia de la Nación, previo a aceptar el Recurso extraordinario, examinó el agravio de la demandada apelante, AFIP, vinculado con la improcedencia de la vía procesal escogida para debatir la cuestión planteada, y entendió que resultaba procedente el amparo por cuanto "...los argumentos de orden fáctico y procesal esgrimidos por la apelante no tenían entidad suficiente para refutar los fundamentos dados por el a quo, ni para dilatar el control de constitucionalidad que constituye la primera y principal misión de ese Tribunal (conf.Fallos:318:1154;323:2256;326:4251), máxime cuando el amparo resulta admisible si su empleo no ha reducido las posibilidades de defensa de la demandada en cuanto a la extensión de la discusión y de la prueba (Fallos:320: 1339)".<sup>6</sup>

Después de ello, declara formalmente admisible el recurso en los términos del Art. 14, Inc. 3°, de la ley 48.

Fueron cuatro Ministros de la Corte (Ricardo Lorenzetti, Carlos Fayt, Juan Carlos Maqueda, Raúl Zaffaroni,) que, luego de un extenso pronunciamiento, confirmaron la sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones de Mar del Plata, pero declararon que la invalidez de la Resolución 11/02 -que estableció los derechos de exportación, conocidos como "retenciones" a las mercaderías procesadas por la firma Camaronera dedicada a la actividad pesquera- estaba limitada al lapso comprendido entre el 5 de marzo de 2002 (fecha en que entró en vigor dicha Resolución) al 24 de agosto de 2002, momento a partir del cual comenzó a regir la ley 25.645, ley que le otorgó a la cuestionada Resolución rango legal. Ello así para los ministros, porque dicha ley ratificó expresamente la legislación delegada. Sobre dicha base, determinaron la inaplicabilidad a la actora de la

<sup>5</sup> CSJN, Fallos 337:388, Considerando 2°.

<sup>6</sup> CSJN, Fallos 337:388, Considerando 3°.

Resolución 11/02 como integrante de sus obligaciones tributarias comprendidas en la Resolución 150/02 pero por el periodo de la invalidez determinado, sin perjuicio del cumplimiento -en ese período- del total de las otras obligaciones fiscales derivadas de los restantes tributos nacionales para obtener los beneficios resultantes de la Resolución 150/02.”<sup>7</sup>

Los jueces Petracchi y Argibay, en cambio, también se pronunciaron en el sentido de la invalidez aunque no limitaron los alcances de la inconstitucionalidad ya que no le reconocieron efectos a la ley 25.645 como ratificatoria de la Resolución N° 11/02.

### *Análisis del fallo*

Liminarmente en su fallo la Corte señaló la naturaleza tributaria de los derechos de exportación, ya que de ello derivaba el análisis a su respecto del requisito del principio constitucional de legalidad, el cual se desprende de los artículos 4°, 17 y 52 de la Constitución Nacional, cuando establecen que solo el Congreso impone las contribuciones referidas en el primero de ellos.

Señalaron que dicha limitación es propia del régimen representativo y republicano de gobierno elegido por el constituyente, quien confió al Poder Legislativo el poder de crear los recursos y votar los gastos públicos, y sólo asignó al Poder Ejecutivo la facultad de recaudar los recursos para emplearlos en los gastos designados.<sup>8</sup>

Ratificaron una vez más que los aspectos sustanciales del derecho tributario no tienen cabida en las materias respecto de las cuales la Constitución Nacional (art. 76), autoriza, como excepción y bajo determinadas condiciones, la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo (Fallos: 326:4251).

Rechazaron la defensa del Fisco de que se tratara del ejercicio de una delegación impropia, por cuanto consideraron que, ni la ley 22.415 (Código Aduanero), ni la ley de emergencia 25.561, habían otorgado una delegación suficiente al Poder Ejecutivo para que, en el marco de la dolorosa situación de emergencia nacional por la que atravesó el país, tomara una serie de medidas tendientes a terminar con esa situación, entre las cuales estaba la pretendida implementación de los derechos de exportación establecidos mediante la Resolución 11/02. Sostuvieron, que ni siquiera, el Congreso Nacional había previsto cuál era la alícuota aplicable, ni establecido baremos máximos y mínimos para su fijación (tampoco siquiera había determinado, de manera cierta e indudable, cuál era

<sup>7</sup> CSJN, Fallos 337:388, Considerandos 11 y 12.

<sup>8</sup> CSJN, Fallos 337:388, Considerando 8°.

la forma de cuantificar la prestación, si se trataba de un tributo *ad valorem* o específico), lo cual -afirmaron- siempre era necesario aún en el ámbito de los derechos aduaneros.

En ese sentido explicaron que si bien la materia aduanera, presenta contornos o aspectos peculiares, en la que se hace indispensable contar con herramientas que permitan adecuar, en forma ágil, los instrumentos estatales de política económica a efectos de que, entre otros objetivos, pueda protegerse la producción local, los precios en el mercado interno o las condiciones de competitividad de nuestros bienes en el exterior,... dicho reconocimiento de atribuciones, debe ir de la mano de una política legislativa que haya sido claramente establecida" (Fallos: 246:345 y 328:940).<sup>9</sup> Sobre dicha argumentación declararon la invalidez de la Resolución 11/02.

Ahora bien, señalaron los ministros, que en materia de delegación legislativa, los constituyentes de 1994, además de incorporar a nuestra Carta Magna el texto del actual artículo 76, agregaron la Cláusula Transitoria Octava referida a la legislación delegada preexistente, y facultaron al Congreso de la Nación a ratificarla expresamente mediante una ley. En el marco de dicha disposición constitucional fueron dictadas las leyes 25.148, 25.645, 25.918, 26.135 y 26.519.

Interpretaron los jueces que la ley 25.645 (B.O. 09/09/2002) al disponer en su art. 3ro: "Apruébese la totalidad de la legislación delegada dictada al amparo de la legislación delegante preexistente a la reforma constitucional de 1994", hizo alusión a las normas dictadas hasta la fecha de su entrada en vigencia, hecho que aconteció el 24 de agosto de 2002.

Para así decidir sostuvieron que al interpretar la ley hay que atender al contexto general y los fines que la informan, extremos que -entendieron- no debían ser obviados por las posibles imperfecciones técnicas en la instrumentación legal, precisamente, para evitar la frustración de los objetivos de la norma. En dichos términos consideraron que la ley 25.645 constituyó una clara manifestación del legislador de su decisión política de ratificar la legislación delegada dictada hasta el 24 de agosto de 2002. No siendo objetable para la mayoría de la Corte la circunstancia de que no se haya identificado en forma particular a cada una de las normas aprobadas, en tanto que el universo de preceptos que el Congreso Nacional pretendió convalidar resultaba determinable.

En tales, condiciones, señalaron que si bien la ley 25.645 fue ratificatoria de la Resolución 11/02 carecía de eficacia para convalidarla retroactivamente, ya que por los

---

<sup>9</sup> CSJN, Fallos 337:388, Considerandos 9° y 10.

principios de legalidad o reserva de ley acogidos en su pronunciamiento, dicha norma adolecía de nulidad absoluta e insanable, aunque con la ley 25.645 recobraba virtualidad, por lo que no podían privarla de efectos en relación con los hechos acaecidos después de su entrada en vigencia con la ley que la ratificaba. Por ello, la invalidez de la Resolución 11/02 fue circunscripta al período comprendido entre el 5 de marzo de 2002 (fecha de su dictado) hasta el 24 de agosto de 2002, momento a partir del cual comenzó a regir la ley ratificatoria 25.645.

*Principios que surgen de los fundamentos del fallo*

*a) los derechos de exportación son tributos*

Antes que nada se definió el carácter tributario que tienen los derechos de exportación. Ello surge de su definición en el art. 724 del Código Aduanero, cuando refiere que el hecho de la exportación misma de la mercadería para consumo, involucra una carga pecuniaria coactiva para el sujeto pasivo que realice la acción gravada prevista por la norma, con destino a las arcas públicas.<sup>10</sup>

Por su parte Zaffaroni, en su voto, aportó un estudio comparativo del instituto en el derecho comparado; recurriendo al Glosario de Términos de la OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico) en donde se señala que los derechos de exportación "consisten en impuestos generales o especiales sobre mercancías o servicios cuyo pago es exigible cuando las mercaderías abandonan el territorio económico o cuando los servicios son provistos a no residentes.”.

Y en la Convención de Kyoto -Texto Revisado, en su Anexo General,. Capítulo 11, Definiciones-, en la que a los derechos de aduana se los define juntamente con los impuestos como aquellos que son cobrados en conexión con la importación o exportación de mercancías. Asimismo hizo alusión que en diversos países de Latinoamérica, como Brasil, República de Paraguay, Perú y Bolivia se cataloga a los derechos de exportación como impuestos, y del mismo modo lo hacen también en México y Costa Rica.<sup>11</sup>

Por su parte los Doctores Petracchi y Argibay en su voto disidente aportaron los textos de los debates de la Convención Nacional Constituyente ad hoc de 1860, de los cuales surge con total nitidez que ese reconocimiento vino desde antaño, extrayendo de aquellos debates el siguiente texto:

<sup>10</sup> CSJN, Fallos 337:388, Considerando 6°.

<sup>11</sup> CSJN, Fallos 337:388, Considerandos 14 y 15.

“En la discusión mantenida por los convencionales reunidos en el año 1860 con el objeto de posibilitar que la provincia de Buenos Aires se integrara a la Confederación Argentina, fueron examinadas las facultades de los estados provinciales y de la Nación para establecer aquellos derechos, y se recordaron las razones históricas por las que la Constitución de los Estados Unidos prohibió la imposición de toda clase de contribución o de derechos aduaneros sobre los artículos exportados por cualquiera de sus estados, y tras conceptualizar a los derechos de exportación como impuestos, se concordó que el Congreso de la Nación los pudiera establecer ” ...hasta 1866, en cuya fecha cesarán como impuesto nacional, no pudiendo serlo [como impuesto] provincial”.(ver"Convención Nacional de 1898, Antecedentes: Congreso Constituyente de 1853 y Convenciones Reformadoras de 1860 y 1866", Compañía Sud-Americana de Billetes de Banco, Buenos Aires, año 1898, en especial, las intervenciones de los convencionales Vélez Sarsfield - páginas 970 a 972-; Sarmiento -páginas 981 y 982- Y Elizalde -páginas ~85 a 987- y las exposiciones de otros oradores registradas en las páginas 695; 699; 709; 712; 717; 730/731 y 736).

Sin embargo, llegado el año 1866, y frente a la necesidad de recursos para afrontar la guerra con la República de Paraguay, en la Convención Constituyente de ese año se suprimió aquella limitación temporal, y la facultad del Congreso de la Nación de fijar los derechos de exportación y de importación fue mantenida en la Constitución Nacional hasta la actualidad.<sup>12</sup>

De tal manera que todos los ministros reconocieron la naturaleza tributaria de los derechos de exportación, más precisamente de la especie impuesto.

*b) Potestad exclusiva del Poder Legislativo de imponer los tributos*

Si los derechos de exportación son impuestos, rige el principio de legalidad o de reserva de ley, el cual no se limita a una expresión jurídica formal de la tributación, sino que constituye una garantía substancial en este campo, en la medida en que su esencia viene dada por la representatividad de los contribuyentes. Este principio de raigambre constitucional abarca tanto a la creación de impuestos, tasas o contribuciones especiales como a las modificaciones de los elementos esenciales que componen el tributo, es decir,

---

<sup>12</sup> CSJN, Fallos 337:388. Ver Considerando 6° de la disidencia de Camaronera, sobre contribuciones directas e indirectas.

el hecho imponible, la alícuota, los sujetos alcanzados y las exenciones. (Fallos: 329:1554).<sup>13</sup>

De tal forma que, si la fuente de la existencia de un tributo es solamente la ley (ley en sentido estricto, es decir emanada del Poder Legislativo), necesariamente debe relacionarse con el principio de irretroactividad de las normas sustantivas. Es decir que la ley tributaria, al igual que lo hacen las de carácter penal, sólo será aplicable a los hechos imposables que sucedan a partir de la entrada en vigencia de la ley.

Dicho principio fue reconocido por la Corte, ya antes de la reforma del año 1994, aun en casos donde se cuestionó el establecimiento de un tributo, o su modificación o ampliación, mediante un decreto de necesidad y urgencia al afirmarse que la materia tributaria supone una limitación constitucional infranqueable para el Poder Ejecutivo, un valladar que no cede ni aún mediante decretos de la naturaleza señalada (Fallos: 318:1154; 319:3400 y 323:3770, entre otros). Tesitura que luego el constituyente de 1994 reafirmó al redactar el actual inc. 3° del arto 99 de nuestra Ley Fundamental, con el fin principal de atenuar el presidencialismo y desconcentrar las facultades del Presidente.

Definido ello, concluyeron que el principio de legalidad se construye en nuestra CN sobre la base de los arts. 4, 17, 52, y 99 inc 3, en tanto ninguna carga tributaria puede ser exigible sin la preexistencia de una disposición legal encuadrada dentro de los preceptos y recaudos de aquellos preceptos constitucionales, válidamente creada por el único Poder del Estado investido para tales atribuciones como es el Congreso.

*c) Función de fomento de los impuestos de exportación (doble finalidad -fiscal y extra fiscal)*

Destacó la Corte que en el Código Aduanero 'se recogió la posibilidad de que este tipo de gravámenes "...sean establecidos no sólo con una finalidad recaudatoria, sino también y de manera directa e inmediata, como una herramienta útil de política económica, social o monetaria (art. 755, inc. 20 y sus apartados). A ello llamó la Corte la "función de fomento y asistencia social" del impuesto..., que a veces linda con el poder de policía y sirve a la política económica del Estado, en la medida en que responde a las exigencias del bien común".

Entendieron que las razones que se invocaron para dictar la Resolución 11/02 se inscribieron dentro de tal caracterización pues en los considerandos que precedieron a dicha norma se aludió al fuerte deterioro de los ingresos fiscales, pero también se señaló

<sup>13</sup> CSJN, Fallos 337:388, Considerando 8°.

que dicha medida se justificaba en la necesidad de atenuar el efecto de las modificaciones cambiarias sobre los precios internos, especialmente, en lo referente a los productos esenciales de la canasta familiar.<sup>14</sup>

En este punto, a la altura de este análisis, es útil referenciar lo que el Dr. Alberto Tarsitano explica sobre la finalidad extra fiscal. Expresa el autor que: “el impuesto puede poseer un fin extra fiscal preponderante que coexista con el fin fiscal. En la Argentina la coexistencia de fines fiscales y extra fiscales se manifiesta particularmente en los impuestos que persiguen propósitos de ordenamiento económico social, en los derechos de importación y exportación, y mediante el otorgamiento de exenciones. Esta justificación se advierte por la función que puede asignársele a la capacidad contributiva en el gasto o en la exención del tributo, porque allí se concreta no sólo el destino de la recaudación, sino el cumplimiento de otros propósitos, como la eliminación de asimetrías, la estabilidad económica, la influencia sobre la oferta de bienes y servicios, así como el desarrollo de ciertos sectores de la economía”<sup>15</sup>.

*d) El principio de legalidad no habilita la delegación legislativa del Art. 76 de la CN en materia de derecho tributario sustancial*

En el Considerando 9º los Ministros de la Corte reafirmaron una vez más que los aspectos sustanciales del derecho tributario no tienen cabida en el mecanismo de la delegación legislativa previsto por el Art. 76 de la Constitución, que sólo lo admite en "materias determinadas de administración" o de "emergencia pública" y con un plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca.

Tal como se expuso, la Corte consideró válidos los efectos de los derechos de exportación establecidos por la Resolución 11/02 a partir de la ratificación que la Ley 25645 hizo de toda la legislación delegada, dictada en el marco de la Cláusula Transitoria Octava de la CN, no siendo objetable para la mayoría de la Corte la circunstancia de que no se haya identificado en forma particular a cada una de las normas aprobadas, teniendo en cuenta el contexto general de "emergencia pública" en que fue dictada aquella.

Contrariamente a lo decidido en este último sentido se pronunciaron los ministros Petracchi y Argibay quienes, en los Considerandos 11 a 21) de su voto en disidencia, realizaron un extenso análisis de la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo,

---

<sup>14</sup> CSJN, Fallos 337:388, Considerando 7º.

<sup>15</sup> TARSITANO, A, "El derecho constitucional presupuestario en el derecho comparado", Revista Jurídica de Buenos Aires, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2010, p. 1165.

comenzando desde una extensa familia de fallos (Delfino 148:430; Mouviel 237:636; Pratico 246:345; Luis Domínguez 280:25; Cocchia 316:2624, Anodia 270:42) anteriores a la reforma del 94, donde la Corte tuvo oportunidad de precisar que en materia de delegación se ha aceptado que el poder administrador regle los pormenores o detalles que permitan poner en ejecución la ley, con sustento en el antiguo art. 86, inciso 2°, de la Constitución Nacional (idéntica habilitación que se mantiene en el actual texto constitucional con el art. 99, inciso 2°), sin que ello invalide la constante exigencia de que los elementos esenciales de toda clase de carga tributaria -entre las que corresponde incluir a las aduaneras- deben ser fijados mediante una ley en sentido formal dictada por el Congreso.<sup>16</sup>

Luego, indicaron que a partir del caso "Delfino" -Fallos: 148:430- la Corte acuñó la conocida expresión que sería reiterada en numerosos precedentes, referida a una distinción fundamental entre la delegación para hacer la ley (delegación propia) y la de conferir cierta autoridad al Poder Ejecutivo o a un cuerpo administrativo a fin de reglar los pormenores y detalles necesarios para la ejecución de aquélla (delegación impropia). Lo primero no puede hacerse, lo segundo es admitido...<sup>17</sup>

Sin embargo para los ministros disidentes, de aquellas pautas no debería extraerse una conclusión única, pues advirtieron que la jurisprudencia del Tribunal siempre se ha ceñido a las particularidades que cada ley presentaba examinando en forma pormenorizada en cada caso sí, en efecto, existía una política legislativa "claramente establecida" en la que pudiera ser sustentada la delegación, o no; como fue en los precedentes "Laboratorios Anodia" -Fallos: 270:42- y "Conevial" Fallos: 310:2193-, entre otros.

Seguidamente explicaron que el ejercicio de las facultades legislativas del poder administrador, antes de la reforma constitucional, se venía ejerciendo así de manera usual y excedida, por ello uno de los propósitos de la reforma constitucional de 1994, fue la introducción de reglas que limitaran aquella práctica, que se plasmó de modo expreso y contundente en su texto en el art. 76; cláusula transitoria Octava, y art 99, inciso 3°, de la Constitución Nacional.

Ya luego de la reforma, incluyeron en su análisis la doctrina del caso "Colegio Público de Abogados de la Capital Federal el Estado Nacional -PEN- si amparo ley 16.986", del 4 de noviembre de 2008, en el cual, si bien no se abordó la problemática

<sup>16</sup> CSJN, Fallos 337:388, Considerando 13.

<sup>17</sup> CSJN, Fallos 337:388, Considerando 12.

específica de los derechos de exportación, ni si éstos quedaban comprendidos dentro de las dos únicas materias mencionadas por el art. 76 de la Constitución Nacional -"materias determinadas de administración o de emergencia pública"-, sí se establecieron los parámetros generales a los que debía sujetarse toda delegación legislativa, conforme a las prácticas seguidas en los Estados Unidos.

En apretada síntesis, explicaron sobre la base del antecedente de Norteamérica, las siguientes conclusiones: a) de los dos caminos posibles que tienen a su alcance los tribunales, esto es: -anular la ley delegante por no fijar un lineamiento inteligible, o bien, -interpretar muy restrictivamente la eficacia de la delegación, y por lo tanto, limitar las posibilidades de que el acto en cuestión pueda encontrar apoyo en la delegación excesivamente vaga, la Corte Suprema de los Estados Unidos se inclinó "predominantemente" por el segundo; b) la delegación legislativa sin base alguna está prohibida, y la que contiene bases vagas o indeterminadas solo puede ser convalidada por los jueces si el interesado supera el obstáculo de demostrar que la disposición dictada por el Presidente estuvo efectivamente basada en una política adoptada por el Congreso; c) a mayor imprecisión en la ley, menor alcance tendrá la competencia que podrá ejercer el Ejecutivo válidamente. La carga que se pone en cabeza de quien invoca una facultad en su favor, exigirá la demostración, en especial, de que el decreto es consistente con las bases fijadas por el Congreso (citan, en especial, considerandos 9º a 12, del fallo Colegio Público de Abogados de la Capital Federal)<sup>18</sup>

Del profuso voto, concluyeron, que aunque se pretendiese invocar el ejercicio de facultades derivadas de una "delegación impropia" -art. 99, inciso 2 de la Constitución Nacional- sería inaceptable en esta materia que la atribución de fijar derechos de exportación derivase de una norma que en forma laxa o vaga estableciera una política legislativa, puesto que es el legislador el que, en forma ineludible, debe definir con toda claridad los elementos esenciales que integran la obligación tributaria, esto es, el hecho imponible, la alícuota, los sujetos alcanzados y, en su caso, las exenciones (Fallos: 329:1554). Nada impediría, en cambio, en atención a la variabilidad de la realidad propia de esta clase de operaciones, que se dejase librado al Poder Ejecutivo la posibilidad de adaptar el quantum de los derechos de exportación mediante el aumento o reducción de la alícuota, pero siempre dentro de una escala predeterminada por la ley, lo que se

---

<sup>18</sup> CSJN, Fallos 337:388, Considerando 14.

adecuaría al concepto de pormenores y detalles en los términos de la jurisprudencia referida y de nuestra Constitución Nacional.<sup>19</sup>

En base a lo expuesto, los jueces Petracchi y Argibay se pronunciaron en el sentido de la invalidez de la Resolución 11/02, por tratarse del establecimiento de un elemento de la obligación tributaria vedada al Poder Ejecutivo, que ninguna ley ratificatoria podía atribuirle virtualidad en tanto el ejercicio de alguna facultad delegada carecía en el caso de una norma delegante con una clara y precisa política legislativa.

*e) La delegación legislativa, el quid de la cuestión*

Sin duda este fue el tema que separó a la Corte en 4 a 2.

Como adelanté comparto la opinión del voto en disidencia. Y en este acápite expondré la opinión de algunos doctinarios.

Liminarmente resulta pertinente señalar que el origen del art. 76 se encuentra en la práctica jurisprudencial de los Estados Unidos. En función de esta nueva cláusula, introducida como se expuso en la reforma constitucional del año 1994, los jueces disidentes en su magistral voto se preguntaron: ¿qué sucedió con la legislación delegada preexistente dictada entre 1853 y 1994? Como los convencionales Constituyentes del '94 reconocieron su existencia, como primera medida, a través de la Cláusula Transitoria Octava, el Congreso le dio vigencia por cinco años más, indicando que luego caducarían todas, salvo aquellas que por ley se ratificaran expresamente. Sin embargo, el plazo que establecieron los constituyentes para revisar todas las normas que incluían algún tipo de delegación no alcanzó. Como consecuencia, teniendo en cuenta que muchas leyes claves caducarían (entre las cuales se hallaban los códigos) el Congreso incorporó el art. 1 de la ley 25.148 y decidió prorrogar la totalidad de la legislación delegante unos tres años más (y la cuestión se resolvería en el año 2002). No obstante, cuando esa ley estaba por vencer, nuestro país se encontraba en plena crisis y el Congreso optó por sancionar la ley 25.645, semejante a la 25.148, en la que volvió a extender el plazo por dos años más. Y luego se prorrogó en el 2004 con la ley 25.918, en 2006 con la ley 26.135, en el 2009 con la ley 26.519, hasta el 2010 que venció la última prórroga y el Congreso dejó caer las normas delegadas preexistentes anteriores al año 1994. Así caducaron de pleno derecho, sin

---

<sup>19</sup> CSJN, Fallos 337:388, Considerando 16 de su voto.

ningún acto legislativo. Las normas posteriores a 1994 quedaron contenidas en las leyes de emergencia, las cuales se renuevan cada dos años.”<sup>20</sup>

La seguidilla de leyes transcripta reflejan, sin duda, la etapa al mejor estilo “Cambalache” de Julio Sosa: “y vino el Siglo veinte, cambalache problemático y febril”.

Y la doctrina se expresó rápidamente.

Rodolfo Spisso en su obra “Acciones y Recursos del derecho Tributario” indica que las modernas Constituciones han autorizado la delegación, en el marco de una política legislativa, definida por el legislador. En el caso de nuestra Constitución Nacional, sostiene que la materia tributaria no puede subsumirse en el concepto de "materias determinadas de administración" del art. 76, concepto precisado por el art. 2º de la Ley 25.148. Sin embargo, el concepto "emergencia pública", también contenido en el art. 76, CN, no permite excluir en todos los casos la delegación legislativa en materia tributaria. La delegación legislativa es admisible en esta materia siempre que exista una declaración de emergencia pública por parte del Congreso, se fije un plazo determinado para el ejercicio de la atribución que se delega y se fijen pautas precisas en el marco de una clara política legislativa, y esa delegación se haga en cabeza del Poder Ejecutivo. A ello cabe agregar que solo son susceptibles de delegación aspectos limitados de aquellos tributos que, por sus características, exijan adecuaciones en el tiempo de la emergencia, como pueden serlo los derechos aduaneros. Así, ante situaciones cambiantes del comercio internacional, resulta viable, en el marco de la emergencia pública, delegar la facultad de elevar o disminuir las alícuotas de los derechos de importación o exportación, en el marco de una clara política legislativa, en la que el Poder Ejecutivo debe verificar los supuestos de hecho y de derecho que condicionan el ejercicio de la facultad delegada.

En dicho sentido dice el autor, que el art. 755 del CAd., no satisface las exigencias del art. 76, CN. Ninguno de los requisitos que hagan viable la delegación legislativa se presenta en la especie. Ni se trata de materia determinada de administración, ni emergencia pública alguna fue invocada con motivo de la sanción del Código Aduanero., o de alguna de sus disposiciones, pues el citado ordenamiento de la legislación aduanera es de carácter permanente. Por lo demás, tampoco la norma establece plazo determinado para el ejercicio de la delegación, ni atiende suficientemente el recaudo de que la política legislativa haya sido claramente establecida para que sea válido el reconocimiento legal de atribuciones que queden libradas al arbitrio razonable del órgano ejecutivo. En la

---

<sup>20</sup> BAISTROCCHI, E, “Derecho Constitucional Tributario”, Máximos Precedentes CSJN, La Ley, Buenos Aires, Argentina, 2013.

medida en que el art. 755, CAd., admite la delegación a efectos de "asegurar la política monetaria, cambiaria o de comercio exterior o para atender las necesidades de las finanzas públicas", ello importa una delegación en blanco.

No acudía en apoyo de la validez del art. 755, CAd., la cláusula transitoria octava de la Constitución que dispone que la legislación delegada preexistente que no contenga plazo establecido para su ejercicio caducará a los cinco años de la vigencia de la reforma constitucional, término prorrogado por las leyes 25.148, 25.645, 25.918, 26.153 y 26.519, que implicó consentir la subsistencia temporal de normas originariamente incursas en inconstitucionalidad, vicio que quedó transitoriamente purgado por dicha cláusula. Ello es así, en la medida en que la aludida cláusula constitucional solo purgó la delegación legislativa sin plazo para su ejercicio, más no toda otra que no satisficiera los recaudos del art. 76 de la Constitución. Y, aunque parezca prolija la insistencia, la delegación legislativa consagrada en el art. 755, CAd., no se dictó en razón de emergencia pública alguna, ni la política legislativa ha sido fijada con límites precisos, sino que consistió en una autorización en blanco.<sup>21</sup>

Por otro lado, el mismo autor, con cita de García Belsunce puntualizó las reglas que deben ser observadas para que la delegación de facultades legislativas pueda ser considerada conteste con la Constitución. Ellas son:

a) la política legislativa debe haber sido delineada en forma clara por el Congreso, a fin de evitar decisiones libradas a la discrecionalidad de los órganos de la Administración;

b) la delegación no debe ser igualitaria para todas las materias, sino que debe tener distinta intensidad según el tipo de facultad delegada; más restringida en materia penal y tributaria que en otras;

c) la interpretación de este instituto de excepción debe ser restrictiva.<sup>22</sup>

Eduardo Baistrocchi, en la temática bajo análisis, expresa que "en la actualidad, el caso líder es "Selcro S.A. c. Jefatura de Gabinete" resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 21 de Octubre de 2003. Este fallo se considera el líder debido a que fue el primer fallo en el que se declara inválida una delegación legislativa luego de la reforma del texto constitucional de 1994 y es el primero en marcar las pautas y los requisitos que deben tenerse en cuenta para que una delegación legislativa en el Poder

<sup>21</sup> SPISSO, R, "Acciones y recursos en materia tributaria", Tomo I, Abeledo Perrot, 2020, 5° edición, e-book.

<sup>22</sup> Íd.

Ejecutivo sea constitucional. La relevancia de dicho fallo radica en que el mismo es citado varias veces a lo largo del tiempo para resolver cuestiones concernientes a la delegación legislativa.

Los hechos del caso eran los siguientes. El Poder Ejecutivo Nacional estableció, mediante un decreto, las tasas que debía percibir la Inspección General de Justicia en el ejercicio de las funciones y facultades atribuidas en la ley 22.315, y a la vez, determinó las sanciones que acarrearía la falta de pago. Posteriormente, el Decreto 67/96 introdujo modificaciones en el régimen anterior al fijar otras tasas. Luego, la ley 25.237 de presupuesto para el año 2000 ratificó los decretos indicados. Finalmente, a través de la Disposición administrativa N° 55/00, la citada dependencia del Poder Ejecutivo determinó los servicios por los cuales se debía abonar una tasa, como así también sus montos y sanciones como consecuencia de su falta de pago en tiempo y forma. Esta disposición fue luego modificada por la Disposición N° 46/01. Selcro S.A. interpuso una acción de amparo y 1ra instancia y Cámara hicieron lugar. La Jefatura de Gabinete interpone Recurso Extraordinario Federal y el caso llega a manos de la Corte Suprema para marcar una nueva pauta frente a los casos de delegación legislativa.

La cuestión que la Corte debía resolver puede resumirse en la siguiente pregunta: ¿Es constitucional, a la luz del art. 76 de la Constitución Nacional, la ley 25.237 en cuanto delega en el Poder Ejecutivo la facultad de establecer los valores para determinar las tasas a percibir por los servicios de la Inspección General de Justicia?

La doctrina de la Corte en ese caso fue clara: la delegación legislativa efectuada por la ley 25.237 resultaba inválida.

¿Cuál era la justificación? La ley autorizaba a la Jefatura de Gabinete de Ministros a fijar valores o escalas para determinar el importe de las tasas a percibir por la Inspección General de Justicia sin fijar al respecto límite o pauta alguna ni una clara política legislativa para el ejercicio de tal atribución, y la facultad de crear cargas tributarias o definir o modificar los elementos esenciales de un tributo es exclusiva y excluyente del Congreso de la Nación.

El argumento principal del fallo (en lo que concierne a la delegación legislativa) sostuvo que no puede admitirse, en virtud de lo prescripto por el art. 76 de la CN, una delegación legislativa como la efectuada por la ley 25. 327 debido a que carece de límites precisos. Ni en la misma ley, ni en ninguna otra se establece cuál será la alícuota aplicable a las tasas a percibir por la Inspección General de Justicia. Según el procurador general, esa carencia era suficiente para invalidar el gravamen, ya que falta uno de los elementos

esenciales de la obligación tributaria y por lo tanto, autorizar el cobro de dicha tasa implicaría una evidente contradicción con los principios enfáticamente reconocidos por el texto constitucional. En la sentencia, los jueces del Máximo Tribunal sostuvieron que autorizar una delegación que carece de límites precisos, importaba una "deslegalización tributaria o penal" y que determinar el importe o las escalas aplicables de las tasas es una facultad exclusiva del Congreso, y tal facultad no puede delegarse, ya que respecto de las tasas también rige el principio de legalidad, por el cual ninguna carga puede ser exigible sin la preexistencia de una disposición legal encuadrada dentro de los preceptos y recaudos constitucionales.

Para finalizar, extrajo del fallo analizado una conclusión clara: la Constitución Nacional en su art. 76 autoriza la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, pero dicha autorización se encuentra limitada a determinadas condiciones: 1) Determinación de las bases de la delegación, 2) Establecimiento de plazo y 3) Materias determinadas de administración o emergencia pública.

Baistrocchi también se refiere a la causa "Colegio Público de Abogados de Capital Federal", precedente en el que la Corte estableció cuál es el test para analizar la constitucionalidad de los decretos delegados, basándose en la redacción que hacen el art. 76 y del 100 inc. 12 de la Constitución Nacional que establecen los requisitos básicos que deben cumplir los decretos dictados en uso de las facultades delegadas. En su análisis hizo un preciso comentario sobre el requisito mencionado anteriormente. Según el art. 76 de la Constitución Nacional los decretos deben mantenerse dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca. Pero en este fallo los jueces realizaron un análisis todavía más profundo sobre este requisito y desprenden dos premisas: 1) la delegación sin bases está prohibida y 2) cuando las bases estén formuladas en un lenguaje demasiado genérico e indeterminado, la actividad delegada será convalidada por los tribunales si el interesado supera la carga de demostrar que la disposición dictada por el Presidente es una concreción de la específica política legislativa que tuvo en miras el Congreso al aprobar la cláusula delegatoria de que se trate.

Esta última premisa establece un remedio constitucional: cuando la delegación sea demasiado ambigua se invierte la carga de la prueba y es el interesado en su validez el que debe probar que la disposición dictada por el Presidente está en consonancia con

el espíritu de la ley. Este supuesto es lo que sucedió en el caso "Colegio Público de Abogados de Capital Federal".<sup>23</sup>

Como vimos en la primera etapa de su jurisprudencia, la Corte Suprema amplió el concepto de facultades reglamentarias (el poder del órgano ejecutivo para reglar los detalles para la ejecución de la ley), permitiendo así que muchos actos, a pesar de tratarse de actos legislativos evidentes, sean constitucionales. Por el contrario, luego de la reforma de la Constitución en 1994 y el dictado del art. 76, el Poder Judicial entra en una etapa menos permisiva en esta materia, alejándose de la jurisprudencia existente hasta ese momento. Reitera la importancia de la delegación legislativa como una excepción a la regla y establece los requisitos para que una delegación legislativa de facultades en el Poder Ejecutivo sea constitucional.

Los fallos "Selcro S.A. c. Jefatura de Gabinete" y "Colegio de Abogados" marcan el comienzo de esta segunda etapa. Ambas sentencias reiteran la importancia de la prohibición de la delegación legislativa, clave para respetar la división de poderes propia del sistema republicano de gobierno y generar un equilibrio en el funcionamiento de los tres órganos del poder del Estado.<sup>24</sup>

#### **IV- Conclusión**

Tal como lo adelanté en la introducción, comparto los fundamentos del voto minoritario de la Causa "Camaronera Patagónica SA", ya que luego del extenso análisis se puede advertir que no surge nítida de ninguna ley delegante, ni de ningunas de las leyes nombradas como ratificatorias, las bases de política legislativa, mucho menos los límites respecto de los cuales el Poder Ejecutivo podía ejercer la facultad de fijar un elemento de la obligación, como es la alícuota, tan esencial para dar magnitud al hecho imponible, aspecto éste que hace al derecho tributario sustancial. La situación de crisis, permanentemente invocada, para legitimar actos que nacen *contra legem*, constituye la más peligrosa de las políticas, y el más peligroso instrumento contra el régimen representativo y republicano de gobierno adoptado por nuestros convencionales constituyentes.

Parece que con este antecedente "Camaronera Patagónica" la corte comienza a desandar aquel camino que había marcado con los fallos "Selcro S.A. c. Jefatura de

---

<sup>23</sup> BAISTROCCHI, E, op.cit. p. 114.

<sup>24</sup> Íd.

Gabinete" y "Colegio de Abogados" que tan magistralmente habían fijado las pautas precisas para que la legislación delegante superara el test de constitucionalidad.

Para culminar, nada más acertado que las palabras pronunciadas por Sebastián Soler –invocado también por los ministros disidentes– en su dictamen de Fallos: 247:121:

“Cuando un determinado poder, con el pretexto de encontrar paliativos fáciles para un mal ocasional, recurre a las facultades de que no está investido, crea, aunque conjure aquel mal, un peligro que entraña mayor gravedad y que una vez desatado se hace de difícil contención: el de identificar atribuciones legítimas en orden a lo reglado, con excesos de poder. Poco a poco la autoridad se acostumbra a incurrir en extralimitaciones, y lo que en sus comienzos se trata de justificar con referencia a situaciones excepcionales o con la invocación de necesidades generales de primera magnitud, se transforma, con mayor, o menor tiempo, en las condiciones normales del ejercicio del poder. Ocurre después algo peor. Los mismos gobernados se familiarizan con el ejercicio, por parte del gobierno, de atribuciones discrecionales para resolver problemas. Y entonces, consiente o subconscientemente, pero siempre como si el derecho escrito vigente hubiera sido sustituido o derogado por un nuevo derecho consuetudinario, cada sector de la comunidad exige, si está en juego su propio interés y es preciso para contemplarlo, que la autoridad recurra a cualquier exceso o desvío de poder. A cualquiera, no importa en qué medida, basta que sea idóneo para que la pretensión reclamada sea inmediata y favorablemente acogida; y así como su concesión no comprometa el patrimonio estatal será más fácil y cómodo para el gobierno acordar a lo pedido que negarlo. De esto se hace después una práctica. Así se va formando lo que se da en llamar “una nueva conciencia”. Nada va quedando ya que sea pertinente por imperio de la ley o a través de sus instituciones, y el derecho se adquiere, se conserva o se pierde sin más causa que la propia voluntad del gobernante la benevolencia sectaria con que hace funcionar su discrecionalidad”.

***La necesaria armonización impositiva local en el marco de la ley de coparticipación. Las “características básicas” del IIBB como regla de homogeneidad***

**\*Por Leonardo Andrés Behm**

**I- Introducción**

Las siguientes líneas abordarán una cuestión más que interesante relativa al federalismo fiscal argentino en lo que a la tributación local refiere, más precisamente en materia de Impuesto sobre los Ingresos Brutos (IIBB, en adelante).

En el marco *supra* indicado se hará una breve mención a los principales lineamientos que nutrieron la sentencia “Cooperativa Farmacéutica de Provisión y Consumo Alberdi LTDA c/ Provincia del Chaco s/ amparo” (CSJ 1490/2019), expedida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN, en adelante) el 19 de marzo de 2024.

Dicha sentencia resalta un asunto fundamental de la Ley de Coparticipación Federal de Impuestos: la misma se alza como un límite al poder tributario local, por cuanto impone reglas de coordinación o armonización fiscal que las jurisdicciones locales, indefectiblemente, deben observar por cuanto han adherido a esa norma sin limitaciones ni reservas.

Si bien la justicia local ya había resuelto, en años anteriores, asuntos de la misma naturaleza a los analizados en “Cooperativa Farmacéutica de Provisión y Consumo Alberdi LTDA”, esta sentencia de la CSJN resulta trascendente atento a la relevancia institucional del referido Tribunal Supremo.

**II- Cuestión litigiosa**

La cuestión objeto de litigio giró en torno a la posibilidad de que los Fiscos locales graven con el IIBB actividades desarrolladas por entes sin fines de lucro. Ello, en virtud de lo normado por el art. 9.b.1 de la Ley N° 23.548 (de Coparticipación Federal de Impuestos) que establece: “En lo que respecta a los impuestos sobre los ingresos brutos, los mismos deberán ajustarse a las siguientes características básicas: Recaerán sobre los ingresos provenientes del ejercicio de actividades empresarias (incluso unipersonales) civiles o comerciales con fines de lucro, de profesiones, oficios, intermediaciones y de toda otra actividad habitual excluidas las actividades realizadas en relación de dependencia y el desempeño de cargos públicos”.

En el caso en concreto se trató de una cooperativa regulada por la Ley 20.337 a la cual un Fisco provincial (Chaco) le determinó deuda tributaria respecto de la venta, a sus farmacias asociadas, de ciertos productos de perfumería y artículos de tocador, como así también por la totalidad de las transacciones efectuadas con farmacias no asociadas<sup>1</sup>.

### **III- La onerosidad y el fin de lucro**

Debe ponerse de resalto preliminarmente, para mayor ilustración del lector, la siguiente cuestión estrictamente conceptual: la diferencia entre onerosidad y lucro, ya que ambas cuestiones no siempre se identifican. Así, cabe indicar que la onerosidad implica la existencia de una contraprestación a cambio de una actividad desplegada por un sujeto<sup>2</sup>, mientras que la finalidad de lucro exige un propósito de obtener algún tipo de beneficio.

En consecuencia, entes sin fines de lucro pueden válidamente realizar actividades onerosas sin que ello transforme su esencia no lucrativa (ej. una cooperativa regida por la Ley 20.337 que vende determinados productos o mercaderías, o un club que cobra entrada en un espectáculo deportivo, cuya recaudación la afecta o destina a los fines u objetos de su creación<sup>3</sup>).

Efectuada esta aclaración preliminar y conceptual se estudiará, a renglón seguido, lo resuelto por la CSJN en la sentencia aquí analizada.

### **IV- Lo resuelto por la CSJN**

La sentencia emitida en los autos “Cooperativa Farmacéutica de Provisión y Consumo Alberdi LTDA c/ Provincia del Chaco s/ amparo” resolvió hacer lugar al Recurso Extraordinario Federal (en rigor de verdad, a la queja involucrada) y revocar la sentencia apelada, devolviendo el expediente al Superior Tribunal de Justicia del Chaco a los efectos de que el mismo resuelva en torno a los lineamientos que la CSJN estableciera en su decisorio.

Cabe mencionar que la Cooperativa Farmacéutica de Provisión y Consumo Alberdi LTDA había interpuesto, en la justicia local, una acción de amparo contra la Provincia del Chaco, a fin de obtener la declaración de inconstitucionalidad del art. 116

---

<sup>1</sup> El Fisco chaqueño sólo consideró como exentas del IIBB las ventas de medicamentos realizadas por la Cooperativa a sus farmacias asociadas.

<sup>2</sup> El CCyC (artículo 967) establece que los contratos “son a título oneroso cuando las ventajas que procuran a una de las partes les son concedidas por una prestación que ella ha hecho o se obliga a hacer a la otra”.

<sup>3</sup> En general los Códigos Fiscales contienen exenciones que van en este sentido, pero las limitan a las actividades desarrolladas entre el ente sin fines de lucro y sus asociados o miembros.

del Código Tributario provincial<sup>4</sup> en virtud del cual se le había determinado deuda en concepto de IIBB por su actividad, sin fines de lucro, desarrollada en el territorio provincial.

Ante dicho planteo, la máxima instancia jurisdiccional chaqueña se expidió a favor de la mentada gravabilidad en el IIBB, convalidando el art. 116 del Código Fiscal de Chaco por cuanto, a su entender, esa norma no violaba sino que complementaba la Ley N° 23.548. Según sostuvo el Superior Tribunal del Chaco ambas normas (el Código Fiscal local y la Ley N° 23.548) constituían “parte del marco jurídico que regula el impuesto sobre los ingresos brutos”<sup>5</sup>.

Destacó el Superior Tribunal del Chaco, para resolver como lo hizo, que el IIBB “no tiene en cuenta consideraciones personales del sujeto pasivo, sino que recae sobre el total de los ingresos brutos devengados originados en el ejercicio habitual de cualquier actividad comercial, industrial, de servicios, etc.”.

#### **V- Admisibilidad del recurso extraordinario**

El decisorio de la CSJN, debe aclararse, se enmarcó en la doctrina de la arbitrariedad que permite la admisión, en torno a criterios jurisprudenciales, del recurso extraordinario federal, más allá de lo normado por la Ley N° 48.

Sostuvo el Tribunal que “los agravios del recurrente suscitan cuestión federal bastante para habilitar la vía intentada sin que obste a ello que las cuestiones debatidas sean de derecho público local<sup>6</sup> y, como regla, ajenas al recurso del art. 14 de la ley 48. Ello es así, toda vez que lo decidido sobre temas de esa índole admite revisión en

---

<sup>4</sup> Que establece que “por el ejercicio habitual y a título oneroso en jurisdicción de la Provincia del Chaco de comercio, industria, profesión, oficio, negocio, locaciones de bienes, obras o servicios, inversión de capital o cualquier otra actividad, civil o comercial, lucra ti va o no cualquiera sea la naturaleza del sujeto que la preste, incluidas las sociedades cooperativas y las asociaciones mutualistas, y el lugar donde se realice (incluso en zonas portuarias, aeropuertos, terminales de transporte y en general edificios y lugares de dominio público y privado), se pagará un impuesto conforme a las normas que se establecen en el presente título”.

<sup>5</sup> La sentencia de primera instancia rechazó la acción de amparo promovida por la Cooperativa sosteniendo que el art. 9.b, punto 1 de la ley 23.548 permitía gravar con el IIBB a “toda otra actividad habitual” sin requerir que persiga fines de lucro, de modo tal que alcanzaría a los ingresos brutos obtenidos por las cooperativas. Agregó que el art. 116 del CTP no contradecía al mencionado art. 9°, sino que lo complementaba y especificaba, pues esta última norma sólo establece las características básicas del impuesto sobre los ingresos brutos. Apelada la sentencia por la actora, la Cámara de Apelaciones confirmó dicha decisión.

<sup>6</sup> Ello en torno a los lineamientos (y sus derivaciones) establecidos en el fallo CSJN “Papel Misionero S.A.I.F.C. c/ Misiones, Provincia de s/ acción declarativa”, sentencia del 05/05/09, y lo sostenido por el mismo Tribunal en “Gas Natural Ban S.A el Provincia de Buenos Aires s/ violación del arto 22 de la Ley Nacional 23.966”, sentencia del 18/06/13. Así las cosas, las cuestiones vinculadas a la Ley de Coparticipación involucran derecho público local y, en consecuencia, no habilitan la instancia originaria de la CSJN o su jurisdicción en el marco del Recurso Extraordinario Federal.

supuestos excepcionales cuando, como ocurre en autos, el criterio seguido por el fallo al aplicar normas locales (en este caso, el art. 9º, inc. b, punto I, de la ley 23.548) conduce a un apartamiento inequívoco de su contenido y finalidad (arg. Fallos: 318:1695) y lo resuelto no encuentra fundamento sino en una exégesis inadecuada de la norma aplicable que la desvirtúa y vuelve inoperante (Fallos: 319:2476; 320:2841; entre otros). Tales vicios impiden considerar que la resolución apelada constituya una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa (Fallos: 311:1826; 316:2382; entre otros), lo que impone su descalificación bajo la doctrina de la arbitrariedad de sentencias”.

De esta manera, la CSJN entendió que la interpretación del Superior Tribunal chaqueño desvirtuaba y volvía inoperante “la solución normativa prevista en la ley de coparticipación federal de impuestos actualmente vigente, lo que torna arbitraria la sentencia en este punto”, por lo que la resolución apelada resultaba arbitraria debiendo “ser descalificada como acto jurisdiccional válido (Fallos: 308 :1796; 311:2548; 319:2676; 326:4515; 331:964; 337:567; 339:459; 340:2021; 341:961; entre muchos otros)”.

## **VI- Principales argumentos del fallo**

Los argumentos esgrimidos por la CSJN para fallar de la manera en que lo hizo fueron los siguientes:

- 1) El art. 9.b de la Ley de Coparticipación regula las “características básicas” a las cuales deben ajustarse las leyes provinciales que regulan el IIBB, con el fin de que las mismas “tengan cierto grado de homogeneidad en lo que hace, fundamentalmente, a la base y al hecho imponible” del tributo.
- 2) La interpretación realizada por el Superior Tribunal chaqueño “desvirtúa y vuelve inoperante la solución normativa prevista en la ley de coparticipación federal de impuestos”. “En efecto, la ley de coparticipación federal dispone en su art. 9º una serie de obligaciones que asumen las provincias (por sí y por sus municipios) que adhieren voluntariamente a su régimen (Fallos: 341:939, consid. 8º), entre las que se encuentra la de ajustarse a las características básicas del impuesto sobre los ingresos brutos, de modo de alcanzar el grado de homogeneidad normativa perseguido por el régimen”. “Bajo tales premisas, la sentencia apelada incurrió en un desacierto de extrema gravedad al confirmar la interpretación de las instancias anteriores, que equivale atribuir a la expresión “características básicas” el sentido

de pautas mínimas para complementar y especificar el impuesto según los propios intereses locales, pues dicha interpretación va en desmedro patente del mencionado propósito de homogeneidad normativa perseguido por la ley de coparticipación federal de impuestos respecto del impuesto sobre los ingresos brutos”.

- 3) “Las normas deben interpretarse de conformidad con el sentido propio de las palabras, computando que los términos utilizados no son superfluos, sino que han sido empleados con algún propósito, sea de ampliar, limitar o corregir los preceptos (Fallos: 200 :165; 315:1256; 326:2390; entre muchos otros)”. Ante ello, “la interpretación de la sentencia recurrida que permite gravar con el impuesto sobre los ingresos brutos a toda otra actividad habitual onerosa, aunque sea realizada sin propósito de lucro, torna superflua y carente de toda operatividad a la expresión “con fines de lucro” empleada por el art. 9º, inc. b), pto. I, de la ley 23.548. En efecto, al atribuir a la expresión “ejercicio de toda otra actividad habitual”, empleada en la parte final de la norma citada, el carácter de una cláusula residual que habilitaría a gravar con el impuesto a cualquier actividad habitual onerosa aunque carezca de propósito de lucro, el tribunal a quo ha desvirtuado y vuelto inoperante el texto expreso que exige la finalidad de lucro”.

De esta manera, la CSJN hace lugar a la queja interpuesta por la Cooperativa actora y, en consecuencia, declara procedente el Recurso Extraordinario revocando la sentencia apelada. Ante ello, el Tribunal dispuso que los autos vuelvan a la justicia chaqueña a fin de que ésta dicte un nuevo fallo con arreglo a los lineamientos expuestos *supra*<sup>7</sup>.

## VII- Objetivos de la Ley N° 23.548

La CSJN, al resolver de la manera en que lo hace, repara concretamente en uno de los tres objetivos perseguidos por el federalismo fiscal.

Cabe indicar que el federalismo fiscal (o de concertación fiscal) busca concretamente: a) sentar las bases de un federalismo que tienda a compensar diversas asimetrías propias de un país federal y extenso como el nuestro (al distribuir recursos en

---

<sup>7</sup> Por su voto el Dr. Rosatti, no el resto de los jueces del Tribunal, expresa que “lo aquí decidido no implica adoptar un criterio sobre el fondo del asunto”, más allá de arribar todos los Magistrados a la misma resolución.

torno a criterios solidarios más no devolutivos); b) evitar múltiples imposiciones; y c) armonizar o coordinar potestades tributarias.

*a) La cuestión en el fallo “Cooperativa Farmacéutica de Provisión y Consumo Alberdi LTDA c/ Provincia del Chaco s/ amparo”.*

Al sentenciar el caso bajo estudio la CSJN reparó en el objetivo c) precedentemente mencionado, sosteniendo que “la ley de coparticipación federal dispone en su art. 9º una serie de obligaciones que asumen las provincias (por sí y por sus municipios) que adhieren voluntariamente a su régimen...entre las que se encuentra la de ajustarse a las características básicas del impuesto sobre los ingresos brutos, de modo de alcanzar el grado de homogeneidad normativa perseguido por el régimen”.

Esto también fue destacado en el Dictamen de la Procuración emitido en el caso, donde se señaló que “A partir de las reformas dispuestas por la ley 22.006 se intentó...introducir una política uniforme adicional: armonizar la configuración técnica de los recursos tributarios reservados a las provincias, en particular los impuestos sobre los ingresos brutos y de sellos, sometidos a una serie de directrices en cuanto a sus características básicas, a los cuales debían ajustarse las respectivas leyes provinciales que regularan tales gravámenes”.

*b) Origen de las pautas de armonización.*

Estas pautas de armonización fueron insertas originalmente por el art. 2º de la Ley 22.006, la que modificó el art. 9.b de la entonces vigente Ley de Coparticipación Federal (Nº 20.221).

Estas pautas, en lo que al IIBB interesa, apuntaron a que el Convenio Multilateral pudiera “funcionar orgánica y racionalmente”, lo que requería del establecimiento de parámetros de homogeneidad en lo que hace, fundamentalmente, a la base y al hecho imponible del tributo. De esta manera, entre otras cuestiones, se dispuso que el IIBB recaería “sobre los ingresos provenientes del ejercicio de actividades, empresarias (incluso unipersonales), civiles o comerciales, con fines de lucro, de profesiones, oficios, intermediaciones y de toda otra actividad habitual, excluidas las actividades realizadas en relación de dependencia y el desempeño de cargos públicos”.

Dentro del objetivo perseguido por la Ley 22.006 (según exponen sus fundamentos) resultó necesario determinar que “la realización de cualquier actividad que intrínsecamente sea, por naturaleza, susceptible de producir lucro, se encuentre gravada,

con prescindencia de que se obtenga o no ese resultado. Tal así, por tratarse de un impuesto indirecto, de carácter universal que debe ajustarse al principio de neutralidad”.

Posteriormente, estas pautas de armonización tributaria insertas en la Ley 20.221 fueron replicadas, en su integridad, en la Ley 23.548 (art. 9.b<sup>8</sup>), es decir, en el régimen de Coparticipación Federal de Impuestos que rige en la actualidad.

Ello, por cuanto la concertación fiscal federal busca, a través de políticas uniformes<sup>9</sup>, no sólo consensuar acuerdos en materia de distribución de recursos fiscales<sup>10</sup> sino también armonizar o coordinar los poderes tributarios entre varias jurisdicciones, disciplinando en consecuencia el ejercicio de sus facultades para evitar superposiciones tributarias<sup>11</sup>. “Concertar”, entonces, involucra “las ideas de armonía, pacto, acuerdo, buen orden y disposición de las cosas, porque consiste precisamente en llevar objetos o intereses diversos a identidad de fines”<sup>12</sup>.

c) *Lo resuelto, en este sentido, respecto del Impuesto de Sellos.*

Cabe recordar que la importancia de la coordinación o armonización fiscal fue también destacada por la CSJN, en reiteradas ocasiones, en supuestos donde se involucraba el concepto de “*instrumento*” para gravar con el Impuesto de Sellos<sup>13</sup>. Esto

---

<sup>8</sup> Que establece: “La adhesión de cada provincia se efectuará mediante una ley que disponga:..1. En lo que respecta a los impuestos sobre los ingresos brutos, los mismos deberán ajustarse a las siguientes características básicas: Reaerán sobre los ingresos provenientes del ejercicio de actividades empresarias (incluso unipersonales) civiles o comerciales con fines de lucro, de profesiones, oficios, intermediaciones y de toda otra actividad habitual excluidas las actividades realizadas en relación de dependencia y el desempeño de cargos públicos”.

<sup>9</sup> CSJN, Fallos: 322:1781, 1999.

<sup>10</sup> CSJN, Fallos: 338:1356, 2015.

<sup>11</sup> CSJN, Fallos: 338:845, 2015.

<sup>12</sup> BARRERA BUTELER, G, “Federalismo de concertación”, Revista Digital de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, 2021, disponible en [www.aadconst.org.ar/revistadigital](http://www.aadconst.org.ar/revistadigital), p.1.

<sup>13</sup> La Ley de Coparticipación no sólo fija pautas de armonización del IIBB tal cual se ha venido exponiendo (conf. art. 9.b.1), sino que en su art. 9.b.2 hace lo propio para el Impuesto de Sellos. Así, se determina que “2. En lo que respecta al impuesto de sellos recaerá sobre actos, contratos y operaciones de carácter oneroso instrumentados, sobre contratos a título oneroso formalizados por correspondencia, y sobre operaciones monetarias que representen entregas o recepciones de dinero que devenguen interés, efectuadas por entidades financieras regidas por la Ley 21.526. Se entenderá por instrumento toda escrituras, papel o documento del que surja el perfeccionamiento de los actos, contratos y operaciones mencionados en la primera parte del párrafo anterior, de manera que revista los caracteres exteriores de un título jurídico por el cual pueda ser exigido el cumplimiento de las obligaciones sin necesidad de otro documento y con prescindencia de los actos que efectivamente realicen los contribuyentes. La imposición será procedente, tanto en el caso de concertaciones efectuadas en la respectiva jurisdicción, como en el de las que, efectuadas en otras, deban cumplir efectos en ella, sean lugares de dominio privado o público, incluidos puertos, aeropuertos, aeródromos, estaciones ferroviarias, yacimiento, y demás lugares de interés público o utilidad nacional sometidos a la jurisdicción del Estado Nacional, en tanto esa imposición no interfiera con tal interés o utilidad. Cuando se trate de operaciones concertadas en una jurisdicción que deban cumplimentarse en otra u otras, la nación y las provincias incorporarán a sus legislaciones respectivas cláusulas que contemplen y eviten la doble imposición interna”.

debido a que la Ley N° 23.548 determina qué debe entenderse por tal, limitando el poder tributario en pos de lograr la homogeneidad regulatoria entre los Fiscos locales adheridos al régimen.

Así, ha sostenido el Máximo Tribunal<sup>14</sup> que estas regulaciones tienen “la finalidad autónoma de evitar la regulación dispar del impuesto en las diversas jurisdicciones” y que “la fijación original de las pautas caracterizadoras de los gravámenes estuvo orientada a restringir dentro de cauces uniformes el ejercicio del poder tributario local, para obtener un mínimo de homogeneidad en la imposición autorizada, y que también se tuvo en miras evitar anticipadamente, por medio de dicho marco regulatorio, la eventual superposición del impuesto de sellos con otros tributos nacionales coparticipados”. De esta manera, se ha indicado que “En esa inteligencia, es que se adopta el requisito de la instrumentación como política uniforme para la configuración de la hipótesis de incidencia del impuesto de sellos”.

### **VIII- Derivaciones de la sentencia**

Las derivaciones del fallo analizado no resultan ser menores. Si bien la sentencia de la CSJN dictada en “Cooperativa Farmacéutica de Provisión y Consumo Alberdi” resuelve un asunto que ya había encontrado algunos pronunciamientos en la justicia local (por ejemplo, en la justicia tucumana<sup>15</sup> y bonaerense<sup>16</sup>), su importancia radica en que el Máximo tribunal fija un canon interpretativo claro en virtud del cual habilita su instancia derivada ante interpretaciones de la Ley N° 23.548 que no se ajusten al mismo. Desentender ello, según el Máximo tribunal, involucra un claro caso de arbitrariedad.

La CSJN ha establecido una regla interpretativa fundamental del art. 9.b de la Ley de Coparticipación, en lo que a la armonización y homogeneidad del IIBB respecta: la regla de las “características básicas” del IIBB. Si bien la sentencia sólo analiza la cuestión regulada en uno de los incisos del art. 9.b.1, sin duda lo resuelto en el fallo analizado se hace extensivo al resto de los apartados de la norma.

<sup>14</sup> CSJN, Fallos 342:971 (2019), entre varias sentencias.

<sup>15</sup> CSJT, “Coop. Farmacéutica de Provisión y Consumo Alberdi Ltda. c/Prov. de Tucumán s/inconstitucionalidad”, sentencia del 02/03/17.

<sup>16</sup> SCBA, Fallos A.75800, “Asociación Bancaria c/ Tribunal Fiscal de Apelación y Otros s/ Impugnación de resolución-Recurso Extraordinario de Inaplicabilidad de Ley”, sentencia del 12/08/22. En este caso la Suprema Corte bonaerense rechazó los recursos extraordinarios interpuestos por el Fisco, quedando firme en consecuencia la resolución de la Cámara en lo Contencioso Administrativo con asiento en la ciudad de La Plata.

Lo expuesto *supra* reporta gran importancia debido a que la mayoría de las jurisdicciones locales (por no decir todas) gravan con el IIBB actividades sin importar si involucran o no finalidad de lucro. Es decir, las jurisdicciones locales se encuentran contrariando el estándar interpretativo establecido por la CSJN en el fallo aquí estudiado.

Ahora bien, cabe seguidamente hacer una aclaración al respecto, en relación al Consenso Fiscal 2021.

### **IX- Una posible solución pactista**

No debe pasarse por alto que esta situación conflictiva, desde fines de 2021 o principios de 2022, ha encontrado una solución de la mano del propio federalismo fiscal, lo que habilitaría la gravabilidad (en el IIBB) de las actividades que no persiguen fines de lucro.

Dicha solución se deriva del Consenso Fiscal 2021 (respecto de los Fiscos que han adherido al mismo), el cual expresamente dispone que en relación al IIBB las Provincias se comprometen a determinar que su hecho imponible, entre otras cuestiones, alcanzará al ejercicio habitual y a título oneroso (lucrativo o no) de cualquier actividad, independientemente de la naturaleza del sujeto que las realice (Cláusula SEGUNDA, pto. a).

Debe indicarse que no es la primera vez que un pacto fiscal federal de la naturaleza del Consenso 2021 modifica los alcances de la Ley 23.548. Ello aconteció, por ejemplo, con el denominado Pacto Fiscal I en virtud del cual se dispuso la detracción del 15% de la masa coparticipable con destino a la ANSES o los Pactos que establecieron el reparto de montos fijos en concepto de coparticipación a las Provincias (como ser, el denominado Acuerdo Federal de 1999).

Así las cosas, desde la ratificación legislativa (por parte de la Provincia de que se trate) del referido Consenso, el cual integra el federalismo fiscal de concertación al igual que la Ley N° 23.548, la situación ha encontrado una solución pactista. Ahora bien, la cuestión conflictiva podría seguir encuadrando dentro de los postulados esgrimidos por la CSJN, en la sentencia aquí analizada, para los periodos fiscales previos a tal ratificación legislativa o cuando el pleito involucre jurisdicciones que no han adherido al Consenso Fiscal 2021.

Lo expuesto precedentemente no implica obviar los siguientes asuntos: a) la particular naturaleza de los entes que no persiguen fines de lucro exige que los mismos sean gravados de una manera diferencial; y b) el fallo bajo análisis establece reglas

interpretativas fundamentales respecto de la armonización tributaria local regulada en el art. 9.b.1 de la Ley 23.548 en su totalidad, cuestión que no se limita a la presencia de fines de lucro en la gravabilidad del IIBB, sino que también se proyecta a todos los incisos de dicho art. y al punto 2 del mismo (relativo al Impuesto de Sellos).

### **X- Palabras finales**

La sentencia de la CSJN que aquí se aborda arroja luz a un asunto ampliamente debatido que ya había encontrado algunas soluciones en la justicia local y que involucra un asunto más que importante en la tributación local: el rol de las reglas de armonización tributaria en el marco de la Ley de Coparticipación.

La resolución de la Corte es clara al respecto: el IIBB no puede recaer sobre actividades que no persiguen fines de lucro y una postura en contrario, de la justicia local, involucra un supuesto de arbitrariedad que abre su instancia derivada.

La cuestión se torna interesante desde que la CSJN profundiza en lo que denomina “*características básicas*” del tributo, es decir, las premisas de armonización reguladas en el art. 9° inc. b) punto 1 de la Ley 23.548. Armonizar, así, implica el establecimiento de características básicas del tributo de que se trate, las que no pueden ser desatendidas por los Fiscos locales. Estas características básicas, indica el Tribunal, no constituyen pautas mínimas para complementar y/o especificar el IIBB según los propios intereses locales<sup>17</sup>.

Así las cosas, armonizar los tributos locales (en su hecho o base imponible) implica necesariamente limitar los poderes tributarios de dicha naturaleza, estableciendo los elementos constitutivos de los tributos sujetos a reglas de armonización. Tal como oportunamente dispusiera la Ley N° 22.006 “si estos elementos constitutivos de la imposición no se encuentran claramente reglados, no es difícil entender que se produzcan desfases legales entre las distintas jurisdicciones que llevan a dificultar la obligación del contribuyente y la administración fiscal, al tiempo que pueden constituirse en factores de iniquidad tributaria”.

Desconocer la premisa precedente, según lo resuelto por la CSJN, implica un “desacierto de extrema gravedad” ya que “desvirtúa y vuelve inoperante la solución normativa prevista en la ley de coparticipación federal de impuestos” en el referido art. 9°.

---

<sup>17</sup> DARÓ, M, J, “Jurisprudencia comentada. Riqueza intrínseca. Cooperativos, fin de lucro y más. A propósito del pronunciamiento de la CSJN en “Cooperativa Farmacéutica de Provisión y Consumo Alberdi LTDA c/ Provincia del Chaco s/ amparo”, Errepar, Práctica Integral Santa Fe, XVII, Abril, 2024, p. 5.

Ahora bien, desde fines de 2021 esta cuestión conflictiva parece haber encontrado una solución de la mano del propio federalismo fiscal, por cuanto el Consenso 2021 habilitaría, a los Fiscos que han adherido al mismo, gravar con el IIBB a las actividades desarrolladas sin fines de lucro.



## *Régimen de las indicaciones geográficas y denominaciones de origen para productos agrícolas y alimentarios en la Argentina*

**\*Por Paola Gabriela Laurini Rodríguez y Elena Marta Schiavone**

### **I- Introducción**

Las Indicaciones Geográficas y su protección han sido consideradas una disciplina menor en el campo de la Propiedad Intelectual, pese a haber constituido la primer “marca” o modo de identificar productos con calidad específica en la historia del comercio: Históricamente, productos provenientes de lugares determinados eran más vendidos que otros comparables, provenientes de otras regiones, por su especial calidad o sabor, que podía provenir tanto de factores geográficos (suelo, climas) como de habilidades o técnicas locales de producción. De este modo, el nombre geográfico se confunde con el producto que ahí se originó; lo que gesta la demanda de protección por los productores locales frente a usos indebidos por terceros, que tratan de aprovechar esa reputación

La importancia del tema para el comercio se trasunta en la aparición de las primeras normas de orden público internacional sobre represión de las indicaciones de procedencia falsas o engañosas, aparece en Convenio de Paris para la Protección de la Propiedad Industrial, concluido por 1° vez en 1883 y revisado varias veces, la última en 1967<sup>1</sup>, que incluye a las indicaciones de procedencia (sin definir las) dentro de los objetos de protección enunciados el art. 1, así como a las indicaciones de procedencia falsas o confusas, dentro de los supuestos de competencia desleal (art. 10 bis). Pronto comenzaron a aparecer las primeras legislaciones nacionales en países europeos.

Las indicaciones geográficas son sellos de calidad públicos, y a la vez, son signos distintivos como derechos de propiedad intelectual, cuya principal función es la distinguir los bienes y servicios que las ostentan, de otros.

En la literatura jurídica, actualmente se utiliza un genérico “indicadores de origen geográfico”, que abarca todos aquellos signos que se utilizan para vincular productos con su origen geográfico. Reconocen varias categorías: a) las simples indicaciones de procedencia, que son neutras respecto de la calidad de los productos que las exhiben; meramente indican que los mismos provienen de un lugar determinado; y b) las indicaciones calificadas: indicaciones geográficas calificadas (IGC) que refieren a un

---

<sup>1</sup> Argentina lo ratificó mediante Ley 17011 (10/11/1966), en la versión del Acta de Lisboa de 1958; y mediante Ley 22195 (17/3/1980), en la versión del Acta de Estocolmo, de 1967.

nombre geográfico que indica una zona de producción de un determinado producto, cuyas características diferenciales se deben a factores naturales y/o humanos: son calificadas en cuanto indican no sólo el origen del producto sino una calidad específica asociada al mismo.

La esencia de la diferenciación y valorización de un producto mediante una IGC, es proteger y comunicar la presencia de una determinada calidad específica vinculada al origen geográfico, aquello que lo hace “distinto” a similares de su tipo; que se finca en el vínculo producto-territorio

Sólo las IGC –que incluyen a las IG y a las DO- forman parte de los derechos de propiedad intelectual. Ésta confiere el uso del nombre y del logo o emblema que se registre junto a éste, al grupo de productores (y a cada uno de sus integrantes) de la zona geográfica que cumple con los requisitos estipulados en el protocolo registrado, y brinda acciones legales y administrativas para excluir del mismo a quienes no cumplen con el protocolo y/o no están en la zona: es decir, protege de imitaciones y de apropiación indebida del uso del nombre y del logo o emblema.

Su fundamento es doble: por una parte, el consumidor debe ser protegido contra las prácticas engañosas; y por otra, al ser adoptado como signo distintivo por un grupo de productores de una zona geográfica, se reconoce a las indicaciones geográficas como un objeto protegido por la propiedad intelectual, permitiendo al colectivo de productores, excluir a terceros del uso de la indicación.

Las IG alcanzan un reconocimiento masivo mundial a partir del Acuerdo de Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC – o TRIPS en sus siglas inglesas), un tratado en el ámbito de la Organización Mundial del Comercio (OMC) organización que supervisa el sistema internacional que fija las condiciones de la competencia y el comercio, que dan 24 acuerdos multilaterales, incluyendo el Acuerdo sobre la Agricultura anexo al Acuerdo de Marrakech (1994), según el cual el comercio de productos agrícolas –campo de las IG- se hará mediante un sistema basado en reglas. Este tratado establece “estándares mínimos de protección” para todos los tipos de derechos de PI, ningún país miembro –que debe cumplirlos según su legislación y prácticas locales- puede otorgar una protección menor. En este tratado se fija el primer

conjunto de reglas internacionales sobre indicaciones geográficas, en cuatro partes principales<sup>2</sup>:

- (i) Una definición de las indicaciones geográficas: “indicaciones que identifiquen un producto como originario del territorio de un miembro o de una región o localidad de ese territorio, cuando determinada calidad, reputación u otra característica del producto sea imputable fundamentalmente a su origen geográfico” .Es decir que la protección se limita a las indicaciones calificadas (Art. 22).
- (ii) El régimen general de protección, para todas las indicaciones geográficas: productos agrícolas y alimentarios y elaborados (relojes, textiles, perfumes) en los que la calidad o ciertas características se puedan atribuir al origen geográfico. No obliga a los Miembros a reconocer un “derecho exclusivo”, sino a establecer los “medios legales” para prevenir ciertas conductas, tales como: a) la utilización de cualquier medio que en la designación o presentación del producto, indique o sugiera” un cierto origen geográfico distinto del verdadero, “de modo que induzca al público a error en cuanto al origen geográfico del producto” (Art. 22.2.a); b) cualquier otra utilización que constituya un acto de “competencia desleal” según lo estipulado en el Convenio de París (Art. 22.2.b); c) la obtención o subsistencia del registro de “una marca de fábrica o de comercio que contenga o consista en una indicación geográfica respecto de productos no originarios del territorio indicado, si su uso en ese Miembro es de naturaleza tal que induzca al público a error en cuanto al verdadero lugar de origen” (art.22.3).
- (iii) Un régimen especial aplicable a vinos y bebidas espirituosas, en el que la protección deviene más fuerte, ya que no está condicionada a una inducción de error en el público; es decir, como derecho específico de PI y bajo la disciplina general de la competencia desleal. Este tratado es muy relevante: hoy la OMC- Organización Mundial de Comercio- tiene 160 estados miembros; y todos han dictado o deben dictar normativas nacionales que respeten estos estándares.

---

<sup>2</sup> GEUEZE, M, “Las indicaciones geográficas en el Acuerdo Trips sobre Propiedad Intelectual”, su exposición en el I Seminario de Denominaciones de Origen, Buenos Aires, abril 1995, Editado por SAGPYA, 1996.

## II- Marco legal: Argentina

El sistema legal de reconocimiento y registro de las Indicaciones Geográficas (que incluyen las DO) se consolidó en el 2009, luego de un largo proceso iniciado en 1995 con la ratificación del ADPIC Ley 24.425, (1995). Se inserta en un marco legal previo y general, que estaba dado previamente por un conjunto de normas: tratados internacionales de propiedad industrial (Convenio de Paris y Acuerdo de Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, ADPIC), la Ley de Defensa del Consumidor, La ley de Lealtad comercial, el Código Alimentario Argentino y Normas de Rotulado, la ley de marcas que puede resumirse:

- a) Dos regímenes separados, con el propósito de seguir los distintos niveles de protección exigidos: vinos y bebidas espirituosas (1999): Ley 25.163 - y su reglamento, Decreto 57/2004, y otras normativas complementarias; y productos agrícolas y alimentarios (2000): Ley 25.380 modificada por la Ley 25.966 (2004) Decreto Reglamentario N° 556/2009 y normativas complementarias.
- b) Régimen específico “sui generis”, bajo registro específico otorgado por el Estado, separado en dos grandes grupos: Vinos y bebidas espirituosas de origen vínico: Ley 25.163; Productos Agrícolas y Alimentarios, Leyes 25.380 + 25.966.
- c) Con Autoridades de aplicación específicas y sectoriales: Instituto Nacional de Vitivinicultura, autoridad que ejerce la policía del comercio de los vinos y afines en todo el territorio nacional desde 1958, para Vinos y bebidas de origen vínico; EX Secretaría de Agricultura, Ganadería, Pesca y Alimentos, ahora Secretaria de Bioeconomía, para Prods. Agrícolas y Alimentarios; protección de IGs calificadas: indican origen + calidad específica derivada de éste.
- d) IGs directas: nombre geográfico que identifica un producto (no evocativos)
- e) Sistema voluntario y abierto.
- f) Brinda prioridad para marcas registradas vigentes. No coexistencia.
- g) Brinda tutela frente al uso indebido por terceros: fraude /error o engaño en el consumidor sobre el verdadero origen.
- h) No da un derecho exclusivo al uso del nombre en productos agroalimentarios, sino de exclusión como defensa contra la competencia desleal. Sí en vinos.
- i) Autorregulación y controles estatales aseguran que el producto en el mercado se corresponda con pliego/protocolo registrado.

- j) Prevé medios de exclusión, sanciones administrativas y acciones legales de defensa

### *IG y DO productos agrícolas y alimentarios en Argentina*

El presente artículo se focaliza en las Indicaciones Geográficas y Denominaciones de Origen de Productos Agrícolas y Alimentarios, excluyendo a los vinos, que tienen un régimen especial.

#### *1. Registro de Indicaciones Geográficas Calificadas (IGC)*

Para acceder a este derecho de propiedad intelectual, se requiere iniciar un trámite tendiente a que el Estado Argentino lo reconozca: .

##### *1.1.- Dos tipos o categorías:*

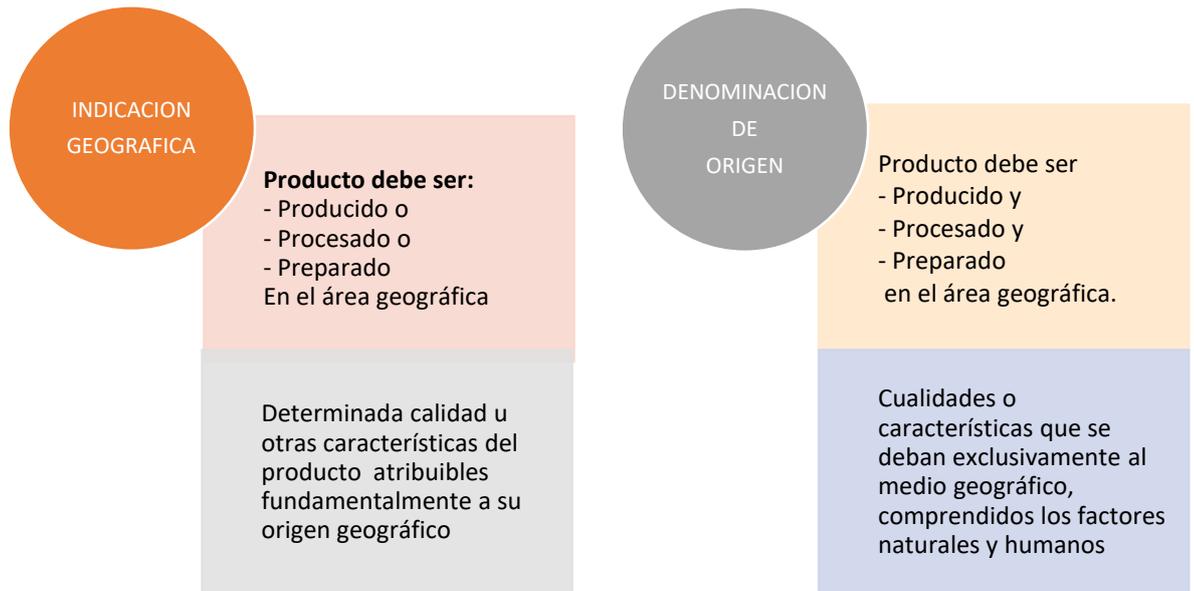
La ley 25.380 modificada por su similar 25.966 dispone dos tipos de IGC (artículo 2º), ambas calificadas como se indicara en el punto 1 de este capítulo:

a) Indicación geográfica (IG, de ahora en adelante) aquella que identifica un producto como originario, del territorio de un país, o de una región o localidad de ese territorio, cuando determinada calidad u otras características del producto sean atribuibles fundamentalmente a su origen geográfico.

b) Denominación de Origen (DO): El nombre de una región, provincia, departamento, distrito, localidad o de un área del territorio debidamente registrada que sirve para designar un producto originario de ellos y cuyas cualidades o características se deban exclusiva o esencialmente al medio geográfico, comprendidos los factores naturales y los factores humanos.

Es decir, las DO son una especie de las Indicaciones Geográficas, pero se destacan por su vínculo más estrecho calidad-territorio.

En el siguiente cuadro se resumen las diferencias:



### 1.2.- Nombres susceptibles de ser registrados como IG -DO

En Argentina se protegen los nombres geográficos, es decir, las indicaciones geográficas directas. Por ello, la IG o DO llevan el nombre de la región, asociado al tipo de producto: ejemplos: Chivito Criollo del Norte Neuquino Salame de Tandil, Salame de Colonia Caroya; Melones de Media Agua, Provincia de San Juan, etc.

*Que nombres NO se pueden registrar:* La Ley y el reglamento, en sus artículos 25 respectivos, establecen exclusiones a la elegibilidad de nombres geográficos como IG o DO, en consonancia con lo previsto por ADPIC y muchas legislaciones nacionales y regionales. No pueden registrarse como IG o DO: Denominaciones que se han convertidos en “genéricos”; Denominaciones registradas previamente como marcas, de buena fe, con registro vigente; Denominaciones que puedan inducir a error o engaño en los consumidores; los nombres similares a los de una IG-DO ya registrada.

### 1.3.- Quienes pueden solicitar el Registro

Sólo los productores, procesadores, fabricantes y comercializadores radicados en la zona geográfica y en la cadena del producto, pueden solicitar el registro. Asociados o no, depende de si se trata de una IG o de una DO. En Argentina a diferencia de otros países, no es posible la solicitud de reconocimiento de autoridades públicas (autoridades provinciales o municipales, o entidades de apoyo (institutos de investigación, de extensión o de desarrollo rural).

## 2. Indicación Geográfica (IG): requisitos y procedimiento

2.1.- *Quienes pueden solicitar el registro:* La Ley vigente en Argentina prevé que únicamente puedan solicitar “cualquier persona física o jurídica dedicada a la extracción, producción o fabricación del mismo en la zona respectiva (artículo 3°). El Art. 3° del Decreto Reglamentario 556/2009, detalla que, dado que el sistema es voluntario y abierto:

a) El registro de una indicación geográfica se hará a petición de quien demuestre tener un interés legítimo. A los efectos de este artículo, se considera que tienen interés legítimo: i) Las personas físicas o jurídicas que directamente se dediquen a la extracción, producción o elaboración del producto o los productos que se pretendan amparar con la indicación geográfica, en la zona que se trate, y/o; ii) Las cámaras o asociaciones de fabricantes y/o productores del producto a amparar por la indicación geográfica, siempre que estén estatutariamente autorizadas para ello.

b) Las solicitudes de inscripción deben ser hechas por un grupo de productores, asociados de hecho o formalmente como asociación civil sin fines de lucro.

#### 2.2.1. *Zona Geográfica:*

La determinación del área geográfica de producción se hará por el solicitante, mediante la presentación de mapas, croquis y dictámenes o informes que se expidan sobre la particularidad del área y su diferencia agro ecológica con las áreas vecinas.

#### 2.3.- *Que debe contener una Solicitud de Registro de una Indicación Geográfica:*

Atento a que una solicitud de reconocimiento de una IG es un trámite administrativo especial que debe presentarse ante la autoridad competente, el Decreto Reglamentario establece la forma y requisitos que deben cumplirse por los interesados. Así el artículo 16 establece que la solicitud de registro de una indicación geográfica se hará por las personas indicadas en el Artículo 3° de la Ley 25.380 (ver punto anterior), por escrito, en formulario o nota tipo que a los efectos diseñe la Autoridad de Aplicación, acompañado de un protocolo que exprese lo siguiente:

a) Delimitación del área geográfica: mediante la presentación de mapas, croquis y dictámenes o informes que se expidan sobre la particularidad del área y su diferencia agroecológica con las áreas vecinas.

b) Si se trata de un alimento, debe ser definido según las normas vigentes (Código Alimentario Argentino). En su caso, otras normas relativas al producto y/o su comercialización. Si corresponde, registro del producto alimentario, o constancia de

inicio del trámite de inscripción. Otros productos como fibras, lanas, maderas, plantas ornamentales deberán describirse según sus normativas o tipificaciones específicas.

c) Descripción a través de un Protocolo de la calidad/cualidad/característica/reputación/ tipicidad que se revela en el producto, atribuible al origen geográfico, y que lo hace diferente a otros similares producidos en otras zonas o regiones.

d) Descripción de la etapa o etapas del proceso productivo desarrollado en el área geográfica.

e) Acreditación del vínculo entre la zona de producción y la calidad o característica diferencial: Materias primas originales; las características del agua, del clima, suelo u otros factores; procesos o técnicas de producción típicas, artesanales, regionales u otras.

g) Declaración jurada sobre estimación de volumen comercializable de los productos amparados.

h) Métodos de control de la genuinidad de la producción: Se debe designar un responsable técnico —profesional universitario con incumbencias en la materia— u órgano de certificación externo, conforme normas en la materia.

i) Nombre de la indicación geográfica; logo, etiquetas, marbetes y otros elementos identificatorios propuestos.

j) Domicilio y persona autorizada a la ejecución del trámite de registro.

f) Aval Provincial: La documentación deberá ser avalada o certificada por la autoridad competente provincial donde se encuentre la zona geográfica.

### *3. Solicitud de registro de una denominación de origen*

#### *3.1.- Quienes pueden solicitar el registro:*

Se requiere que no sólo sean productores y otros integrantes de la cadena, de la zona, sino que deben hacerlo asociados en un Consejo de Denominación de Origen, con personería jurídica propia, bajo la forma de Asociación Civil sin fines de lucro (artículos 10 a 12), que llevará como razón social “Consejo de la Denominación de Origen de” (nombre del producto o tipo de producto y de la zona geográfica).

#### *3.2.- Cuales productos pueden solicitar registro:*

La ley específica en el artículo 4° que se considerará producto agrícola y/o alimentario amparable por una denominación de origen, a aquellos originarios de una región, provincia, departamento, localidad, área o zona, de reconocida tipicidad y originalidad que, producido en un entorno geográfico determinado, desarrolla cualidades

particulares que le confieren un carácter distinto al resto de los productos del mismo origen, aun en condiciones ecológicas y con tecnologías similares, por la influencia del medio natural y del trabajo del hombre.

El Reglamento agrega una serie de características, sobre cómo debe ser ese estrecho vínculo entre la calidad y el origen geográfico: Los productos agrícolas o alimentarios a ser amparados por una denominación de origen, se asocian objetiva y estrechamente al área geográfica cuyo nombre llevan.

Las dos (2) condiciones primarias de elegibilidad, son:

a) Las cualidades o características del producto deben derivarse, exclusiva o esencialmente del entorno geográfico particular del lugar de origen. Esta expresión incluye tanto factores naturales; como el clima, el suelo, el agua o similares; como humanos; conocimiento o prácticas típicas o locales, etcétera, y;

b) La producción de las materias primas y su procesamiento, desde el inicio de la cadena de producción hasta el producto final, deben tener lugar en el área geográfica determinada cuyo nombre lleva el producto. Las características que éste expresa tienen un lazo directo y objetivo con el área geográfica.

### *3.3.- Qué debe contener la solicitud de registro de una Denominación de Origen:*

La ley detalla los requisitos (art. 17):

a) El vínculo existente entre los factores naturales y/o humanos que determinan las características del producto y el medio geográfico.

b) El nombre de la Denominación cuyo registro se solicita.

c) La delimitación del área geográfica a la cual deba aplicarse la Denominación: antecedentes históricos, características generales de la región, factores climáticos, relieve y naturaleza, homogeneidad de los factores de producción y todo otro dato de interés.

d) Los productos para los cuales se usará la Denominación de Origen.

e) Descripción detallada del proceso de producción del producto (materia prima, métodos de producción, técnicas de acondicionamiento o procesamiento, etapa de producción).

f) Acreditación de la personería jurídica del Consejo de Denominación de Origen, con la identificación del o de los productores que lo integran.

g) Demás recaudos que establezca la reglamentación.

El reglamento describe en detalle la forma que debe revestir el trámite, iniciándose con un formulario o nota tipo (disponibles en: [www.alimentosargentinos.gob.ar/IG](http://www.alimentosargentinos.gob.ar/IG)), acompañado de documentación que explique como el producto cumple con los requisitos para ser amparado por una DO:

a) La explicación del "vínculo" es el elemento determinante de la denominación de origen en orden al registro. Debe proveer una explicación fundada sobre por qué el producto se encuentra ligado a esa área, y no a otra, es decir, cuánto del producto final depende de las características o particularidades del área en que es producido, o se refleja en el mismo. La explicación debe describir de modo fáctico y objetivo el medio ambiente y cómo sus factores naturales y/o humanos tienen efecto sobre el producto final.

Se entiende por:

I) Factores Naturales: Características del área que influyen en la producción de los cultivos o materias primas o técnicas de procesamiento, y las características o atributos del producto. Información relevante: Características del suelo o subsuelo; relieve, clima, microclima, agua, vegetación, etcétera, que hacen desarrollar al producto una identidad particular, diferente a otros de su clase.

II) Factores Humanos: Puede tener gran influencia el "conocimiento" particular formal o informal desarrollado en la zona geográfica. Por ejemplo, la elección del área de siembra y el momento; selección de variedades; selección de razas animales o adaptación de razas a condiciones locales; facilidades de producción como terrazas, sistemas de irrigación, lugares de almacenamiento, molinos, etcétera. Poblaciones: Aborígenes, etnias o colectividades de inmigrantes; desarrollo de técnicas de fabricación o procesamiento típicas o aprovechamiento de habilidades. Es importante explicar cómo los productores han tomado ventaja de las características de la zona para el desarrollo de su producto, y cómo el "conocimiento sobre la materia" o técnicas particulares de producción o procesamiento que se aplican en la zona geográfica influyen en la identidad del producto amparado.

b) El nombre debe corresponder a una región, microrregión o área definida en la que se expresen las condiciones agroecológicas relevantes.

c) Delimitación del área donde se realiza la producción y el procesamiento que se lleva a cabo. Los límites pueden estar definidos por factores naturales (ríos, arroyos, montañas) o humanos (poblaciones, etnias, colonias de colectividades, etcétera). Se deberán adjuntar croquis o mapas.

d) Respecto del producto:

I) Si se trata de un alimento, debe ser definido según las normas vigentes (Código Alimentario Argentino). En su caso, otras normas relativas al producto y/o su comercialización. Si corresponde, registro del producto alimentario, o constancia de inicio del trámite de inscripción. Otros productos como fibras, lanas, maderas, plantas ornamentales deberán describirse según sus normativas o tipificaciones específicas.

II) Descripción detallada del producto final, y de sus materias primas: Características físicas; químicas; microbiológicas, biológicas; organolépticas. Forma de presentación: Fresco, procesado, en conserva.

III) Prueba de Origen: Evidencia del origen del producto en el área. Materias primas. Trazabilidad a lo largo de la cadena.

e) Proceso de Producción: El proceso o método de producción debe ser explicado de modo que cualquier productor del área pueda producir el producto en cuestión. Incluye: I) Materias primas. Si se trata de productos frutihortícolas, indicar variedades. Si se trata de carnes o productos cárnicos, indicar raza. II) Métodos o procesos de producción del producto agrícola o alimentario. III) Si corresponde, métodos o técnicas locales, típicas e invariables, de cultivo, y/o producción y/o procesamiento. IV) Si corresponde, cuestiones relativas al empaque o presentación.

f) Deberá adjuntarse copia certificada del estatuto constitutivo del Consejo de Denominación de Origen, así como indicar: i) Representante legal y/o persona autorizada a la realización del trámite; ii) Responsable técnico.

g) otros requisitos formales:

I) Estimación de volumen comercializable anual.

II) Logo, etiquetas, marbetes y otros elementos identificatorios propuestos. Modo de disposición con relación a la marca comercial o nombre de fantasía del producto. Deberán observar además, las normas generales y particulares del rotulado de alimentos.

III) Métodos de control de la genuinidad de la Producción: El Consejo debe declarar cuál método utiliza, pudiendo optar por: 1) Responsable técnico —profesional universitario con incumbencias en la materia, debidamente matriculado—; o, alternativamente, 2) Órgano de certificación externo, conforme normas en la materia.

Se requiere que se adjunte un “Aval Provincial”: Ya que se trata de un país federal, la documentación deberá ser avalada o certificada por la autoridad competente en la materia de orden provincial donde se encuentre la zona geográfica.

#### *4.-Procedimiento para el Registro de Indicaciones Geográficas y Denominaciones de Origen:*

Una vez iniciado, el trámite cursará ante la Autoridad de aplicación, que no tiene un tiempo fijado para resolverlo. Una estimación aproximada: aproximadamente un año desde la presentación formal de la solicitud, dependiendo de las características del producto y sobre todo, si los requisitos se encuentran cumplidos, o hay que esperar su cumplimiento, o la generación de nuevos datos de respaldo, etc. Lo importante para los solicitantes es que el trámite se puede ir completando y corrigiendo.

Una vez iniciada la solicitud de IG o DO, la autoridad de aplicación procederá a:

- 1- Examen Formal: se realiza un primer chequeo del cumplimiento de todos los requisitos.
- 2- Si faltan requisitos: si la autoridad de aplicación estima que el protocolo y los documentos presentados no satisfacen los requisitos legales o resultan insuficientes para la comprensión y análisis de cualquiera de los elementos de la solicitud, se requerirá al solicitante que haga las aclaraciones o adiciones necesarias, otorgándole al efecto un plazo de 60 días.
- 3- Realizar una Inspección de los lugares de producción, procesamiento y/o acondicionamiento de los productos a inscribir, verificando in situ lo declarado en la solicitud.
- 4- Consultar a Organismos Técnicos: Si los documentos son suficientes, se va a una segunda etapa de análisis y examen, que puede incluir consultas a: Organismos descentralizados con incumbencia en materia alimentaria; organizaciones privadas; provincias, universidades, u otros que estime conveniente.<sup>3</sup>
- 5- Ordenar la Publicación<sup>4</sup>: Si se encuentran cumplidos los requisitos legales exigidos, se procederá a publicar el contenido de la solicitud por un (1) día en el Boletín Oficial y en un diario de amplia circulación en la zona geográfica que se trate, a costa del peticionante.
- 6- Cumplir la Vista al Instituto Nacional de Propiedad Industrial: Se correrá vista por el término de treinta (30) días a fin que informe sobre la existencia de marcas registradas vigentes que contengan el nombre geográfico, particularmente en las

<sup>3</sup> Al presente, se ha consultado al Servicio Nacional de Sanidad y Calidad Agroalimentaria, al Instituto de Tecnología Industrial, al INTA, a la Dirección de Ganadería del MINAGRI, Dirección Ovina, etc.).

<sup>4</sup> Existen diferencias de interpretación sobre el momento en que debe efectuarse esta publicación. En principio, debiera hacerse una vez presentado el dossier de registro, y chequeado que estén los requisitos, antes de enviarse en consulta a otros organismos técnicos.

clases de la clasificación de Niza, para alimentos o productos agrícolas, según se trate. Con esto se abre un Período de oposiciones, lo que significa que terceras personas pueden formular oposiciones al registro, las que pueden basarse tanto en las condiciones de la IG o DO (por ejemplo: falta de calidad o característica vinculada al origen geográfico); marcas registradas vigentes en posible conflicto; nombre común, genérico o denominación de venta.

Si hubiera oposiciones, se da traslado al solicitante, que tiene 30 días para contestar.

Las oposiciones serán resueltas por la autoridad de aplicación (Oficina de Registro de Indicaciones Geográficas y Denominaciones de Origen, actualmente inserta en el ámbito de la Dirección Nacional de Alimentos – Secretaria de Bioeconomía. La resolución que se dicte agotará la vía administrativa (art. 20) lo que significa que el interesado, en caso de desacuerdo, deberá ir por vía judicial.

- 7- Reunidos los requisitos antes descritos, cumplidas las exigencias legales, el expediente queda a consulta de los miembros de la Comisión Asesora, publicado en versión electrónica en la página web [www.alimentosargentinos.gov.ar](http://www.alimentosargentinos.gov.ar). Los expedientes no son públicos hasta tanto se resuelva el reconocimiento o no de la IG-DO solicitada.
- 8- Se convoca a la Comisión Nacional Asesora de IG-DO (Resolución SAGPYA 558/2008) para que se emita un dictamen – no vinculante, recomendando o no el registro de la IG o DO
- 9- En caso que esta Comisión emita dictamen positivo sobre el registro requerido, se confecciona proyecto de norma de reconocimiento e inscripción y se eleva al Secretario de Bioeconomía para la emisión del acto administrativo.
- 10- Este lleva la forma normativa de “resolución”, que será el instrumento público que reconoce formalmente la IG o DO y brinda derechos de uso del nombre y los logos registrados. En la misma se fijarán las fechas entre las cuales, cada año deberá el Consejo realizar la declaración jurada sobre el volumen comercializable en el período.
- 11- Publicación y notificación al INPI y otros organismos: Esta Resolución se publica en el Boletín Oficial y se comunica al Instituto Nacional de la Propiedad Industrial y a todo otro organismo nacional y/o internacional que se requiera.
- 12- Este organismo puede asimismo publicarla en el Boletín de Marcas que emite.

### *5.- Registro de las IG –DO provenientes de países extranjeros:*

Las IG-DO son derechos “nacionales” como las marcas y las patentes. Argentina no forma parte de tratados que reconozcan derechos de propiedad intelectual en forma multilateral. El Mercosur no ha avanzado tampoco sobre el tema. Por lo tanto, toda IG-DO proveniente de otros países debe registrarse como tales para obtener la protección legal específica de la Ley 25.380, conforme indica el artículo 23 de la Ley y el Reglamento presentando un trámite de registro.

### *6.-Efectos del Registro.*

#### *6. 1.-Duración:*

Una vez registrada la IG o la DO, productos y productores gozan del reconocimiento oficial: lo que implica que los productos amparados deben ingresarse en los circuitos de comercialización y permanecer en forma sostenida en ellos, en pleno respeto del protocolo de producción y calidad que refrenda el registro.

A diferencia de las marcas, el registro no tiene un plazo de vigencia: se mantendrá mientras las condiciones del reconocimiento persistan, y se cumplan con los recaudos administrativos que se fijan respecto de las tasas de mantenimiento, presentación de declaraciones juradas anuales sobre volumen estimado de producción y efectivamente comercializado y demás obligaciones formales que se impongan en la reglamentación.

#### *6.2.-Usuarios de la IG o DO:*

Concluido el trámite de registro y otorgado el reconocimiento de la IG o DO, debe definirse quienes están autorizados para usarlas. Como ya se ha dicho, es un sistema de diferenciación y calificación voluntario y abierto: quien quiera usar la IG o DO en la comercialización del producto, deberán:

*En el caso de la IG:* como no requiere asociación o Consejo, quienes quieran usarla deberán demostrar ante la autoridad de aplicación que están radicados en el área geográfica y producen el producto amparado en las condiciones fijadas en el protocolo registrado.

*En el caso de la DO:* los usuarios deben asociarse al Consejo. Este otorga las autorizaciones de uso y las comunica a la autoridad de aplicación.

#### *6.3.- Procedimientos de control pos registro:*

El registro vincula la IG/DO a las condiciones fijadas en el protocolo de producción, fabricación y/o calidad, oportunamente sometido a análisis y aprobación de la Autoridad de Aplicación. Todo producto que salga al mercado amparado bajo IG/DO

debe corresponderse a su pliego de condiciones o protocolo, siendo este un instrumento o parámetro de control.

Todas las IG y DO están obligadas a llevar un sistema de inspección y control, ya sea por un profesional independiente o bien, por una entidad certificadora.

El primer control de las IG/DO es interno, son los interesados que han llevado a cabo el esfuerzo técnico, económico y legal de lograr el reconocimiento de las cualidades distintivas del producto amparado bajo la IG/DO, quienes deben velar por el cumplimiento del protocolo registrado. Los Consejos de la DO se encuentran asimismo, obligados a llevar una serie de registros y documentación, y son responsables de la “gobernanza” de la cadena de producción involucrada, y llevar controles .en forma organizada

A nivel federal, los controles públicos se encuentran primariamente a cargo de la Autoridad de Aplicación Nacional, pero involucran a los órganos integrantes del Sistema Nacional de Control de Alimentos (esto es, provincias y municipios) así como a las autoridades competentes respectivas para otros productos agrícolas que no constituyen alimentos. De ese modo se asegura la protección del consumidor garantizando el cumplimiento de la IG/DO y de los protocolos de producción, fabricación o calidad aprobados.

Se ha previsto que los controles estarán a cargo de inspectores habilitados por la autoridad de aplicación.

#### *7.- Protección Legal:*

A partir del reconocimiento formal, los titulares tienen derecho :(art. 26): a) de uso de la denominación de origen para los productos amparados y del nombre que la identifica; b) Derecho de uso exclusivo al uso los emblemas, distintivos, siglas, logotipos, marbetes, etc. que hayan sido autorizadas por la autoridad de aplicación; así como control y garantía de calidad especificada tal como fue registrada.

Se agrega que podrán colocar en el envase, el símbolo o logo oficial que da cuenta que se trata de una IG- DO registrada formalmente:



El Reglamento detalla algo más sobre el alcance de estos derechos:

Inciso a) El derecho al uso de la indicación geográfica por sus titulares registrales y/o usuarios registrados, implica que otros productores de productos agrícolas o alimentarios similares a los amparados en virtud de la ley que por este acto se reglamenta, no podrán comercializar su mercadería de modo que pueda inducir a error o engaño a los consumidores (es decir, que el producto no sea originario y por ende no lleve ínsitas las cualidades descritas en el protocolo), confiriendo al titular del registro respectivo acciones administrativas y judiciales.

Inciso b) El derecho al uso de la denominación de origen por su Consejo respectivo y/o usuarios registrados, implica que otros productores de productos agrícolas o alimentarios similares a los amparados en virtud de la ley que por este acto se reglamenta, no podrán comercializar su mercadería de modo que pueda inducir a error o engaño a los consumidores (es decir, que el producto no sea originario y por ende no lleve ínsitas las cualidades descritas en el protocolo), confiriendo al titular del registro respectivo acciones administrativas y judiciales.

El alcance del derecho, como puede apreciarse, no da una exclusividad sobre el uso del nombre –pero sí de los logos y otros elementos gráficos identificatorios. Especialmente, señala (art. 27) que:

Queda prohibido el uso de la indicación geográfica y/o denominación de origen:

- a) Para productos agrícolas o alimentarios que no provengan de las áreas geográficas determinadas en su correspondiente registro, y que sean del mismo género.
- b) Como designación comercial de productos similares a los registrados como indicación geográfica o denominación de origen, con el fin de aprovechar la reputación de los mismos.
- c) Cuando implique una indicación falsa o falaz, ardid o engaño, relativo a la procedencia, el origen, la naturaleza o características esenciales de productos que no sean los originarios y protegidos.
- d) Cualquier otra práctica que pueda inducir a error a los consumidores sobre el verdadero origen y/o cualidades diferenciadoras del producto, que implique competencia desleal. Las prohibiciones anteriores se aplicarán a las indicaciones geográficas y/o denominaciones de origen utilizadas en el envase, en las etiquetas o en el embalaje, en la publicidad o en los documentos relativos al producto de que se trate”.

Establecida la protección se asegura mediante controles organizados por: a) los Consejos de Denominación de Origen, b) el Estado Nacional a través de los órganos del Sistema Nacional de Control de Alimentos, y c) los Estados Provinciales (mediante convenios); así como de las autoridades competentes respectivas para otros productos agrícolas que no constituyen alimentos, asegurarán la protección de consumidor de cara

a garantizar el respeto del pliego de condiciones. Es decir, que el consumidor cuenta con un seguro respecto del origen y de la calidad del producto; que es de lo que se trata, justamente, en las IG/DO.

La ley prevé sanciones administrativas en caso de no conformidad de productos que llevan el nombre y/o logo de la IG, pero no cumplen con las condiciones del pliego o protocolo registrado. Es decir, que en el caso de detectar incumplimientos a las reglas que establece el sistema legal, la autoridad de aplicación puede imponer sanciones como multas, decomiso de mercaderías, suspensión del registro, etc.

Las faltas pueden ser cometidas tanto por usuarios del sistema (por ejemplo: que ponen el logo de la IG – DO a un producto que no se corresponde con los parámetros registrados: supuesto que es conocido como “autousurpación”) como por terceros no usuarios, que utilizan el nombre, logo, emblemas sin derecho a ello (que no son de la zona; que son productos falsos, pero que se aprovechan del nombre y/ del prestigio).

Además de las acciones administrativas de control previstas en la Ley 25.380, los usuarios legítimos también pueden ejercer acciones judiciales en orden a verificar su observancia y obtener resarcimiento por los perjuicios.

Adicionalmente, dado que las IG-DO constituyen Indicaciones de Procedencia, resultan aplicables las reglas del Convenio de Paris para la Protección de la Propiedad Industrial. Argentina, como país miembro, está obligado a controlar en sus fronteras que no ingresen mercaderías con indicaciones de procedencia falsas.

#### *9.- Relación entre marcas y denominaciones de origen.*

La relación entre estos dos derechos de propiedad intelectual constituye un tema que merece particular análisis.

En principio, hay una convivencia pacífica entre ambos, puesto que las IG- DO son derechos “colectivos”: pertenecen a un conjunto de personas físicas y jurídicas que, con asiento en la misma zona geográfica, producen el producto calificado como “típico”.

Como hemos visto, no se trata de un producto totalmente homogéneo, estandarizado: se trata de un producto que, producido por distintos productores o elaboradores, presenta características comunes derivadas del origen geográfico, que han sido descritas en el protocolo. Pero fuera de estas, los productos admiten cierta variabilidad, como naturalmente sucede con los productos tradicionales o típicos. Allí, hay espacio para el toque particular de cada artesano, para la “receta” particular, que se identificará con su marca individual.

El producto sale al mercado amparado por la marca y la IG/DO en forma conjunta. Esta es la “coexistencia” que el sistema permite.

No hay “coexistencia” en el sentido que pueda haber un nombre geográfico y una marca individual en forma simultánea, contemporánea, que usen la misma designación para un mismo tipo de producto, porque ello sí causaría error o engaño en el consumidor.

Un efecto del registro de la IG o DO es que una vez registradas, el nombre no podrá ser registrado como marca individual (art. 47 Ley 25.380)

Si se han presentado conflictos con las marcas, cuando se trata de registrar como IG-DO un nombre o signo que ya ha sido registrado previamente como marca por un particular.

La Ley Argentina prevé que si existe una marca registrada antes del año 2000, con registro vigente, que contiene el nombre geográfico que se quiere utilizar para la IG o DO, ésta no pueda registrarse como tal. Aquí no solo se utiliza la excepción que provee el Acuerdo Sobre Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) sino que aplica el principio “primero en el tiempo, primero en el derecho”. En el país se registran marcas desde hace más de 100 años, y como otorgan un derecho exclusivo al uso del nombre, el titular tiene un “derecho adquirido” que no puede cercenarse o limitarse, otorgando el derecho de uso a otros...aun cuando aquellos otros, usan el nombre del lugar geográfico en que están establecidos y ha hecho conocido el producto. Es un tema que ha generado variados conflictos, y fallos judiciales de diversa índole, que se relatan en un anexo, para quienes lo consideren de interés.

### **III- Conclusiones**

El sistema legal puesto en marcha en Argentina para el reconocimiento y registro de las IG y DO de productos agrícolas y alimentarios, es apropiado para la regulación de este especial signo distintivo de la propiedad intelectual, que a la vez es un sello de calidad... y una política agrícola, que busca el agregado de valor en el territorio. Incluso, es el único derecho de propiedad intelectual relacionado a la producción que se registra en la actual Secretaria de Bioeconomía de la Nación, con intervención del Instituto Nacional de la Propiedad Industrial. Incluso, ha sido reconocido compatible con el ADPIC. Actualmente, se debaten algunas cuestiones relativas a su aplicación, particularmente en lo que refiere a IG –DO provenientes del extranjero que contienen nombres geográficos devenidos genéricos por su uso común para designar un producto (v. quesos, bebidas alcohólicas varias) o marcas registradas previamente al año 2000.

En la práctica local, son todavía escasas los casos ya registrados (14): Denominaciones de Origen: Chivito Criollo del Norte Neuquino, Salame de Tandil, Dulce de Membrillo Rubio de San Juan, Espárragos del Médano de Oro, San Juan; Indicación Geográfica: Cordero Patagónico Salame de Colonia Caroya, Melón de Media Agua, San Juan Alcauciles Platenses, Yerba Mate Argentina, Hay varias experiencias en proceso de construcción, como la Indicación Geográfica de la Torta Negra Galesa del Chubut.



*¿Qué es el secreto médico? ¿Cuándo puede revelarse? ¿Cuándo hay obligación de denunciar?*

**\*Por Karina Mariela Castagna**

**I- Introducción**

La medicina, desde sus orígenes, tuvo al secreto médico como algo sagrado, esto evolucionó con el paso del tiempo, y en la actualidad está protegido, además de por lo ético y moral, por las normativas legales.

Muchas veces en la práctica diaria, olvidamos la importancia y las raíces del secreto médico, tanto en el ámbito hospitalario como fuera del mismo. Hemos visto a profesionales médicos dar partes sobre el estado de salud de un paciente a sus familiares en un pasillo a la escucha de todos, o dialogar entre los galenos las evoluciones o resultados de estudios complementarios en lugares públicos. Se ven, también a diario, certificados médicos o recetas con diagnósticos. ¿Le preguntamos al paciente que nos pide “un comprobante de atención médica” si quiere que pongamos el diagnóstico en el mismo?

Es un deber la confidencialidad, pero debemos saber que no siempre tenemos que callar ante determinada información, es importante conocer las normativas legales. El secreto médico no siempre tiene que ser absoluto, hay circunstancias donde el profesional amparado en una justa causa puede revelar información y hay otras en las que está obligado a hacerlo.

**II- El secreto médico**

Hipócrates, un célebre médico de la antigua Grecia, en su Juramento hipocrático decía que “todo cuanto en el trato con los demás, tanto en el ejercicio de la profesión como fuera del mismo viere u oyere, que no deba divulgarse, lo consideraré absolutamente como un secreto”.

En la Fórmula de Ginebra del Juramento Hipocrático, que se utiliza en la jura para la obtención del título médico se desprende la frase: “En el momento de ser admitido como miembro de la profesión médica:...Guardar y respetar los secretos a mí confiados”.

Es la confidencialidad lo que se desprende de estos antiguos preceptos que en la actualidad cuesta tanto mantener al resguardo.

El secreto médico es una de las variedades del secreto profesional y es de carácter obligatorio. Romper con este secreto sin tener una justa causa, está penado, aún sin necesidad de que se haya producido un daño. La muerte del paciente no exime al personal de salud de resguardar la información.

El secreto médico también se aplica al resto del personal de salud (enfermeros, técnicos en laboratorio, radiólogos, personal de limpieza de la institución, administrativos, etc.) que hubiese tomado conocimiento en virtud de la práctica de su profesión.

Se define como Justa causa de revelación al secreto comentado con el consentimiento del paciente. Dicho consentimiento no obliga al médico a tener que hacerlo, y de hacerlo no ir más allá de lo estrictamente imprescindible.

La justa causa es el resultado de los valores éticos y morales como así también de lo legal.

### **III- Marco legal argentino**

La idea de este acápite es mostrar que el secreto médico está regulado por diferentes normas en diferentes escalas jerárquicas y perspectivas. Tanto la perspectiva estatal, de la moral, de la ética médica y los derechos del paciente. Según el Código de Ética Médica de la Confederación Médica de la República Argentina (CO.M.R.A.)<sup>1</sup>:

El artículo 66 Capítulo VIII reza “el secreto médico es un deber, que nace de la esencia misma de la profesión”.

La Ley 17.132<sup>2</sup>, publicada en el Boletín Oficial el 31 de enero de 1967. “Reglas para el ejercicio de la medicina, odontología y actividades de colaboración de las mismas” nos marca en su artículo 11 “Todo aquello que llegare a conocimiento de las personas cuya actividad se reglamenta en la presente ley, con motivo o en razón de su ejercicio, no podrá darse a conocer (salvo los casos que otras leyes así lo determinen o cuando se trate de evitar un mal mayor y sin perjuicio de lo previsto en el Código Penal), sino a instituciones, sociedades, revistas o publicaciones científicas, prohibiéndose, facilitarlos o utilizarlos con fines de propaganda, publicidad, lucro o beneficio personal”.

Como puede advertirse de dicha norma surge la obligación de guardar el secreto médico y las excepciones al mismo.

<sup>1</sup> Confederación Médica de la República Argentina. Código de Ética: <https://comra.org.ar/codigo-etica/>

<sup>2</sup> Ley 17.132. Reglas para el ejercicio de la medicina, odontología y actividades de colaboración de la misma: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/19429/texact.htm>.

En concordancia con esta normativa encontramos la Ley 26.529 que en su parte pertinente se transcribe: “Derechos del Paciente en su relación con los Profesionales e Instituciones de Salud”, en el Capítulo I, art. 2, inciso c y d expone: “Constituyen derechos esenciales en la relación entre el paciente y el o los profesionales de la salud, el o los agentes del seguro de salud, y cualquier efector de que se trate, los siguientes:

c) Intimidad. Toda actividad médico - asistencial tendiente a obtener, clasificar, utilizar, administrar, custodiar y transmitir información y documentación clínica del paciente debe observar el estricto respeto por la dignidad humana y la autonomía de la voluntad, así como el debido resguardo de la intimidad del mismo y la confidencialidad de sus datos sensibles, sin perjuicio de las previsiones contenidas en la Ley N° 25.326;

d) Confidencialidad. El paciente tiene derecho a que toda persona que participe en la elaboración o manipulación de la documentación clínica, o bien tenga acceso al contenido de la misma, guarde la debida reserva, salvo expresa disposición en contrario emanada de autoridad judicial competente o autorización del propio paciente”;

La Ley 26.529 fue sancionada el 21 de octubre de 2009 y promulgada el 19 de noviembre de ese mismo año y vigente desde febrero de 2010. Esta normativa protege, como se ve, derechos del paciente, tan importantes y privados como la intimidad y confidencialidad. Como podemos observar, se manifiesta un cambio de perspectiva en relación al objeto, esta vez, se agrega la vinculación desde el paciente.

Por su parte, el Código Penal de la Nación Argentino dispone que quien causare un mal, en este caso, revelare un secreto conocido en virtud de su arte o profesión pero por evitar otro mayor, no es punible, conforme el artículo 34 inciso 3.

Otra Ley referente al secreto médico es la Ley 23.798 (Ley de lucha contra el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida Argentina), sancionada el 16 de agosto de 1990 y promulgada de hecho el 14 de septiembre de 1990. La importancia de la existencia de la ley SIDA, radica en que el paciente pueda concurrir a la consulta médica con la confianza que todo lo que se hable en la misma, quedará resguardado por el secreto médico, y ello a los efectos de evitar discriminaciones sobre todo sociales y laborales.

En los orígenes de la enfermedad, era común que mal se asociara el VIH con personas homosexuales o aquellos que consumían drogas. Con el correr de los años, a pesar de los avances científicos y la amplia información divulgada, aún se sigue estigmatizando a las personas con este padecimiento.

Es la primera vez que en Argentina se sanciona una Ley para una enfermedad en particular, donde se proteja al enfermo bajo el secreto médico. En el artículo 2 la Ley dispone:

“Las disposiciones de la presente ley y de las normas complementarias que se establezcan, se interpretarán teniendo presente que en ningún caso pueda:

- a) Afectar la dignidad de la persona;
- b) Producir cualquier efecto de marginación, estigmatización, degradación o humillación;
- c) Exceder el marco de las excepciones legales taxativas al secreto médico que siempre se interpretarán en forma restrictiva;
- d) Incursionar en el ámbito de privacidad de cualquier habitante de la Nación argentina;
- e) Individualizar a las personas a través de fichas, registros o almacenamiento de datos, los cuales, a tales efectos, deberán llevarse en forma codificada”.

#### **IV- El secreto médico en el marco de la citación en sede judicial**

Cuando el profesional médico sea citado por un tribunal, por un juicio de praxis médica o por el cobro de honorarios, podrá revelar el secreto médico, siempre contestando sin abundar en detalles.

En tanto que cuando sea citado como testigo, tendrá que tener el consentimiento del paciente para poder revelarlo. En tanto que cuando se trata de certificación de documentos o certificados podrá hacerlo, sin requerimiento de permiso alguno del mismo.

El Código Procesal Penal de la Nación<sup>3</sup> en su artículo 244 dispone el Deber de abstención, en los siguientes términos: “Deberán abstenerse de declarar sobre los hechos secretos que hubieren llegado a su conocimiento en razón del propio estado, oficio o profesión, bajo pena de nulidad: los ministros de un culto admitido; los abogados, procuradores y escribanos; los médicos, farmacéuticos, parteras y demás auxiliares del arte de curar; los militares y funcionarios públicos sobre secretos de Estado. Sin embargo, estas personas no podrán negar su testimonio cuando sean liberadas del deber de guardar secreto por el interesado, salvo las mencionadas en primer término. Si el testigo invocare erróneamente ese deber con respecto a un hecho que no puede estar comprendido en él, el juez procederá, sin más, a interrogarlo”.

<sup>3</sup> Código Procesal Penal: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/383/texact.htm>.

De este artículo surgen quienes deberán abstenerse de declarar.

#### **V- citación del médico en carácter de testigo**

En el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación<sup>4</sup>, en su artículo 444, dispone que el galeno se puede negar a contestar amparándose en el secreto médico.

La norma dispone que “El testigo podrá rehusarse a contestar las preguntas: 1) Si la respuesta lo expusiere a enjuiciamiento penal o comprometiera su honor. 2) Si no pudiere responder sin revelar un secreto profesional, militar, científico, artístico o industrial.”

El profesor Dr. Carlos Fontán Balestra<sup>5</sup>, abogado, docente y escritor de varios libros de Derecho Penal, en su Tratado de Derecho Penal, Tomo V Parte Especial hace referencia al caso en el que el profesional sea citado a declarar como testigo en un juicio: “la decisión del juez de relevarlo del deber de guardar el secreto, autoriza, no obliga...el profesional podría negarse a declarar en todos los casos en que crea que el secreto debe ser guardado”.

#### **VI- Médicos peritos**

Cuando el médico concurre a los estrados judiciales en calidad de perito no está amparado en el secreto médico.

En este caso no puede negarse a expedirse sobre los datos que se encuentren en la causa, por su función y servicio debiendo limitarse a contestar sobre los puntos de pericia, y no más allá de eso.

#### **VII- Certificados médicos ordinarios**

El Dr. José Ángel Patitó<sup>6</sup>, médico forense, en su libro: Manual de Medicina Legal define al certificado médico como: “constatación escrita que hace un médico acerca de un hecho presente o pasado, en el que ha participado o tomando conocimiento al realizar los actos derivados propios del ejercicio de la medicina”.

---

<sup>4</sup>Código Procesal Civil y Comercial de la Nación <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16547/texact.htm>.

<sup>5</sup> FONTÁN BALESTRA, C, “Tratado de Derecho Penal”, Tomo V, Parte Especial, Editorial Abeledo Perrot, 2º Edición, 1980, Buenos Aires, Argentina, actualizado por el Dr. Guillermo Ledesma, p.414.

<sup>6</sup> PATITÓ, J, “Manual de Medicina Legal”, Librería Akadia Editorial, 1º edición, 2008, p.42.

Es común que el paciente o sus familiares soliciten estos certificados por temas laborales o administrativos. Los certificados médicos deben expresar la verdad del acto médico bajo su responsabilidad y es de buena práctica dejar asentado todo en la historia clínica. Si el paciente da su consentimiento para dejar registrado en el certificado la patología o el tratamiento llevado a cabo, el profesional podrá hacerlo, pero esto no es obligatorio.

### **VIII- Médicos laborales**

El médico laboral para establecer si el paciente está apto o no para realizar sus tareas laborales habituales y presentarlo ante su empleador deberá expedir el certificado correspondiente sin necesidad de divulgar el diagnóstico a menos que el paciente lo autorice, y lo expedirá colocando “por razones médicas” y con eso será suficiente, sin nombrar la patología.

### **IX- Pacientes con enfermedades psiquiátricas**

En este caso el médico está amparado por la Ley 26.657 para confeccionar el certificado con diagnóstico o peligrosidad del paciente.

Su artículo 7° dispone que “El Estado reconoce a las personas con padecimiento mental los siguientes derechos: b) Derecho a conocer y preservar su identidad, sus grupos de pertenencia, su genealogía y su historia; g) Derecho del asistido, su abogado, un familiar, o allegado que éste designe, a acceder a sus antecedentes familiares, fichas e historias clínicas”.

Por su parte, el artículo 20 establece que “La internación involuntaria de una persona debe concebirse como recurso terapéutico excepcional en caso de que no sean posibles los abordajes ambulatorios, y sólo podrá realizarse cuando a criterio del equipo de salud mediare situación de riesgo cierto e inminente para sí o para terceros. Para que proceda la internación involuntaria además de los requisitos comunes a toda internación, debe hacerse constar: a) Dictamen profesional del servicio asistencial que realice la internación. Se debe determinar la situación de riesgo cierto e inminente a que hace referencia el primer párrafo de este artículo, con la firma de dos profesionales de diferentes disciplinas, que no tengan relación de parentesco, amistad o vínculos económicos con la persona, uno de los cuales deberá ser psicólogo o médico psiquiatra. b) Ausencia de otra alternativa eficaz para su tratamiento. c) Informe acerca de las instancias previas implementadas si las hubiera”.

De esta norma cabe destacar también lo regulado por el artículo 21, en virtud del cual

“La internación involuntaria debidamente fundada debe notificarse obligatoriamente en un plazo de diez (10) horas al Juez competente y al órgano de Revisión, debiendo agregarse a las cuarenta y ocho (48) horas como máximo todas las constancias previstas en el artículo 20”.

En el mismo sentido el Código Civil y Comercial de la Nación<sup>7</sup> hace referencia en sus artículos 41 y 37 a la internación y sentencia, respectivamente:

*Internación:* “La internación sin consentimiento de una persona, tenga o no restringida su capacidad, procede sólo si se cumplen los recaudos previstos en la legislación especial y las reglas generales de esta Sesión. En particular: a) Debe estar fundada en una evaluación de un equipo interdisciplinario de acuerdo a lo dispuesto en el art. 37, que señale los motivos que la justifican y la ausencia de una alternativa eficaz menos restrictiva de su libertad; y b) Sólo procede ante la existencia de riesgo cierto e inminente de un daño de entidad para la persona protegida o para terceros.

*Sentencia:* “La sentencia se debe pronunciar sobre los siguientes aspectos vinculados a la persona en cuyo interés se sigue el proceso:

- a) diagnóstico y pronóstico;
  - b) época en la que la situación se manifestó;
  - c) recursos personales, familiares y sociales existentes;
  - d) régimen para la protección, asistencia y promoción de la mayor autonomía posible
- Para expedirse, es imprescindible el dictamen de un equipo interdisciplinario”.

## **X- Obligación de denunciar**

Respecto a este tema del secreto médico profesional, establecido como regla general en el artículo 156 del código Penal de la Nación Argentina (Ley de fondo), existen otras normas especiales que le permiten revelarlo por justa causa y otras que le imponen la obligación de denunciar y que prevalecen sobre la ley general. Más allá del tema normativo, y el conflicto entre las normas generales y las normas especiales también nos vemos influenciados por la ética y la moral.

Son casos de denuncia obligatoria por ejemplo las defunciones y los nacimientos, que están muy relacionados jurídicamente. En el caso de los nacimientos para determinar

---

<sup>7</sup> Código Civil y Comercial de la Nación: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/textact.htm>.

fehacientemente los datos filiatorios del nacido y sus consecuentes derechos, y en referencia a las defunciones para dar certeza a la muerte de la persona, que lleva consecuencias jurídicas como sería el caso de los herederos de iniciar un juicio sucesorio. Estos casos y el de las enfermedades de obligación de denuncia, como el dengue, cólera, tuberculosis, etc., también se utilizan epidemiológicamente para establecer patrones, causas y control de enfermedades en los grupos de personas.

Las defunciones y los nacimientos son también importantes a los efectos estadísticos.

Como conclusión, hay una importante relación entre la parte médica y jurídica.

En el caso particular del VIH/sida y secreto médico, si bien la ley como regla general dispone la obligatoriedad de guardar el secreto médico, existen normas especies, como el decreto 1.244/91 (norma especial) posterior a la general, que enuncia casos de excepción para evitar un mal mayor, que se explicará en mayor profundidad en el punto respectivo.

El Código Procesal Penal de la Nación<sup>8</sup> establece: Obligación de denunciar:

Artículo 177: “Tendrán obligación de denunciar los delitos perseguibles de oficio: 2º) Los médicos, parteras, farmacéuticos y demás personas que ejerzan cualquier rama del arte de curar, en cuanto a los delitos contra la vida y la integridad física que conozcan al prestar los auxilios de su profesión, salvo que los hechos conocidos estén bajo el amparo del secreto profesional”.

La misma obligación de denuncia dispone el artículo 287 Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires<sup>9</sup>, Ley 11.922.

Artículo 287: “Denuncia obligatoria.- Tienen obligación de denunciar los delitos perseguibles de oficio: 2.- Los médicos, parteras, farmacéuticos y demás personas que ejerzan cualquier rama del arte de curar, en cuanto a delitos contra la vida y la integridad física que conozcan al prestar los auxilios de su profesión, salvo que los hechos conocidos estén bajo el amparo del secreto profesional, el cual, salvo manifestación en contrario, se presumirá. 3.- Los obligados expresamente por el Código Penal”

Contrariamente a la obligación de denunciar que establecen las normas ut-supra mencionadas que hacen referencia a los delitos perseguibles de oficio, el médico no puede

<sup>8</sup> Código Procesal Penal de la Nación: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/383/texact.htm>.

<sup>9</sup> Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires <http://www.sajj.gob.ar/11922-local-buenos-aires-codigo-procesal-penal-provincia-buenos-aires-lpb0011922-1996-12-18/123456789-0abc-defg-229-1100bvorpyel>.

ni debe denunciar los que son de instancias privadas, es la víctima quien deberá efectuar la denuncia. En el caso de ser lesiones graves o gravísimas, o muerte violenta sí está obligado a denunciar.

Otros casos que se deben denunciar son:

*Declaración de los nacimientos:* La Ley Nacional 14.586<sup>10</sup> en su artículo 22 menciona que el médico o la partera, intervinientes en el nacimiento deberá extender el certificado de nacimiento para poder ser inscripto en el Registro Civil. Así, la norma reza “Dentro de los cinco días hábiles siguientes al nacimiento deberá hacerse su declaración ante la sección correspondiente, acompañándose un certificado del médico o partera interviniente que acredite haber visto con vida al nacido y la fecha, y lugar y hora del nacimiento; debe consignarse también el nombre que se quiera dar al nacido y su filiación”.

*Declaración de defunciones:* En la misma ley arriba mencionada establece también que el médico tratante de la última enfermedad del difunto deberá extender el certificado de defunción. Así, el artículo 54 dispone “El facultativo que hubiese asistido al difunto en su última enfermedad, y, a falta de él, cualquier otro requerido al efecto, deberá examinar el cadáver y extender el certificado de defunción. Este consignará en cuanto sea posible el nombre y apellido, domicilio y sexo del fallecido, la causa de la muerte y el día y hora en que tuvo lugar, debiendo indicarse si dichas circunstancias constan por conocimiento propio de terceros. No constando la identidad del fallecido, el certificado médico deberá contener el mayor número de datos útiles para su identificación. Este documento se presentará al formular la declaración del fallecimiento, y a falta del mismo el registro del estado civil lo exigirá de oficio.”

La ley 17.132/67 también establece, en el punto 8 del artículo 19, que el médico está obligado a extender el certificado de muerte con causa de la muerte y diagnóstico de la última enfermedad:

Enfermedades infecto contagiosas y venéreas: La Ley Nacional 15.465<sup>11</sup> establece en su artículo 1º, que “Es obligatoria, en todo el territorio de la Nación, la notificación de los casos de enfermedades incluidas en la presente ley, conforme con lo determinado en

---

<sup>10</sup>Dirección de Registro Civil. Funcionamiento <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/230000-234999/233678/texact.htm>.

<sup>11</sup>Notificación de los casos de enfermedades infectocontagiosas <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/195000-199999/195093/texact.htm>.

la misma. Es igualmente obligatoria la notificación de los portadores de gérmenes de las enfermedades transmisibles a que se refiere el artículo 2º, grupos A y B, cuando se hubieren identificado como tales”. A su vez, se dispone que deben ser objeto de notificación las siguientes enfermedades: GRUPO A: Cólera. Fiebre amarilla, urbana, selvática. Peste: Humana, en roedores. Viruela: Alastrín. Tifus exantemático transmitido por piojos. Fiebre recurrente transmitida por piojos.

GRUPO B: Botulismo. Encefalitis infecciosa aguda. Enfermedad de Chagas-Mazza. Fiebre tifoidea y paratifoidea. Hidatidosis. Lepra. Paludismo. Poliomieltis anterior aguda (forma paralítica). Rabia humana: Personas mordidas por animales sospechosos. Sífilis. Tuberculosis. Tétanos. Triquinosis. Virosis hemorrágica del Noroeste bonaerense. GRUPO C: Actinomicosis. Brucelosis humana. Carbunco humano. Coqueluche. Dengue. Difteria. Disentería: Amebiana, bacilar, infantil, estival. Estreptococcias: Escarlatina, fiebre reumática. Hepatitis infecciosa a virus. Influenza o gripe (exclusivamente en forma epidémica). Infecciones o intoxicaciones alimentarias (a estafilococos y sin especificar). Leishmaniasis Leptospirosis (enfermedad de Weil, ictericia hemorrágica, fiebre canicola), Meningitis purulenta meningocócicas y otras. Necatoriasis o auquilostomiasis. Neumonía atípica primaria (neumonitis). Ofidismo y aracnoidismo. Parotiditis urliana. Poliomieltis no paralíticas y otras neurovirosis sin especificar. Psitacosis y ornitosis. Rabia animal. Rubéola. Sarampión. Tifus endémico murino transmitido por pulgas. Tracoma. Varicela. Venéreas: Blenorragia, chancro blando, granuloma venéreo.

GRUPO D: Las enfermedades exóticas y las de etiología desconocida y aquellas no indicadas en la nómina de esta ley, cuando se presente en forma inusitada o colectiva, o con caracteres de gravedad.

El artículo 4º dispone que “Están obligados a la notificación: a) El médico que asista o haya asistido al enfermo o portador o hubiere practicado su reconocimiento o el de su cadáver; b) El médico veterinario, cuando se trate, en los mismos supuestos, de animales; c) El laboratorista y el anatómo patólogo que haya realizado exámenes que comprueben o permitan sospechar la enfermedad”; mientras que el artículo 8º dispone que “Las notificaciones y comunicaciones serán de carácter reservado, a cuyo efecto el Poder Ejecutivo establecerá un sistema de clave. La notificación debe contener los datos que permitan la localización e individualización de la persona o animal enfermo y de la fuente de infección; la fecha de iniciación probable; origen supuesto o comprobado; forma clínica de la enfermedad y todo otro dato que resulte de interés sanitario, así como

también la individualización de la persona que hace la notificación. Cuando se trate de reconocimiento de cadáveres, deben incluir, además, la fecha probable en que se produjo el deceso. La comunicación debe contener los datos que permitan la localización e individualización de la persona o animal enfermo, y reunir la mayor cantidad de información vinculada a la enfermedad, así como también la individualización del informante”.

Según el artículo 9° de la norma “El médico está igualmente obligado a notificar por escrito a la autoridad sanitaria provincial o municipal más próxima, todo brote de enfermedades transmisibles no incluidas en el artículo 2°, dentro de las veinticuatro horas.”

*SIDA*: La Ley 23.798<sup>12</sup> establece la obligatoriedad de denuncia en los casos de estadio IV no debiendo denunciar los de portación asintomática.

En su artículo 10 se establece que “La notificación de casos de enfermos de SIDA deberá ser practicada dentro de las cuarenta y ocho horas de confirmado el diagnóstico, en los términos y formas establecidas por la ley 15.465. En idénticas condiciones se comunicará el fallecimiento de un enfermo y las causas de su muerte.”

No obstante ello, hay circunstancias excepcionales. El anexo 1 del Decreto 1244/91<sup>13</sup> del Poder Ejecutivo Nacional, reglamentario de la mencionada Ley dispone: “incisos a) y b). Para la aplicación de la Ley y de la presente reglamentación deberán respetarse las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, llamada Pacto de San José de Costa Rica, aprobada por Ley N° 23.054, y de la Ley Antidiscriminatoria, N° 23.592. Inciso c) Los profesionales médicos, así como toda persona que por su ocupación tome conocimiento de que una persona se encuentra infectada por el virus HIV, o se halla enferma de SIDA, tienen prohibido revelar dicha información y no pueden ser obligados a suministrarla, salvo en las siguientes circunstancias: a) A la persona infectada o enferma, o a su representante, si se trata de un incapaz. b) A otro profesional médico, cuando sea necesario para el cuidado o tratamiento de una persona infectada o enferma. c) A los entes del Sistema Nacional de Sangre, creado por el artículo 18 de la Ley N° 22.990, mencionados en los incisos a), b), c), d), e), f), h),

---

<sup>12</sup>Ley 23798. Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/199/norma.htm>.

<sup>13</sup>Decreto 1244/91. Reglamentación Ley 23798 <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/5000-9999/6544/texact.htm>.

e i), del citado artículo, así como a los organismos comprendidos en el artículo 7° de la Ley N° 21.541. d) Al Director de la Institución Hospitalaria o, en su caso, al Director de su servicio de Hemoterapia, con relación a personas infectadas o enfermas que sean asistidas en ellos, cuando resulte necesario para dicha asistencia. e) A los Jueces en virtud de auto judicial dictado por el Juez en causas criminales o en las que se ventilen asuntos de familia. f) A los establecimientos mencionados en el artículo 11, inciso b) de la Ley de Adopción, N° 19.134. Esta información sólo podrá ser transmitida a los padres sustitutos, guardadores o futuros adoptantes. g) Bajo la responsabilidad del médico a quien o quienes deban tener esa información para evitar un mal mayor”.

La Ley Nacional 27.675<sup>14</sup> (Ley Nacional de respuesta integral al VIH, hepatitis virales, otras infecciones de transmisión sexual y tuberculosis), establece el “Derecho al resguardo de la confidencialidad, privacidad e intimidad, en acuerdo a la Ley de Protección de los Datos Personales 25.326”. A la Ley 23.798 se suma esta nueva ley que incorpora además del VIH a otras enfermedades de transmisión sexual, hepatitis y tuberculosis, la misma no solo garantiza el acceso a los diagnósticos, tratamientos, medicación, confirma también el derecho a la confidencialidad, privacidad e intimidad, reforzando así lo que es el secreto médico.

*Protección contra la violencia familiar:* Otro caso de obligación de denunciar por parte del médico son los casos de maltrato de menores, incapaces, ancianos o discapacitados que asista, así lo establece la Ley Nacional 24.417<sup>15</sup>. Veamos:

Artículo 2: “Cuando los damnificados fuesen menores o incapaces, ancianos o discapacitados, los hechos deberán ser denunciados por sus representantes legales y/o el ministerio público. También estarán obligados a efectuar la denuncia los servicios asistenciales sociales o educativos, públicos o privados, los profesionales de la salud y todo funcionario público en razón de su labor. El menor o incapaz puede directamente poner en conocimiento de los hechos al ministerio público”.

Esta ley fue sancionada el 7 de diciembre de 1994 y promulgada el 28 de diciembre del mismo año.

<sup>14</sup> Ley 27675. Ley Nacional de respuesta integral al VIH, Hepatitis virales, otras infecciones de transmisión sexual-ITS- y tuberculosis -TBC- InfoLEG - Ministerio de Justicia y Derechos Humanos - Argentina

<sup>15</sup> Ley 24417. Protección contra la Violencia Familiar <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/90000-94999/93554/norma.htm>.

*Trasplante de órganos y materiales anatómicos*: La Ley Nacional 27.447<sup>16</sup> establece en su artículo 8° que los profesionales médicos que realicen tratamientos de diálisis o que indiquen a un paciente la realización de un trasplante, deben registrar dichas circunstancias de acuerdo a las normas que a tales fines dicte el Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante (INCUCAI)”.

## **XI- Sanciones por violación al secreto profesional**

El Dr. Alberto Sandhagen, abogado especialista en Derecho Penal, en su artículo “El concepto de Justa Causa del artículo 156 del Código Penal bajo el prisma del Principio de Legalidad”<sup>17</sup>, dice “... En síntesis, en honor al principio de máxima taxatividad legal habrá causa justa de revelación del secreto cuando este estipulado concretamente en una ley formal; o sea, cuando concurra un verdadero estado de necesidad, en el cual se legitima la revelación por evitar un mal mayor; cuando se trate de la defensa del propio interés, en caso de que el obligado a mantener el secreto necesite repeler un ataque contra sus intereses por parte del interesado en el secreto; cuando medie el ejercicio de un derecho, tal el caso del cobro de los honorarios correspondientes al servicio prestado; cuando opere el consentimiento del interesado (art. 244, párr. 2°, del CPPN); y, fundamentalmente, en aquellos casos donde es la propia ley la que establece la justa causa de revelación...”.

La violación del secreto médico es un delito de acción privada, ya que solo puede ser ejercido por la víctima que tiene derecho a iniciar el proceso penal correspondiente, por cuanto solo afecta un interés particular que no ofende al orden público.

Código Penal Argentino<sup>18</sup>, en el artículo 156 “violación del Secreto Profesional” y la modificación de su monto establecido en la ley 24286 se establece que: “Será reprimido con multa de pesos mil quinientos a pesos noventa mil e inhabilitación especial, en su caso, por seis meses a tres años, el que teniendo noticia, por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño, lo revelare sin justa causa”.

---

<sup>16</sup>Ley 27447. Ley de Trasplante de Órganos, tejidos y células. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/310000-314999/312715/norma.htm>.

<sup>17</sup>SANDHAGEN, A, “El Concepto de Justa causa del artículo 156 del Código Penal bajo el prisma del Principio de Legalidad”.

<sup>18</sup>Código Penal Argentino. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/textact.htm>.

Ambas penas se aplican de manera conjunta, no siendo optativo para el juez la aplicación de una u otra.

La multa no es un resarcimiento que va a ir dirigido hacia la víctima, si ésta quiere una reparación económica deberá ir por la vía Civil, a través de un juicio de daños y perjuicios, que seguramente será superior al monto máximo de la multa de este código Penal. El monto de la multa es una imposición económica que establece el Estado a título de una infracción a un deber puntual. Tiene por objeto la resocialización.

Por su parte, se contempla la figura de la inhabilitación.

## **XII- Conclusión**

Durante el ejercicio de su profesión, el médico asume una importante responsabilidad ética, moral y jurídica, y en caso de no cumplirlas puede ocasionar un grave daño al paciente. El galeno tiene la obligación de callar todo aquello de lo que tome conocimiento en el ejercicio de su profesión. El paciente no debe poner de manifiesto durante la consulta su deseo de guardar silencio de todo lo que le confíe al profesional médico, esto queda explícito.

El secreto médico es fundamental para la relación médico - paciente. Es la confianza que el paciente deposita en el profesional en la consulta, de no ser así, difícilmente consultaría, pues tendría temor, por lo cual revelar un secreto obtenido durante el ejercicio de la profesión sólo debe darse cuando exista la justa causa de revelación, como ser para evitar un mal mayor, o en el caso que esté obligado por la ley, como los certificados de defunción, los nacimientos, etc.

A fin de evitar sanciones innecesarias se establece que el profesional de la salud debe conocer y actualizar sus conocimientos sobre las reglamentaciones vigentes.

En la actualidad la práctica de la medicina es llevada a cabo por equipos médicos, formados por profesionales de la salud de diferentes especialidades, que deben conocer la historia clínica del paciente para poder realizar un tratamiento médico combinado y adecuado a la patología del paciente. Como consecuencia el secreto médico, es un secreto compartido por todos los componentes de dicho equipo y obliga a los mismos a mantener la confidencialidad de los datos de los pacientes, los cuales son conocidos con motivo del ejercicio de la profesión médica. También se suman a esta responsabilidad de preservar el secreto aquel equipo de salud no médico pero que mantiene relación con el paciente, como ser enfermeros, radiólogos, contemplados en la Ley 17.132.

***Breve análisis de la licitud de la legítima defensa preventiva en el derecho  
internacional público***

**\*Por Gastón Ismael Morales**

**I- Introducción**

El derecho internacional surgió en el escenario europeo, luego de la caída del Imperio Romano por las invasiones Bárbaras, se genera una lucha por el poder que se gesta primero entre los señores feudales y poco a poco entre quienes van configurándose como una suerte de imperio. En esa Europa anterior a la paz de Westfalia<sup>1</sup> todos querían ser el imperio que suceda al Imperio Romano, en el sentido de ser el soberano que contiene la suma del poder público, y a quien todos los demás tenían que obedecer. El derecho Internacional Público surge como un derecho consuetudinario, bajo el reconocimiento de los Estados que eran potencia de la época, incluido el Papado.

Este Derecho Internacional Público reconocía a los Estados soberanos la facultad de hacer la guerra en defensa de sus intereses nacionales, sin más limitaciones que las que fueron surgiendo en el derecho humanitario para limitar los medios de hacer la guerra y brindar protección a la población civil. El derecho a la legítima defensa procedía ante cualquier amenaza, pues si el soberano era libre de usar la fuerza armada a su libre arbitrio, con mayor razón lo era para supuestamente defenderse en cualquier circunstancia.

La fecha de nacimiento del Derecho Internacional Público la podemos ubicar en 1648 con la culminación de la guerra de los 30 años, a través de la firma del Tratado de Paz realizado en la región de Westfalia. Con la firma de dicho tratado se acordó poner fin a los interminables conflictos armados mediante la adopción del principio de igualdad soberana de los Estados.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> La paz de Westfalia hace referencia a una serie de Tratados multilaterales firmados en la región de Westfalia concretamente en las localidades alemanas de Munster y Osnabrück, entre enero y octubre de 1648, que pusieron fin a la Guerra de los treinta y de los ochenta años y que sentaron las Bases del nuevo orden internacional. La Paz de Westfalia y el Nuevo Orden Internacional, Alejandro Galán Martín, UNEX, p. 4.

<sup>2</sup> El termino Igualdad entre los Estados- todos son iguales ante la ley- no tiene otro significado que el de la igualdad jurídica, eso es que todos los Estados son exactamente iguales ante el derecho Internacional y que ninguno de ellos puede reclamar privilegios. (Cap. III Los principios del Derecho Internacional. Bernal Gómez, Daniel Rigoberto, p. 43.

El mundo bajo la paz de Westfalia duró hasta el estallido de la Gran Guerra<sup>3</sup>, cuya culminación dio origen a un nuevo Tratado que intentó regular las relaciones internacionales del mundo europeo.<sup>4</sup> Este Tratado creó una organización internacional, intergubernamental, a la que se le dio un objetivo de naturaleza política. La Organización Internacional que el Tratado de Versalles creó se llamó Sociedad de las Naciones en cuyo preámbulo se estableció que se la creaba para ser garante de la paz<sup>5</sup>. La Sociedad será garante de la paz entre quienes eran las partes de ese tratado, y a fin de poder cumplir con el rol impuesto por el preámbulo de su creación, aparece una regulación jurídica de la guerra. En primer lugar, hay una condena a la guerra de agresión,<sup>6</sup> a su vez hay una moratoria de guerra y, por último, los Estados se comprometen a no recurrir a la guerra contra un Estado que esté conformando su conducta a una sentencia o en un laudo dictado en el ámbito internacional.<sup>7</sup>

<sup>3</sup> La Primera Guerra Mundial marcó el primer gran conflicto internacional del siglo XX. El asesinato del archiduque Francisco Fernando, heredero de la corona austro-húngara, y de su esposa, la archiduquesa Sofía, en Sarajevo el 28 de junio de 1914, dio inicio a las hostilidades, que comenzaron en agosto de 1914, y continuaron en varios frentes durante los cuatro años siguientes. Durante la Primera Guerra Mundial, las Potencias de la Entente -- Gran Bretaña, Francia, Serbia y la Rusia Imperial (a las que más tarde se unieron Italia, Grecia, Portugal, Rumanía y Estados Unidos) -- lucharon contra las Potencias Centrales: Alemania y Austria-Hungría (a las que más tarde se incorporaron la Turquía Otomana y Bulgaria). <https://encyclopedia.ushmm.org>.

<sup>4</sup> El 28 de junio de 1919, en las afueras de París, dignatarios Europeos de congregaron en el Palacio de Versalles para firmar uno de los Tratados más conocidos del Siglo XX. El tratado de Versalles, el cual ponía fin a uno de los conflictos más cruentos de la historia, la Primer Guerra Mundial. La Primera Guerra Mundial, que estalló en 1914, alcanzó a todos los rincones del mundo, pero tuvo en el Frente Occidental su escenario más violento y destructivo. Acabó el 11 de noviembre de 1918 con un armisticio solicitado por Alemania, casi al borde del colapso, que puso fin a los combates, pero no fue el fin de los problemas. El 18 de enero de 1919 se inauguró en París la Conferencia de la Paz, los aliados se reunieron en esta para acordar los términos de la paz con Alemania. Tenía entre sus principales objetivos privilegiar la seguridad colectiva y respetar el derecho a la libre determinación de los pueblos (dos de los catorce puntos establecidos por el presidente estadounidense Wilson en 1918). Uno de los resultados de esta conferencia fue el Tratado de Versalles y fue presentado ante Alemania como única alternativa de paz. El tratado obligó a los alemanes y a sus aliados a asumir toda la responsabilidad como iniciadores de las hostilidades. Esto significó para Alemania no solo su desmembramiento territorial y la aceptación de una deuda de guerra de 33mil millones de euros, sino un desarme casi total de su ejército y flota. Por su parte, Austria se vio obligada a reconocer la independencia de Polonia, Checoslovaquia, Yugoslavia y Hungría. El acuerdo, rubricado por los dignatarios internacionales, entró en vigor el 10 de enero de 1920 pero no contentó a ninguno. De hecho, sería fuente de futuras disputas, sentando las bases de la Segunda Guerra mundial. [www.iri.edu.ar](http://www.iri.edu.ar)

<sup>5</sup> Preámbulo :”Las altas partes contratantes, considerando que a fin de desarrollar la cooperación entre las naciones y garantizarles la paz y la seguridad, importa aceptar ciertas obligaciones de no recurrir a la guerra, mantener a plena luz relaciones internacionales fundadas sobre la justicia y el honor, observar rigurosamente las prescripciones del derecho internacional reconocidas de hoy en adelante como regla de conducta efectiva de los gobiernos, hacer reinar la justicia y respetar escrupulosamente todas las obligaciones de los tratados en las relaciones mutuas de los pueblos organizados.” [www.iri.edu.ar](http://www.iri.edu.ar)

<sup>6</sup> Artículo 10 del Tratado de Versalles: “Los miembros de la sociedad se comprometen a respetar y a mantener contra toda agresión exterior la integridad territorial y la independencia política presente de todos los miembros de la sociedad. En caso de agresión, de amenaza o de peligro de agresión, el consejo emitirá opinión sobre los medios de asegurar la ejecución de esta obligación.” [www.iri.edu.ar](http://www.iri.edu.ar).

<sup>7</sup> Artículo 13 del Tratado de Versalles:” Los miembros de la sociedad convienen en que si surgiera entre ellos una divergencia susceptible, a su juicio, de una solución arbitral o judicial, y si esta divergencia no

El articulado que crea y da sustento jurídico a la Sociedad de las Naciones buscó regular el empleo de la fuerza en las relaciones internacionales, continuando con el modelo westfaliano descentralizador de la coacción y de las normas.

La Sociedad de las Naciones ha tenido poca efectividad para poder impedir la Segunda Guerra Mundial<sup>8</sup>.

Esta Guerra implicó el fracaso absoluto de la Sociedad de las Naciones que era un garante de la paz en el mundo, pero era un garante sin solvencia para responder esa garantía, ya que las sanciones eran descentralizadas.

Durante el transcurso de la segunda guerra mundial se empieza a gestar y a negociar una nueva organización que es la que va a suplantar a la Sociedad de las Naciones, esta organización es la ONU (Organización de Naciones Unidas), que tiene como instrumento constitutivo una Carta la cual va a tener la naturaleza jurídica de un tratado.<sup>9</sup>

La Carta de Naciones Unidas, en su preámbulo, a diferencia del de la Sociedad de las Naciones, va a reconocer la existencia de valores que son esenciales a la vida, y a la subsistencia de la comunidad internacional. Esos valores son, por un lado, la paz, y por otro, la dignidad del ser humano.

---

pudiese solucionarse satisfactoriamente por la vía diplomática, la cuestión será sometida integralmente a un arreglo arbitral o judicial. 2. Entre las que generalmente son susceptibles de una solución arbitral o judicial, se declararan tales las divergencias relativas a la interpretación de un tratado, a todo punto de derecho internacional, a la realidad de todo hecho que, si fuera comprobado, constituiría la ruptura de un compromiso internacional o a la extensión o naturaleza de la reparación debida por tal ruptura.3. La causa será sometida a la Corte Permanente de Justicia Internacional o a toda jurisdicción o Corte designada por las partes o previstas en sus convenciones anteriores.4. Los miembros de la sociedad se comprometen a cumplir de buena fe las sentencias pronunciadas y a no recurrir a la guerra contra todo miembro de la sociedad que se conformara a las mismas. En caso de falta de cumplimiento de las sentencias, el consejo propondrá las medidas necesarias para asegurar su efecto. [www.iri.edu.ar](http://www.iri.edu.ar)

<sup>8</sup>La Segunda Guerra Mundial fue un conflicto armado que tuvo lugar entre los años de 1939 y 1945, y que involucró de manera directa o indirecta a la mayor parte de las potencias militares y económicas de la época, así como a numerosos países del Tercer Mundo. Se la considera la guerra más dramática de la historia contemporánea, debido a la cantidad de personas involucradas, las enormes dimensiones territoriales del conflicto, la cantidad de armamento bélico empleado y las desgarradoras consecuencias históricas para la Humanidad. La Segunda Guerra Mundial se desarrolló principalmente en tres escenarios distintos: el continente europeo, el asiático y el africano. En ellos se enfrentaron las tropas de los dos bandos opuestos, conocidos como los Países Aliados y las Potencias del Eje, así como de los países involucrados voluntariamente o a la fuerza en un conflicto que no distinguió entre fuerzas militares y población civil. En el contexto de esta guerra se produjeron eventos sumamente traumáticos para la civilización humana, como las muertes masivas en campos de exterminio y de trabajos forzados (en particular de ciudadanos de la etnia judía) o la utilización por primera vez en la historia de armas nucleares de destrucción masiva sobre una población civil (las ciudades japonesas de Hiroshima y Nagasaki).

<sup>9</sup>El tratado es una concordancia de voluntades entre dos o más Estados u otros sujetos de Derecho Internacional Público, regida por este derecho, mediante la cual se crean, modifican o extinguen derechos y obligaciones surgidos de una relación jurídica. Podesta - Costa Ruda Derecho Internacional Público, TII p.13

A partir de esto, se desprenden dentro del tratado normas dispositivas y normas imperativas para cumplir con el objetivo de preservar la paz y la dignidad del hombre.

A los fines de garantizar la Paz mundial los Estados miembros le otorgaron a la ONU determinadas capacidades, entre las más importantes, la de tomar medidas de tipo colectivo que la Organización considere eficaces. Y esta es la fundamental diferencia con la Sociedad de las Naciones. La ONU va a mantener la paz, pero ella va a tener la capacidad jurídica de tomar las medidas que considere eficaces a los fines de mantener la paz, medidas que ya no van a ser individuales, sino que serán de tipo colectivo. A su vez a través del artículo 1º también se le da la capacidad de lograr el ajuste o arreglo de aquellas situaciones que de prolongarse pueden poner en peligro la paz y la seguridad internacional.<sup>10</sup>

Los Estados, al otorgarle a la Organización la capacidad de actuar en determinadas circunstancias, han adoptado una serie de principios en función de los cuales tanto la Organización como los Estados miembros de la misma actuarán con vínculo jurídico.<sup>11</sup>

Teniendo en cuenta el tema que me convoca, me detendré en el principio de regulación del uso o amenaza del uso de la fuerza armada. Tal como se desprende del

---

<sup>10</sup>Artículo 1 Carta de la ONU “Los propósitos de las Naciones Unidas son: 1. Mantener la paz y la seguridad internacionales, y con tal fin: tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz, y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz; y lograr por medios pacíficos, y de conformidad con los principios de la justicia y del derecho internacional, el ajuste o arreglo de controversias o situaciones internacionales susceptibles de conducir a quebrantamientos de la paz; 2. Fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, y tomar otras medidas adecuadas para fortalecer la paz universal; 3. Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión; y 4. Servir de centro que armonice los esfuerzos de las naciones por alcanzar estos propósitos comunes.

<sup>11</sup>Para la realización de los Propósitos consignados en el Artículo 1, la Organización y sus miembros procederán de acuerdo a los siguientes principios: 1. La Organización está basada en el principio de la igualdad soberana de todos sus Miembros. 2. Los Miembros de la Organización, a fin de asegurarse los derechos y beneficios inherentes a su condición de tales, cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con esta Carta. 3. Los Miembros de la Organización arreglarán sus controversias internacionales por medios pacíficos de tal manera que no se pongan en peligro ni la paz y la seguridad internacional ni la justicia. 4. Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas. 5. Los Miembros de la Organización prestaron a ésta toda clase de ayuda en cualquier acción que ejerza de conformidad con esta Carta, y se abstendrán de dar ayuda a Estado alguno contra el cual la Organización estuviere ejerciendo acción preventiva o coercitiva. 6. La Organización hará que los Estados que no son Miembros de las Naciones Unidas se conduzcan de acuerdo con estos Principios en la medida que sea necesaria para mantener la paz y la seguridad internacionales. 7. Ninguna disposición de esta Carta autorizará a las Naciones Unidas a intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados, ni obligará; a los Miembros a someter dichos asuntos a procedimientos de arreglo conforme a la presente Carta; pero este principio no se opone a la aplicación de las medidas coercitivas prescritas en el Capítulo VII.

texto de la Carta, la Organización va a tener la capacidad de actuar cuando haya amenaza a la paz, enfrentamientos contra la paz, o actos de agresión; esto significa que estamos frente a una regulación no solamente de la guerra (lucha armada entre dos o más Estados) sino que también ante una regulación del uso o de la amenaza del uso de la fuerza armada. El concepto de guerra esta suplantado por el de conflicto armado, y de este nuevo orden normativo que surge de la Carta se desprende que si la Organización tiene la capacidad de actuar, los Estados asumen la obligación de abstenerse de ayudar a cualquier Estado contra el cual la organización este llevando a cabo una acción.

Esta regulación del uso de la fuerza armada frente a una situación que de prolongarse puede conducir a la amenaza, uso o quebrantamiento de la paz o un acto de agresión, permite que la Organización pueda aplicar medidas coercitivas, las cuales pueden constituir inclusive el empleo de la fuerza armada, y por el otro la tan mentada legítima defensa colectiva.

## **II- La Legítima Defensa**

El instituto de la Legítima defensa se encuentra establecido en el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas el cual establece que “ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un miembro de la Naciones Unidas, hasta tanto el Consejo de Seguridad tome las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales. Las medidas tomadas por los miembros en el ejercicio del derecho de legítima defensa serán comunicadas inmediatamente al Consejo de Seguridad, y no afectarán de manera alguna la autoridad del Consejo conforme a la presente Carta para ejercer en cualquier momento la acción que estime necesaria con el fin de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales”.

Este artículo debe ser interpretado en forma armónica con el principio de prohibición del uso de la fuerza armada el cual se encuentra establecido en la Carta de la ONU en su artículo 2.4: “Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas”.

De la interpretación de ambos artículos surge la legítima defensa como una excepción al principio mencionado ut supra. También debe ser considerada una causa

excepcional de exclusión de la ilicitud de un comportamiento no conforme a la obligación general de no recurrir al uso de la fuerza.

A fin de poder entender el instituto de la legítima defensa voy a exponer las condiciones que se exigen para el ejercicio de la misma.

La primera condición para poder hacer uso de la legítima defensa es que haya un ataque armado. El artículo 51 de la Carta de la ONU debe ser interpretado restrictivamente. Desde mi punto de vista esta condición es indispensable para que se pueda ejercer de manera lícita la legítima defensa. La interpretación restrictiva podría encontrarse justificada dentro de las reglas acordadas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 para determinar el sentido de una norma convencional de derecho internacional público.<sup>12</sup> Aquí ya podemos avizorar que en el uso de la legítima defensa preventiva, como bien lo dice el término, no se estaría dando la condición del ataque armado. Más allá que haya parte de la doctrina que hace una interpretación amplia del artículo 51, considerando que dentro de los términos del mismo se encuentra también la legítima defensa preventiva.<sup>13</sup> ¿Existiría una legítima defensa, sin tener en los hechos un hecho de que defenderse? A fin de poder dilucidar el instituto de la legítima defensa, me tomo la licencia para comparar y hacer una analogía con la legítima defensa que en el derecho interno tienen las personas físicas: si un sujeto es víctima de un intento de homicidio y logra herir o matar al atacante, la inmediatez de su reacción, la proporcionalidad de la misma y su fin de rechazar la agresión, le permitiría aducir legítima

---

<sup>12</sup>La Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados celebrados entre Estados, del 23 de mayo de 1969 dispone.” Art. 31. Regla General de Interpretación. I. Un Tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del Tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”.

<sup>13</sup>Los partidarios de una visión amplia del art. 51, por su parte, esbozan una serie de argumentos para sostener su postura. Un primer grupo de autores, quizás el más numeroso, sostiene que la inclusión del art. 51 en la Carta no ha derogado el derecho consuetudinario preexistente en materia de legítima defensa. Recuerdan que el art. 51 no fue incluido con el propósito de definir el derecho individual de legítima defensa, sino con el de clarificar la posición en relación con la concepción de legítima defensa colectiva (particularmente el Tratado Panamericano conocido como Acta de Chapultepec). Por otro lado, sostienen, es incorrecta toda interpretación que considere la frase “en caso de un ataque armado” como “solo en el caso de un ataque armado”. Subrayan que el art. 51, no dice expresamente que la legítima defensa puede ser ejercida solo si un ataque armado ocurre. Además, destacan el hecho de que el mismo artículo reconoce la calidad de “inherente” (“natural” en la versión en francés) del derecho de legítima defensa y que, en la Conferencia de San Francisco, el comité encargado de redactar el art. 2(4) sostuvo expresamente que “the use of arms in legitimate self-defense remains admitted and unimpaired”. Otros autores hacen hincapié en las consecuencias nefastas que una interpretación restrictiva del art. 51 podría acarrear en la era nuclear. Argumentan que, debido a que un primer ataque puede provocar una destrucción inmensa y quizás decisiva, no puede pretenderse que un Estado que está por ser víctima de tal ataque se abstenga de actuar anticipadamente. Si no fuese así, se estaría haciendo inoperante el derecho de todo Estado a su auto-preservación. Dos Aspectos de la legítima defensa frente a la amenaza terrorista. Jose A. Consigli. pp. 29. 2007

defensa, pero si el mismo sujeto es herido durante el ataque de su agresor, a nadie se le ocurriría decir que esa víctima tendría, con base en la institución de la legítima defensa, derecho de organizarse y atacar y matar al que lo agredió días o semanas después del incidente.

Otra de las características constitutivas para que proceda la Legítima Defensa es la necesidad, considerada en el sentido que el uso de la fuerza es el único medio al que puede recurrir el Estado agredido, no teniendo a su alcance otros medios para detener la agresión.<sup>14</sup>

La tercera característica que debe tener el acto del Estado agredido para ser considerado como legítima defensa es la proporcionalidad con la que se utiliza la misma.

La acción defensiva por parte del Estado que fue agredido debe ser proporcional a la agresión sufrida y suficiente para detenerla. La Finalidad de la legítima defensa es repeler la agresión, no agredir. Se analiza la proporcionalidad en base a la cantidad de fuerza que se instrumentó por parte del Estado agredido para repeler la fuerza aplicada por el Estado agresor.

Para que la legítima defensa sea desprovista de ilicitud, la misma debe guardar una relación razonable de inmediatez a la agresión sufrida, dicha inmediatez debe juzgarse con relación al tiempo necesario que el Estado agredido requiere para preparar la respuesta armada. La ausencia de esta condición puede transformar el lícito ejercicio de la legítima defensa en ilícito. La falta de inmediatez en la reacción del Estado agredido puede considerarse una represalia armada contraria al derecho internacional.

Otra de las condiciones que se debe tener en cuenta a los fines de excluir la ilicitud de la Legítima defensa es la provisionalidad del uso de la misma. El Estado agredido ejerce la legítima defensa con carácter provisional, hasta que el Consejo de Seguridad tome las medidas definitivas para restablecer la paz y la seguridad. Cuando actúa el Consejo de Seguridad debe cesar el uso de la legítima defensa. La eficacia o eficiencia de las medidas tomadas por el Consejo de Seguridad para proveer a la defensa del Estado agredido serán evaluadas por el mismo Consejo.

---

<sup>14</sup>El Artículo 1 de la Resolución de Asamblea General N° 3314 (XXVX) define a la agresión de la siguiente manera” La agresión es el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas, tal como se enuncia en la presente Definición. Nota explicativa: En esta Definición el término “Estado”: a) Se utiliza sin perjuicio de las cuestiones de reconocimiento o de que un Estado sea o no Miembro de las Naciones Unidas; b) Incluye el concepto de un “grupo de Estados”, cuando proceda.

Es menester destacar que el Estado que ha sufrido la agresión hace uso de su derecho a la legítima defensa de carácter subsidiario a las medidas que debe tomar el Consejo de Seguridad en ejercicio de la responsabilidad primordial que le corresponde en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales.<sup>15</sup> Por tal razón, el Estado agredido debe informar inmediatamente al Consejo de Seguridad las medidas que haya ejecutado en ejercicio de tal derecho.

Para que se configure la agresión de acuerdo a lo que establece la resolución 3314 de la ONU es necesario que haya un ataque armado de magnitud. ¿O podríamos considerar agresión a una continua serie de agresiones menores contra un Estado durante un lapso de tiempo determinado? Para un sector importante de la doctrina, tales agresiones, tomadas en su conjunto, con continuidad y en un contexto de hostilidad podrán ser calificados como constitutivos de un ataque armado que habilite al ejercicio de la legítima defensa.

¿Es sustento para activar el mecanismo de legítimo defensa establecido en el artículo 51 de la Carta la agresión indirecta?

La agresión indirecta está prevista también en la Resolución 3314<sup>16</sup>, con anterioridad a dicha resolución la Asamblea General a través de la resolución 2625 había establecido el deber que tiene el Estado de abstenerse de organizar y fomentar la organización de fuerzas irregulares o de bandas armadas, incluidos los mercenarios, para hacer incursiones en el territorio de otro Estado. No surge de la carta de la ONU, en su lectura conjunta, una distinción de la agresión directa e indirecta, sin embargo, a la luz de lo establecido en la Resolución 3314, en caso de producirse una agresión de la naturaleza prescripta, el Estado agredido está plenamente habilitado para ejercer la legítima defensa.

Es menester recordar que ni las guerras ni los actos belicosos entre Estados nunca se han suspendido a pesar de la prohibición del uso de la fuerza armada que surge de la Carta de la ONU <sup>17</sup>

### III- Legítima defensa preventiva

<sup>15</sup>Véase artículo 24 de la Carta de Naciones Unidas y Capítulos VI y VII del mismo cuerpo normativo.

<sup>16</sup>Artículo 3 “g) el envío por un Estado , o en su nombre , de bandas armadas , grupos irregulares o mercenarios que lleven a cabo actos de fuerza armada contra otro Estado, de tal gravedad , que sean equiparables a los actos antes enumerados , o su sustancial participación en dichos actos”

<sup>17</sup>Ejemplo de ello, las bombas atómicas en Hiroshima y Nagasaki. Ambas lanzadas poco después de firmada la carta de la ONU.

Aceptando una interpretación restrictiva del artículo 51 de la Carta de la ONU, podemos apreciar que el instituto de la Legítima defensa preventiva resulta incompatible con el espíritu del mismo. El propio artículo como ya lo he manifestado con anterioridad requiere la existencia de un ataque armado para que proceda la legítima defensa, y en los casos de defensa preventiva, ese ataque armado al que alude el artículo no ha sucedido. Al justificar el accionar de un Estado en el Instituto de la legítima defensa preventiva lo está haciendo mediante una justificación de posible amenaza o peligro de ser atacado.

El artículo le otorga la característica de derecho inmanente que tienen los Estados a la legítima defensa. Esto significa que es un derecho propio de los Estados por ser Estados y no es creado por la Carta de la ONU. El derecho a la legítima defensa encuentra sus bases y fundamentos en el derecho consuetudinario.<sup>18</sup> El origen iusnaturalista de dicho derecho, bajo ningún concepto habilita la utilización del mismo de manera preventiva. La característica de inmanente del derecho de legítima defensa no convierte al mismo en un súper derecho que tienen los Estado de utilizarlo como ellos quieran, atento a que podríamos caer en el mundo post Briand Kellogg<sup>19</sup>

---

<sup>18</sup>La norma general de derecho consuetudinario que prohíbe el uso de la fuerza permite ciertas excepciones. La excepción del derecho a la legítima defensa individual o colectiva también está, a juicio de los Estados, establecida en derecho consuetudinario, como lo evidencian, por ejemplo, los términos del Artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas, que se refiere a un "derecho inmanente", y la declaración contenida en la resolución 2625 (XXV). Las partes, que consideraban que la existencia de ese derecho estaba establecida en el derecho consuetudinario internacional, convenían en admitir que la legalidad de la reacción ante un ataque dependía del cumplimiento de los principios y de la necesidad y la proporcionalidad de las medidas adoptadas en legítima defensa. Ya fuera individual o colectiva, la legítima defensa sólo podía ejercerse como reacción a un "ataque armado". A juicio de la Corte, podía entenderse que eso significaba no sólo acciones emprendidas por fuerzas armadas regulares a través de una frontera internacional, sino también el envío por un Estado de bandas armadas al territorio de otro Estado, si esa operación, por su escala y efectos, se hubiera clasificado como un ataque armado en caso de ser realizada por fuerzas armadas regulares. La Corte citó la definición de la agresión que figuraba como anexo a la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General como una expresión del derecho consuetudinario a ese respecto. La Corte no consideraba que el concepto de "ataque armado" incluyera la asistencia a rebeldes en forma de suministro de armas o apoyo logístico o de otra índole. Además, la Corte concluyó que en el derecho consuetudinario internacional, ya fuera el general o el particular del sistema jurídico interamericano, no existía una norma que permitiera el ejercicio de la legítima defensa colectiva sin la petición previa del Estado que fuera víctima del presunto ataque. Siendo ese requisito adicional al de que el Estado en cuestión declarara él mismo haber sido atacado." Caso Relativo a las Actividades Militares y Paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua (Nicaragua contra los Estados Unidos de América) Fallo del 27 de Junio de 1986.

<sup>19</sup>El Pacto Kellogg-Briand, también conocido como Pacto de París, es un tratado internacional que fue firmado el 27 de agosto de 1928 en París por iniciativa del ministro de Asuntos Exteriores de Francia, Aristide Briand, y del Secretario de Estado de los Estados Unidos, Frank B. Kellogg mediante el cual los quince estados signatarios se comprometían a no usar la guerra como mecanismo para la solución de las controversias internacionales. Este pacto es considerado el precedente inmediato del artículo 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas, en el que se consagra con carácter general la prohibición del uso de la fuerza.

La legítima defensa preventiva tiene sus partidarios que la fundamentan algunos en la peligrosidad de las nuevas armas de destrucción masiva<sup>20</sup>. Estos doctrinarios como Mac Dougall consideran que de esperar a que un ataque con armas nucleares se materialice sería imposible cualquier respuesta. Y otros como Wedgwood justifican la posibilidad de iniciar acciones militares preventivas contra los grupos terroristas no solo antes de que puedan usar las armas que poseen, sino que esta prevención sea legítima también antes de que estos grupos puedan adquirirlas.<sup>21</sup>

Otro de los argumentos válidos para los militantes de la Legítima defensa preventiva es que en caso que el Consejo de Seguridad se vea impedido de proteger la paz y la Seguridad Internacional, teniendo como muestra, lo que sucedió durante la guerra fría que llevo a una paralización del Consejo de Seguridad debido al sistema del veto. Waldock afirma lo siguiente: “Si la acción de las Naciones Unidas es obstruida, demorada o inadecuada y el ataque armado se hace manifiestamente inminente, entonces sería una burla de los propósitos de la Carta obligar al Estado que se defiende a permitir que su atacante del primer golpe, que puede ser fatal...”<sup>22</sup>.

Algunos ejemplos en los cuales se hizo uso de la Legítima Defensa preventiva, sin contar la innumerable cantidad de veces que dicho Instituto fue utilizado por el Estado de Israel desde su fundación hasta hoy, no solo a los fines de defender su territorio legalmente cedido luego de la Segunda Guerra mundial, sino también de territorios anexados ilegalmente.<sup>23</sup>

A saber:

- a) Bloqueo naval de Estados Unidos a Cuba en 1962
- b) Guerra del Golfo de 1991
- c) Modificación de las rules of engagement de EEUU y GB en el año 1999
- d) Invasión de Estados Unidos a Irak en 2003

<sup>20</sup>BARBOZA, J, “Derecho Internacional Público”, Edit. Zavalia, 2º Edición, Buenos Aires, Argentina, 2008, p. 267.

<sup>21</sup>Texto de la Res. CS 255: “1.Reconoce que la agresión con armas nucleares o la amenaza de tal agresión contra un Estado no poseedor de armas nucleares crearía una situación en la que el Consejo de Seguridad, y sobre todo sus miembros permanentes poseedores de armas nucleares, tendrían que actuar inmediatamente en conformidad con las obligaciones que les impone la Carta...3.Reafirma...el derecho inmanente, reconocido en el Artículo 51 de la Carta, de legítima defensa...en caso de ataque armado...hasta tanto el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales.”

<sup>22</sup>WALDOCK, C, cit. en GROS ESPIELL, “La pretendida legítima defensa preventiva y la guerra en Irak”. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Tomo 2, Montevideo, 2004, p. 880.

<sup>23</sup>Israel contra fuerzas armadas de Egipto en 1967. Israel contra Irak en 1981 mediante bombardeo en Osirak.

#### **IV- Conclusión**

A los fines de confirmar o refutar la hipótesis planteada, luego de haber expuesto brevemente las características del instituto que me convoca, se puede apreciar que los Estados desde la Paz Westfaliana funcionaron guiados por el principio de igualdad soberana entre ellos, y dentro de esa igualdad soberana se reconocía el uso irrestricto de la fuerza en las relaciones interestatales. El recurso de la guerra utilizado como medio de solución de controversias, así como un medio de política nacional fue un atributo propio del Estado. Todas las relaciones interestatales llevadas adelante a través de sendos tratados durante el siglo XX buscaron limitar el uso de la fuerza, sin embargo, no han podido evitar las dos guerras mundiales que sucedieron.

Estoy convencido de que la creación de la Sociedad de Naciones y de la Organización de las Naciones Unidas, han dado muestra de la necesidad de un tercero que resguarde la paz y la seguridad internacionales. Considero que con la firma y aceptación de la Carta de la ONU se crea un sistema en el cual el uso de la fuerza está proscrito, salvo excepciones y es por este trabajo tanto en el marco de Naciones Unidas como fuera de esta organización tendientes a mantener la paz y seguridad internacionales, que estas excepciones deben ser interpretadas restrictivamente. Existen excepciones que no gozan de controversia alguna: el uso de la fuerza en legítima defensa y el uso de ésta en el marco del sistema de seguridad colectiva de la ONU. No obstante lo expuesto, sabemos que existen conductas estatales, alguna de ellas repetidas en el tiempo, que tratan de lograr ampliar estas excepciones: tales como las represalias, intervenciones estatales, el uso de la fuerza para el cambio de régimen, etc. que no encuentran justificación en el Derecho emanado de la Carta y no son consideradas excepciones al art. 2.4 de la Carta, salvo por sectores de la doctrina y por aquellos Estados que pretenden hacerlos valer por diversos fines.

Estoy totalmente convencido que la legítima defensa preventiva es incompatible con los objetivos y valores que sostienen el Derecho Internacional Público vigente. Es por ello, que ante un ataque no inminente no queda otro camino conforme derecho, que el de comunicar al Consejo de Seguridad, y en caso que exista un ataque inminente, hay que tomar todas las medidas defensivas y agotar todas las vías de solución pacífica de controversias, entre ellas la intervención de Naciones Unidas. Todas las medidas que se tomen deberían ser probadas ante el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas.

Por lo tanto, y en mi opinión personal, no hay lugar dentro del Derecho Internacional Público para habilitar o legitimar la legítima defensa preventiva como un derecho inmanente de los Estados. La característica de inmanente del artículo 51 de la carta de la ONU está acotado al caso de ataque armado limitándolo temporalmente desde que se sufre el ataque armado hasta que el Consejo de Seguridad adopte las medidas efectivas.

*Los grupos terroristas como entidades en la escena internacional*  
*¿Actores o Sujetos?*

**\*Por Christian Aprosoff**

### **I- Introducción**

En el presente trabajo se busca determinar el status reconocido que poseen los grupos terroristas en el ámbito internacional como así también la responsabilidad que les compete en sus actos.

En cuanto a las consideraciones de la subjetividad internacional se intenta determinar la diferencia entre sujetos y actores internacionales, además de establecer el criterio utilizado por la comunidad internacional.

En el análisis del presente trabajo, en el acápite de terrorismo internacional, se vislumbrará el alcance que le otorgan al terrorismo internacional los diferentes sujetos del Derecho Internacional a través de un breve análisis de las convenciones y resoluciones emitidas por la ONU, la Unión Europea y otras legislaciones estatales.

Determinándose la diferencia entre sujetos y actores del sistema internacional, se analiza el papel que se les determina a los grupos terroristas para así distinguir el rol que poseen los grupos terroristas.

Por último, entendiendo el rol que juegan estos grupos en la escena internacional, se analiza la responsabilidad que les compete por su actividad sin perjuicio de los errores de interpretación que pudieran tener para afectar la libre asociación de los individuos a otras figuras ya preestablecidas.

### **II- Consideraciones de la subjetividad internacional**

Siguiendo la doctrina de distintos académicos, en la actualidad, no hay coincidencia ni criterios definidos en la cuestión de sujetos y actores del derecho internacional.

En cuanto a coincidencias la doctrina predominante refiere al sujeto de derecho como entidad capaz de ser titular de derechos y obligaciones, según las reglas del orden jurídico internacional<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> GONZÁLEZ NAPOLITANO, S, “Lecciones de Derecho Internacional Público”, Editorial Erreius, Buenos Aires, Argentina, 2015, p. 23.

Se hace referencia desde el ámbito de lo jurídico que algunas entidades que operan en la escena internacional suelen carecer de subjetividad internacional al no depender del estatuto jurídico del Derecho Internacional; sin embargo, llegan a depender del Derecho de uno o varios Estados. Enfatizando desde el plano sociológico, estas entidades resultan excluidas de la subjetividad internacional, por lo que conllevan la calidad de actores o protagonistas, lo que les otorga la titularidad de derechos y obligaciones según las reglas del orden jurídico internacional<sup>2</sup>.

En un sentido laxo la complicación de distinguir a otros entes del ámbito internacional, reconociendo que hay una pluralidad de sujetos y actores. Por ello, se entiende que aquellos entes que no poseen subjetividad internacional pero que cumplen un rol destacado en el ámbito internacional, son denominados actores<sup>3</sup>.

Siguiendo la base sociológica puede afirmarse que, a quienes se los determinan como actores en las relaciones internacionales pueden mostrar una subjetividad jurídica internacional, restringida en el plano de la capacidad, al ejercicio de unos derechos específicos y a la asunción de unas concretas obligaciones correlativas a esos derechos<sup>4</sup>.

Se indica que la Sociedad Internacional contemporánea se mantiene descentralizada e interestatal, permaneciendo parcialmente organizada, donde el orden mundial se encuentra en la encrucijada entre el viejo esquema de una gobernación global dictada por superpotencias y los procesos de integración regional otorgando una multipolaridad ante la aparición de instituciones internacionales de nueva generación. Sumado a la aparición y consolidación de los ya conocidos como actores no estatales que están presentes en múltiples sectores de la sociedad internacional<sup>5</sup>.

Ante esta multiplicidad de factores que involucran a las relaciones internacionales resulta oportuno y a su vez esencial volver a los aspectos del derecho internacional afectados por el problema y susceptibles de proporcionar un marco legal adecuado para su discusión, que a menudo puede caracterizarse muchas incertidumbres, cuando no de confusiones<sup>6</sup>.

---

<sup>2</sup> KOTLIK M y RYB J.M, “Introducción: una aproximación inicial a la noción de subjetividad internacional y su evolución”, en *Repensando la subjetividad internacional – Sempithidia*, Volumen 2. editado por Natalia M. Luterstein, Buenos Aires, Argentina, 2018. p. 8.

<sup>3</sup> GONZÁLEZ NAPOLITANO, S, *op.cit.* p.25.

<sup>4</sup> DIEZ DE VELAZCO, M, “Instituciones de derecho internacional público”, Editorial Tecnos”, 18 edición, Madrid, España, 2013. p. 297.

<sup>5</sup> *Íd.*, p. 298.

<sup>6</sup> SWINARSKI, C, “Derecho internacional humanitario y temas de áreas vinculadas”, *Lecciones y Ensayos* N° 78, Gabriel Pablo Valladares (compilador), Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, pp. 533-547.

### III- Terrorismo internacional

Previo a entender y pretender definir la problemática del terrorismo internacional, se debe tener presente que el terrorismo no es una actividad moderna, sino que se practica desde la antigüedad, y esas acciones en el pasado constituían amenazas restringidas a la seguridad interna del Estado y no se veían como amenazas externas.

Hallándonos en la actualidad en un mundo globalizado han proliferado numerosos agentes hostiles no estatales, valiéndose de la permeabilidad de las fronteras y de las disímiles legislaciones e intereses de las naciones para alcanzar sus objetivos. De esta facilidad de movilizarse en un mundo globalizado estos agentes hostiles afectan tanto el orden interior de los Estados como a la estabilidad y seguridad internacionales. Resultando estos actos de naturaleza difusa e impredecible, sin un foco central sobre el que ejercer la disuasión o una finalidad identificable sobre la que tratar una estrategia<sup>7</sup>.

La dificultad de consensuar en una interpretación de terrorismo internacional se basa en la pluralidad de aspectos que se tienen en cuenta para ser definido en forma específica tales como gramaticales, históricos, jurídicos, militares, políticos, criminológicos, psicológicos, teológicos, por agencias de seguridad como el FBI o el de la Unión Europea sumado a diversos tipos de terrorismos que abarcan a estados, los denominados revolucionarios, independentistas, militares, religiosos e inclusive el internacional.

En una interpretación amplia, el terrorismo es la forma de esgrimir un acto o una amenaza de violencia contra personas o grupos de personas para cambiar el resultado de algún proceso político<sup>8</sup>.

Entre tantas otras definiciones que se pueden encontrar entre los estudiosos, se han referido al terrorismo como una estrategia de relación política basada en el uso de la violencia y de las amenazas de violencia por un grupo organizado, con objeto de inducir un sentimiento de terror o inseguridad extrema en una colectividad humana no beligerante y facilitar así el logro de sus demandas<sup>9</sup>.

Teniendo presente la Resolución 49/60 emitida por la Asamblea General de la ONU permite llegar a definir al mismo como todo acto delictivo incluido aquellos con

---

<sup>7</sup>FEAL VÁZQUEZ, J, "Terrorismo internacional", Dialnet. URL: [www.dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4581821.pdf](http://www.dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4581821.pdf) 2003, p. 15.

<sup>8</sup> Íd, p. 23.

<sup>9</sup> CALDUCH CERVERA, R, "Dinámica de la sociedad internacional", Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, España, 1993. p. 124.

fines políticos que buscan provocar un estado de terror en un grupo no definido de personas que resultan injustificables en todas las circunstancias. Es dable destacar que posteriormente mediante la resolución emitida por el consejo de Seguridad en su Resolución 1566/70 amplía el alcance de terrorismo a los gobiernos o a una organización internacional para obligarlos a realizar o abstenerse de realizar un acto.

La Oficina del alto comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos profundizan el concepto de terrorismo al entenderlo como actos de violencia dirigidos contra los civiles procurando objetivos políticos o ideológicos. De esta manera se delimitaría el terrorismo internacional con aspectos concretos del terrorismo definiendo ciertos actos y elementos básicos<sup>10</sup>.

De lo expuesto se debe tener presente que, a pesar de los avances de la ONU en generar políticas contra el terrorismo internacional, aun no se ha logrado consensuar una definición que abarque satisfactoriamente el terrorismo, aunque si podría decirse que se empezó a delimitar el alcance del marco legal que se le pretende otorgar para su posterior actuación.

Sin perjuicio de lo desarrollado, aún existe cierta dificultad para encontrar una definición exacta del terrorismo debido a la subjetividad de su concepto, ya que los intentos de definirlo se fundamentan con frecuencia en el supuesto de que existen ciertas clases de violencia política justa y otras no.

Como cierre del presente acápite referido al terrorismo, la ONU se vio restringida en la tarea de confeccionar un régimen jurídico al respecto debido a la dificultad de definir y tipificar penalmente los actos terroristas. La misma reconoce la obligación y la urgencia de alcanzar igual rigor normativo con respecto a actores no estatales que el que existe con respecto al uso de la fuerza de actores estatales<sup>11</sup>.

#### **IV- Grupos Terroristas como entes del Derecho internacional**

La Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional en su artículo 2° define a los terroristas en el inciso a), como un grupo delictivo organizado de tres o más personas, determinada en un cierto período de tiempo,

---

<sup>10</sup> Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “Los derechos humanos, el terrorismo y la lucha contra el Terrorismo”. <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/Factsheet32sp.pdf>.

<sup>11</sup> ZAFFIRO TACCHETTI, M, “Tratamiento del terrorismo en las Naciones Unidas”. Boletín del Departamento de Seguridad Internacional y Defensa; no. 13. 2016. <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/143385>.

que actúa de manera concertada con el fin de cometer delitos que desbaratan las buenas obras de la sociedad civil<sup>12</sup>.

Asimismo, en el artículo 2° inciso c) de dicha Convención, también lo entiende a estos grupos, como una organización estructurada “...no formada fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en la que no necesariamente se ha asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni hay continuidad en la condición de miembro o una estructura desarrollada (...)”. Es dable destacar que Argentina ratificó dicha convención mediante la Ley N° 25.632.

Por otra parte, la Unión Europea lo que se entiende por grupo terrorista a: “...todo grupo estructurado de más de 2 personas, establecido durante cierto tiempo, que actúe de manera concertada con el fin de cometer actos terroristas. Por grupo estructurado se entenderá un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un acto terrorista sin que sea necesario que se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas, ni que haya continuidad en la condición de miembro o una estructura desarrollada”<sup>13</sup>.

Es interesante destacar de esta Posición Común que se introduce una lista de grupos terroristas y de personas vinculadas con organizaciones terroristas, lista que podrá ser revisada semestralmente<sup>14</sup>.

Sin embargo, en el intento de otorgar una definición demasiado amplia o vaga podría conllevar a la criminalización de grupos cuyo objetivo es proteger pacíficamente, entre otras cosas, los derechos laborales, los derechos de las minorías o los derechos humanos. Esta cuestión, sin una correcta interpretación, podría vulnerar la libertad de asociación correspondiendo examinar la legalidad de los objetivos (previa interposición de una demanda contra la organización y ante órganos judiciales independientes) de una organización determinando si estos infringen o no la legislación vigente<sup>15</sup>.

A nivel regional, el Consejo de Estado Colombiano en un fallo de 2015, señala que “resulta esencial diferenciar el acto del actor, el delito de la persona, el terrorista del

---

<sup>12</sup> Convención de Las Naciones Unidas Contra La Delincuencia Organizada Transnacional y Sus Protocolos, ONU. New York, 2004.

<sup>13</sup> Consejo de la Unión Europea, “Posición común del Consejo sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo”, 2001, <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:344:0093:0096:Es:PDF>.

<sup>14</sup> SANTOS ALONSO, J, “El Tratamiento Jurídico Del Terrorismo en el Código Penal Español”, disponible en [http://www.cicte.oas.org/Database/Cartagena\\_Jesus\\_Santa\\_Alonso.pdf](http://www.cicte.oas.org/Database/Cartagena_Jesus_Santa_Alonso.pdf), p. 6.

<sup>15</sup> Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “Los derechos humanos, el terrorismo y la lucha contra el Terrorismo”. <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/Factsheet32sp.pdf>.

acto terrorista, que tanto fáctica como jurídicamente una cosa es el sujeto en sí y otra es la acción realizada por ese sujeto; destacando que los actores del terrorismo pueden ser estatales o particulares [...] <sup>16</sup>.

Con lo anteriormente referido, se propone en la posibilidad de enmarcar una legislación que incluya las características a los fines de delimitar al grupo terrorista <sup>17</sup>, tales como:

- a) Que el sujeto que comete un acto terrorista sea alcanzado por dicha legislación sin diferenciar que el mismo sea estatal o no.
- b) Que excluya de dicha calificación toda acción llevada a cabo de conformidad a los principios del Derecho Internacional Humanitario.
- c) Que los actos de terrorismo no solo condenen ataques contra objetivos civiles, sino también contra cualquier otra persona o bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario.

## **V- Responsabilidad de los grupos terroristas**

A los fines de entender la responsabilidad que les compete a los Grupos terroristas en el sistema internacional, se debe tener presente que la competencia por los efectos de dichos actos es penal al caracterizarse dichos actos como delitos de terrorismo.

La Convención De Las Naciones Unidas Contra La Delincuencia Organizada Transnacional, en su artículo 5°, cede la potestad a cada Estado la acción de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente por un grupo delictivo organizado <sup>18</sup>.

En la misma Convención, con sujeción de los Estados parte, plasma la responsabilidad penal que concierna a las personas naturales que hayan perpetrado los delitos, respetando el debido proceso y derecho a la defensa como así también tener presente el deber de cooperación internacional con otros estados.

El Derecho Internacional Humanitario (DIH) a su vez prohíbe también expresamente los actos de terrorismo. Otorgando una responsabilidad penal individual y

---

<sup>16</sup> SWINNEN, J, “Sobre los “actos de terrorismo” en el Derecho Internacional Humanitario. Una mirada desde los Convenios y Protocolos de Ginebra”, 2018, disponible en <https://erevistas.uca.edu.ar/index.php/PRUDENTIA/article/view/1482/1402>, p. 16.

<sup>17</sup> *Íd.*, p. 24.

<sup>18</sup> Convención Internacional Contra la Delincuencia Organizada Transnacional - Ley 25.632. Aprobada en 29 de agosto de 2002.

prohíbe los castigos colectivos para evitar replicar esa intimidación o acciones de terrorismo.<sup>19</sup>

De esta manera, el Derecho Internacional Humanitario serviría como *lex specialis* para la interpretación y aplicación de los instrumentos internacionales en atención que los actos de terrorismo están sujetos a las normas mínimas de protección previstas en el derecho internacional humanitario.<sup>20</sup>

Siguiendo la misma línea del DIH se reconoce que la tipificación de estos actos terroristas es reconocida en los principales sistemas jurídicos del mundo a tal punto que son principios nucleares del derecho internacional penal, como el principio de responsabilidad penal individual y el de persecución universal, encontrándose parte de su legalidad y legitimidad internacional en los distintos convenios antiterroristas.

Se sostiene además que si bien el terrorismo es un fenómeno que preocupa a todos los Estados, no todos los Estados están preocupados por el mismo fenómeno a los fines de otorgar una correcta tipificación de los actos de terrorismo y en qué circunstancias se los clasificaría como tales<sup>21</sup>.

## **VI- Conclusión**

De acuerdo con lo desarrollado se puede concluir que, queda claramente manifestado que los terroristas como grupo, no poseen un status definido y resulta difícil así determinarlo por la falta de consenso del Sistema Internacional.

Se destaca que, estos grupos terroristas no poseen subjetividad internacional, pero al cumplir un rol destacado en el ámbito internacional corresponde considerarlos como actores, otorgándoles derechos específicos y en consecuencia asumen obligaciones correlativas a esos derechos.

A partir del análisis de la normativa internacional, se reconoce a los grupos terroristas como grupos delictivos organizados de tres o más personas sin subjetividad internacional quedando evidenciado que, sin una correcta interpretación del alcance de la tipificación de los actos que realizan, se podría ver vulnerada la libertad de asociación.

---

<sup>19</sup> Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “Los derechos humanos, el terrorismo y la lucha contra el Terrorismo”. <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/Factsheet32sp.pdf>.

<sup>20</sup> TORRES CEVALLOS, B, “El derecho internacional público frente al delito de terrorismo”, en Revista de la Asociación de Funcionarios y empleados del Servicio exterior Ecuatoriano (AFESE) N° 4. 2009. Pág. 72. <https://www.afese.com/img/revistas/revista47/delitoterror.pdf>

<sup>21</sup> Íd, p. 68.

Por otro lado, para comprender la responsabilidad y siguiendo el criterio expresado por Calduch Cervera (2003) de estos grupos terroristas, se entiende que los actos terroristas tienen como objeto de inducir un sentimiento de terror o inseguridad extrema en una colectividad humana no beligerante y facilitar así el logro de sus demandas<sup>22</sup>.

Por ello la responsabilidad que poseen siguiendo el criterio de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional es de carácter penal individual y se remiten a la aplicación de la sanción a los estados por intermedio de su legislación aplicable asegurando las garantías de un debido proceso sin perjuicio de la responsabilidad que le compete a los otros integrantes de la asociación y de las acciones colectivas que les corresponda. Sin perjuicio de que estas acciones podrían ser tratadas por el Derecho Internacional Humanitario.

De esta manera se puede concluir que, entendiendo que el derecho internacional está en una constante construcción, un simple actor podría alcanzar el status de sujeto internacional, cuando los estados adopten o aúnen un criterio a través de la existencia de una norma internacional que regule específicamente su conducta como una categoría diferenciada del resto de los sujetos ya reconocidos.

---

<sup>22</sup> CALDUCH CERVERA, R, "Dinámica de la sociedad internacional", Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, España, 1993, p. 210.

**\*Por Eduardo Hualpa**

## **I- Introducción**

Me propongo en estas líneas hacer una lectura crítica del modo en que la Constitución de Chubut, aborda un derecho central para la Democracia: la participación de la ciudadanía. Pretendo revisar en qué medida el sistema representativo y los llamados mecanismos de participación de la ciudadanía agotan los modos de intervención pública de personas, sectores, grupos y organizaciones. Finalmente postularé la existencia de un derecho a la participación “atípico” que si bien desborda estos mecanismos, lejos de ser un apartamiento del sistema político, es un claro objetivo constitucional.

## **II- ¿El pueblo no delibera ni gobierna? La matriz histórica de la representación**

Seguimos a Gargarella<sup>1</sup>, cuando afirma en el análisis al art. 22 de la Constitución Nacional, que la frase: “el pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes” representa un acuerdo histórico de cuño elitista “hostil a la participación política”.

Claro que esta concepción debe ser revisada a la luz de distintas “capas” constitucionales que fueron modificando el sustrato ideológico de la Constitución histórica, tanto en las reformas de 1949, 1957 y finalmente en la de 1994, en la que además de incluirse mecanismos distintos de la mera elección de representantes, se incorporaron pautas provenientes del sistema de los derechos humanos.

Gelli refiere que el carácter representativo que expresa el art. 22 de la Constitución Nacional, ha sido atemperado “por la inclusión de formas semidirectas de democracia”<sup>2</sup>. Sin embargo, sabemos que esto no ha sido tan pacífico, pues como Gargarella destaca, el propio art. 22 ha sido invocado “en la actualidad, para condenar movilizaciones populares o para dar fundamento constitucional a la criminalización de la protesta social”<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> GARGARELLA, R, “Democracia, representación y participación política” en “La Constitución en 2020”, Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, Argentina, 2011, p. 227.

<sup>2</sup> GELLI, M, A, “Constitución de la Nación Argentina” Comentada y concordada, Ed. La Ley, Buenos Aires, Argentina, 2008, p. 291.

<sup>3</sup> GARGARELLA, op.cit. p. 229.

Como veremos seguidamente, el constituyente de Chubut asumió una mixtura entre ambas visiones, de manera que no es seguro que la tensión haya sido resuelta por completo en nuestras latitudes.

Lo cierto es que el sistema representativo, basado en la capacidad de representación de los mandatarios demostró su ineficiencia, con el divorcio entre expectativas de los representados y decisiones de los representantes<sup>4</sup>. El “que se vayan todos”, era la consigna en el 2001 en nuestro país y fue retomado en elecciones posteriores, incluso en la del año 2023 en las que triunfó a nivel nacional un verdadero “outsider”.

### III- Concepto de participación

Según Bobbio y Mateucci, el término participación puede reservarse “a las situaciones en las cuales el individuo contribuye directa o indirectamente en una situación política”<sup>5</sup>

La participación ciudadana es la intervención de las personas y los colectivos en actividades que influyan en la agenda pública, en defensa y promoción de sus intereses sociales (Jiménez, Mónica y Mujica, Pedro: “Participación Ciudadana y Cohesión Social”. Corporación Participa, Santiago, 2003).

Empleamos para este trabajo la idea de participación popular o ciudadana como sinónimos, destacando el protagonismo político que la anima y separándola de la participación en la esfera partidaria o electoral, para tratar de sopesarla en forma más específica. Algunas formas de participación utilizadas en la actualidad según la Universidad Nacional de Cuyo<sup>6</sup> son: acceso a la información; referéndums, consultas ciudadanas, audiencias públicas, jurados ciudadanos, encuestas deliberativas, planes de metas, consejos consultivos, consejos de ciudad, presupuestos participativos, políticas públicas globalmente participativas, Agendas 21, talleres participativos de planificación estratégica, comisiones de seguimiento, grupos motores, revocatoria de mandatos

<sup>4</sup> ROSATTI, H, “Tratado de Derecho Constitucional” T. I, Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, Argentina, 2010, p. 625.

<sup>5</sup> BOBBIO, N, MATTEUCI. N, “Diccionario de Política”, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, Argentina, 1984, p. 1137.

<sup>6</sup> Universidad Nacional de Cuyo, Área de Políticas Pública, Instrumentos de Participación Ciudadana, disponible en [http://www.politicaspUBLICAS.uncu.edu.ar/upload/PARTICIPACION\\_CIUADADANA.pdf](http://www.politicaspUBLICAS.uncu.edu.ar/upload/PARTICIPACION_CIUADADANA.pdf)

(aunque esta última tiene vigencia institucional en Chubut). Para ampliar sobre este punto, recomiendo el excelente trabajo de Gabriela Stortoni.<sup>7</sup>

En una rápida visita por distintas experiencias en nuestra Provincia, podemos agregar, los grupos “autoconvocados” en torno a temas de usuarios y consumidores, sindicales, o barriales, las agrupaciones de mujeres y disidencias, con variada fisonomía, las Asambleas Ambientales (que promovieron tres Iniciativas Populares), las “Comisiones en Defensa de” entre otras formas propias de la dinámica de la región.

#### **IV- Los arreglos de la representación política y sus problemas en Chubut**

Antes de ingresar al análisis del texto constitucional de Chubut en punto a la participación, es preciso caracterizar el sistema representativo que le da marco.

Las autoridades electivas de la Provincia se eligen por simple mayoría, como en el caso de Gobernador y Vicegobernador, con lo que han resultado en numerosas ocasiones, mandatarios con limitado apoyo popular, por lo general primeras minorías con corta diferencia con el segundo más votado.

En el caso de la Legislatura, se compone de 27 miembros y se integra con sistema de lista incompleta, lo que implica que la primera minoría cuenta con 16 diputadas/os y los once restantes se distribuyen por sistema proporcional entre las restantes fuerzas. Tal como refiere Heredia, esta composición, hace que el Gobernador cuenta con Legislatura propia, por lo que “el diseño constitucional del poder auspicia la concentración de su ejercicio y debilita los controles”<sup>8</sup>.

Agrego que tampoco contribuye en este punto que la elección de funcionarios encargados del control de la Administración Pública resulten discrecionales de los poderes Ejecutivo y Legislativo, apartándose de criterios transparentes y participativos que garanticen su idoneidad: Oficina Anticorrupción, Tribunal de Cuentas, Defensoría del Pueblo, Fiscalía de Estado, entre otras.

Entiendo que esta configuración de la representación legislativa obliga a evaluar con mayor cuidado todas las maneras distintas del sufragio en las que la ciudadanía pueda ser protagonista.

---

<sup>7</sup> STORTONI, G, “La participación ciudadana como derecho humano” Derecho Administrativo, Revista de doctrina, jurisprudencia, legislación y práctica, Mayo – Junio 2022, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2022, p. 16 y ss.

<sup>8</sup> HEREDIA, J, R, “La Constitución de Chubut” en “Constituciones provinciales y de la Ciudad de Buenos Aires comentadas: análisis de los institutos más destacados en las 24 constituciones vigentes” dirigido por Mario A. R. MIDÓN, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2009, p. 63.

## **V- La Justicia como espacio de participación ciudadana**

Aunque tradicionalmente se reconoce al Poder Judicial como la parte no política del gobierno, es innegable que se trata de un espacio en el que actúa en forma creciente la participación ciudadana.

La participación popular en el Consejo de la Magistratura hace que en nuestra Provincia al menos cinco ciudadanos participen en la elección y destitución de magistrados. Si bien esta base parcialmente popular ha sido reconocida como un paso interesante hacia la participación ciudadana, lo cierto es que estos representantes se inscriben en el sistema de partidos políticos y son pasibles de las mismas críticas que el resto de los representantes.

El sistema de jurados para el enjuiciamiento penal, permite sin dudas un mayor vínculo de la ciudadanía con el sistema penal aunque es pronto para obtener conclusiones puesto que su puesta en marcha es muy reciente.

La votación popular de los jueces de paz, en localidades pequeñas de nuestra Provincia debe considerarse un paso hacia mayor participación dentro del diseño institucional al que los trabajos académicos no han prestado demasiada atención.

Los procesos judiciales pueden constituirse en espacios de participación de la ciudadanía, en los casos en que se disputan derechos de incidencia colectiva, o en el llamado litigio estructural. Si bien en nuestra Provincia no son tan numerosos los casos a contabilizar de ese tipo ni existe un registro formal –a diferencia de lo que ocurre a nivel federal- lo cierto es que distintas cuestiones vinculadas a los derechos de usuarios y consumidores, temas ambientales o de pueblos indígenas concitan una atención que excede el interés de las partes. Es deseable que en este plano, el Superior Tribunal de Justicia regule la publicidad de estos casos, así como institutos de participación en los pleitos como son el “Amicus Curia”.

También es posible observar la participación ciudadana a partir de la vía prevista en el ordenamiento procesal penal, para ciertos casos en los que la ciudadanía puede intervenir en el carácter de querellante, como ha ocurrido con casos de corrupción (conf. art. 57 CCh y art. 103 CPPCh).

## **VI- La tensión representación/participación en dos artículos clave de la Constitución de Chubut.**

Ingresando específicamente en el texto constitucional, entiendo que dos artículos son claves para entender el derecho a la participación popular en el diseño de la Constitución de Chubut: el art. 5 y el art. 41. En ambos artículos notamos esta tensión entre una representación refractaria a la participación y un intento de reconocer otras formas.

El artículo 5 dice: “El pueblo es el sujeto y el titular de la soberanía como único vehículo del poder y de la autoridad, pero solamente delibera y gobierna por medio de sus legítimos representantes, sin perjuicio de los mecanismos de democracia semidirecta previstos en esta Constitución. Por lo tanto, su voluntad libremente expresada tiene absoluta prevalencia, pudiendo reformar parcial o totalmente esta Constitución con miras al bien común y en la forma en que ella lo prescribe.” (El resaltado es añadido).

Por su parte el art. 41 del texto aborda centralmente el derecho en estudio bajo el título “De la participación”. Su texto dice: “Todos los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos, directamente en los casos previstos o por medio de sus representantes libremente elegidos.

Tienen el derecho de elegir y ser electos como representantes del pueblo, con arreglo a las previsiones constitucionales y legales.

Los extranjeros participan en la forma y modo establecidos en esta Constitución.

Corresponde a los Poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de los individuos y de los grupos en que se integran sean efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar su participación en la vida política, económica, cultural y social.

La ley no puede impedir la actividad política de los empleados públicos fuera del ejercicio de sus funciones.”

En ambos casos hay un excesivo cuidado por evitar vías “atípicas” de participación, evidentes en el “solamente” del art. 5 y la voz “en los casos previstos” del art. 41. El derecho constitucional está llamado a realizar un aporte para superar el recelo que generan estas nuevas formas de participación pública de modo que robustezcan el sistema democrático.

## **VII- La participación popular en el texto de la Constitución de Chubut de 1994.**

Comencemos por los institutos especialmente agregados en la reforma de 1994 a los fines de complementar el sistema representativo.

El Título IV de la segunda parte se refiere expresamente a la “participación de la ciudadanía” estableciendo el régimen electoral (aún pendiente de regulación) y los tres mecanismos de democracia semidirecta: Consulta Popular (art. 262) Iniciativa Popular (art. 263) y Revocatoria de mandatos (art. 264).

Los dos primeros han sido reglamentados pero no así con la revocatoria de mandatos que como dice Heredia, proviene de la esfera municipal<sup>9</sup>.

Lo cierto es que tal como ocurre a nivel nacional, la iniciativa y la consulta han sido escasamente utilizados, salvo por dos intentos rechazados por la Legislatura en torno a la prohibición de la minería a cielo abierto y con uso de sustancias contaminantes (2014 y 2021<sup>10</sup>).

Sin embargo la voz “participación” y sus términos derivados y adyacentes, aparece treinta y dos veces en el texto de la Constitución reformada en 1994 de Chubut.

El preámbulo de la Constitución, refiere como objeto de su texto: “garantizar a todos los habitantes el pleno goce de sus derechos, su protagonismo político...”

Al reafirmar la vigencia del orden constitucional, en su art. 17, se incluye como “deber de todo ciudadano” contribuir al restablecimiento del orden constitucional y sus autoridades legítimas y se consagra el principio de resistencia a la opresión y la tiranía.

El art. 18 del texto constitucional enumera derechos personales entre los que incluye “A enseñar y aprender, a la libertad intelectual, a investigar, a la creación artística y científica y a participar de los beneficios de la cultura, derechos que no pueden coartarse con medidas limitativas de ninguna especie”.

La participación resulta expresa en los arts. 27 (en cabeza de organizaciones no gubernamentales) y 28 relativo a la juventud. También se menciona la participación de los pueblos indígenas en el art. 34 aunque se trata de una participación específica, distinta de la reconocida a la población en general: “4. Conforme a la ley, su participación en la gestión referida a los recursos naturales que se encuentran dentro de las tierras que ocupan y a los demás intereses que los afectan.” Se trata de una cláusula que tiene correlato con el art. 75 inc. 17 de la Constitución Nacional.

Entre los deberes de todas las personas, en materia ambiental, el art. 66 inc. 7° incluye el de “Evitar la contaminación ambiental y participar en la defensa ecológica”.

<sup>9</sup> HEREDIA, J, R, “La Reforma en la Provincia del Chubut”, CEIPA, Puerto Madryn, Argentina, 1995, p. 300.

<sup>10</sup> Ley XVII N° 127, derogada por la ley XVII 132, y ley XVII N° 149, abrogada por ley XVII N° 150 en el marco de enérgicas protestas y movilizaciones de la ciudadanía.

Así también en el art. 72 inc. 7° se incluye como principio de la política provincial de salud: “Promover la solidaria participación de la sociedad en su conjunto para el logro de la excelencia en la atención de la salud.”

El art. 80 de la Constitución, que recoge el principio de promoción de la persona, ordena al Estado la remoción de obstáculos “que impiden el pleno desarrollo de la persona y la efectiva participación de todos los ciudadanos en la organización política, económica y social de la Provincia”.

El concepto aparece también al referirse el texto constitucional en relación a la administración del agua, estableciendo “la participación directa de los interesados” (art. 101 CCh), en el “derecho a la educación y a la participación en los bienes de la cultura” (Art. 112), y al “garantizar la participación de todos en el bien común, según los valores que configuran la vida democrática (115),

Dentro de la misma temática de educación, el art. 117 inc. 7 señala que compete al Estado “Coordinar la participación de las asociaciones intermedias a los fines de consolidar los derechos y las metas de la educación” y en cuanto al gobierno del sistema educativo se asegura: la “participación democrática de las comunidades educativas en las responsabilidades de sus correspondientes ámbitos.” (Art 18 inciso 3).

Finalmente, dentro de las competencias de los municipios se debe: “Promover y reconocer la participación orgánica y consultiva en forma transitoria o permanente de la familia y asociaciones intermedias en el gobierno municipal”. (art. 233 inc 8).

La cantidad y diversidad de asuntos en los que la Constitución de Chubut establece la participación como un derecho de la ciudadanía o su promoción como un mandato para el Estado nos lleva a afirmar que se trata de un derecho específico, completamente acorde con los valores democráticos.

### **VIII- Algunas conclusiones**

Si bien la Provincia del Chubut organiza democráticamente su gobierno bajo la forma republicana y representativa, tal como expresa el primer artículo de la Constitución, se incorpora una opción clara por una ciudadanía activa y participativa más allá del sufragio. En la voluntad del constituyente de Chubut no solo está el fortalecimiento del sistema representativo por medio de formas semidirectas que se agregan en la reforma de 1994, sino a través de asignar un rol activo a los habitantes y la obligación expresa del Estado de promover esa participación, en diversas materias e instancias.

Pese a esto subsiste un criterio restringido, decimonónico, que se expresa en la máxima “el pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes”, que proviene del art. 22 de la CN y reaparece aunque condicionado, en el art. 5 del texto de la Constitución de Chubut.

En este estado de cosas, la demora legislativa en dictar un código electoral y reglamentar el instituto de la revocatoria de mandatos resulta llamativa. También debe marcarse la escasa práctica y ejercicio por parte de los órganos ejecutivos de promover la participación ciudadana, pese a que se trata en ciertos momentos y temáticas de un reclamo sentido de importantes sectores de la comunidad.

Para finalizar acerco unas palabras del maestro German Bidart Campos, que avisó la necesidad de hacerse cargo de este problema: “La democracia que se ha dado en calificar de “participativa” tiene proyecciones dilatadas. En ellas debe insertarse con fluidez y sin reduccionismos el protagonismo de las personas y de las agrupaciones, para dinamizar desde su base popular al sistema constitucional. Es el derecho constitucional el que queda convocado a brindar cabida a esos roles políticos activos.”<sup>11</sup>

---

<sup>11</sup> BIDART CAMPOS, G, “Manual de la Constitución reformada”, T. II, Ed. Ediar, Buenos Aires, Argentina, 1998, p. 251.

## ***Antecedentes académicos y profesionales de los autores***

*Christian Aprosoff*

Abogado y Escribano. Especialista en Derecho Laboral. Maestrando en Derecho Administrativo y Doctorando en Derecho Profundizado. Diplomado en Prevención de las Violencias y el Abuso del Poder desde el enfoque de los Derechos Humanos, Diplomado en Derechos Humanos desde la Perspectiva de Género, Diplomado en Cultura de Derechos Humanos y Protección de la Salud, Diplomado en Educación para los Derechos Humanos. Docente de la Facultad Ciencias Jurídicas Sede Comodoro Rivadavia de la UNPSJB. Director General de la Niñez, la Adolescencia y la Familia del Ministerio de Desarrollo Humano de la provincia del Chubut.

*Nicanor Barrios*

Abogado (UNPSJB). Especialista en Derechos Humanos y Estudios Críticos del Derecho (CLACSO). Especialista en Derecho Penal (UNPSJB). Becario Doctoral CONICET (IPCSH-CENPAT). Docente Derecho Penal I (FCJ-UNPSJB) Sede Puerto Madryn. Miembro de la Clínica Jurídica de Litigación FCJ-UNPSJB.

*Leonardo J. Barzini*

Abogado egresado de la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco. Se desempeña como funcionario en el Poder Judicial de la Nación y es Magíster en Magistratura y Derecho Judicial por la Universidad Austral. Asimismo, es profesor universitario de las materias Derecho Comercial I y Derecho del Consumidor y del Usuario de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco.

*Leonardo Andrés Behm*

Abogado (Universidad Nacional de La Plata), Escribano (Universidad Nacional de La Plata), Especialista en Derecho Tributario (Universidad Austral), Especialista en Derecho Constitucional (Universidad Nacional de La Plata), Magister en Derecho Tributario (Universidad Austral), Master en Derecho Constitucional (Universidad de Sevilla), doctorando en derecho (Universidad de Sevilla), docente universitario de grado y

posgrado, Secretario de Investigación y Posgrado (Facultad de Ciencias Jurídicas – Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco-).

*José Ignacio Bellorini*

Abogado, egresado en la Universidad de Buenos Aires. Especialista en Derecho Tributario, egresado en la Universidad Austral. Diplomado en Contratos del Estado e Infraestructura Pública, egresado de la Universidad Austral. Profesor de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral y de la Facultad de Ciencias Económicas y Estadística de la Universidad Nacional de Rosario. Investigador Itinere de la Universidad Austral en la Facultad de Derecho de la Universidad de Alicante (España, año 2023-2024). Autor de ensayos en obras colectivas y de artículos sobre la especialidad tributaria. Disertante en diversos congresos, seminarios y jornadas sobre la especialidad.

*Leticia Brun*

Abogada. Especialista en tributación. Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco.

*Karina M. Castagna*

Médica (Universidad Abierta Interamericana) 2012, alumna del Curso Superior de Medicina Legal y Práctica Forense (Colegio Médico de Avellaneda), cursando el último semestre 2023. Perfeccionamiento en Auditoría Médica (Colegio de Médicos de Avellaneda) 2021. Maestría en Gerontología Clínica (Universidad de Barceló), finalizado, falta presentación de tesis, 2016. Co- autora del libro de Medicina Legal y Práctica Forense. Prof. Dr. Jorge E. Cliff. Compendio 2021-2023 Editorial Erga Omnes Ediciones. 2022.

*Corina Franco*

Abogada Especialista en Derecho Penal. Doctoranda en Derecho (UNLZ). Docente de la Cátedra de Derecho Penal en la carrera de Abogacía (FCJ-UNPSJB). Secretaria de Cámara en lo Penal (Puerto Madryn).

*Francisco Gelvez*

Abogado por la Universidad Austral. Magister en Derecho Penal por la misma Universidad. Especialista en Investigación de Delincuencia Organizada por el Instituto

Universitario de la Policía Federal Argentina. Diplomado Internacional en Litigación Penal por la Universidad Alberto Hurtado (Santiago de Chile). Ha realizado distintos cursos en delitos complejos. Secretario de Fiscalía, Fiscalía Penal, Contravencional y de Faltas N° 9 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, especializada en Violencia de Género (MPF CABA).

*Eduardo Hualpa*

Abogado (UBA) Profesor Adjunto en la materia Derecho Constitucional (FCJ) y en Derecho Constitucional y Administrativo (FCE) de la Universidad de la Patagonia San Juan Bosco.

*Joaquín Iglesias*

Abogado, diplomado en Instituciones Profundizadas del Derecho Individual del Trabajo. Docente en la Facultad de Derecho de la UNPSJB, Sede Puerto Madryn (Chubut).

*Paola G. Laurini*

Abogada. Agente de la Propiedad Industrial. Docente de Derecho Digital/Derecho Constitucional en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco.

*Gastón I. Morales*

Abogado UBA. Diplomado en Derecho Constitucional Profundizado UA. Diplomado en Derechos Humanos UA. Diplomado en Abogacía del Estado PTN. JTP por concurso en las cátedras de Derecho Internacional Público y Derecho Constitucional de la Facultad de Cs. Jurídicas UNPSJB. Profesor interino de Derechos Humanos y Garantías Constitucionales de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la UNPSJB.

*Emilio Romualdi*

Abogado. Doctor en Derecho (Universidad de Kennedy). Ex juez del Tribunal de Trabajo N° 6 de San Isidro, Provincia de Buenos Aires. Profesor de posgrado (Doctorado en Derecho) de la Universidad de Kennedy y de la Universidad de Rosario. Profesor de grado en la Universidad Católica de La Plata y de la Universidad Abierta Interamericana. Director y Profesor de las Diplomaturas en Derecho Laboral, Previsional y de Ley de Riesgos del Trabajo, en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco. Colaborador en distintas editoriales y árbitro de

publicaciones jurídicas en Brasil y Colombia. Autor de libros y artículos relativos al Derecho Laboral y de la Seguridad Social. Evaluador CONEAU.

*Elena Schiavone*

Abogada con experiencia en diversas áreas (derechos humanos, mujer y género, bienes culturales, casos civiles y compras públicas). Asesor parlamentario. Especialista en herramientas de propiedad intelectual asociadas a la producción agrícola, como protección de datos de registro de productos fitosanitarios, marcas colectivas y de certificación e indicaciones geográficas. Miembro de la Red SIAL Argentina, del equipo INTA Plataforma Nacional. Autora de diversos artículos de la especialidad.

*Fernando Shina*

Abogado, Doctor en Ciencias Jurídicas por la Universidad Católica Argentina y docente de la asignatura Derecho del Consumidor de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional de la Patagónica San Juan Bosco.



[www.fej.unp.edu.ar](http://www.fej.unp.edu.ar)