



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.

**Número III**

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





**FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS**

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PATAGONIA**

**SAN JUAN BOSCO**

**NÚMERO III 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. José Francisco C. Schiavone*

## **SECRETARIO ACADEMICO**

*Dr. Juan Manuel Irusta*

## **SECRETARIA ADMINISTRATIVA**

*Proc. Paola Cirión*

## **SECRETARIA DE INVESTIGACIÓN Y POSGRADO**

*Dra. Ana Paula Álvarez*

## **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 Director de la Revista Patagónica de Derecho. Por Leonardo Andrés Behm* (p. 15).

## ARTÍCULOS POR ÁREA

### ***Derecho Penal***

*Análisis del art. 56 bis de la Ley 27.375 y su relación con los delitos de tráfico de estupefacientes. Por Daniela B. Abad, Emanuel C. R. Campos y Andrés E. Espínola* (p. 17)

### ***Derecho de la Integración***

*Introducción a la cuestión de la autonomía del Derecho de la Integración en América del Sur. Por José Francisco C. Schiavone* (p. 29)

### ***Derecho Administrativo***

*El agotamiento de la vía administrativa en un reciente e innovador fallo del Superior Tribunal de Justicia de Chubut. Por Joaquín Iglesias y Agustín Pedotti* (p. 37)

### ***Derecho y tecnología***

*El Consentimiento informado digital y la gobernanza de datos en Chubut. Por Christian Aprosoff* (p. 45)

### ***Derecho Laboral***

*Proyectos de reducción de la jornada laboral en argentina. Viabilidad de su aplicación. Por Blas Paci* (p. 61)

### ***Derechos Humanos***

*El derecho al cuidado en los tribunales de la Región: a propósito de una reciente sentencia de la Suprema Corte de Justicia de México. Por Agustina O'Donnell* (p. 75)

### ***Derecho Tributario***

*Los efectos de la doctrina de la CSJN sentada en la causa “Alfa Shipping” en los fiscos locales. Por Leticia Brun (p. 85)*

### ***Derecho Ambiental***

*Tributación ambiental. Por Edgardo Ferré Olive (p. 99)*

### ***Derecho Internacional***

*Islas Malvinas ¿Un caso de legítima defensa? Por María Alejandra Hernández (p. 119)*

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

*Deberes accesorios de conducta. Por Günther Flass (p. 131)*

### ***Derecho Público Provincial***

*Bases para la tributación ambiental en la provincia del Chubut. Por Leonardo Andrés Behm (p. 151)*

### ***Anexo***

*Acto de otorgamiento del título de Doctor Honoris Causa al profesor Alberto Binder. Evento llevado a cabo el día 1º de octubre de 2022 en la sede Trelew de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco. Transcripción literal (p. 161)*

*Antecedentes académicos y profesionales de los autores (p. 183)*

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

***\*Por Leonardo Andrés Behm***

Se acerca el fin de un año muy especial para la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco.

Este 2024 constituyó un año cargado de actividades más que importantes para nuestra querida Casa de Altos Estudios. En cada una de sus cuatro Sedes se han llevado a cabo diversos eventos, institucionales y académicos, conmemorando los treinta años de dictado de la carrera de abogacía y cincuenta años de vida de la Universidad.

Se ha destacado en cada uno de esos eventos la importancia de las Instituciones educativas y de la educación universitaria gratuita, la que constituye un pilar de nuestra historia y de esto se ha hecho eco el constituyente en el año 1994.

Este 2024, de conmemoraciones y legítimas reivindicaciones, ha sido un año muy especial para la Facultad de Ciencias Jurídicas. Y en ese contexto el número III de la Revista Patagónica de Derecho (RPD) viene a aportar su grano de arena dando un cierre académico necesario a un, se reitera, año trascendente.

Agradezco, como siempre, a las autoridades de la Facultad de Ciencias Jurídicas por la confianza depositada en mi persona para poder dar forma a esta publicación y, fundamentalmente, a los autores de cada uno de los artículos de este número, sin los cuales el mismo no hubiera sido posible.



## *Análisis del art. 56 bis de la Ley 27.375 y su relación con los delitos de tráfico de estupefacientes*

**\*Por Daniela B. Abad, Emanuel C. R. Campos y Andrés E. Espínola**

### **I- Introducción.**

Cuando nos propusimos llevar a cabo el presente trabajo, y comenzamos a delinear posibles temas, resultó atractivo escribir sobre la problemática que planteamos en el título. Tal vez porque la ejecución penal es un área que ocupa cotidianamente a los miembros del grupo, y por ello, involucra constatar desde lo empírico las consecuencias vinculadas al dictado de una legislación regresiva en el marco de nuestras penosas cárceles argentinas.

La reforma de la Ley 27.375 -específicamente lo descripto en su art. 56 bis-, incorporó un vasto número de delitos a un catálogo que excluye de las instancias de progresividad a un gran número de personas privadas de libertad en calidad de condenados. La ley mencionada ha tenido un sustento en episodios de inseguridad, seguidos de marchas sociales y presiones de los medios masivos de comunicación.

Lejos está el mandato constitucional que trata de cobijar a los privados de libertad y darles un impulso hacia su reinserción social, vale recordar, principio rector en la materia. Por el contrario, las condiciones en las que se encuentran las cárceles y comisarías propician todo tipo de violencia, sean alojados en el orden federal o provincial.

Así las cosas, se vislumbra con claridad, cual resulta ser el objeto de la problemática que planteamos en la presente: la veda de todo estímulo o promesa de futuros espacios de libertad, mediante la posibilidad de salidas anticipadas, sean transitorias, laborales o condicional.

En este orden, anticipamos que se expondrá sobre la naturaleza de las conductas típicas de los arts. 5, 6 y 7 de la ley de estupefacientes (que forman parte del susodicho catálogo que venimos refiriendo); y sobre nuestro posicionamiento epistemológico, sosteniendo que muchos de ellos se tratan de delitos de peligro abstracto y cuyo contenido de injusto nada tiene en común con el resto de los delitos descriptos en la norma proscriptora de derechos en la progresividad de ejecución de pena; a lo cual se suma en una escalada vertiginosa de deslegitimación normativa, que el bien jurídico afectado (necesario por el principio constitucional de lesividad) es por demás difuso -estamos hablando de la salud pública-. Capítulo aparte se necesitaría para analizar las quiméricas respuestas dogmáticas que intentan legitimar semejante esperpento de ley.

Recordamos aquí, y en lo que hace a la ejecución de la pena, (constitucionalmente exigida, conf. art. 18) las tres notas distintivas del régimen progresivo son: a) la división del tiempo de la sanción penal en períodos o fases, cada una con un contenido diferente; b) el avance, detención o retroceso a través de las fases, mediante una valoración actualizada del condenado y, finalmente, c) la posibilidad de la incorporación del condenado a la sociedad antes del vencimiento de la pena privativa de la libertad.

Por todo lo dicho en este apartado introductorio finalizamos con una referencia al abordaje analítico realizado por el Dr. Alderete Lobo, quien resulta ser doctrinario especializado en temática de ejecución de pena a nivel nacional, y quien oportunamente al referirse a la reforma de la ley 27.375 -entiéndase art. 56 bis; pero para nosotros puntualmente en lo que respecta a las personas condenas por delitos de tráfico de estupefacientes-, dijo: “...pocas veces en la historia del derecho penitenciario argentino, se ha contado con una propuesta tan deficiente, de tan baja calidad técnica y contradictoria y agrega, que es la mancha más oscura de la legislación penitenciaria argentina en toda su historial...” (Alderete Lobo).

En fin, habiendo adelantado algunas directrices del trabajo, resta por último mencionar que abordaremos la temática desde la doctrina y jurisprudencia varia, poniendo énfasis en procurar una respuesta en las conclusiones a éste flagelo normativo.

## **II- La incorporación de delitos previstos en la Ley 23.737 en el art. 56 bis de la Ley 24.660 y su inconstitucionalidad.**

La ejecución de la pena privativa de la libertad está regulada en la Ley nacional 24.660. Tiene como fin único la reinserción social, establecida en el art 1 de dicho plexo normativo y el art 5.6 de la Convención Americana de Derechos Humanos. La base para lograr una adecuada resocialización prevé un sistema legal fundado en el principio de progresividad del régimen penitenciario, reglado en el art. 6 de la Ley 24.660. Este es un sistema gradual dividido en tres periodos: de observación, prueba y libertad condicional, en donde la persona condenada va avanzando de estadíos cerrados y semi abiertos hacia una libertad previamente supervisada, con el objeto de retomar paulatinamente el contacto con la sociedad.

Ahora bien, con la reforma realizada por la Ley 27.375 del año 2017 se han incorporado en su art. 56 bis un amplio número de delitos que están excluidos de gozar

dichos beneficios, entre ellos, muchos relativos al tráfico de estupefacientes previstos en los artículos 5°, 6° y 7° de la Ley 23.737<sup>1</sup>.

El artículo mencionado, excluye de la posibilidad de acceder a los regímenes del periodo de prueba, es decir salidas transitorias y semi libertad, a los condenados por el tipo de delito enumerado en la norma mencionada. Asimismo, dispone que los condenados por estos delitos no podrán acceder a los beneficios de la prisión discontinua o semi detención, ni el de la libertad asistida, previstos en los arts. 35 y 54 y de la Ley de ejecución penal. En igual sentido, modifica el art. 14 del Código Penal, que en su nueva redacción establece que la libertad condicional no se concederá a los reincidentes, y tampoco a los delitos encuadrados en el art. 56 *bis* de la Ley 24.660.

Reafirmando el principio de control judicial de la pena que consagran los arts. 3 y 4 de la Ley 24.660 y establecido en la jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal en el fallo “*Romero Cacharane*”, sería posible plantear la inconstitucionalidad de dicho articulado, en este tipo de casos, ya que existe una contravención a las normas nacionales e internacionales de Derechos Humanos.

---

<sup>1</sup> Art. 5°. Será reprimido con prisión de cuatro (4) a quince (15) años y multa de cuarenta y cinco (45) a novecientas (900) unidades fijas el que sin autorización o con destino ilegítimo: a) Siembre o cultive plantas o guarde semillas, precursores químicos o cualquier otra materia prima para producir o fabricar estupefacientes, o elementos destinados a tales fines; b) Produzca, fabrique, extraiga o prepare estupefacientes; c) Comercie con estupefacientes, precursores químicos o cualquier otra materia prima para su producción o fabricación o los tenga con fines de comercialización, o los distribuya, o dé en pago, o almacene o transporte; d) Comercie con plantas o sus semillas, utilizables para producir estupefacientes, o las tenga con fines de comercialización, o las distribuya, o las dé en pago, o las almacene o transporte; e) Entregue, suministre, aplique o facilite a otros estupefacientes a título oneroso. Si lo fuese a título gratuito, se aplicará prisión de tres (3) a doce (12) años y multa de quince (15) a trescientas (300) unidades fijas. Si los hechos previstos en los incisos precedentes fueren ejecutados por quien desarrolla una actividad cuyo ejercicio dependa de una autorización, licencia o habilitación del poder público, se aplicará, además, inhabilitación especial de cinco (5) a quince (15) años. En el caso del inciso a), cuando por la escasa cantidad sembrada o cultivada y demás circunstancias, surja inequívocamente que ella está destinada a obtener estupefacientes para consumo personal, la pena será de un (1) mes a dos (2) años de prisión y serán aplicables los artículos 17, 18 y 21. En el caso del inciso e) del presente artículo, cuando la entrega, suministro o facilitación fuere ocasional y a título gratuito y por su escasa cantidad y demás circunstancias, surgiere inequívocamente que es para uso personal de quien lo recepta, la pena será de seis (6) meses a tres (3) años de prisión y, si correspondiere, serán aplicables los artículos 17, 18 y 21.

Art. 6°. Será reprimido con prisión de cuatro (4) a quince (15) años y multa de cuarenta y cinco (45) a novecientas (900) unidades fijas el que introdujera al país estupefacientes fabricados o en cualquier etapa de su fabricación, precursores químicos o cualquier otra materia prima destinada a su fabricación o producción, habiendo efectuado una presentación correcta ante la Aduana y posteriormente alterara ilegítimamente su destino de uso. En estos supuestos la pena será de tres (3) a doce (12) años de prisión cuando surgiere inequívocamente, por su cantidad, que los mismos no serán destinados a comercialización dentro o fuera del territorio nacional. Si los hechos fueren realizados por quien desarrolle una actividad cuyo ejercicio depende de autorización, licencia o habilitación del poder público, se aplicará además inhabilitación especial de cinco (5) a veinte (20) años.

Art. 7°. Será reprimido con prisión de ocho (8) a veinte (20) años y multa de noventa (90) a mil ochocientos (1.800) unidades fijas, el que organice o financie cualquiera de las actividades ilícitas a que se refieren los artículos 5° y 6° de esta ley, y los artículos 865, inciso h), y 866 de la ley 22.415.

Estamos hablando de un gran número de delitos vinculados no solo con el tráfico de estupefacientes sino también el cultivo para consumo personal. Lo que limita a que la persona puede gozar de los beneficios de la progresividad, por el solo hecho del tipo de delito cometido. Ello, violenta el principio de igualdad ante la ley y la reinserción social como fin de la pena (art 5.6 CADH conf. art 75 inc. 22 CN). La resocialización, es obtenida en el sistema penal argentino, a través la adquisición de beneficios en un *iter* progresivo, es decir, que van desde una salida transitoria a una pre libertad supervisada para la evitación de una excarcelación abrupta, que deje al individuo huérfano de herramientas para su re vinculación extra muros.

Al respecto, tal como explica Alderete Lobo, con cita de García Básalo, para considerar que un régimen es progresivo, es imprescindible que reúna estas tres notas características: a) división del tiempo de la sanción penal en partes que, llámense grados, períodos, fases o cualquier otro modo, para que tengan razón de ser, deben poseer un contenido propio diferente en alguno de sus elementos o métodos del grado, período o fase que los precede o sucederá. b) avance, detención o retroceso a través de los grados, períodos o fases mediante una valoración actualizada del condenado. c) posibilidad de la incorporación social del penado antes del vencimiento del título ejecutivo<sup>2</sup>.

Asimismo, dicha incorporación va en contra del principio de razonabilidad de las leyes penales, puesto que no resulta razonable ni proporcional la incorporación de dichos delitos relacionados con estupefacientes, incluso el cultivo para consumo personal, en el *numerus clausus* de los llamados “delitos aberrantes” que prevé el artículo mencionado.

Ello, puesto que introduce conductas tipificadas como delitos de peligro abstracto en los cuales se castiga la mera peligrosidad. Penar la posesión de un objeto con prescindencia de la finalidad, es castigar la mera sospecha de su empleo contra un bien jurídico. Maxime si se considera que, en estos casos, el bien jurídico protegido es la salud pública el cual es genérico y abstracto. Según Jakobs le suscita reserva este modo de legislar, *“los delitos de peligro abstracto del último género expuesto invaden, pues el ámbito interno, no respetan por tanto el principio del hecho y no son correctos en un Estado de derecho, desde el momento en que para fundamentar o agravar la pena se recurre a lo planeado o no por el autor”*<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> ALDERETE LOBO, R. A., *“Reforma de la ley 24.660. El fin del derecho de ejecución penal en Argentina, El debido proceso penal”*, T. 5, Hammurabi, Buenos Aires, 2017.

<sup>3</sup> EBERHARD STRUENSEE, *“Los delitos de tenencia”* en Problemas Capitaes del Derecho Penal Moderno, en coautoría con JAKOBS, G. p. 212.

Entendemos que las cuestiones de política criminal que motivaron al legislador a crear dicha Ley no puede contravenir derechos constitucionales y convencionales. En este orden de ideas, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha dicho: *“no resulta factible aceptar una disposición que no sólo contraría la naturaleza de la ley que integra, sino que también supone para ciertas hipótesis delictivas la neutralización de la garantía constitucional cuya reglamentación justamente pretende. Que la asunción por parte de nuestro país de compromisos internacionales en materia de lucha contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas no puede erigirse en fundamento suficiente a efectos de tornar inoperantes derechos de raigambre constitucional tales como la presunción de inocencia, la libertad personal y el plazo razonable de duración del proceso”*<sup>4</sup>.

En cuanto al planteo de inconstitucionalidad mencionado anteriormente, es dable referir jurisprudencia de la Cámara Federal de Casación Penal, anuló la resolución del Tribunal Oral Federal N° 2 de Rosario que desestimó el planteo de inconstitucionalidad del art. 14 inc. 10 del CP y del art. 56 *bis* de la Ley 24.660 posterior a la reforma introducida por la Ley 27.375, con votos positivos de los jueces Slokar y Ángela Ledesma. En este caso, Rosa Aurelia Pereyra había sido condenada como coautora responsable del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización agravado por la intervención de tres o más personas organizadas para cometerlo, previsto y penado en el art. 5 inc. c) de la Ley 23.737 agravado por el art. 11 inc. c) de dicho cuerpo legal, a la pena de seis años de prisión, multa de setenta unidades fijas, equivalentes a doscientos diez mil pesos, accesorias legales y costas. La Cámara hizo lugar al recurso impetrado, anulo la resolución de primera instancia y devolvió las actuaciones para que se dicte un nuevo pronunciamiento: *“en la Ley 24.660 el fin de la ejecución de la pena -y no de la pena- es el ideal resocializador...criterio que además se mantuvo con la modificación de la Ley 27.375, aunque paradójicamente la norma luego veda el acceso a los institutos que hacen a la plena vigencia del art. 1”*<sup>5</sup>.

En atención a lo expuesto anteriormente, y del análisis de la normativa, doctrina y jurisprudencia, entendemos que dicha norma es inconstitucional, debido a que contraviene los principios esbozados en nuestra Carta Magna y los Tratados internacionales de derechos humanos. Pero, no obstante el principio de control judicial de la ejecución de la pena, las soluciones de declaración de inconstitucionalidad como

<sup>4</sup> CSJN, *“Veliz, Linda Cristina s/causa n° 5640”*.

<sup>5</sup> Del voto de Ángela Ledesma en *“PEREYRA, Rosa Aurelia del Luján s/ recurso de Inconstitucionalidad”*.

*ultima ratio*, pueden involucrar esfuerzos jurisprudenciales, sentencias adversas y afectar la seguridad jurídica. Es por ello, que en este tipo de casos sería conveniente que el Legislativo evalúe una propuesta derogatoria de la normativa mencionada.

### III- Mala Praxis legislativa y “*Flatus Vocis*”.

En este apartado se analizará las modificaciones introducidas por la Ley 27.375 al inc. 10 del art. 56 *bis* de la Ley 24.660 (Conf. inc. 10 del art. 14 del CP).

El artículo en cuestión reza lo siguiente: “*No podrán otorgarse los beneficios comprendidos en el período de prueba a los condenados por los siguientes delitos...10) Delitos previstos en los artículos 5°, 6° y 7° de la ley 23.737 o la que en el futuro la reemplace*”.

Así las cosas y antes de reflexionar sobre lo que a todas luces es evidentemente un equívoco total, postularemos algunos pensamientos sobre los fenómenos sociales, políticos y normativos que confluyeron en la coyuntura espacio-temporal de la Ley 23.737.

La sanción de la Ley 27.375 es un acto legislativo que se enmarca dentro del bloque de leyes punitivamente rigoristas que surgieron con el asesinato de Axel Blumberg (2004) y cuyo impulso prolongado en el tiempo se debió a una serie de fenómenos sociales de protesta guiados por familiares de Blumberg y sectores disidentes del gobierno central. De modo que la génesis del espíritu de dicha norma se fundó en fenómenos sociales materializados en masificación de reclamos por hechos de inseguridad.

Como es sabido, las creaciones legislativas tienen sus impulsos gestativos en las más variadas fuentes de recortes que el mismo legislador realiza sobre la sociedad a la cual se le imprime la obligatoriedad conductual objeto de la norma; sin embargo, en este caso se produjo una singular situación, ya que fue la presión social y de los medios masivos de comunicación quienes catapultaron la producción de la ley en estudio.

Ahora bien, para un correcto análisis reflexivo de las implicancias del texto ordenado del inc. 10 del art. 56 *bis* de la Ley 24.660, segmentaremos los bloques temáticos en tres ejes de resorte:

- a) Política Criminal y su naturaleza jurídica;
- b) Inc. 10 del art. 56 *bis* (Ley 24.660) y su desarmonía con el plexo constitucional y modelo de Estado de Derecho;
- c) Inc. 10 del art. 56 *bis* (Ley 24.660) y remisión indebida;

La política criminal forma parte de la política pública, es de decir del plexo de facultades de diseño y ejecución que tiene el Estado en su gobierno y a través de los tres poderes. Por lo que es el Estado quien diseña, gestiona y ejecuta las directivas administrativas, legislativas y judiciales ordenadas hacia un proyecto común identitario con la sociedad gobernada -Estados de Derechos- o arbitrarios -Estados Totalitarios-.

Sin embargo, todo este poder -al menos en estados de derechos nombrados- encuentra un límite a saber: la ley misma; y la ley vuelve a la masa empírica cuando se materializa en las conductas de los ciudadanos gobernados tomando de ellos su vitalidad, ya que ejemplos sobran de que cuando una ley ya no responde a la realidad social, simplemente cae en el desuso y olvido. La relación validante: realidad social-políticas públicas-ley-realidad social nuevamente, no es estática si no dinámica (porque dinámicos y fluctuantes son los fenómenos sociales coyunturales); sin embargo la política pública (entiéndase política criminal en este caso) no debiera caer en la inocente exacerbación de que una mayor punibilidad cumpliría con los fines de prevención general de las leyes penales, ya que dicha postura podría solapadamente implicar: arbitrariedad estatal, vacío en las respuestas de fondo la problemática delictual de las conductas tipificadas en el inc. 10 de la Ley de Ejecución Penal y hasta una doble punición a las personas alcanzadas por esa norma. Lo dicho en razón de que: no es cierto que los delitos relacionados con estupefacientes se hayan reducido (indica el fracaso de la pretendida prevención general); los fundamentos del estado para la reforma se debieron a presiones sociales que cedieron en pos de la gobernabilidad de turno y no se atendió a los vectores implicados en los móviles facilitadores o gestadores de tales conductas por parte de los autores materiales e intelectuales; y finalmente cabe una interrogante en este apartado: si las conductas tipificadas en los arts. 5, 6 y 7 de la Ley 23.737 (estupefacientes), ya prevén penas específicas -las cuales conforme el discurso estadual responden a teorías de la pena retributivas especiales y preventivas positivas generales-; ¿cuál sería la necesidad de aumentar la pena de una persona condenada por esos delitos por medio de la imposibilidad de acceder a los regímenes de condicionalidad, transitorias y laborales? ¿No estarías acaso, frente a un supuesto de *ne bis in idem*? Estas interrogantes no tienen respuestas asertivas a la fecha, sino simples argumentos retóricos de gobernabilidad política que se cristalizó y lo sigue haciendo en políticas criminalizantes.

Recordemos que la Ley 27.375 fue sancionada en julio del año 2017, es decir mucho tiempo después de que se produjera la reforma constitucional del año 1994 donde se incorporaron una serie de tratados internacionales que redundan en aras de una

verdadera ejecución de la pena tendiente a la reinserción social de las personas condenadas por delitos. Sin embargo, ya el art. 18 de la Carta Magna plasmaba principios operativos no negociables dentro de un estado de derecho resaltando en este análisis como principal a: “...*Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice...*”; este postulado es conteste con lo expresado por el art. 1 de la Ley 24.660.

Por otra parte, los tratados internacionales disponen normas en el mismo sentido a saber: 1, 5.6, 24 y 26 CADH; 3, 4,14 y 26 PIDC y P; arts. 4 y 2.1 del PIDESC; es decir que el plexo constitucional de carácter operativo no se redujo, sino que se amplió y especificó respecto de la progresividad de la pena como un derecho del condenado y una obligación para el estado argentino. Sin embargo, y pese a la profusa legislación citada, el nuevo inc. 10 de la Ley 24.660 marca un contrasentido normativo que -bajo la apariencia legal de prevención general de política criminal-, en la práctica, castiga con mayor empeño delitos seleccionados arbitrariamente. De modo que existe una contrariedad manifiesta entre la norma analizada y todo el aparato constitucional normativo, tornando inválida e ilegítima la aplicabilidad concreta de lo postulado en el inc. 10 del art. 56 *bis* de la Ley 24.660. Pero no todo está perdido, ya que existe un remedio jurídico-procesal para semejante esperpento legislativo, y se trata de la declaración de inconstitucionalidad desplegada por los abogados al momento de litigar; con las limitaciones que dicho actuar implica en cada circunscripción judicial y cuyo resultado se vincula en una modalidad dependiente con las resoluciones de los jueces de las cortes provinciales y de nuestra Corte Suprema Nacional -actos judiciales que directa o indirectamente muchas veces vuelven a reflejar la política criminalizante de quienes ejercen el gobierno del estado en un momento dado; situación que no debe obturar la gran tarea de proteger los principios rectores de un verdadero estado de derecho humanizado que tienen en su manos los abogados litigantes y concomitantemente todos los operadores de la justicia.

Finalmente, nos referiremos a la última parte del texto del inc. 10 del art. 56 *bis* de la Ley 24.660 cuando dice “...o la que en el futuro la reemplace”. En primer lugar, debo mencionar someramente que los delitos previstos en los arts. 5, 6 y 7 de la Ley de Estupefacientes (en sus pates pertinentes, a las cuales remitimos) contienen formulas legislativas que postulan los llamados “*delitos de peligro*” -con todas las objeciones que se han realizado en el ámbito dogmático respecto de ellos, concretamente en relación a

un adelantamiento de la punición del *iter criminis*, sin afectación específica a un bien jurídico ajeno; por lo que a estos defectos que se acaban de señalar se le suma la circunstancia de que la proposición en análisis de la última parte del inc. 10 del art. 56 *bis* de la Ley 24.660 implica una derivación indebida.

Sostenemos que es una derivación indebida porque contraría directamente el principio de legalidad consagrado en el art. 18 de la Constitución Nacional cuando dice “*Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso*”; es decir que aquí se plasma la previsibilidad de las conductas que son sancionadas por el estado calificándolas como delitos y se materializa en varios sub principios como son: ley previa, ley estricta, ley cierta y ley escrita. Si bien puede parecer que son iguales al lector incauto, en realidad no lo son y refieren a diferentes aspectos requisitorios que debe reunir la ley penal a fin de ser legítima en su aplicabilidad. Puntualmente y en lo que refiere a la última parte del inc. 10 del art. 56 *bis* de la Ley 24.660 decimos que: no se trata de una ley penal en blanco (en su modalidad discutidamente admitida desde el punto de vista constitucional), ni tampoco de un tipo penal abierto; esto por los motivos que a continuación se detallan:

a) No puede tratarse de una ley penal en blanco: porque estas requieren para su admisibilidad legal (independientemente de que para este equipo de trabajo su viabilidad sigue siendo discutida), que el núcleo típico (es decir conducta típica y pena aplicable) se encuentre previsto en la ley penal y la remisión a otra fuente normativa -ya sea legal o reglamentaria-, solo opere respecto de aspectos complementarios de ese núcleo primordial; no observándose ninguna de estas circunstancias en el texto bajo análisis; porque el texto dice explícitamente “o las leyes que en su remplazo se dicten” lo cual produce indefensión por desconocimiento de cuales son o mejor dicho cuáles van hacer las conductas previstas como típicas por esa o esas leyes que remplazasen a la actual ley de estupefacientes, de modo que no hay una remisión complementaria sino un texto desafortunadamente ilegal. Por otra parte, el inc. 10 completo del art. 56 *bis*, introducido por la modificación de la Ley 27.375 a la Ley 24.660, no encuentra sustento en la coherencia armónica que requiere introducir supuestos normativos cuyos contenidos de injustos no se vinculan en ningún aspecto -ya sea por el bien jurídico afectado, como por el tipo de conducta desplegada- dentro del plexo taxativo del entero art. 56 *bis* de referencia. Esta última proposición afirmativa se sustenta en que, de la “*lista*” de delitos enunciados en el art. 56 *bis*, no se comparten bienes jurídicos afectados, ni se guardan mayor relación en cuanto a la estructura conductual que el solo hecho de ser delitos;

motivos por el cual pensamos que se trata de una melange legislativa sin otra génesis que una política criminalizante. Claramente se contraría específicamente el sub principio de ley penal estricta y cierta.

b) Tampoco se trata de un tipo penal abierto: porque en este tipo de técnica legislativa, la conducta descrita como delito no está totalmente completa o cerrada; debiéndose resaltar que son excepcionales este tipo de técnicas y que se utilizan principalmente para aquellas conductas que tienen regulaciones reglamentarias específicas, como por ejemplo las profesiones colegiadas, las reglamentaciones viales, etc. Pero, en todos estos supuestos la remisión se refiere a conductas que ya se encuentran delimitadas en otra fuente normativa (tienen existencia cierta) y a las cuales se las refiere de manera genérica (como el caso de los delitos culposos por imprudencia o negligencia de “*los deberes a su cargo*”). De modo que en este último apartado solo resta señalar que se afecta el sub principio de ley previa principalmente y tangencialmente los otros sub principios ya mencionados, atento que el justiciable no tiene ninguna idea de que ley reemplazará a la actual ley de estupefacientes, con la fuerte dosis de inseguridad jurídica que plantean los temas que abordamos, sumados a los constantes y fluctuantes cambios de política criminal que se vienen dando y que afectan -como ha quedado demostrado- las más puras y excelsas formas de técnicas legislativas de otrora.

Hasta aquí lo expuesto en este segundo apartado, concluyendo parcialmente -y conforme el título de abordaje- que la introducción del inc. 10 del art. 56 *bis* puntualmente y el artículo en su integralidad a la ley de ejecución de pena, deviene necesariamente de la aplicación de una técnica legislativa pobre y deslegitimante de la Constitución Nacional y del bloque de tratados internacionales incorporados en el año 1994; cuyas implicancias inmediatas en la esfera de la ejecución de la pena y del derecho penal en sí mismo se resuelve como una inmensa inseguridad jurídica por donde la arbitrariedad de un gobierno de turno puede introducirse sin más.

#### **IV- Conclusiones.**

A modo cierre, queremos sumar algunas palabras finales.

La reforma bajo estudio fue sumamente cuestionada en su momento oportuno por las voces autorizadas por el sistema penal, vale decir, académicos y operadores judiciales y penitenciarios.

No obstante, sancionada la ley y puesta en marcha, a la fecha podemos decir que nos encontramos frente a un período de tiempo válido, como para emitir una suerte de dictamen u opinión sobre ella.

Podemos concluir lo siguiente.

El control de constitucionalidad y convencionalidad que recae en cabeza de los jueces que integran nuestra Nación, por el sistema de control de constitucionalidad difuso que reina en nuestro orden jurídico, se ha pronunciado en tantísimas sentencias emitidas durante todo éste tiempo. Jueces de ejecución penal de las más distintas jurisdicciones de nuestra República se han expedido por la inconstitucionalidad de la norma, y como tribunales superiores y de sentencia definitiva lo han hecho tanto la Cámara de Casación Penal Federal, como numerosos Superiores Tribunales de Justicia.

La afectación de esta reforma no es meramente en relación a la una técnica displicente para este grupo de trabajo, sino que comprobamos el modo concreto en que se coartan los estadios de progresividad en la ejecución de la pena, con todos los inconvenientes constitucionales y en última instancia personales que implican para la persona condenada; así en el Incidente de ejecución de pena N° 2449 “*Ballarini*” que pertenece a la circunscripción tercera de la provincia de Chubut -legajo radicado en la ciudad de Trelew- luego de que se produce una unificación de condenas provinciales con una causa de tráfico de estupefacientes, los abogados de la Oficina de ejecución se encontraron ante el infranqueable resolutivo judicial denegatorio de salidas transitorias por encontrarse este tipo de delitos previstos en el plexo del referenciado art. 56 *bis* de la ley de ejecución de pena. Pese a lo dicho, esta sentencia se encuentra recurrida –y por ende pendiente de revisión ante tres Jueces (Conf. art. 398 C.P.P.Ch)-, quienes deberán decidir sobre el planteo de inconstitucionalidad ya explicado en el cuerpo de la presente monografía.

Por otra parte nos tomamos el atrevimiento de mencionar (coherentemente con la temática abordada en el párrafo inmediato anterior), que en lo que respecta a delitos ordinarios, la Sala en lo Penal del STJ de la Provincia de Chubut, ha sentado precedente de inconstitucionalidad en los regímenes de ejecución de la pena en los siguientes casos: “*López*” (Expte. Nro. 100.573/2019), “*Millán*” (Expte. Nro. 100.872/2023) y “*Caullán*” (Expte. Nro. 100.871/2023). En el primero de ellos, se revocó el fallo de la instancia que había denegado la libertad condicional basado en el art. 56 *bis* del CP, y en los otros sucesivos, por salidas transitorias. Expresamente, la conformación de éstas Salas se pronunciaron por la inconstitucionalidad de la norma.

Finalmente, y antes de emitir la conclusión temática, referimos que la reforma del art. 56 *bis* de la Ley 27.375 incorporado a la Ley de Ejecución de la Pena, y en lo que respecta a los delitos previstos en los arts. 5, 6 y 7 de la Ley 23.737, trae aparejado: violación al programa de tratamiento individualizado, basado en el propio esfuerzo del condenado, sus condiciones personales y sus necesidades, llegue éste a cumplir en libertad la última etapa de la pena; violación a los principios de humanidad y progresividad en la ejecución de las penas privativas de la libertad, y los fines de resocialización y readaptación social del condenado; violación, al principio de progresividad, mediante el cumplimiento de etapas tendientes a asegurar al recluso el retorno a la vida social; y violación al principio constitucional de igualdad ante la ley (art. 16 y 75 inc. 22 C.N.; 1 y 24 CADH; 3, 14 y 26 PIDC y P; y 8 de la Ley 24.660), y a las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, como la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de Libertad.

Por todo lo expuesto en el presente trabajo monográfico, concluimos que No puede un poder del Estado, por razones de política criminal, arrogarse facultades y literalmente llevarse puesto derechos y garantías constitucionales expresamente consagradas en nuestra Carta de navegación. Ello, tilda de irrazonable el fundamento de la norma, y contraria al principio de razonabilidad republicano del art. 1° y 28 de nuestra C.N., debiendo ser rechazada por nuestra C.S.J.N., en el rol político de custodio que le asigna precisamente nuestra sabia Constitución; siendo esta la única solución plausible que se encuentra a la vista, atento que el poder político de turno, dista mucho de buscar soluciones a la cuestión penitenciaria, por todo lo contrario, se agravó en demasía en los últimos tiempos.

Dicho esto, nos gustaría culminar el trabajo, con unas palabras que se atribuyen a Jorge Luis Borges, quien señaló “...una vez que se ingresa a una prisión, nunca más se puede volver a salir...”.

La metáfora, sirve para demostrar la preocupación por quienes somos operadores del sistema y resulta válida para representar la angustia existencial que implica asomarse a los abismos de la cárcel de hoy día, a la idea de permanecer privado de libertad las veinticuatro horas del día, todos los días de la semana, meses y años, seguramente en condiciones muy lejanas a la concebida por nuestros originarios convencionales constituyentes. El impacto emocional vivenciado es tan grande que queda grabado de modo indeleble en la conciencia y siempre, de un modo u otro, se regresa a ella

## *Introducción a la cuestión de la autonomía del Derecho de la Integración en América del Sur*

*\*Por José Francisco C. Schiavone*

### **V- Introducción**

En este breve artículo que ponemos a disposición de los interesados, nos sumergiremos en una introducción al análisis crítico de las dinámicas jurídicas que caracterizan los procesos de integración regional en la región suramericana. El mismo busca, explorar las perspectivas emergentes y enfrentar los desafíos que surgen en la intersección de la autonomía del derecho en la integración regional, las influencias e injerencias de los derechos internos de los estados y del derecho internacional público clásico. Para ello, se sugiere una inmersión profunda en las complejidades jurídicas que afectan la autonomía de los procesos de integración, ofreciendo una visión crítica y perspicaz de la situación actual y los posibles caminos a seguir en América del Sur.

La temática, la de la autonomía del derecho de la integración en América del Sur, su cuestionamiento, discrepancias y distintas posiciones doctrinarias nos van a ubicar en un plano de cambios de paradigmas por el nacimiento de un nuevo derecho a partir de los acontecimientos de tipo político, social, jurídicos y culturales que se dieron fundamentalmente luego de finalizada la segunda guerra mundial y que se encuentran en permanente evolución. Con el derecho a la integración, nace un nuevo paradigma en el universo del Derecho Internacional. Es por ello que, éste artículo busca introducirnos de a poco, en la posibilidad de determinar, dentro del derecho comparado, si este nuevo derecho, el derecho de la integración, representa una rama autónoma dentro del universo jurídico o del derecho en América del Sur.

Lo que comentamos, tiene como objetivo hacer una introducción, señalar las herramientas y métodos que necesitaremos, para que en otro trabajo más extenso y completo, podamos analizar más detallada y detenidamente la autonomía del derecho de la integración en América del Sur.

De esta manera, el desarrollo del presente trabajo pretende poner en conocimiento de los interesados, además, todo lo relativo al análisis y discusión de las diferentes concepciones que se tienen del derecho a la integración y más precisamente en lo relativo a su cuestionada autonomía en América del Sur como rama del derecho, en términos doctrinarios, jurisprudenciales y académicos. Los aspectos claves de la cesión de soberanías por parte de los estados que son parte hacia para con la concreción de órganos

con supranacionalidad que tengan independencia de los mismos estados. Aportando de esta manera, a la discusión académica, jurídica, que se da en los respectivos ámbitos legislativos y en las universidades en esta parte del continente, e incluso las que se plantean en los diferentes planes de estudios de las carreras de derecho en la extensión de toda América del Sur.

## **VI- Desarrollo del Derecho de la Integración.**

El derecho de la integración se ha desarrollado de manera significativa en las últimas décadas. Este proceso ha dado lugar a la creación de una serie de instituciones y normas jurídicas que tienen un impacto directo en los Estados miembros de la región.

Sin embargo, la naturaleza jurídica de estas instituciones y normas ha sido objeto de debate. Algunos autores sostienen que el derecho de la integración es un derecho autónomo, que se encuentra por encima del derecho interno de los Estados miembros. Otros, por el contrario, sostienen que el derecho de la integración es una forma de derecho internacional, que se encuentra subordinado al derecho interno de los Estados miembros.

Para introducirnos en el tema, deberíamos previamente señalar que, si bien en el campo de las ciencias físicas y naturales también puede haber “integraciones”, estamos hablando acá del fenómeno de integración en el ámbito de las ciencias sociales y, acotando un poco más el análisis, en el de las relaciones internacionales.

La integración de la que hablamos aquí, aunque a veces genera conflictos, está enmarcada en las relaciones de cooperación, ya que las decisiones voluntarias de los estados de asociarse están encaminadas a colaborar para lograr los objetivos deseables por los participantes.

Estas razones nos indican que queda excluida una integración conseguida por la fuerza. El origen de la integración bajo estudio se encuentra en decisiones soberanas de países que, voluntariamente, crean un vínculo asociativo con otros para determinados fines.

Al finalizar la segunda guerra mundial, fundamentalmente en Europa, comenzó a desarrollarse, una relación interestatal de características propias, con objetivos que iban desde lo político-económico-cultural, centrados en el desarrollo o en la cooperación entre los estados.

Como resultados de esas interacciones surgen instituciones jurídicas nuevas, con características propias, diferentes de las conocidas en el derecho internacional clásico.

## **VII- Principios del Derecho de la Integración.**

Los nuevos estamentos jurídicos abren camino para la construcción de principios autónomos del derecho, hasta llegar al desarrollo del derecho de la integración y del derecho comunitario (utilizados como sinónimos).

El Derecho Comunitario tiene rasgos que lo diferencian de otros modelos de organizaciones, como son las organizaciones de cooperación, que inmersas también en procesos de integración, se encuentra aún en fases menos adelantadas como el caso del Mercosur o la Comunidad Andina.

El proceso integracionista que se ha desarrollado en Europa, es sustancialmente distinto a todo otro proceso conocido. La unión europea es el resultado de un proceso histórico que se desarrolló a lo largo de siglos.

En otros ámbitos espaciales, en otro contexto histórico, social y con una realidad distinta, se construyeron, con mucha posterioridad, a las europeas – tal el caso del continente americano – también procesos de integración. Si bien estos procesos no han logrado alcanzar ese grado de integración, no implica reconocer como único modelo posible de integración el europeo ni tampoco como el mejor.

La expresión derecho comunitario estaría exclusivamente reservado al derecho derivado originado en las instituciones de la comunidad europea y que el mismo, es producto de la cesión del ejercicio de soberanías nacionales realizada en su favor por los estados, en materias específicas, cesión que se ha dado por llamar Supranacionalidad.

Desde aquí, abordaremos los aspectos que hacen a poner en tela de juicio a la integración en América del Sur, además, donde se sitúa el derecho de la integración de la región en la incertidumbre o cuestionamiento respecto de su autonomía.

Podemos observar, en relación a las legislaciones de creación de los distintos proyectos de integración en Latinoamérica, que sus objetivos no han alcanzado ejecución o aplicabilidad plena, quedando muchas veces los grandes objetivos muy lejos de sus concreciones. Señalamos como referencia el Tratado de Montevideo de 1991 que crea el Mercado Común del Sur (MERCOSUR).

El derecho de la integración o derecho comunitario (utilizados como sinónimos) ha configurado una gran construcción de desarrollo y ejecución en lo que ha sido la creación lo que hoy conocemos como Unión Europea, desde su paso por el Benelux (1932), la Comunidad Europea del Carbón y el Acero (Tratado de Paris 1951), y luego como Comunidad Económica Europa (Tratado de Roma 1957). A través de estos antecedentes ha podido llegar a mostrar hoy un sistema sólido, autónomo de los estados

partes, creando órganos de funcionamiento y hasta su propia justicia Europea. Esta creación ha sido posible fundamentalmente por el apego de ese proceso al concepto de la supranacionalidad, por medio del cual los órganos creados por los estados partes serán independientes y autónomos de los mismos.

En el caso de los acuerdos de integración en América del Sur no predomina el concepto antes señalado de la supranacionalidad, sino el de la intergubernamentalidad, por medio del cual, los estados partes crean órganos u organismos y son ellos, por intermedio de sus gobernantes, quienes eligen sus integrantes y quienes deciden respecto de los mismos. Este puede ser uno de los motivos para analizar, dado que a simple vista nos podría reflejar la inestabilidad en las decisiones que se tomen producto de los distintos cambios de gobiernos de cada uno de los estados miembros.

Merece análisis en el presente trabajo el rol que cumple el Parlamento del Sur (PARLASUR 2003) dado que también, producto de la intervención de los diversos cambios de tipo político e institucional que sufren los estados partes, no permite desarrollar políticas sustentables del objeto de su creación.

Son diversos y variados los aspectos que aporta tanto la doctrina, la legislación y la jurisprudencia latinoamericana para poder iluminar y dimensionar el campo de análisis del problema que intentamos detectar en el presente trabajo.

### **VIII- Avances y retrocesos.**

Al ingresar al análisis de la temática del derecho de la integración en América del Sur, surgen varios aspectos que nos conducen a analizar los motivos por los cuales este proceso de integración no ha podido, por lo menos hasta ahora, alcanzar las grandes metas propuestas, teniendo incluso avances y retrocesos constantes. Observamos que, tanto desde el derecho interno de los estados partes de los diversos procesos de integración regional y el derecho internacional público condicionan, limitan y perturbar de alguna manera el funcionamiento sustentable del derecho de la integración en la región.

Según nuestra mirada, todos estos aspectos nos conducen a analizar, reflexionar y poner como centro de la discusión a la cuestión de la autonomía del derecho de la integración en América del Sur.

En razón a lo mencionado precedentemente, al intentar identificar las razones de la cuestión que nos trae, al visualizar los diferentes motivos por los cuales no se concretan determinados objetivos principales de los procesos de integración en América del Sur, como podemos observar en la voluntad legislativa y doctrinaria de parecerse al

funcionamiento de otros procesos de integración como es el caso de la hoy consolidada Unión Europea, nos surgen los siguientes interrogantes, ¿El derecho de la integración en América del Sur es un derecho autónomo? ¿Es autosuficiente? ¿Es el Derecho de la Integración en América del Sur una rama autónoma del derecho? ¿El Derecho de la integración es independiente del Derecho interno de los Estados y del Derecho Internacional en América del sur?

Para responder algunos de los interrogantes planteados, debemos señalar que el derecho de la integración tiene su origen en el Derecho Internacional y, en particular, en el derecho de los tratados, pero se distingue de él porque, entre otras cosas, si bien rigen relaciones entre Estados – nota esencial del derecho Internacional – incluye vinculaciones que influyen más marcadamente en la conducta de los ciudadanos (empresas e individuos).

El derecho internacional ha abordado, tradicionalmente, la búsqueda del equilibrio entre intereses contrapuestos, mientras que en el derecho de la integración buscan definir intereses comunes. Las Reglas de integración tienen una naturaleza evolutiva más marcada que las normas internacionales en general, porque la dinámica del proceso integrativo va requiriendo continuamente nuevas regulaciones o cambios en las existentes.

La mayoría de los expertos consideran que el Derecho de la Integración es una rama jurídica sui generis, que se diferencia tanto del derecho internacional como del derecho interno, y que para analizar su estructura es preciso acudir a distintas ramas de la ciencia jurídica (Derecho Constitucional, internacional, económico, aduanero y hasta el derecho comercial).

Ha sido el Tribunal de Justicia Comunitario Europeo, quien ha declarado que este derecho (comunitario) supone un orden jurídico propio, que se diferencia del orden jurídico internacional y que, también, es distinto del orden jurídico interno de los estados miembros. Ese orden jurídico propio, distinto del internacional y del interno de cada Estado miembro, lo que se denomina ordenamiento jurídico comunitario.

#### **IX- Identidad propia.**

Así entonces, decimos que es el Derecho Comunitario de la Unión Europea que, con algunos principios, le va a dar identidad propia, independencia y autonomía de cualquier otro derecho. En ese sentido podemos destacar:

- a) **Aplicabilidad Inmediata:** Esta significa la incorporación automática de las normas comunitarias a los ordenamientos jurídicos internos estatales sin necesidad de ningún acto de recepción, incorporación o transposición a tal fin. La entrada en vigencia se da con la sola publicación en el diario oficial de las Comunidades Europeas.
- b) **Efecto Directo:** Hace referencia a la posibilidad de regular la actividad de los particulares directamente, implica que el derecho comunitario confiere derechos e impone obligaciones a los ciudadanos, a los estados miembros y a las instituciones, y que aquellos pueden exigir su cumplimiento y observancia ante los tribunales internos (Causa “*Van Gend & Loos*”).
- c) **Supremacía sobre los Derechos Nacionales:** Se refiere tanto a normas anteriores como normas posteriores a la sanción de la disposición comunitaria. Es en caso “*Costa c/Enel*”, donde el tribunal sostuvo que los estados han transferido definitivamente los derechos de soberanía a la Comunidad creada por ellos, no pudiendo revocar tal transferencia con medidas posteriores y unilaterales incompatibles con el concepto de Comunidad.

El juez nacional tiene la obligación de asegurar el pleno efecto de las normas comunitarias, dejando inaplicable toda disposición eventualmente contraria de la ley Nacional, ya sea anterior o posterior a la regla comunitaria.

Molina del Pozo<sup>1</sup>, sostiene que el derecho comunitario es distinto del orden jurídico internacional en dos aspectos esenciales:

a) El orden jurídico internacional es un orden basado fundamentalmente sobre la idea de cooperación, mientras el orden jurídico comunitario, es un orden destinado a desarrollar un proceso de integración.

b) El derecho internacional es esencialmente un derecho convencional, mientras que el derecho comunitario, si bien tiene su origen en los tratados fundacionales, es desarrollado por las instituciones comunitarias, que crean el derecho comunitario derivado.

La diferencia entre el Derecho Comunitario y derecho interno de los estados miembros, sería la autonomía de que goza el comunitario, es consecuencia de la transferencia de competencias consentidas por aquellos a las instituciones de la comunidad.

Los estados miembros han aceptado que el derecho comunitario formara parte integrante de su orden jurídico y así lo reconoció el tribunal de justicia de la comunidad

---

<sup>1</sup> MOLINA DEL POZO, C. F., “*Manual de derecho de la Comunidad Europea*”, 2a. ed., Madrid, Editorial Trivium, 1990, p. 609.

al afirmar que, el tratado CEE ha instituido un orden jurídico propio integrado al sistema jurídico de los estados miembros, que se impone, a sus jurisdicciones, a sus nacionales y, a los mismos estados.

Ekmedjian manifiesta, que se ha ido gestando en la comunidad internacional un nuevo derecho que puede considerarse como una disciplina distinta del derecho internacional y por lo tanto, no forma parte de él, sino tiene por objeto la creación de entidades –denominadas Supranacionales– distintas de los clásicos organismos internacionales. Surge de los tratados que dieron origen a estas entidades supranacionales, y de los propios de estas.

Una vez aquí, debemos señalar, hacer análisis e interpelarnos para visualizar cuáles serían los mecanismos, rutas y senderos por los cuales tendrían que transitar los procesos de integración en América del sur como sus grandes y verdaderos desafíos.

Parece estrictamente necesario analizar el sentido, alcance y distintas conceptualizaciones del fenómeno de la integración, así por ejemplo Miguel Ángel Ekmekdjain<sup>2</sup> (Constitucionalista Argentino), opina que *“la integración es un fenómeno de carácter pluridimensional, plurifacético globalizante, típico del siglo veinte, que tiene la virtualidad de incidir no solo en lo económico sino también en lo social, en lo político, en lo jurídico y en lo cultural”*.

Cada proceso de integración será definido y caracterizado en virtud del objetivo que los estados intenten alcanzar y en función de ese objetivo se habrán de determinar los institutos jurídicos con que se le ha de dotar, a efectos de hacer realidad su concreción.

Al hablar de un proceso de integración consensual, basado en la libre voluntad de los estados, ese acuerdo marco o fundacional, que se genera en el ámbito del derecho internacional público contiene el ordenamiento jurídico que se ha de erigir en el derecho originario de la integración.

El concepto de Derecho Comunitario ha sido generalmente asociado al termino supranacionalidad, termino incorporado en el art. 9 del tratado de Paris de 1951 que da origen a la Comunidad Económica del carbón y del Acero; *“Los miembros de la Alta Autoridad ejercerán sus funciones, con plena independencia, en interés general de la Comunidad. En cumplimiento de sus deberes, no solicitarán ni atenderán instrucciones de gobierno ni organismo alguno. Se abstendrán de todo acto incompatible con el*

---

<sup>2</sup> EKMEKDJAIN, M. A., *“Introducción al derecho comunitario latinoamericano con especial referencia al MERCOSUR”*, Depalma, Buenos Aires, 1999.

*carácter supranacional de sus funciones. Cada Estado miembro se compromete a respetar este principio y no intentar influir sobre los miembros de la Alta Autoridad en la ejecución de sus tareas”.*

Arbuet Vignali<sup>3</sup> (autor Uruguayo), define al derecho comunitario *como “un sistema intermedio en el cual los Estados partes, por un acto de su voluntad soberana y en ejercicio pleno de su soberanía acuerdan, en el marco del Derecho Internacional Público, crear órganos comunitarios, diferentes de los órganos intergubernamentales”.*

La característica de los órganos intergubernamentales es que se integran con representantes de los gobiernos de los Estados miembros y de esos representantes emana la voluntad orgánica del órgano o de la organización, respondiendo al mandato de sus respectivos gobiernos, cumpliendo sus instrucciones y entendiendo a sus intereses.

En cambio, cuando a través de un acto soberano los estados crean un órgano comunitario, designan las personas que lo integraran, esas personas van a actuar según sus conocimientos técnicos, decidiendo según su leal saber y entender, no recibiendo instrucciones de gobierno alguno y atendiendo fundamentalmente los intereses de la comunidad. Además, las normas creadas por estos órganos supranacionales, prevalecen sobre las leyes de los estados miembros.

Existe también una corriente doctrinaria y jurisprudencial que sostiene que también es derecho comunitario el que se aplica en otros esquemas de integración, que no cuentan con órganos a los que se les ha dotado del carácter de “supranacionales” sino que son intergubernamentales, de los que emana normativa conforme las condiciones y alcances que el tratado constituido les ha otorgado, ese derecho derivado de los órganos intergubernamentales es derecho comunitario.

## **X- Conclusiones.**

En resumen, lo que se ha intentado evidenciar y poner en estado de análisis y discusión con estas carillas precedentemente trabajadas, tiene que ver con comenzar a distinguir los procesos de integración que se han desarrollado por un lado en Europa y por otro en América del Sur. Así, conforme a sus grandes diferencias, reflexionar al respecto e intentar respondernos los interrogantes planteados oportunamente, relativos a la autonomía del derecho de la integración en América del Sur.

---

<sup>3</sup> ARBUET VIGNALI, H., JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E. y PUCEIRO RIPOLL, R., “*Derecho internacional público*”, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1991.

*El agotamiento de la vía administrativa en un reciente e innovador fallo del Superior Tribunal de Justicia de Chubut*

\*Por Joaquín Iglesias y Agustín Pedotti

**I- Introducción.**

En el presente trabajo se comentarán y analizarán de primera mano los presupuestos fácticos y legales de una controversia judicial reciente, en materia de derecho administrativo municipal<sup>1</sup>, en la cual los autores del presente tuvimos la oportunidad de intervenir, y cuya resolución por parte del STJCH invita a todos los operadores del derecho a repensar la aplicación sistemática de la tan citada “doctrina uniforme y constante en la materia” en detrimento del análisis detallado de los hechos y circunstancias del caso concreto.

**II- Desarrollo del caso.**

**II.a) Antecedentes administrativos.**

La sociedad comercial actora (o la “Actora”), propietaria de un reconocido establecimiento hotelero de la ciudad de Puerto Madryn, inició un reclamo administrativo contra la Municipalidad de Puerto Madryn (la “Municipalidad” o el “Municipio”) en el año 2014. Allí, reclamaba una justa compensación como consecuencia de lo que entendía constituiría una cesión de hecho adoptada por la Municipalidad, quien se encontraría utilizando, sin sustento jurídico que la avale, parte de su inmueble con el emplazamiento de una vía pública o calle, impidiéndole usufructuar el total de la superficie del inmueble oportunamente adquirido, conforme el correspondiente título.

Luego de diversas presentaciones, relevamientos y medidas de prueba, en el mes de mayo de 2018 la Asesoría Letrada del Municipio emitió su dictamen, expresando que el reclamo resultaba improcedente. Contra dicho dictamen, la Actora dedujo recurso de revisión, demostrando su disconformidad y reiterando la solicitud de compensación. Recién el día 12/06/2019 el Intendente Municipal rechazó el recurso de revisión interpuesto por la Actora y, asimismo, el resarcimiento por ella pretendido, en virtud de la conexión existente entre ambos planteos, considerándolos desajustados a derecho (conforme Resolución 1124/19).

---

<sup>1</sup> STJCH, “ATLAS DE LA PATAGONIA SA c/ Municipalidad de Puerto Madryn s/ Contencioso Administrativo” (Expte. 26008/2024). Sala Civil - Contenciosa Administrativa. Sentencia Interlocutoria del Superior Tribunal de Justicia de Chubut N° 213/24 de fecha 17/09/2024.

Posteriormente, la Actora efectuó una nueva presentación, a la cual el Municipio dio trámite, instando a la Municipalidad a tomar una decisión que ponga fin al procedimiento administrativo y que resuelva todas las cuestiones planteadas. Como consecuencia de ello, con fecha 25/09/2019 el Municipio emitió la Resolución 1871/19, rechazando formalmente el reclamo administrativo iniciado por la Actora en el año 2014.

### ***II.b) El recurso contencioso administrativo.***

Contra la Resolución 1871/19 se alzó la Actora, interponiendo el recurso contencioso administrativo previsto en el artículo 132 y subsiguientes de la Ley XVI N° 46 de Corporaciones Municipales por ante la Cámara de Apelaciones de Puerto Madryn (o la “CAPM”). En dicha presentación, con fundamento en lo dispuesto por la Ley XVI N° 46, Ley I N° 18 de Procedimiento Administrativo, Código de Planeamiento Urbano, Código Civil y Comercial de la Nación (o el “CCyCN”), análisis de los planos y un estudio de títulos del inmueble, la Actora solicitó que se intime al Municipio a resarcir la cesión de la porción del inmueble en cuestión a valores de mercado, con más intereses y costas.

### ***II.c) La decisión de la Cámara de Apelaciones de Puerto Madryn: aplicación del criterio prevaleciente en la materia a nivel provincial.***

Como primer punto a resaltar se advierte que, una vez presentado el recurso, con fecha 29/10/2019 la CAPM entendió que *prima facie* se encontraban cumplidas las condiciones de admisibilidad previstas en la Ley XVI N° 46. En consecuencia, corrido el traslado de la demanda, se abrió la causa a prueba y se ordenó la producción de, entre otras, prueba pericial en tasación y agrimensor.

Asimismo, con fecha 16/09/2021, la CAPM dispuso —como medida para mejor proveer— la realización de medidas de prueba adicionales para esclarecer los hechos debatidos, ordenando oficios a distintos organismos públicos y, asimismo, la realización de una nueva pericia de agrimensura cuyos puntos de pericia fueron dispuestos por el propio Tribunal.

Ahora bien, luego de transcurridos más de cuatro (4) años y de producida la totalidad de la prueba, con fecha 26/12/2023 la CAPM dictó sentencia definitiva<sup>2</sup> por medio de la cual declaró inhabilitada la instancia judicial, rechazando la demanda. Para

---

<sup>2</sup> Registrada bajo N° 02/23 SDCA.

así decidirlo, la CAPM entendió que no estaba cumplido el requisito previsto por los artículos 135 de la Ley XVI N° 46<sup>3</sup> y 106 de la Ley I N° 18<sup>4</sup> respecto del agotamiento de la instancia administrativa.

En su sentencia<sup>5</sup>, con cita de fallos previos de esa Cámara y del propio STJCH, la CAPM analizó el proceso contencioso administrativo de revisión regulado por la Ley XVI N° 46 y, particularmente, el principio de exigibilidad de la reclamación administrativa previa, denominado “*agotamiento de la vía administrativa*”.

En lo particular, la CAPM puntualizó que, dictados varios actos administrativos en el procedimiento en el que intervino la Actora ante el Municipio, no todos fueron impugnados, tornándose firmes o consentidos, con la correspondiente pérdida de la oportunidad de que esa decisión se revise en una acción contencioso administrativa municipal posterior.

Según su criterio, la Actora debió previa y expresamente, en sede administrativa, presentar un recurso de nulidad y/o impugnar la decisión que la agraviaba (en el caso la Resolución 1871/19), a fin de posibilitar el “*autocontrol*” de la autoridad municipal.

Lo resuelto por la CAPM se puede resumir en el siguiente pasaje del fallo: “*Es muy claro que una vez dictado el acto administrativo final (Resolución N° 1871/19 I.), la actora necesitaba pedir su nulidad en sede administrativa para luego poder presentar su demanda judicial impugnando ese acto administrativo; pero no lo hizo. Corresponde insistir en que al momento de interponer la demanda judicial se encontraba pendiente el autocontrol del Estado Municipal mediante el pertinente recurso administrativo (...) verifico que la actora omitió solicitar la nulidad de la Resolución N° 1871/19 I. del Intendente Municipal de Puerto Madryn; no impugnó este acto dictado en sede administrativa mediante un Recurso de Reconsideración. Por lo tanto, lo consintió y causó estad. En definitiva, como la accionante no agotó la vía administrativa, no está habilitada la jurisdicción para ingresar al análisis de los fundamentos de la demanda. Es que el acto administrativo dictado mediante la Resolución N° 1871/19 I. del Sr.*

---

<sup>3</sup> Art. 135. No se substanciará recurso alguno en lo contencioso administrativo sin que previamente se acredite por el recurrente haber reclamado sin éxito ante el Intendente, ante el Concejo Deliberante o ante el Organismo autárquico de quien emane la resolución objetada. Se entenderá que se ha reclamado sin éxito cuando hayan pasado treinta (30) días desde que se produjo el reclamo, sin obtener resolución.

<sup>4</sup> Art. 106. El recurso de reconsideración deberá interponerse, dentro del término de tres días de notificado el acto que lo motiva, ante la misma autoridad que lo dictó, a fin de que ésta lo revoque por contrario imperio. La autoridad correrá vista por cinco días al asesor de la repartición, y a los demás interesados, si lo hubiere, y deberá resolver dentro de igual término y, caso de no hacerse así, procederá el recurso jerárquico.

<sup>5</sup> Ver votos de los Dres. Fiordelisi y Jalil.

*Intendente Municipal es el acto definitivo que la actora debió impugnar para habilitar la instancia judicial y permitir a esta Cámara de Apelaciones el análisis de su demanda y el dictado de la sentencia. Esto no fue advertido por la empresa actora cuando decidió presentar la demanda judicial, sin haber impugnado previamente, en sede administrativa, la mencionada Resolución de la Municipalidad (v.g. presentando un recurso de reconsideración ante el Municipio), a efectos de posibilitar el autocontrol administrativo previo a la intervención judicial. Esto resultaba insoslayable en el marco de la Ley XVI N° 46 que, como ya lo he dicho antes aquí, prevé un proceso revisor del acto administrativo y que se agote la vía administrativa. La parte actora debió permitir el autocontrol administrativo, solicitando la nulidad y/o impugnando la Resolución N° 1871/19 I. de la Municipalidad. Permítaseme reiterar que a efectos de cumplir con lo normado en la Ley XVI N° 46, la actora debió presentar primero el Recurso de Reconsideración contra la Resolución Municipal N° 1871/19 I. en sede administrativa, para recién quedar habilitado a promover la acción judicial por ante esta Cámara de Apelaciones. Todo, de conformidad con los términos establecidos por los arts. 135 y 136 de ese ordenamiento. Considero que la accionante desperdició esa oportunidad, cuando tomó conocimiento de la Resolución N° 1871/19 I. y promovió este proceso judicial, sin presentar previamente el recurso administrativo exigido por la Ley XVI N° 46, con el fin de agotar la vía administrativa. Es que de la forma en que actuó la reclamante, terminó consintiendo el acto administrativo que judicialmente cuestiona... ”.*

En otras palabras, la CAPM dispuso que, no habiendo impugnado la Actora la Resolución 1871/19 del Intendente Municipal de Puerto Madryn que rechazó su reclamo (el “acto final” en el marco de la Ley XVI N° 46), no se agotó la vía administrativa.

Finalmente, y como dato importante a los efectos del presente comentario, la CAPM citó expresamente cinco antecedentes del STJCH del período 2003 – 2023 que, según su criterio, sustentaban la decisión del caso. Y no sólo ello, sino que uno de los Magistrados aclaró que el valor moral de los fallos del STJCH lo inclinaban a encausarse en el “criterio prevaleciente en la materia a nivel provincial”, pese a aclarar que el cercenar la vía jurisdiccional del justiciable por recaudos administrativos era contrario a la tutela judicial efectiva y el acceso a la jurisdicción.

#### ***II.d) Los agravios de la actora.***

Contra la sentencia definitiva de la CAPM se alzó la Actora, interponiendo recurso de apelación en los términos del artículo 138 de la Ley XVI N° 46 ante el STJCH.

Entre sus agravios, la apelante sostuvo, con fundamento en precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, que la sentencia apelada incurría en un excesivo ritual manifiesto en la aplicación del derecho, que terminaba por conspirar contra el propio espíritu de la norma, colocándola en un estado de indefensión, por vulnerar su garantía de defensa en juicio e impedirle arribar a la verdad jurídica objetiva del caso. Manifestó, con cita de doctrina<sup>6</sup> y normas de derecho administrativo<sup>7</sup>, que este “*ritualismo inútil*” en el procedimiento administrativo se presenta cuando las normas vigentes o los actos realizados por la administración demuestran la imposibilidad absoluta de que la pretensión del actor pueda ser satisfecha sin que exista un juicio.

Por otro lado, la Actora sostuvo que la sentencia de la CAPM contenía una serie de contradicciones y yerros que eran consecuencia del desconocimiento de los antecedentes administrativos. Expuso, asimismo, que el Tribunal no tuvo en consideración las cuantiosas presentaciones previas (las cuales identifica en concreto), realizadas en el marco del expediente administrativo y su efectivo rechazo, por medio de las cuales se verifica el cumplimiento del recaudo legal en comentario.

Asimismo, hizo mención a la oportunidad en la cual la CAPM determinó que la instancia judicial no se encontraba habilitada, sosteniendo que dicho control debió realizarse con carácter previo<sup>8</sup> a ordenar y producir la totalidad de la prueba en el juicio; y no al momento de dictar la sentencia definitiva.

Finalmente, achaca la apelante que lo resuelto por la CAPM implica una “renuncia indeclinable a alcanzar la verdad jurídica objetiva” expuesta en el expediente; haciendo especial referencia a que las pericias agregadas ratificaban que el inmueble de la Actora se encontraba efectivamente invadido parcialmente por una vía pública.

#### ***II.d) La decisión del Superior Tribunal de Justicia de Chubut: primacía de las circunstancias de hecho acaecidas antes de la traba de la litis.***

Finalmente, con fecha 17/09/2024 el STJCH resolvió el recurso de apelación interpuesto por la Actora, haciendo lugar al mismo, revocando la sentencia definitiva de

---

<sup>6</sup> LUQUI, R. E., “*Revisión judicial de la actividad administrativa*”, t. 2, Astrea, Buenos Aires, 2005, p. 135.

<sup>7</sup> Puntualmente la redacción de la Ley 19.549 en su versión previa a la reforma introducida por la Ley 25.344.

<sup>8</sup> Se recuerda que, una vez presentado el recurso, y previo al traslado de la demanda, la CAPM había entendido que *prima facie* se encontraban cumplidas las condiciones de admisibilidad previstas en la Ley XVI N° 46.

la CAPM y ordenando reenviar la causa a dicho Tribunal para que dicte sentencia definitiva sobre el fondo del reclamo<sup>9</sup>.

Lo interesante e innovador de este pronunciamiento es que, sin perjuicio de lo que establecía el criterio prevaleciente en la materia a nivel provincial (incluso fallos anteriores del mismo STJCH), se puso el foco sobre el análisis concreto de los hechos, circunstancias y planteos particulares acaecidos la instancia administrativa previa.

Así, textualmente, el STJCH hizo la siguiente aclaración preliminar, que dejó sentada la suerte del recurso: *“Cierto es que los precedentes que el a quo cita o reseña parcialmente en la Sentencia en crisis, para dar sustento a su pronunciamiento, conforman la doctrina uniforme y constante de este Superior Tribunal, a cuyo amparo se viene interpretando los preceptos de la Ley XVI N° 46 y resuelto las controversias que fueron sometidas a nuestro análisis. Pero no menos cierto es, que cada juicio contiene planteos particulares que imponen, en forma previa a la aplicación de esa, hacer mérito de las circunstancias de hecho acaecidas antes de la traba de la litis. Esto conlleva indefectiblemente a verificar, en cada caso, cuál ha sido el procedimiento desarrollado en sede administrativa por quien insta esta jurisdicción. Toda vez que, al desandar ese recorrido, es posible constatar si se han cumplido o no los recaudos de admisibilidad que impone la Ley citada para interponer una acción contencioso administrativa municipal, como la de autos”*.

Dicho ello, y luego de cotejar los fundamentos de la sentencia apelada con las pruebas aportadas, el STJCH concluyó que, al declarar inhabilitada la instancia judicial por falta de agotamiento de la vía administrativa, la CAPM había omitido en conjunto todas las actuaciones administrativas agregadas a la causa.

El máximo tribunal provincial destacó que el titular del Departamento Ejecutivo municipal había rechazado en dos oportunidades la compensación económica, base del reclamo administrativo y objeto de la posterior acción contencioso administrativa municipal, a través de las Resolución 1124/19 y Resolución 1871/19. Y que si bien la Resolución 1124/19 ya había rechazado el reclamo en forma previa, al dar tratamiento a la nueva presentación administrativa de la Actora, el Municipio decidió “reeditar” las cuestiones planteadas, para poner fin al procedimiento administrativo a través de la nueva Resolución 1871/19 que fuera objeto del recurso contencioso administrativo.

---

<sup>9</sup> Sentencia Interlocutoria S.I. 0213/24.

Dicho de otro modo, puntualiza el STJCH que, dándole tratamiento al reclamo y rechazándolo por medio de la Resolución 1871/19, el Municipio le otorgó a la Actora una nueva posibilidad de revisión, siendo ésta el último acto administrativo que “causó estado”.

En función de todo lo expuesto, concluyó el STJCH que el Municipio ya había ejercido el autocontrol exigido por la Ley XVI N° 46, que la CAPM había incurrido en un error al interpretar que los recaudos exigidos en esa norma no habían sido cumplidos por la Actora recurrente, por haber prescindido de analizar constancias relevantes de la causa al declarar la falta de habilitación de la instancia.

### III- Conclusiones.

Independientemente del acierto en el análisis realizado por el STJCH en cuanto al tema puntual puesto a su decisión, es interesante destacar la importancia del fallo a los fines de determinar el alcance y aplicación que se hace del mentado “*valor o deber moral*” que tienen los jueces de adherir y aplicar la doctrina judicial fijada por los superiores a la hora de decidir una contienda.

Si bien, tal como indica uno de los magistrados de la CAPM<sup>10</sup>, el seguimiento de los fallos del STJCH se funda en la idea de igualdad (de raigambre constitucional y convencional) y de seguridad jurídica, no menos cierto es que —como el mismo juez reconoce— cercenar la vía jurisdiccional del justiciable por recaudos administrativos es contrario a la tutela judicial efectiva y el acceso a la jurisdicción (arts. 18 y 75 inc. 22 de la CN y art. 8 inc. 1 de la CADDHH) y que cada juicio contiene planteos particulares que imponen, en forma previa a la aplicación de la “doctrina uniforme y constante”, hacer mérito de las circunstancias de hecho particulares acaecidas antes de la traba de la *litis*.

En lo personal, entendemos que el STJCH podría haber justificar su decisión expresamente, además, en el argumento del excesivo ritual manifiesto en la aplicación del derecho; puntualmente en el “*ritualismo inútil*” aplicado al procedimiento administrativo.

Por otro lado, y en la misma línea, no podemos dejar de resaltar que, con la modificación introducida por la Ley 27.742 o “*Ley Bases*” (B.O. 08/07/2024) al art. 32 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N° 19.549, se volvió a receptar la innecesidad del reclamo administrativo previo cuando mediare una clara conducta del

---

<sup>10</sup> Ver voto del Dr. Jalil.

Estado que haga presumir la ineficacia cierta del procedimiento, transformando el reclamo previo en un ritualismo inútil. Si bien esta modificación legislativa es posterior al reclamo judicial en comentario y, asimismo, aplica a nivel nacional, creemos que tendrá implicancias prácticas en los futuros pronunciamientos en todo el territorio nacional.

## **I- Introducción**

La salud de las personas humanas constituye un tema de relevante importancia en la actualidad por muchas razones, entre ellas el valor de la autonomía de la voluntad desde una perspectiva de los Derechos Humanos en conjunto con el avance de las tecnologías, la misma debe ser analizada desde diferentes puntos de vista.

Ya es sabido que, la autonomía del paciente resulta prácticamente ilimitada ante el requerimiento de un servicio de salud, donde ya existen voces que sustentan la idea de que el profesional de la salud es un ejecutor de la voluntad del paciente.

Previo a continuar, debemos tener presente que en la evolución de la tecnología el paciente como sujeto principal, autónomo, autosuficiente y responsable de las decisiones se lo debe tratar como un ciudadano sanitario a los fines de otorgarle la plenitud de dichos derechos<sup>1</sup>.

Y es así que, conforme avanza la tecnología digital y la inteligencia artificial se observa que favorablemente todo se orienta hacia la humanización, tanto desde una visión de procesos como así también desde una perspectiva de la dignidad del ciudadano sanitario.

Estos hechos llevan a pretender determinar la situación actual de estos avances en nuestra provincia y entender el rol del Derecho para asegurar el debido resguardo de la historia clínica y el consentimiento informado de las personas ante la toma de decisiones sobre su cuerpo; cuestión que, en la actualidad es una preocupación prioritaria.

Con el avance de la tecnología se observa posibles vulneraciones en el manejo de información, tales como el posible hackeo de la información poniendo en una situación de desigualdad, discriminación o inclusive estigmatización del ciudadano sanitario, en el caso de que dicha información fuera divulgada sin el consentimiento del propio paciente.

De esta manera, se debe tener presente que la función del Derecho es dar respuesta al avance tecnológico y en particular la protección al derecho a la intimidad

---

<sup>1</sup> ANTEQUERA VINAGRE, J. M., “Una nueva era en la sanidad. El ciudadano sanitario” Revista de Administración Sanitaria Siglo XXI., Vol. 1, Núm. 2, Abril 2003, pp. 161-163, disponible en <https://www.elsevier.es/es-revista-revista-administracion-sanitaria-siglo-xxi-261-articulo-una-nueva-era-sanidad-el-13048761>.

que acoge al ciudadano sanitario en particular cuando se plasma su consentimiento informado en el plano digital, resultando necesario determinar las herramientas necesarias para el manejo adecuado de esta información tan sensible.

La salud digital viene a quedarse en la sociedad y resulta ser un fenómeno dificultoso de abarcar jurídicamente en un solo concepto ya que asume modalidades y mecanismos variados de acceder a ella, por lo que resulta de vital importancia proteger dicha información con el objeto de proteger la dignidad del titular de esta.

En la actualidad se entiende que la protección de la información que obra en una historia clínica electrónica resulta esencial por un lado para evitar un daño a la persona y por otro lado tutelar los Derechos Humanos del ciudadano sanitario.

A nivel mundial, otro tema que se encuentra muy presente y de gran relevancia es la gobernanza de datos donde la información que se resguarda sobre el ciudadano sanitario puede contribuir a proveer una mejor atención sanitaria, mejorar los tratamientos personalizados y ayudar a curar enfermedades raras o crónicas. También es un poderoso motor para la innovación y los nuevos puestos de trabajo.

En este trabajo se tendrá presente conceptos generales y de qué manera se realiza el manejo de la información sanitaria para así poder individualizar políticas públicas que se deberían seguir para respetar la autonomía de la voluntad en el consentimiento informado del ciudadano digital de salud y la gobernanza de datos como aspectos interrelacionados que aseguran la protección de la privacidad del mismo, el uso ético y efectivo de los datos de salud en entornos digitales como un objetivo principal ante la incertidumbre de como avanzará el desarrollo de una reglamentación a la actual normativa y un procedimiento normativo claro que proteja dicha información en forma segura.

## **II- Marco conceptual.**

Ante el desarrollo vertiginoso de las tecnologías, que por cierto nadie discute, resulta necesario conocer algunas definiciones que permitirán obtener una mayor claridad de la situación actual que tiene el sistema de salud provincial.

a) Historia Clínica Electrónica (HCE) es el documento digital, obligatorio, con marca temporal, individualizada y completa, en el que constan todas las actuaciones de asistencia a la salud efectuadas por profesionales y auxiliares de la salud a cada paciente, refrendadas con la firma electrónica o digital del responsable.

b) Consentimiento Informado: se entiende como la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada de los procedimientos que se le realizaran y es esencialmente revocable.

c) Consentimiento Informado Digital: se refiere a la aceptación y autorización de la realización de un procedimiento médico por parte del ciudadano sanitario con soporte en plataformas digitales. La misma puede ser realizada sobre un papel y escanearla.

d) Gobernanza de datos: es el conjunto de políticas, procesos y estructuras que regulan el manejo, la calidad, y la seguridad de los datos en una organización. En el contexto de la salud digital, la gobernanza de datos asegura que los datos médicos se manejen de manera segura, efectiva y conforme a las regulaciones y políticas aplicables.

e) Firma Digital: es el conjunto de caracteres que se añaden al final de un documento o cuerpo de un mensaje para identificar a la persona emisora de dicho mensaje (autenticación), para que ésta no pueda negar que envió el mensaje (no repudio) y para certificar la veracidad de que el documento no se ha modificado con respecto al original (integridad).

La firma digital es como un candado en un documento. La firma digital no tiene como objetivo dar fe de un acto de voluntad por parte del firmante, sino únicamente encriptar los datos para conferir mayor seguridad.

f) Firma electrónica: se entiende por firma electrónica al conjunto de datos electrónicos integrados, ligados o asociados de manera lógica a otros datos electrónicos, utilizado por el signatario como su medio de identificación, que carezca de alguno de los requisitos legales para ser considerada firma digital. En caso de ser desconocida la firma electrónica corresponde a quien la invoca acreditar su validez.

g) Firma digitalizada: es la conversión del trazo de una firma en una imagen. La misma puede ser realizada sobre un papel y escanearla. O bien realizarla mediante algún tipo de hardware, que te permiten guardar la imagen de tu firma en el ordenador – en formato .jpg o .png – y utilizarla cada vez que la necesites. La firma digitalizada se considera firma electrónica simple, con lo cual es legal. Pero no ofrece ninguna garantía respecto a la identidad del firmante.

h) Documento digital: se entiende al mismo como la representación digital de actos o hechos, con independencia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento o archivo. Un documento digital también satisface el requerimiento de escritura.

i) Documento electrónico: es aquel contenido en un soporte electrónico (algún aparato electrónico auxiliar) que, para su visualización requiere una pantalla textual, una pantalla gráfica, y/o unos dispositivos de emisión de audio, vídeo, etc.; según el tipo de información que contenga. En algunos casos también se precisa la mediación de un ordenador (cuando la información está digitalizada), en otros no (si se trata de información analógica)<sup>2</sup>.

### III- El rol del derecho en la salud digital.

Del análisis de esta temática, se tendrán presente los valores que entran en juego a través de cuatro vías.

a) La primera, es donde se adoptan valores epistémicos ayudados por el realismo para alcanzar verdades entre ellas el escrutinio de las evidencias en apoyo y en contra;

b) La segunda, atiende a las influencias naturalistas de los valores, los diferentes usos de los valores y las consecuencias de los valores como una cuestión descriptiva o positiva;

c) La tercera vía, toda teoría que esté orientada por compromisos normativos sobre qué problemas investigar y qué soluciones podrían ser deseables;

d) y la última vía, el punto de vista pragmático de que las teorías deberían ser elaboradas para capacitar a la gente para afrontar los problemas existentes con una orientación valorativa adoptada por la teoría realista.

Ahora abordando el ámbito de la tecnología, se entiende que la misma aplica el conocimiento científico para resolver problemas concretos, buscando aplicación práctica y la solución de problemas. La tecnología crea nuevos inventos y mejores productos, y su objetivo es mejorar la calidad de vida<sup>3</sup>.

La tecnología ha sido una fuerza disruptiva en casi todos los aspectos de la sociedad moderna, y el campo del derecho no ha sido la excepción. Las nuevas tecnologías traen consigo desafíos legales y éticos que han obligado a los sistemas

<sup>2</sup> LAMARCA, M. J., “Hipertexto, el nuevo concepto de documento en la cultura de la imagen”, 2018, disponible en [http://www.hipertexto.info/documentos/documen\\_h.htm](http://www.hipertexto.info/documentos/documen_h.htm).

<sup>3</sup> RIERIRO, E. A., “El derecho al desarrollo científico y tecnológico un derecho fundamental en una sociedad globalizada”, El Dial, Buenos Aires, 2024, disponible en <https://www.eldial.com/publicador/pdf/DC343A.pdf>.

jurídicos a adaptarse y evolucionar. En particular se ha manifestado esta necesidad de asegurar que las leyes aseguren nuevos términos de privacidad y protección de datos personales. Como señala John Finnis, *“el instrumental jurídico puede, con no poca frecuencia, suministrar una vía fácil para cambios sociales destructivos”*<sup>4</sup>.

En el marco del saber científico-tecnológico se sitúa en una intersección crucial entre la ley y el progreso tecnológico. En la actualidad, los avances tecnológicos resultan vertiginosos y las nuevas áreas de investigación plantean desafíos únicos para la legislación y la jurisprudencia en el ámbito de la salud. Y es aquí donde los gobiernos deben adaptar y crear nuevas leyes para regular su uso y mitigar riesgos.

De ello resultan cuestiones bioéticas relacionadas con el uso de tecnologías emergentes, como la privacidad de los datos, la equidad en el acceso a la tecnología y la responsabilidad por daños, donde se observa que se requieren marcos legales claros y principios éticos sólidos.

Ramírez Núñez y Torres Guzmán (2022) entienden que le corresponde a la Ciencia del Derecho generar un escenario jurídico proteccionista en vía de preservar los derechos fundamentales que pueden vulnerarse masivamente como consecuencia de la ausencia de políticas claras y normas que en forma expresa brinden protección de datos personales en el sistema digital.

Shina (2018) refiere que: *“En este avance del saber tecnológico, el derecho es constantemente desafiado por la aparición de nuevos conocimientos. Es preciso evitar caer en el anacronismo normativo y buscar, ante cada desafío, soluciones idóneas para los tiempos que corren. Pocas cosas afectan más severamente a un sistema normativo que su extemporaneidad”*.

Se debe comprender desde esta perspectiva que, lo que se busca es la finalidad de generar una protección real de las personas y la de evitar el abuso de poder por parte de las autoridades o de los profesionales de la salud, como así también de terceros, preservando derechos subjetivos de los ciudadanos sanitarios tales como los derechos fundamentales y garantías individuales, sociales y constitucionales.

Estos avances del saber tecnológico con todos los beneficios que traen a la sociedad también poseen un problema prioritario en todos los ámbitos en particular a la

---

<sup>4</sup> CALDERÓN, J., *“El derecho y las nuevas tecnologías ¿Cómo la tecnología ha cambiado el derecho?”* Universidad Pontificia Universidad Javeriana, Cali, 2023, disponible en [https://www.researchgate.net/publication/374724081\\_El\\_derecho\\_y\\_las\\_nuevas\\_tecnologias\\_Como\\_la\\_tecnologia\\_ha\\_cambiado\\_el\\_derecho](https://www.researchgate.net/publication/374724081_El_derecho_y_las_nuevas_tecnologias_Como_la_tecnologia_ha_cambiado_el_derecho).

protección de datos de salud, porque afectaría la unicidad de la privacidad de las personas, que son parte indivisible e inalienable de los derechos humanos universales.

A su vez en la mira de mejorar la elaboración y protección del consentimiento informado, los Derechos Humanos brindan una serie de elementos necesarios para comprender y fortalecer la protección de las personas posibilitando comprender los principales enfoques teóricos a los fines de construir una doctrina uniforme para ayudar a organizar herramientas de mejora continua y el debido resguardo de estos ante el avance tecnológico.

Desde nuestra área de formación, ha de entenderse que la función social que posee el Derecho es dar solución a los conflictos reales existentes en la actualidad, otorgando aportes de seguridad jurídica a los ciudadanos y no en anticiparse a lo que en el futuro se pueden dar.

A partir de lo expresado, debemos tener presente que la función del Derecho es dar respuesta al avance tecnológico y en particular al derecho a la intimidad que acoge al ciudadano sanitario al plasmar su historia de salud en el plano digital.

Sin perjuicio de lo hasta aquí desarrollado, nadie puede negar que el entorno digital trae múltiples ventajas globales, entre ellas el acceso a la información y contenidos nunca pensados; sin embargo, el Derecho aporta menos soluciones de las esperadas. Estas faltas de soluciones reales en el ámbito de las nuevas tecnologías parecieran hacer parecer que el Derecho en su función social, el ciudadano sanitario se verá frustrado en el conocimiento de los límites exactos de su información de salud por falta de regulación.

Con el objeto de profundizar en las responsabilidades del estado en la gestión de datos de salud de las personas, incluyendo la responsabilidad por errores en la carga de datos, violaciones de seguridad y el acceso indebido a información confidencial es que en el presente trabajo se pretende realizar un análisis de las últimas novedades y áreas de vacancia de índole jurídica para la adecuada toma de decisiones metodológicas y epistemológicas útiles para la operabilidad del consentimiento informado en el ámbito digital, relacionada a la responsabilidad del estado en el manejo de la información de datos de los ciudadanos en el sistema público del Chubut.

A partir de ello, el análisis del consentimiento informado digital se enfocará desde la teoría realista del derecho la cual ofrece un enfoque crítico y contextualizado del conocimiento jurídico en la práctica. Centrándose en factores sociales y de políticas públicas, lo que permitiría mejorar la comprensión y la aplicación del derecho para acercarnos a una justicia más equitativa y sensible a las necesidades sociales.

#### **IV- El consentimiento informado.**

Su propósito es facilitar la entrega de información necesaria de manera apropiada, permitiendo que el ciudadano sanitario tome decisiones conscientes y libres de cualquier forma de coacción.

Cada consentimiento es específico para el episodio clínico en cuestión y debe incluir información suficiente sobre el procedimiento y sus riesgos asociados. Además, el paciente tiene el derecho de revocar su decisión en cualquier momento, y dicha revocación debe quedar documentada por escrito en su historia clínica.

En la práctica, es un documento poco desarrollado en nuestra provincia y a la fecha no existe estandarización de estos, quedando como una práctica de cada servicio redactar su propio consentimiento, donde muchas veces queda a discrecionalidad para beneficio de una de las partes, entendiéndose que favorecería a la parte que redacta; ante esta realidad el Ministerio de Salud de Nación ha emitido modelos para estandarizar esta práctica.

Con ello se entiende que toda práctica médica requiere, previa a su realización, del consentimiento por parte del ciudadano sanitario; siendo un derecho fundamental del mismo en su atención y que está protegido por múltiples leyes, códigos de ética y deontológicos<sup>5</sup>.

#### **V- Características del Consentimiento Informado**

Petralanda indica que el Consentimiento Informado tiene una serie de características que orbitan en el modo como su agente lo otorga y los efectos que sobre la manifestación de su voluntad tendrán<sup>6</sup>. Éstas pueden resumirse en el siguiente punteo:

a) Es personal, es decir, sigue a la persona de quien lo otorga por sí o a través de sus representantes por ley en caso de incapacidad.

b) Es consciente e informado, requiere que el sujeto comprenda y decida libre y responsablemente; para ello requiere que tenga conocimiento suficiente para poder optar comprendiendo las variables y riesgos que justifican su elección.

---

<sup>5</sup> ZIEBA, E., “Actualización sobre el consentimiento informado en telemedicina”, 2021, disponible en [https://repositorio.barcelo.edu.ar/greenstone/collect/tesis/index/assoc/HASH6d50.dir/BRC\\_TFI\\_Zieba.pdf](https://repositorio.barcelo.edu.ar/greenstone/collect/tesis/index/assoc/HASH6d50.dir/BRC_TFI_Zieba.pdf).

<sup>6</sup> Salud en Línea, 2024, disponible en <https://saludenlinea.com.ar/2024/03/06/la-transformacion-del-consentimiento-informado-en-salud/>

c) Es actual, es decir requiere que se singularice en el acto específico de su otorgamiento.

d) Es manifiesto, no se infiere esa voluntad, debe de ser expresada.

e) Es libre ya que el sujeto no debe tener coacción alguna o falta de información para elegir lo que el mismo ha comprendido que es bueno para su persona y su proyecto de vida.

f) Es completo, no deben hacerse agregados u omitirse elementos que obstaculicen la comprensión de las ventajas y riesgos de las elecciones sobre prácticas sobre su cuerpo, su dignidad, su privacidad, entre otras.

g) Es gratuito ya que es deber el que exista esta solicitud de libre acceso a la información para tomar una decisión responsable.

h) Es legible, no puede prestar a confusión alguna en su semántica ni sintaxis sea escrita, telemática, electrónica o digital.

i) Es comprensible, es decir razonable a la comprensión del sujeto que tiene que decidir, y siempre ha de contar con la asistencia de un ser humano para esclarecer cuestiones sobre las dudas.

j) Es específico, y esto tiene que ver con que no existe un consentimiento informado universal ni formulario base, debe tener ciertos aspectos de especificidad sobre la práctica asociada al sujeto que interviene en una práctica clínica asistencial, diagnóstica o de participación en investigación como voluntario. Lo específico habla de lo pertinente y de su relación con la verdad de lo que se pacta y escribe con lo que en verdad ocurre u ocurrirá para el paciente.

Además de estos diez puntos, la misma Petralanda (id.) refiere que existen dos más y no por ello menos importantes que los anteriores.

k) El paciente puede revocar en cualquier momento por escrito o de manera verbal (implicada la plataforma digital), correspondiendo llevar un registro de tales actos en la Historia Clínica o la explicabilidad y trazabilidad de la herramienta digital/telemática utilizada.

l) No es un *Bill of indemnity* o Carta de Indemnidad, ni encuentra su justificación en concluirse en una garantía para evadir reclamos o quejas, aun cuando sea citado en procesos como prueba. El consentimiento informado es ante todo una herramienta de valoración antropológica y explica la dignidad de las personas en un ejercicio dialógico permanente.

Se debe comprender, además que existiendo excepciones para que este instrumento sea escrito, el objeto de este es entender que de la ecuación siempre apunta a la protección del ciudadano sanitario.

## **VI- El Consentimiento informado digital.**

El Consentimiento Informado desde una perspectiva de salud digital no escapa a la transformación que atraviesa el sector sanitario global con el uso e implementación de Tecnologías de la Información y la Comunicación (TICs). El impacto de esta transformación depende de vislumbrar acabadamente de las herramientas que debe brindar el Estado y de adecuar acabadamente los aspectos éticos y jurídicos en las instancias de protección del ciudadano sanitario.

En este ámbito, la Organización Mundial de la Salud agregan un nuevo concepto “*eSalud*” refiriéndose al mismo como el uso de la información y tecnologías de la comunicación para un mejor control de la salud. Esta concepción adquiere relevancia al momento de contextualizar todas las herramientas disponibles para el servicio de salud y el impacto que poseen sobre los datos personales y por ende la intimidad de las personas<sup>7</sup>.

A partir del desarrollo de las tecnologías sanitarias y de aplicación clínica llevan a un escenario complejo la elaboración del consentimiento informado, en atención de que resulta necesario considerar un profundo abordaje de qué forma realizarlo para prevenir inconvenientes en su elaboración aun si se pensara el uso Inteligencia Artificial y pensar cuales serían las herramientas digitales y electrónicas, con supervisión humana, que se utilizarían cuando se trate de situar al consentimiento informado como un instrumento de protección para el ciudadano sanitario.

En este punto, las TICs como herramientas plasmadas en las plataformas digitales permitirían asegurar que ciertas prácticas otorguen un pleno derecho del ciudadano sanitario para acceder a un consentimiento informado que contemple lo previsto por la ley y que finalmente se formalice con la firma, como modo de aceptación o la negativa, de lo que el médico y su equipo informe.

Con el avance de las tecnologías, se entendería que los elementos de la voluntad interna (discernimiento, intención y libertad) siempre deben estar presentes en el proceso y que la plataforma que aloje dicha información permita acceder a esa voluntad de manera suficiente y siempre con alternativas de testigo, control y supervisión humana.

---

<sup>7</sup> VANINETTI, H. A., “*Derecho a la intimidad en la era digital*”, Datos, tecnologías y revolución 4.0., Hammurabi, Buenos Aires, 2021.

## VII- Gobernanza de datos.

La gobernanza de datos es un conjunto de prácticas para tomar decisiones acerca de los datos y gestionarlos durante todo su ciclo de vida, con el objeto de optimizar la capacidad de la organización para utilizar datos que generen información de calidad a fin de fundamentar políticas, estrategias y gestión operativa<sup>8</sup>.

*Transform Health* promueve un Ley Modelo de Gobernanza de Datos de Salud; esta entidad es una coalición de organizaciones que abogan por una transformación digital equitativa de los sistemas sanitarios para lograr la salud para todos. Esta entidad pretende reducir las desigualdades sanitarias mediante la colaboración entre el sector público, el sector privado, el mundo académico, las organizaciones civiles y la sociedad<sup>9</sup>.

El objetivo principal de esta ley modelo es ofrecer orientación a los países que deseen integrar sus principios y normas (o las secciones pertinentes de la ley modelo) en su legislación nacional vigente o elaborar nuevas leyes cuando y donde sea necesario.

Se entiende que, en el área de salud, resulta de vital importancia recabar la información de salud para fundamentar políticas, estrategias como así también toma de decisiones operativas y clínicas que ayuden a mejorar la calidad de vida de los ciudadanos sanitarios.

En la propuesta de este modelo, se entiende que el Ministerio de Salud de Nación es la entidad mejor posicionada para adoptar la función de liderazgo nacional al establecer la gobernanza de datos dentro del sistema de salud. No obstante, dependiendo del contexto nacional, también podrían hacerlo otros organismos nacionales.

Independientemente de que el Ministerio de Salud adopte o no la función de liderazgo nacional para la gobernanza de datos, siendo una organización que recopila y emplea información de salud para la toma de decisiones, deberá establecer sus propias prácticas de gobernanza de datos. Toda vez que sea posible, el Ministerio de Salud deberá procurar alinear sus prácticas de gobernanza de datos con otros interesados directos nacionales, como el organismo nacional de estadísticas generales o de estadísticas vitales.

A propuesta de esta ley modelo se considera abordar cuestiones complejas como la privacidad del consentimiento informado, proporcionando vías jurídicas claras para su aplicación y cumplimiento. De este modo se consigue una mayor protección de las

---

<sup>8</sup> Organización Panamericana de la Salud, “*Herramientas de conocimiento*”, Gobernanza de datos en salud pública, 2022.

<sup>9</sup> Puede verse en <https://transformhealthcoalition.org/es/mexico/>

personas y las comunidades y una base jurídica más sólida para la gestión ética y responsable de los datos de salud<sup>10</sup>.

Asimismo, se propone que la Autoridad de control es quien deberá ser responsable de velar por el cumplimiento de los requisitos de transparencia de los algoritmos, mitigación de sesgos y consentimiento informado, y podrá autorizar auditorías y evaluaciones periódicas de los sistemas de las tecnologías emergentes para comprobar su adhesión a las normas, a fin de garantizar el cumplimiento y la rendición de cuentas continuos.

Entendiendo que la gobernanza de datos es una capacidad organizacional. El Ministerio de Salud de Nación y la Secretaria de Salud del Chubut deben considerar que se requerirá tiempo y recursos para la implementación y fortalecimiento la gobernanza de datos.

Por lo que, para su planificación e implementación, se deberán considerar los procesos, los protocolos y la tecnología. Cuestión que a la fecha carecen para su inmediata implementación, en particular por falta de normativa que clarifique los pasos a seguir.

Asimismo, se debería dejar en claro al ciudadano sanitario que uno es dueño de sus datos en el sentido que cada uno debe tener el control de sus datos personales sin perjuicio de que dicha información es alojada en entidades públicas y privadas y que son ellos los que deben respetar el principio de limitación de la privacidad<sup>11</sup>.

Ante estos avances, jurídicamente, se observa que las normas se deben reconducir siempre a las ideas centrales de la libertad y la igualdad con la mediación que aporta la justicia como factor que permite superar las exigencias de una y de otra; resultando necesario ser coherente pensar en transformar y adaptar, con base a los criterios que presiden el desarrollo de la sociedad y la relación del individuo con ella<sup>12</sup>.

### **VIII- El consentimiento informando en Chubut.**

Se entiende que la historia clínica es el documento obligatorio cronológico, foliado y completo en el que conste toda actuación realizada al ciudadano sanitario por profesionales y auxiliares de la salud (art. 12 de la Ley 26.529 adherida en Chubut por la

---

<sup>10</sup> BOTES, M., ESSELAAR, P. y THALDAR, D., “*Ley Modelo de Gobernanza de Datos de Salud*”, 2024.

<sup>11</sup> COHEN AGREST D. “*Elogio del disenso. Dilemas éticos para pensar(nos) hoy*”, Penguin Random House Grupo Editorial S.A., Buenos Aires, 2021, p. 234.

<sup>12</sup> MURILLO DE LA CUEVA, P. L., “*Derechos fundamentales y avances tecnológicos. Los riesgos del progreso*”, Bol. Mex., Der. Comp., vol. 37, N°109, Ciudad de México, ene./abr. 2004, disponible en [https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0041-86332004000100003](https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332004000100003).

Ley Provincial I N°431) y en cuanto al consentimiento informado, se concibe como una declaración de la voluntad suficiente del paciente.

La Historia Clínica Electrónica ha comenzado a resolver el problema de almacenamiento de papel en muchos centros sanitarios en el ámbito privado y va en ese camino en las instituciones públicas. La Ley I N°731 entiende, en su art. 3°, a la Historia Clínica Electrónica (HCE) como sinónimo de historia clínica informatizada o historia clínica digital y reconoce al consentimiento informado como parte de esta.

Pero a partir de esta definición, genera dudas que sean sinónimos, cuando la realidad que depara la tecnología nos refiere otros conceptos para su adecuado tratamiento.

De ello se desprende que, en realidad la historia clínica informatizada es aquella en la que la información se captura de forma mecanizada, es decir, que no se utiliza el papel y ni el bolígrafo para escribir, sino que se registran mediante un teclado de ordenador<sup>13</sup>.

Una definición más técnica sería la de un conjunto global y estructurado de información, con relación a la asistencia médico-sanitaria de un ciudadano sanitario individual, cuyo soporte permite que sea almacenada, procesada y transmitida mediante sistemas informáticos.

En cambio, la Historia Clínica Digital es el proceso por el cual los documentos de las historias clínicas se obtienen a través de métodos de escáneres o toma de fotos (facsimil) del original y es tan pasiva como el soporte papel del que procede. Siendo este proceso una emulación de la historia clínica en papel. Entendiendo que los documentos se digitalizan, pero la captura de los datos se sigue haciendo de manera tradicional, en papel.

Por lo que en este punto se debe tener presente que la definición de historia clínica electrónica actual debería reformularse como un sistema que abarca o comprende tanto la información digitalizada como informatizada.

Con lo expresado y teniendo presente algunos conceptos se puede entender que el Consentimiento Informado tiene un procedimiento no reglamentado que se conforma a partir de la formalización de la firma del consentimiento en soporte papel, este documento luego es digitalizado y se sube al sistema, el cual cuenta con diferentes validadores para su resguardo digital, encontrándose aun en soporte papel, y se adjunta a la Historia

---

<sup>13</sup> ANECIPN “*La Historia Clínica Informatizada*”, 2023, disponible en <http://anecipn.org/ficheros/archivo/XXI/html/m3m4.htm>.

Clínica. Este procedimiento tiene como fin garantizar la aceptación voluntaria del paciente, la integridad del documento y la autenticidad del firmante.

Por lo que, en la actualidad el procedimiento obliga a los centros hospitalarios a seguir generando y custodiando el consentimiento informado en formato papel, y a pesar del avance de las tecnologías, es dable destacar que aun la redacción del consentimiento informado a nivel local carece de procedimientos o estandarización de la redacción dicho documento, lo que dificulta determinar si se respeta la autonomía de la voluntad del ciudadano sanitario.

Esta cuestión pone en relieve la falta de políticas públicas adecuadas donde el paciente como sujeto principal, autónomo, autosuficiente y responsable de las decisiones se lo debería tratar realmente como un ciudadano sanitario a los fines de otorgarle la plenitud de dichos derechos<sup>14</sup>; quedando reflejado que la Historia Clínica electrónica mejorará problemas que redacción y procesos tales como la falta del foliado de hojas, la carencia de consentimiento específicos para el episodio clínico en cuestión y el deber de brindar información suficiente sobre el procedimiento y sus riesgos asociados.

Es dable resaltar que en ninguno de los consentimientos observados en diferentes procedimientos se ha verificado que tengan presente leyenda que refiera que el ciudadano sanitario tiene el derecho de revocar su decisión en cualquier momento, y que en consecuencia dicha revocación debería quedar documentada por escrito en su historia clínica.

#### **IX- Breves consideraciones sobre el soporte electrónico.**

La Historia de Salud Integrada (HSI) es una herramienta que cuenta con toda la información referida a los procesos administrativos y clínicos de una persona de manera centralizada y en formato electrónico. Así, la Historia Clínica Única y Compartida de un ciudadano sanitario que se almacena en forma distribuida en cada uno de los puntos donde este ha recibido alguna atención, formando parte de la Red Nacional de Salud Digital. (Nube Sanitaria).

Según información brindada por la empresa que provee el software, el uso de HSI evita la utilización de un repositorio de datos centralizado. La información se integra automáticamente para satisfacer las necesidades sanitarias del ciudadano sanitario tales

---

<sup>14</sup> ANTEQUERA VINAGRE, *op. cit.*

como la receta electrónica, siempre bajo su supervisión y autorización, según lo establecido en el marco de la protección de derechos del paciente y de datos personales (Leyes 26.529 y 25.326, sus complementarias y modificatorias)<sup>15</sup>.

La implementación de la Historia De Salud Integrada (HSI) es una iniciativa del Ministerio de Salud de la Nación que implica la colaboración entre los gobiernos provinciales y municipales y otras organizaciones comprometidas en la prestación de atención en servicios de salud. Los actores involucrados pueden implementar la herramienta incorporándose como un desarrollo propio e integrado a otros desarrollos locales.

La HSI garantizaría que la información esté disponible para toda la ciudadanía en cualquier lugar y momento que lo requiera<sup>16</sup>. Sus atributos centrales son:

a) Se basa en estándares de interoperabilidad y conjunto mínimos de datos básicos que permiten el diálogo de la información entre diferentes sistemas, para intercambiar datos, interpretarlos y hacer un uso eficaz de ellos.

b) Utilización de un código abierto, es decir, un software basado en la colaboración abierta, de tal manera que los ciudadanos sanitarios pueden estudiar, modificar y mejorar su diseño mediante la disponibilidad.

c) Construcción colectiva y constante lo que habilita a que su diseño sea en función de los flujos de trabajo de los ciudadanos sanitarios, adecuándose a las características de cada lugar.

d) Confidencialidad de los datos almacenados. Se debe tener presente que a nivel provincial no se encuentra reglamentada para los fines requeridos.

Pena (2023) refiere en un diario local de Puerto Madryn que el sistema avanza por etapas con el objetivo de poner en marcha la HSI de manera adecuada al traspaso de historias clínicas en soporte “papel” hacia la historia clínica informatizada. La HSI es una plataforma desarrollada por el Ministerio de Salud de Nación junto con la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, de código abierto, colaborativo, gratuita y que permite interoperar con otros sistemas de Salud que ya funcionan<sup>17</sup>.

La provincia de Chubut adhiere al uso de esta plataforma que, en primera instancia responde al principio de seguridad de protección de datos personales; y que permitirá a

---

<sup>15</sup> <https://www.argentina.gob.ar/salud/digital/hsi>.

<sup>16</sup> <https://hsi.pladema.net/>

<sup>17</sup> <http://www.hospitalpuertomadryn.chubut.gov.ar/2023/08/31/la-historia-de-salud-integrada-ya-funciona-en-todos-los-centros-de-salud-de-puerto-madryn/>

cada ciudadano sanitario acceder su propia historia clínica digital mediante DNI (con usuario y contraseña).

## **X- Conclusiones.**

Teniendo presente el avance tecnológico y desde una perspectiva del rol que el Derecho juega en la protección de nuestra salud se puede concluir que la finalidad de este es generar una protección real de las personas y la de evitar el abuso de poder por parte de las instituciones públicas y privadas en el manejo de información, preservando derechos subjetivos tales como los derechos fundamentales y garantías individuales, sociales y constitucionales.

Que el resguardo de la información en una nube sanitaria con todos los beneficios que traen a la sociedad también posee un problema prioritario que es la falta de protección que debe tener la unicidad de la privacidad de las personas, que son parte indivisible e inalienable de los derechos humanos universales.

Por tanto, previo a subirnos a esta vorágine del avance tecnológico debemos tener presente que existe la necesidad de capacitar a los profesionales de la salud en la importancia e implicancia de los derechos del ciudadano sanitario y crear reglamentaciones como así también la estandarización de la conformación del consentimiento informado, en particular reglas claras para la estandarización de un consentimiento individual para cada persona.

Tener presente que no existe decreto que reglamente la obligación de brindar información clara y veraz en el proceso de elaboración de un consentimiento informado, considerando los aspectos funcionales de la tecnología en el proceso de la creación de documentos y firmas digitalizadas manuscrita, las cuales deberían cumplir las siguientes garantías:

a) El ciudadano sanitario debería ser conocedor del contenido del documento que está firmando y acepta voluntariamente estampar su rúbrica sobre el mismo.

b) Asegurar la vinculación entre los datos biométricos (la firma manuscrita) y el documento firmado.

c) Los dispositivos no deben alterar el contenido del documento en el momento de la firma. El documento no debería ser alterado en el tiempo, garantizando la integridad del contenido de este.

d) Los datos de creación de firma deben estar incluidos y deben ser protegidos de forma fiable contra su utilización por terceros.

En cuanto al consentimiento informado digitalizado, correspondería reglamentar en forma urgente la ley que crea la Historia Clínica Electrónica con los requisitos que aseguren la autenticidad y la integridad de los documentos en el entorno digital a los fines de prevenir un problema en el manejo de información de salud, comprendiendo los principales enfoques teóricos a los fines de construir una doctrina uniforme para ayudar a organizar herramientas de mejora continua y el debido resguardo de estos ante el avance tecnológico.

Por lo expuesto, considero que uno de los principales medios para asegurar la protección integral de las personas ante el avance inexcusable de las nuevas tecnologías y para que estas últimas sean beneficiosas para todos, es actuar con medidas concretas que aseguren y exijan la capacitación permanente de funcionarios del estado y operadores privados del derecho a la comprensión de la responsabilidad que posee la tecnología para adecuar las normas en forma coherente a las necesidades sanitarias de la provincia.

El desafío que se presenta en la actualidad es aunar criterios para la reglamentación de la normativa vigente con la creación de una ley de gobernanza de datos de salud y posterior adhesión a nivel provincial para que se asegure por un lado seguridad jurídica en el manejo de datos y por el otro satisfacer las necesidades del ciudadano sanitario cuando requiere de los servicios sanitarios y el resguardo de su información en nuestra provincia.

# *Proyectos de reducción de la jornada laboral en argentina. Viabilidad de su aplicación*

**\*Por Blas Paci**

## **I- Introducción.**

La jornada de trabajo, como componente fundamental del entorno laboral, ha sido objeto de debate y reflexión a lo largo de la historia. En un mundo en constante evolución, donde los avances tecnológicos y las transformaciones sociales impactan directamente en la organización del trabajo, la discusión en torno a la duración y distribución del tiempo dedicado al empleo adquiere relevancia. Este trabajo se propone explorar el panorama de la jornada laboral en el contexto específico de Argentina, examinando las tendencias, los desafíos y las posibles implicancias de una reducción en su extensión.

A partir de las pésimas condiciones laborales que sufrían los trabajadores durante el período de la Revolución Industrial, han surgido numerosas luchas en busca de la mejora de aquellas formas de desarrollar las labores diarias. Afortunadamente, la limitación al tiempo de trabajo fue una de esas conquistas tan necesarias para elevar la calidad de vida. Sin embargo, aún es largo el camino a recorrer para darle forma concreta al concepto de reducción de horas de trabajo, y poder insertarlo definitivamente en el mercado laboral argentino.

A lo largo de este trabajo, realizaré un análisis histórico y jurídico del instituto de la jornada laboral, tanto en el ámbito internacional como en el plano doméstico, buscando mostrar su evolución, su vinculación con el empleo registrado y, sobre todo, resaltar su importancia con respecto a la salud psicofísica del trabajador, con el fin de realizar una contribución al estudio y quizá pronta implementación de la reducción de la jornada laboral en la Argentina.

Para darle forma a este estudio, tendré en cuenta diversos sucesos históricos nacionales e internacionales, antecedentes normativos, doctrina, y, por último, algunos de los actuales proyectos de ley que los legisladores argentinos tienen en mira con el fin de modernizar la jornada laboral en beneficio del trabajador.

## **II- Desarrollo. Reseña histórica del instituto.**

A nivel mundial, las políticas laborales y las prácticas empresariales han variado considerablemente en cuanto a la duración de la jornada laboral. Desde las jornadas extensas caracterizadas por la Revolución Industrial hasta las recientes propuestas de

reducción impulsadas por movimientos sindicales y legislaciones progresistas, el concepto de cómo estructurar el tiempo de trabajo ha experimentado transformaciones significativas. En este sentido, resulta crucial examinar las diversas estrategias adoptadas por diferentes países y sectores para adaptarse a las demandas del mundo contemporáneo, donde la conciliación entre vida laboral y personal se presenta como un desafío cada vez más acuciante.

La limitación de la jornada tiene sus antecedentes en distintos convenios internacionales, como las conferencias internacionales de Berlín de 1890, las de Berna de 1905/1906 y 1913 y, principalmente el art. 427 del Tratado de Versalles, creador de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por Argentina por la Ley 11.722 de octubre de 1933.

En España, en el siglo XVI, el rey Felipe II estableció mediante un Edicto Real la jornada de 8 horas<sup>1</sup>.

Más tarde, con el advenimiento de la Revolución Industrial, la jornada laboral experimentó una transformación radical. En las fábricas y minas, especialmente en el Reino Unido y otras potencias industriales emergentes, los trabajadores enfrentaban jornadas extenuantes que a menudo superaban las 12 horas diarias, con condiciones laborales peligrosas y salarios bajos. Las regulaciones laborales eran prácticamente inexistentes, y el poder de negociación de los trabajadores era escaso debido a la falta de sindicatos organizados. No se aplicaba la regulación establecida desde 1496 en Gran Bretaña, según la cual la jornada de trabajo duraba como máximo quince horas. Estas condiciones sin regulación ni control deterioraron la salud, el bienestar y la moral de los trabajadores, como así también la productividad de los mismos.

Desde 1810 Robert Owen difundió la idea de que la calidad del trabajo de un obrero tiene una relación directamente proporcional con la calidad de vida del mismo, por lo que, para cualificar la producción de cada trabajador, es indispensable brindar mejores condiciones en las áreas de salarios, vivienda, higiene y educación. Prohibir el trabajo infantil y determinar la cantidad máxima de ocho horas de trabajo. De allí surge el conocido lema “*ocho horas de trabajo, ocho horas de recreo, ocho horas de descanso*”. Desde la década de 1830, se registraron protestas y huelgas en demanda de mejores

---

<sup>1</sup> Ley VI de la Ordenanza de Instrucción de 1593. Todos los obreros de las fortificaciones y las fábricas trabajarán ocho horas al día, cuatro por la mañana y cuatro por la tarde; las horas serán distribuidas por los ingenieros según el tiempo más conveniente, para evitar a los obreros el ardor del sol y permitirles el cuidar de su salud y su conservación, sin que falten a sus deberes.

condiciones laborales, incluida una jornada de trabajo más corta. En el Reino Unido, la aprobación de la Ley de Fábricas en 1833 y la Ley de Jornadas de Trabajo en 1847 marcaron los primeros intentos legislativos de limitar la duración del trabajo en ciertas industrias. El tema de la extensión de la jornada y de las condiciones y medio ambiente del trabajo tiene esencial trascendencia, ya que determina la prioridad entre el trabajo y la vida. Sabido es que el 1 de mayo recuerda el Día Internacional de los Trabajadores, que conmemora la lucha obrera en los Estados Unidos (1886) para conseguir la jornada laboral de 8 horas.

El siglo XX vio un avance significativo en la regulación de la jornada laboral, impulsado por las luchas obreras, la intervención estatal y los estándares internacionales de trabajo. En 1919, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) adoptó la Convención sobre la Limitación de las Horas de Trabajo en las Fábricas, que recomendaba una jornada de 8 horas diarias o 48 horas semanales. Esta convención proporcionó un marco para la legislación laboral en muchos países durante las décadas siguientes.

Durante las décadas de 1930 y 1940, en el contexto de la Gran Depresión y la Segunda Guerra Mundial, la jornada laboral fue objeto de un intenso debate en países industrializados como Estados Unidos y varios países europeos. En 1938, Estados Unidos promulgó la Ley *Fair Labor Standards Act*, que establecía una jornada laboral estándar de 40 horas semanales y también el salario mínimo. Esta ley marcó un hito en la regulación laboral y sirvió de modelo para otras naciones.

Por su parte, la OIT, en su R116 – Recomendación sobre la reducción de la duración del trabajo del año 1962, instó a los países miembro a proceder a una “reducción progresiva de la duración del trabajo, habida cuenta de la variedad de condiciones económicas y sociales que prevalecen en los diferentes países, así como de la variedad de las prácticas nacionales para reglamentar la duración y las demás condiciones de trabajo”, haciendo especial hincapié en su Convenio sobre las cuarenta horas, como objetivo final a alcanzar.

La reducción de la jornada ha sido planteada a nivel internacional como uno de los elementos necesarios para incrementar los puestos de trabajo.

### **III- La jornada laboral en Argentina.**

Como explica Grisolia la fijación legal de jornadas máximas de trabajo responde, básicamente, a razones de orden biológico, socioeconómico y de producción, y está

direccionadas principalmente a la protección de la salud psicofísica del trabajador. Está comprobado que las jornadas extensas de labor producen fatiga por encima de lo humanamente aceptable, resultando perjudicial para la salud del trabajador y para su rendimiento; esto repercute negativamente en el proceso productivo y torna más factible la ocurrencia de accidentes de trabajo<sup>2</sup>.

En primer término, resulta menester definir en palabras claras el concepto de jornada. El art. 197 de la Ley 20.744 dispone que se entiende por jornada de trabajo todo el tiempo durante el cual el trabajador esté a disposición del empleador en tanto no pueda disponer de su actividad en beneficio propio. Integrarán la jornada de trabajo los períodos de inactividad a que obliguen la prestación contratada, con exclusión de los que se produzcan por decisión unilateral del trabajador.

De esta definición puede apreciarse que el concepto no solo incluye el tiempo efectivo de prestación de tareas específicas, sino también el tiempo que el trabajador pone a disposición del empleador su fuerza de trabajo, más allá de que no se encuentre realizando las tareas puntuales, por causas no imputables a él. Lo más importante de esta definición es que, durante la jornada laboral, el trabajador no puede disponer del tiempo en beneficio propio, sino que está a disposición del empleador.

La jornada comienza con el ingreso del trabajador al establecimiento donde preste tareas, y termina con su egreso. Sin embargo, hay períodos que no se encuentran comprendidos en la jornada de trabajo, como el tiempo en que el trabajador puede disponer libremente de su actividad en beneficio propio, sin prestar tareas; el tiempo de viaje tampoco puede ser considerado como parte de la jornada de trabajo.

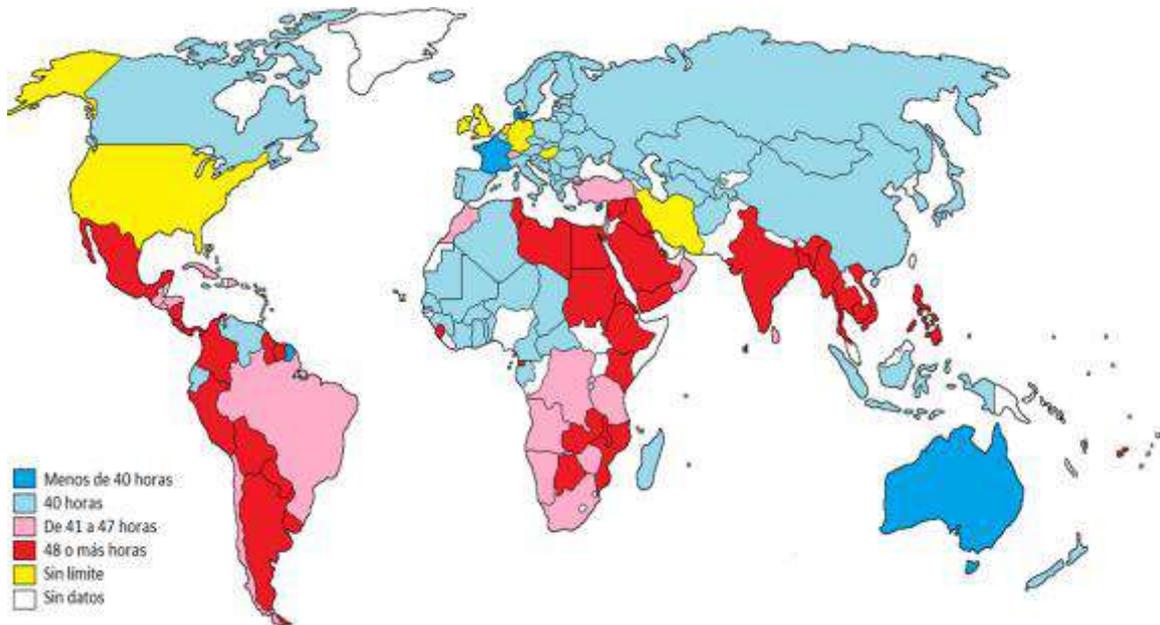
Pueden distinguirse tres criterios principales para definir la jornada. Legal o reglamentario, es decir, en el que se computa como jornada el tiempo establecido por la ley. Efectivo es aquel que entiende por tiempo de trabajo el prestado en forma concreta. Y nominal, que se refiere al tiempo que el trabajador está a disposición del empleador. Éste último es el criterio que tuvieron en cuenta los legisladores responsables de la sanción de la Ley 20.744, que puede verse claramente plasmado en su artículo 197.

De acuerdo con datos de la OIT, nuestro país cuenta con uno de los regímenes legales más altos del mundo. Esta característica es compartida con muchos países de Latinoamérica, como Uruguay, Paraguay, Bolivia, Perú, Venezuela y México, y también con algunos del sur de Asia.

---

<sup>2</sup> GRISOLÍA, J. A., “Manual de Derecho Laboral”, Cap. XII, t. III, 6° Edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015. p. 481.

Fuente: Organización Internacional del Trabajo.



En septiembre de 1929, el Congreso sancionó la Ley 11.544, que establecía que la duración máxima del trabajo no podía ser mayor a 8 horas diarias, o 48 horas semanales para toda persona ocupada por cuenta ajena en explotaciones públicas o privadas. El mismo cuerpo normativo establece algunas excepciones, como los trabajos agrícolas, ganaderos y los de servicio doméstico, y hace también mención al trabajo nocturno, limitándolo a un máximo de 7 horas diarias. Puede decirse que esta legislación responde y sigue los lineamientos del Convenio sobre las horas de trabajo, emanado por la OIT en 1919.

La ley anteriormente mencionada, se encuentra reglamentada por el Dec. Reg. 16115/1933, que busca ordenar la aplicación de aquella norma, de acuerdo a las necesidades específicas de cada establecimiento, pero sin superar el límite fijado, dando así la posibilidad de crear instrumentos que regulen las jornadas según requerimientos particulares de explotación.

Con la reforma constitucional de 1957, se incluye dentro del art. 14 bis la “*jornada limitada*” que, si bien no establece una cantidad máxima de horas, fija el criterio de razonabilidad con el tipo de actividad y el lugar donde se desarrolle la prestación.

Más tarde, en el año 1976 se sanciona la ley 20744, conocida como LCT. Esta norma fija el principio general respecto de la determinación y extensión de la jornada de trabajo, al establecer que tiene carácter nacional, dejando así sin efecto a cualquier

legislación provincial que disponga una extensión distinta a la fijada por la Ley 11.544. También aporta un concepto acabado de lo que se debe entender por jornada de trabajo, fundamental para diferenciar de forma clara cuál es el tiempo en que el trabajador se encuentra obligado a realizar la prestación en favor de su empleador. La ley de Contrato de Trabajo también regula cuestiones en materia de jornada reducida, trabajo nocturno e insalubre, horas suplementarias y trabajo por equipos.

### ***III.a) Jornada normal diurna.***

En el art. 2 de la Ley 11.544 se aclara que la jornada normal diurna se desarrolla entre las 6 y las 21 horas de cada día. Para el caso de los menores, solo abarca hasta las veinte horas, según se desprende del art. 190, primer párrafo de la Ley de Contrato de Trabajo. El mismo cuerpo normativo establece un tope de 8 horas diarias y 48 horas semanales, pudiendo extenderse hasta las 9 horas diarias, sin extenderse del límite semanal. En caso de excederse cualquiera de estos límites, estaríamos frente a la presencia de trabajo extraordinario. Este criterio surge del Dec. Reg. 16115/1933. Esto quiere decir que las 48 horas semanales se pueden distribuir de manera desigual entre los días laborales de una semana a condición de no exceder las 9 horas diarias y que no se trabaje los sábados más allá de las 13 horas.

### ***III.b) Jornada nocturna.***

El art. 2 de la Ley 11.544 afirma que la jornada nocturna es la que se desarrolla entre las 21 horas y las 6 horas del día siguiente, fijando así un máximo de jornada de 7 horas diarias. En igual sentido se expresa el art. 200 de la LCT. Si bien la ley no fija un tope semanal, debe entenderse que este es de 42 hs. Se abona igual que la jornada diurna. Cuando se realiza en forma alternada la hora desarrollada en jornada nocturna se cuenta 1 hora y 8 minutos. Se entiende en general que esta limitación encuentra fundamento en cuestiones de salud, toda vez que este tipo de jornada altera el reloj biológico del trabajador, y también afecta otras situaciones sociales.

### ***III.c) Jornada mixta.***

Estaremos en presencia de jornada mixta cuando el trabajador preste tareas, una parte durante el día y otra por la noche.

La ley de Contrato de Trabajo en su art. 200, primer párrafo, sostiene que cuando se alternen horas diurnas con nocturnas se reducirá proporcionalmente la jornada en 8

minutos por cada hora nocturna trabajada. Dicho de otra forma, una hora de jornada nocturna equivale a 1 hora y 8 minutos de jornada normal o, en todo caso, se trabajarían 52 minutos que equivalen a una hora de jornada diurna. Si de todos modos el trabajador presta tareas durante 8 horas (jornada normal), el empleador debe pagar por cada hora nocturna trabajada 8 minutos de exceso como tiempo suplementario según las pautas del art. 201 de la LCT, con el 50 % o 100 % de recargo.

### **III.d) Jornada insalubre.**

Es aquella que por las condiciones de trabajo o los lugares donde debe realizarse, por las modalidades, han sido declaradas tales por resolución de la autoridad administrativa del trabajo. Podemos encontrar su regulación en el art. 2 de la Ley 11.544 y en el párr. 3º del art. 200 de la LCT, que determinan que esta jornada no podrá exceder de 6 horas diarias y 36 horas semanales, y se basa en la protección de la salud psicofísica del trabajador. En este tipo de jornadas se encuentran prohibidas las horas extras.

Siguiendo la lógica de Perelli Llamas<sup>3</sup>, podría decirse que en la legislación nacional existen cinco limitaciones claramente expuestas, obligatorias para el empleador a la hora de establecer las jornadas de trabajo:

- a) No superar las 9 horas diarias.
- b) No superar las 48 horas semanales.
- c) Entre el fin de una jornada y el inicio de la siguiente, debe existir una pausa no inferior a 12 horas.
- d) Se debe prever un descanso dominical de no menos de 35 horas seguidas.
- e) Si se trata de trabajo por equipos, no superar las 18 jornadas y las 144 horas en tres semanas. No obstante, en este caso, durante la semana no se pueden superar las 56 horas por cada una.

Si bien estas limitaciones son claras, el marco normativo vigente no prohíbe que, mediante convenios colectivos o convenciones particulares, se pacten condiciones superadoras para el trabajador.

Según estadísticas publicadas por la Organización Internacional del Trabajo, actualizadas al 11 de enero de 2024, en Argentina se trabaja un promedio de 37 horas semanales<sup>4</sup>, lo cual dista considerablemente de lo establecido por las normas nacionales.

---

<sup>3</sup> PERELLI LAMAS, W. D., “Cuestiones de la jornada de trabajo en Argentina”, en IDEIDES N° 84, 2023. p. 5.

<sup>4</sup> Ver <https://ilostat.ilo.org/es/topics/working-time/>

Esto tiene una relación directa con el altísimo empleo informal que registra nuestro país, número que, según datos del INDEC, se eleva al 47,6% de los trabajadores argentinos, lo cual constituye el principal obstáculo para pensar en el grado de acatamiento que pueda llegar a tener la reducción de la jornada laboral. Otro factor que se encuentra directamente vinculado a esta información, es el resultado del confinamiento por la pandemia de Covid – 19. Como consecuencia de este suceso global, se han desarrollado nuevas y mejores formas de llevar adelante el trabajo, las cuales han permitido, en cierta manera, armonizar la vida laboral con la personal, objetivo último que se persigue con la reducción de la jornada de trabajo.

Las nuevas modalidades y herramientas que hemos adoptado para llevar adelante nuestras labores diarias, resultan un punto fundamental para poder aumentar la productividad de los trabajadores, sin que ello implique dedicar más tiempo de trabajo: es decir, mejor trabajo en períodos más reducidos. De esta manera podríamos obtener un aumento de productividad aún más importante, ya que el trabajador en general se vería más motivado y con mejores condiciones para desarrollar sus tareas habituales, siempre que la actividad en particular lo permita.

#### **IV- Proyectos de reducción de la jornada laboral actualmente considerados.**

Resulta materia vedada para los diputados provinciales legislar sobre la jornada laboral, toda vez que este instituto se encuentra regulado por leyes y decretos nacionales, emanados por el Congreso y el Poder Ejecutivo. Cualquier intento de modificar el tiempo de trabajo por parte de las legislaturas provinciales, iría en contra de lo dispuesto por el art. 31 de la Constitución Nacional (Tribunal del Trabajo de San Isidro, 1994, “*González, Bernardino y otros v. La Romería SA*”).

En el mismo sentido, el art. 196 de la Ley 20.744 expresa que “*la jornada de trabajo es uniforme para toda la Nación y regirá por la Ley 11.544, con exclusión de toda disposición provincial en contrario...*”.

Para Grisolí, este artículo resulta importante, ya que de esta manera la LCT fija un principio general respecto de la determinación y extensión de la jornada de trabajo al establecer que tiene carácter nacional: deja sin efecto cualquier legislación provincial que disponga una extensión distinta de la jornada que la fijada por la Ley 11.544<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> GRISOLÍA, J. A., *op. cit.* p. 481.

De todas maneras, estas normas no vedan la posibilidad de que, a través de convenios colectivos de trabajo, o de convenciones individuales, se pacten condiciones más favorables para los trabajadores que las fijadas por las leyes nacionales.

Dicho esto, me abocaré al análisis de cuatro proyectos de ley actualmente tratados por la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, seleccionados al azar.

#### ***IV.a) Diputada Nacional Mónica Litza.***

La legisladora plantea una modificación del art. 1° de la Ley 11.544, estableciendo así una duración máxima de la jornada de 6 horas diarias o de 36 horas semanales. A su vez, manifiesta la necesidad de modificar el art. 200 de la LCT, fijando un límite máximo para la jornada de trabajo nocturna de 6 horas diarias, y de 5 horas diarias o 30 horas semanales para la jornada de trabajo en tareas o condiciones declaradas insalubres. El artículo 6 del proyecto establece que *“la reducción del tiempo de trabajo, no podrá significar la reducción de las remuneraciones”*.

Entre sus varios argumentos esgrimidos, elijo destacar los siguientes: *“Sabemos que la sola reducción de las horas de trabajo no permitirá una absorción de los desempleados, sino que esta decisión que, es sólo una contribución para mitigar el esfuerzo de los trabajadores/as, debe hallarse inserta dentro de un conjunto de medidas que estructuren un plan económico, social y cultural sistémico sustentable y que esté direccionado estratégicamente al desarrollo, crecimiento, estabilidad, previsibilidad y bienestar social sostenido. Pero creemos que reducir el máximo de la jornada laboral, permitirá generar más trabajo, aumentar el consumo, dinamizar la economía, mejorar los salarios y su rentabilidad, además de contribuir a una mayor redistribución de la riqueza en nuestra Patria”*.

#### ***IV.b) Ex Diputado Nacional Mariano Recalde.***

En este caso, el legislador plantea una solución distinta: mantiene lo establecido por la Ley 11.544 en cuanto a las 8 horas diarias, pero modifica la cantidad semanal de horas, reduciéndola a 36 como máximo. Con respecto a la jornada declarada insalubre, también la reduce a 5 horas diarias, pero va más allá con las horas semanales: 20 horas máximo. Por último, en el artículo 11 del proyecto emplaza a la autoridad de aplicación a que en un plazo de 365 días disponga a través de una norma reglamentaria la reducción progresiva de la jornada de trabajo, por etapas espaciadas y que engloben actividades que entrañen

un especial esfuerzo físico o mental que derive en un riesgo para la salud de los trabajadores, en especial, mujeres y jóvenes.

Su proyecto encuentra fundamento principalmente en una *“mejor distribución del trabajo existente y, al mismo tiempo, para incrementar la productividad a través de los beneficios que presenta...”*, y destacando que la reducción de la jornada de trabajo es una medida *“democrática, verde, de salud, económica y con perspectiva de género y juventudes”*.

El legislador destaca, entre otros, tres aspectos fundamentales en los cuales se ha inspirado la limitación de la jornada: el ético, que se refiere al respeto por la dignidad del trabajador, estableciendo límites, pausas y distintos tipos de jornadas; el social, vinculado al tiempo que el trabajador pasa con su familia y semejantes; y el económico, que tiene como fundamento la posibilidad de que el trabajador pueda ser consumidor de los mismos bienes y servicios que él produce.

También indica que las causas biológicas y organizacionales son impulsoras de la limitación de la jornada laboral. La primera, en razón de la acción de la fatiga, y que todo esfuerzo físico y psicológico, consume energía y genera fatiga. El segundo se vincula con la productividad, dado que el trabajo impone desgaste psicofísico, y a la vez este desgaste se encuentra vinculado con la atención del trabajador en sus tareas, el nivel de rendimiento y la posible curva de concentración y fatiga, por lo que la jornada opera como un mecanismo regulador de la producción y la productividad.

#### ***IV.c) Diputado Nacional Eduardo Félix Valdés.***

Aquí encontramos la primera coincidencia entre los proyectos evaluados: la jornada diurna normal tendrá una duración máxima de 6 horas diarias o 36 horas semanales. En cuanto a la jornada nocturna y a la jornada de trabajo en tareas o condiciones declaradas insalubres, el diputado plantea un máximo diario de 5 horas y 15 minutos, y 4 horas y 30 minutos, respectivamente. También aclara, como la diputada Litza, que la reducción del tiempo de la jornada laboral no podrá significar la disminución de la remuneración normal y habitual.

Encuentra como argumentos la necesidad de modernizar el sistema de jornada de trabajo, ya que, normativamente, Argentina posee una de las jornadas más extensas del planeta, y fue establecida hace casi 100 años. Destaca las ventajas para los trabajadores que traería el proyecto, toda vez que les otorgaría

más tiempo de ocio y para compartir con la familia, generaría menos traslados y mayor motivación en el desarrollo de las tareas. Destaca al ahorro energético, alivio del sistema de transporte, mayores niveles de empleo, entre otros, como beneficios directos para la sociedad en su conjunto. Desde el punto de vista empresarial, los beneficios serían *“disminución de costos, reducción de la conflictividad laboral e incluso aumentos en la productividad por un mejor aprovechamiento de la jornada laboral”*.

#### **IV.d) Ex Diputada Nacional Claudia Ormachea.**

En este proyecto también podemos encontrar coincidencias. Por un lado, la reducción de la jornada normal diurna a 6 horas diarias o 36 horas semanales. En caso de ampliación de la jornada, el límite es de 7 horas diarias, cuando las tareas se desarrollen exclusivamente de lunes a viernes. A su vez, plantea la reducción de la jornada nocturna a 5 horas y 15 minutos, y la reducción de la jornada en condiciones insalubres, a 4 horas y 30 minutos diarios o 27 horas semanales.

En cuanto a la modificación del art. 197 de la LCT, la diputada incluye como parte de la jornada de trabajo *“las pausas necesarias en razón de la actividad o función, las que respondan a razones de salubridad, y las dispuestas para alimentación, sin perjuicio de otras que pudieran establecerse en las convenciones colectivas de trabajo o en los contratos individuales”*.

En su art. 15, el proyecto también busca la protección salarial del trabajador, estableciendo la prohibición de reducir el salario junto con la jornada de trabajo.

El principal argumento esgrimido por la legisladora, es la *“urgencia por mejorar la calidad de vida de nuestros/as trabajadores/as”*. La propuesta despliega la posibilidad de variar la duración de la jornada laboral como herramienta para la mejor distribución del trabajo existente y, al mismo tiempo, para incrementar la productividad a través de los beneficios que representa, como, por ejemplo, la disminución del ausentismo, la disminución de la siniestralidad y la disminución de la cantidad de accidentes de trabajo.

Finalmente, esgrime que *“la cuestión del tiempo de trabajo se ha convertido en un elemento clave del Programa de Trabajo Decente de la OIT, en el marco más amplio de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible y en*

*particular del Objetivo de Desarrollo Sostenible (ODS), para promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos”.*

A modo de síntesis, podemos ver que en los proyectos analizados se encuentran claras coincidencias: la reducción de la jornada laboral en beneficio de la salud psicofísica del trabajador como fin último, adoptando alguna de las medidas y herramientas que nos dejó la pandemia; evitar que esta reducción devenga en una merma salarial o una mayor cantidad de horas extras; y remarcar los beneficios que este concepto aportaría no solo al empresariado en términos de productividad, sino a la sociedad en general.

## **V- Conclusiones.**

La reducción de la jornada máxima legal viene a convalidar un proceso económico que se dio a lo largo de todo el siglo veinte respecto de la distribución de los tiempos de trabajo.

Argentina es un país con una rica historia en materia laboral y sindical, y la jornada laboral se encuentra regulada por disposiciones legales que establecen límites máximos de horas trabajadas por semana. Sin embargo, la realidad laboral argentina presenta una serie de particularidades, incluyendo una alta tasa de informalidad, condiciones laborales heterogéneas según el sector y una creciente preocupación por la calidad de vida de los trabajadores. Ante este escenario, surge la pregunta sobre la viabilidad y conveniencia de una reducción de la jornada laboral como medida para mejorar el bienestar, la productividad y la equidad en el ámbito laboral argentino.

Cabe destacar, en primer lugar, que nuestro país no ha ratificado el Co 47 – Convenio sobre las cuarenta horas, adoptado por la OIT el 22 de junio de 1935, pese a tener actividad del organismo en el territorio desde el año 1932. Esta norma social buscaba que la semana laboral de 40 horas fuera una forma de distribuir el trabajo existente y, así, moderar los efectos de la crisis económica y social. La Recomendación 116, que como vimos, postula el principio de la reducción progresiva de la duración normal del trabajo, también sumó el argumento de que había que priorizar un mejor equilibrio entre la vida personal y el trabajo. Dicho esto, considero que una manera adecuada de incorporar a la legislación nacional la reducción de la jornada laboral, sería imitando el modelo chileno, que mediante la Ley 21.561 plantea una reducción escalonada de la jornada hasta converger con los estándares de la Organización

Internacional del Trabajo, pasando así de 45 a 40 horas semanales en un lapso de cinco años. Los legisladores del país vecino han previsto que este proceso se lleve a cabo de la siguiente manera: se aplicarán 44 horas semanales al término del primer año, 42 horas a los tres años, y finalmente 40 horas al cabo de cinco años. Para esto, resulta menester adherir al Co 47 previamente mencionado.

Debe analizarse la aplicación de la reducción desde una doble visión: la disminución de la jornada máxima, que ello no derive en mayor cantidad de horas extras desempeñadas por el trabajador, y que tampoco implique en una merma salarial. Esto podría alcanzarse a través de tratar de lograr consensos con el empresariado, quien será en su mayoría quien tenga que aplicar esta norma y lograr desde allí, la aceptación de la nueva norma, o tratar de imponer la aceptación a través de controles y sanciones. Este sector, sin duda alguna también se vería beneficiado con una reducción de la jornada laboral, toda vez que un trabajador con mejores condiciones, naturalmente sería un mejor trabajador, elevando así su productividad y, por consecuente, beneficiando al establecimiento para el que presta tareas.

El debate por la reducción de la jornada laboral máxima que reanudó la Cámara de Diputados tiene por objetivo mejorar la calidad de vida de las y los trabajadores y redundar en una mejora salarial indirecta, pero también permite retomar la discusión acerca de la productividad. ¿Esta debe alcanzarse a través de la intensificación del trabajo o bien mediante incentivos a la inversión en tecnologías e infraestructura?

Siguiendo a Perelli Llamas<sup>6</sup>, la jornada laboral y la teoría detrás de la misma no tienen solo una dimensión legislativa, sino también apunta a la salud emocional, física y mental del trabajador.

Por todo lo expuesto, considero personalmente que, si bien el contexto político y socioeconómico no acompañan el espíritu de la reducción de la jornada laboral, su aplicación resulta de vital importancia para darle al trabajador una justa y adecuada actualización, en miras de un mejor y más saludable desarrollo personal, siendo esto una obligación exclusiva del Estado, derivando ello también en un beneficio directo para los empleadores.

---

<sup>6</sup> PERELLI LLAMAS, *op. cit.* p. 4.



*El derecho al cuidado en los tribunales de la Región: a propósito de una reciente sentencia de la Suprema Corte de Justicia de México*

\*Por Agustina O'Donnell

**I- Introducción**

Una sentencia reciente de la Suprema Corte de Justicia de México pone sobre la mesa el derecho al cuidado en sus tres dimensiones -a cuidar, a ser cuidado y al autocuidado-, y su relación con los derechos de los más vulnerables y vulnerados -y las obligaciones para los Estados- reconocidos en Tratados Internacionales: los de las mujeres, los de las personas con discapacidad y los de las personas mayores de edad<sup>1</sup>.

Se trataba de un juicio de divorcio en el que el hombre se opuso a la disolución del vínculo matrimonial porque era la mujer la que le brindaba el apoyo y los servicios necesarios de cuidado para realizar sus actividades, como persona mayor y con discapacidad, con enfermedades crónicas y reducida su movilidad.

Entre los antecedentes que se citan allí, están las conclusiones en la XV Conferencia Regional de la Mujer de América Latina y el Caribe celebrada en la Ciudad de Buenos Aires en octubre de 2022, entre ellas, y dentro de las más relevantes, el reconocimiento del cuidado como un derecho, tanto de las personas que tienen que cuidar a otras, de las que deben ser cuidadas y, por último, a ejercer el autocuidado, en todos los casos sobre la base de los principios de igualdad y corresponsabilidad social, es decir, como una responsabilidad que debe ser compartida por el Estado y por la sociedad, las familias, las comunidades y también las empresas.

En lo que aquí más interesa, la sentencia analiza los hechos del caso bajo diferentes perspectivas: 1) la de género; 2) la de las personas mayores y 3) la de las personas con discapacidad. En las tres, hay tratados internacionales que establecen los derechos de las personas y las obligaciones del Estado y por ello la vinculación del tema con el denominado derecho internacional de los derechos humanos y la necesidad de destinar recursos y presupuestos en su financiamiento.

**II- El derecho al cuidado bajo la óptica del derecho internacional de los derechos humanos en la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de México.**

---

<sup>1</sup> Amparo Directo 6/2003, sentencia del 18/10/23.

Como ya se dijo, el marido se opuso al divorcio solicitado por la mujer invocando que ella, como esposa, estaba a cargo de su cuidado.

Por ello, en primer lugar, el tribunal mexicano se refiere al principio de autonomía de las personas -y de las mujeres en particular debido a la desigualdad estructural que padecen- para tomar decisiones sobre su vida, algo obvio, pero que debe ser dicho en sociedades en las que persisten aún patrones predominantemente patriarcales.

Luego, el tribunal se adentra en las diferentes perspectivas que va a usar para fundar su sentencia.

## **II.a) El análisis de los hechos desde una perspectiva de género.**

Destaca el Tribunal que el pedido del marido se funda en un estereotipo de género de tipo prescriptivo, según el cual las mujeres son las responsables de las personas del grupo familiar, construcción que no es biológica sino meramente cultural que, siempre según la sentencia, se opone a las disposiciones de la Convención de Belén Do Pará -arts. 2, 6 y 7- y a la CEDAW arts. 1, 2, incisos d) y f), 5, inciso a), y 16.1-. Se trata de las principales convenciones que en el orden internacional rigen en materia de derechos de las mujeres.

Dichas normas expresamente instruyen a los jueces/as tener en cuenta los estereotipos de género al momento de apreciar los hechos, al valorar las pruebas e interpretar y al aplicar las normas jurídicas pertinentes.

Es por ello que se lee así en la sentencia que “...*mientras a las mujeres se les ha asignado un rol relacionado con la realización de labores en el hogar, la crianza de infancias y el cuidado de otras personas, a los hombres se les ha otorgado el rol de proveedores dentro de una familia, lo que a su vez se asocia con la “división sexual del trabajo” —que consiste en el reparto social inequitativo de tareas en función del sexo, de acuerdo con el cual a los hombres les “corresponde” desarrollarse en espacios públicos mientras las mujeres son relegadas a espacios privados como el hogar”*”.

Y que “*De ahí que se vuelva indispensable reconocer en el ámbito jurídico el derecho humano al cuidado, con el propósito de desvincular tales actividades de la esfera privada y de los estereotipos de género asignados a las mujeres. Con ello, lo que se busca es transitar a un esquema que establezca obligaciones destinadas a ser cumplidas especialmente por el Estado con la finalidad de garantizar el derecho al cuidado de todas las personas”*”.

En definitiva, sostiene el tribunal que los cuidados no deben recaer de forma desproporcionada en las familias, y especialmente en las mujeres y las niñas.

## **II.b) El análisis de los hechos desde la perspectiva de las personas mayores.**

Destacan los jueces mexicanos que el derecho al cuidado de personas mayores se halla reconocido expresamente en la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, en la que se establece la participación activa del Estado, de la familia y del resto de la sociedad.

Sin embargo, es importante tener en cuenta también que aclara el Tribunal que *“No obstante, a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, con las niñas, niños y adolescentes, las personas mayores no son una categoría homogénea respecto de la cual pueda presumirse un estado de necesidad o de vulnerabilidad. Esto es así porque hay personas mayores que no se encuentran en un estado de vulnerabilidad, que gozan de buena salud, que no experimentan algún acto de violencia o explotación en su contra, o que tienen los medios económicos para subsistir de manera independiente”*.

Es decir, limita los cuidados a aquellas personas mayores que se encuentren en estado de vulnerabilidad ya sea por disminución de capacidad motora, por discriminación social, familiar, laboral y/o económica, garantizándoles que pueden tener una vida independiente y autónoma, *con salud, seguridad, integración y participación activa en las esferas económica, social, cultural y política de sus sociedades, como sujetos de derechos*.

Es por ello que se afirma que *“...lo cierto es que cada vez existen más casos de personas mayores que sufren discriminación, trato indigno y violencia. En esos casos, se ha establecido que se debe garantizar el derecho de las personas mayores a envejecer con dignidad, o a “vivir con dignidad en la vejez hasta el fin de sus días”, como dispone el artículo 6 de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores”*.

Concluye en este aspecto que *“...la perspectiva de persona mayor exige “atender al contexto de envejecimiento específico en que la persona se encuentra y adoptar una perspectiva que tome en consideración el posible estado o situación de vulnerabilidad en que pueden encontrarse debido a su edad.” Esto, con la finalidad de “equilibrar una posición de desventaja que por su edad presentan generalmente los adultos mayores en aras de proteger su dignidad y sus derechos, más no de proporcionar una prelación a sus intereses sin que exista una justificación razonable”*.

***II.c) El análisis de los hechos desde la perspectiva de las personas con discapacidad.***

Lo primero que hace el Tribunal en este apartado es definir el alcance de la discapacidad. Dice que, “...*la discapacidad se genera o surge por el contexto en el que se desenvuelven las personas que tienen alguna diversidad funcional -física, mental, intelectual o sensorial-, y no por esta condición por sí misma. Es decir, la discapacidad surge cuando la diversidad funcional de una persona se pone en contacto con una barrera social que limita que las personas con discapacidad puedan desarrollar su vida en igualdad de condiciones que las demás*”.

Y es porque entiende que los jueces/as deben respetar la voluntad de la persona con discapacidad de recibir apoyos o de adoptar lo que la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad denomina como ajustes razonables, de modo de garantizar que puedan ejercer sus facultades de elección y control sobre su propia vida.

En la sentencia, a partir de estas tres perspectivas aplicadas al caso concreto, se concluyó que el Estado debió adoptar medidas de manera inmediata que aseguraran que el marido tuviera un nivel de vida adecuado, especialmente al tratarse de una persona mayor que tiene problemas de movilidad y enfermedades crónicas, y que, por tanto, podría requerir cuidados intensos o extensos.

Afirma en este mismo sentido que “...*el Estado tiene una responsabilidad primordial en la protección y garantía del derecho al cuidado, de manera que los cuidados, especialmente de quienes se encuentran de alguna manera en situación de dependencia, no recaigan exclusivamente en las personas en lo individual*”.

De esta manera, la Suprema Corte de Justicia de México a partir del derecho internacional de los derechos humanos, reconoce que el cuidado es un derecho humano, que asiste especialmente a las personas con discapacidad, a las personas mayores y a niñas y niños; sostiene también que los cuidados no pueden ya recaer más exclusivamente en las mujeres y que la protección de este derecho debe darse bajo un régimen de corresponsabilidad entre el Estado y la comunidad.

Una sentencia vinculada al tema en análisis fue dictada por la Corte Constitucional de Colombia el 16.5.2023 en un caso planteado por Luz Marina Mosquera y 23 mujeres más, todas ellas jefas de sus hogares y empleadas del servicio doméstico, que demandaron al Estado por no haber sido asistidas durante la Pandemia de COVID en los cuidados de las personas que tenían a su cargo: tanto niños como personas mayores y personas con discapacidad.

Bajo el título Una omisión que no se debe volver a repetir, sostuvo el Tribunal que *“La omisión que en esta ocasión se reprocha a la Presidencia de la República tiene que ver con el hecho de que ignoró el impacto diferencial que tendría la pandemia ocasionada por el Covid 19 frente a mujeres como las accionantes. Un impacto diferencial que no puede ser comparado con el que tuvieron los hogares en situación de vulnerabilidad económica, conformado por personas a quienes no les correspondió asumir labores de cuidado frente a sujetos de especial protección constitucional. Se insiste, las consecuencias cotidianas que vivieron mujeres como las accionantes debe nombrarse y reconocerse, con el propósito de que en una ocasión futura, la Presidencia de la República no falte al deber cualificado que tiene de prever políticas públicas focalizadas en mujeres en situación de vulnerabilidad económica, encargadas de cuidado de menores de edad, personas en condición de discapacidad o adultos mayores, que tienen vínculos laborales informales. Frente a ellas, se evidenció que la situación de aislamiento social prácticamente eliminó sus pocas alternativas de procurarse los mínimos de una subsistencia digna mediante las ventas informales, que ya no podían realizar por asumir el deber de cuidar de sus familiares”*.

De nuevo, las mujeres responsables de los cuidados de las personas a su cargo, aunque por su condición de vulnerabilidad no tengan recursos económicos para afrontarlos.

### **III- El derecho al cuidado en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.**

En Argentina, al derecho al cuidado se refirió la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “Etcheverry, Juan Bautista” el 21/10/2012<sup>2</sup>. Dijo allí que la omisión del Poder Ejecutivo Nacional de reglamentar el art. 179 de la ley de contrato de trabajo impidió “...el ejercicio de un derecho concreto de los trabajadores de acceder a un servicio de apoyo en sus tareas de cuidado familiar”<sup>3</sup>, en el caso, de hijos e hijas.

Además, si bien la norma se refería -y refiere aún- únicamente a las trabajadoras como titulares del derecho a contar con guarderías en sus lugares de trabajo, la mayoría

---

<sup>2</sup> CSJN, Fallos 344:3011.

<sup>3</sup> El art. 179 de la Ley de Contrato de Trabajo, promulgada el 20.9.1974, nunca fue reglamentada por el Poder Ejecutivo Nacional sino hasta el dictado del decreto 144/2022 (BO 23/3/2022). Dicha dispone que *“En los establecimientos donde preste servicios el número mínimo de trabajadoras que determine la reglamentación, el empleador deberá habilitar salas maternas y guarderías para niños hasta la edad y en las condiciones que oportunamente se establezcan”*.

de la Corte lo extendió a los trabajadores -hombres-, dando cuenta así que en los cuidados tanto hombres como mujeres asumen idénticas responsabilidades (del voto de los Dres. Maqueda y Lorenzetti).

Sostuvieron para ello que “...*la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer obliga a los Estados a modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres, y a garantizar la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto al cuidado de sus hijos*” -Voto del Dr. Lorenzetti-.

Es por su parte, el Dr. Rosatti, el que en su voto destaca que “...*la regulación de la asistencia al cuidado familiar es abordada como una vía dirigida a la equiparación de las responsabilidades y a la igualdad real de oportunidades y de trato de las mujeres en el ámbito del trabajo. En efecto, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, cuando refiere al fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños, aclara expresamente el objetivo de la norma, ya que enuncia que se dicta “con el fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar (artículo 11, inciso 2)”*”.

#### **IV- El derecho al cuidado en el sistema tributario nacional argentino.**

Tanto al fallar en la causa “*García*”<sup>4</sup>, como en “*Gonzalez Victorica*”<sup>5</sup>, la Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo que interpretar disposiciones del sistema tributario argentino nacional a la luz de las de los tratados internacionales de derechos humanos: en el primer caso, contrastando la capacidad contributiva de una mujer jubilada para ser contribuyente del impuesto a las ganancias con la Convención sobre los Derechos de las Personas Mayores; en el segundo, si correspondía un beneficio tributario a una persona con discapacidad motora a pesar de la capacidad económica suficiente de su grupo familiar a la luz de los ajustes razonables de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

En uno y en otro caso, la Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo en cuenta la condición de vulnerables que, según el derecho internacional de los derechos humanos

---

<sup>4</sup> CSJN, Fallos: 342:411.

<sup>5</sup> CSJN, Fallos 341:1625.

y nuestra Constitución Nacional en su art. 75, inc. 23) reconoce a dichas personas, e hizo excepción a otros principios también constitucionales que son los que rigen en materia tributaria, en particular el de igualdad y el de capacidad contributiva<sup>6</sup>.

Dijo también en otra oportunidad que *“La sola capacidad contributiva como parámetro para el establecimiento de tributos a los jubilados, pensionados, retirados o subsidiados, resulta insuficiente si no se pondera la vulnerabilidad vital del colectivo concernido, ya que la falta de consideración de esta circunstancia como pauta de diferenciación tributaria supone igualar a los vulnerables con quienes no lo son, desconociendo la incidencia económica que la carga fiscal genera en la formulación del presupuesto de gastos que la fragilidad irroga, colocando al colectivo considerado en una situación de notoria e injusta desventaja”*<sup>7</sup>.

Reconocer a los cuidados como un derecho humano implica desarrollar mecanismos para su financiamiento, del mismo modo que el resto de los derechos, vgr. salud, educación, justicia, seguridad; pero en este caso, no necesariamente en forma exclusiva con cargo a los recursos del Estado, ya que el sector privado y las familias, son también actores interesados en los cuidados. Un ejemplo claro, fue la obligación para las empresas sancionada en el año 1974 de contar con guarderías infantiles en los lugares de trabajo.

De cualquier modo, cuando se trata de cuidados las políticas presupuestarias y fiscales pueden tener un rol esencial. En el primer caso, para direccionar obras que tengan por objetivo los cuidados, vgr. guarderías infantiles, casas de personas mayores; en el segundo, a través de exenciones y/o estímulos de otra índole, tanto en impuestos directos como indirectos, al igual que en tasas, que faciliten a las personas con menos recursos solventar los gastos que implican cuidar a otras personas y cuidarse a uno mismo.

Debe señalarse, como un ejemplo, que desde el año 2016 en Ecuador se sancionó la denominada Ley del Anciano que exime de impuestos a las personas a partir de los 65 años. El objetivo de esta medida es aliviar la carga financiera en sus consumos. Además,

---

<sup>6</sup> O'DONNELL, A., “Comentario al Fallo González Victorica. La interpretación de beneficios tributarios a la luz de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos”, Revista Constitución Financiera, Tomo III, disponible en <https://constitucionfinanciera.com.ar/tomos>.

Véase también: O'DONNELL, A., “La interpretación de los principios constitucionales a la luz de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores. Especial referencia al principio de generalidad”, Revista Debates N° 3, disponible en <http://www.derecho.uba.ar/institucional/centro-estudios-dertributario/revista-debates-de-derecho-tributario-y-financiero.php>.

<sup>7</sup> CSJN, Fallos 344:983.

existe en dicho país y para estas personas un régimen de devolución del impuesto al valor agregado en los consumos de bienes y servicios de primera necesidad.

Es a través de incentivos tributarios que puede lograrse también la inserción de personas con discapacidad y personas mayores en puestos de trabajo, de modo también de permitir su independencia y autonomía, objetivos primordiales tanto en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad como de las Personas Mayores.

Sin lugar a dudas, queda aún un recorrido legislativo a ser recorrido en esta materia, en el que fiscalmente se contemplen las necesidades de una parte importante de la población.

## V- Conclusiones.

Los tribunales de la región comienzan a identificar que la actual organización de los cuidados, que recae en las mujeres en mayor medida y se realiza en forma no remunerada, no es sustentable en el corto, mediano y largo plazo, ya que mantiene la desigualdad de género entre hombres y mujeres, y, con ello, condiciona el bienestar de las sociedades.

Nuestra Corte Suprema dijo que *“El envejecimiento y la discapacidad -los motivos más comunes por las que se accede al status de jubilado- son causas predisponentes o determinantes de vulnerabilidad, circunstancia que normalmente obliga a los concernidos a contar con mayores recursos para no ver comprometida seriamente su existencia y/o calidad de vida y el consecuente ejercicio de sus derechos fundamentales, por ello, las circunstancias y condicionantes de esta etapa del ciclo vital han sido motivo de regulación internacional, generando instrumentos jurídicos específicos”*<sup>8</sup>.

Queda decir, para terminar, lo importante que es contar con información a la hora de diseñar políticas de cuidado y la forma de financiarlas. Así, por ejemplo, se pone de manifiesto en la Ley Modelo de Acceso a la Información 2.0 elaborada por la OEA para los países miembros de la Región<sup>9</sup>. Allí se propicia la difusión en forma activa de información vinculada a la situación de grupos específicos de la sociedad -entre ellos, menores de edad, adultos mayores, y personas con discapacidad-, en este último caso,

<sup>8</sup> CSJN, Fallos 344:983.

<sup>9</sup> O'DONNELL, A., “Derecho de acceso a la información y secreto fiscal. Es posible un secreto fiscal más democrático?”, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2022.

además, garantizando la provisión de los ajustes razonables con relación a los mecanismos de accesibilidad (arts. 6 y 8)<sup>10</sup>.

Contar con información resulta esencial a la hora de establecer políticas públicas también sustentables.

---

<sup>10</sup> Un ejemplo es el Informe Desafíos y Oportunidades en el Envejecimiento. Un balance de la última década en la Argentina. Observatorio de la Deuda Social Argentina de la UCA, 2024.



*Los efectos de la doctrina de la CSJN sentada en la causa “Alfa Shipping” en los  
fiscos locales*

\*Por Leticia Brun

## **I- Introducción**

Es sabido que los fiscos locales, incluida la Provincia del Chubut, tienen normas propias en materia de prescripción de tributos y multas que difieren de las establecidas en el Código Civil y Comercial y las fijadas en el Código Penal.

En cuanto a la determinación de la obligación tributaria sustantiva el Tribunal Címero de la República Argentina (en adelante CS) fijó con contundencia - en un largo peregrinar- pautas precisas en materia de prescripción, a las que la Provincia del Chubut adecuó su legislación ajustándose progresivamente a su doctrina en relación a la prescripción de las obligaciones tributarias, pasando de una prescripción de 10 años para exigirlos a los contribuyentes inscriptos, a 9 años en el 2006, y así hasta llegar a 5 años (art. 64 Ley XXIV N° 38 – B.O. Año XLVIII - N° 9908 de la Pcia del Chubut Lunes 9 de Enero de 2006).

Más recientemente la CS, en la causa “Alfa Shipping”, llevó aquella doctrina a las infracciones tributarias locales, determinando que deben aplicarse las disposiciones del Código penal en cuanto a la prescripción de las sanciones -según el ordenamiento de fondo- por sobre los dispuesto en normas locales.

En ese sentido, cabe preguntarse cuál será la suerte de las disposiciones locales en esa materia con el pronunciamiento de la CS. ¿Reaccionará la Provincia modificando el CF del mismo modo en que lo hizo con la prescripción de la obligación de pago del tributo?

## **II- Análisis de los fallos de la CSJN que dieron origen a la doctrina de la preeminencia de los códigos de fondos.**

En principio vale abordar el concepto de la prescripción liberatoria, la que interesa en la materia tributaria, como un modo de extinción de las obligaciones por el mero paso del tiempo. Es decir, que transcurrido determinado término legal sin que el acreedor ejercite el derecho que le corresponde, el deudor quedará eximido de su obligación. La prescripción, como modo de extinción de la obligación tributaria, constituye uno de los institutos más importantes de la materia por cuanto refleja el principio de la seguridad jurídica como elemento sustancial en la relación jurídico tributaria.

Es muy interesante la evolución de la jurisprudencia de la CS en esta cuestión respecto de los límites de las potestades locales<sup>1</sup>.

La CS ya en 1990 en el precedente “*Obras Sanitarias de la Nación c/Colombo, Aquilino s/Ejecución Fiscal*” (313:1366), comenzó un nuevo camino -dejando atrás lo resuelto hasta ese entonces a favor de la prescripción decenal (307:412)-, pronunciándose sobre el plazo quinquenal para la pretensión de cobrar la tasa de la Ley Orgánica de Obras Sanitarias de la Nación, y no el de diez años del art. 1° de la Ley 11.585 en el que la Administración tributaria había fundado su pretensión en el caso.

Para así decidir definió primero que las tasas retributivas de servicios eran de índole y finalidad diferente a la de los impuestos que refería el art. 1° de la Ley 11.585, y que por ello no podía estar directamente regido por esa disposición legal. Así, entendió que era el art. 59 de la Ley 11.683 (t. o. 1978) –como norma especial- el que adoptaba como principio la prescripción quinquenal, reservando la de 10 años para los contribuyentes que violaban la obligación de inscribirse en la DGI, y por ser dicha ley la que cubre la mayoría de los tributos nacionales, era la ley aplicable al caso, que además coincidía con el plazo previsto en el Código Civil -entonces vigente- para todo lo que debía pagarse por años o por plazos periódicos más breves (art. 4027 inc. 3°).<sup>2</sup> Es decir en esa oportunidad la CS al confrontar entre dos leyes del mismo rango, Ley 11.683 y CC, dio preeminencia a la ley especial.

Luego de aquel pronunciamiento la CS se manifestó en el *leading case* “*Filcrosa*” (Fallos: 326:3899) del 30/9/2003, donde sostuvo que las legislaciones provinciales que reglamentaran la prescripción de los tributos en forma contraria a lo dispuesto en el Código Civil eran inválidas, en el entendimiento que las provincias carecen de facultades para establecer normas que se apartasen de la aludida legislación de fondo, incluso cuando se trate de regulaciones concernientes a materias de derecho público local. Explicó entonces que la prescripción no es un instituto propio del derecho público local, sino un instituto general del derecho que las provincias habían delegado a la Nación para tener un régimen único y uniforme de extinción de las obligaciones.<sup>3</sup> Ya que al haber atribuido a la Nación la facultad de dictar las normas de fondo (art. 75 inc. 12 de la CN) han debido de admitir la supremacía de las leyes del Congreso y la necesaria limitación de no dictar normas que las contradigan. Expresó también que la aplicación de

<sup>1</sup> <https://sj.csn.gov.ar/homeSJ/notas/nota/71/documento>.

<sup>2</sup> Considerando 11 y 12.

<sup>3</sup> Considerando 7 del Fallo *Filcrosa*.

la legislación civil al ámbito del derecho administrativo y tributario se admite porque estas disciplinas no están al margen de la unidad general del derecho, ni son incompatibles con los principios del derecho civil.

Más tarde en la causa “*Casa Casmma SRL*” (Fallos: 332:616) del 26/3/2009 la CS, compartiendo los fundamentos expuestos por la señora Procuradora Fiscal Laura Monti, reafirmó su doctrina anterior y recordó la importancia de sus fallos, que si bien tienen efecto en los procesos concretos que le son sometidos y que no resultan obligatorios para casos análogos, los jueces inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a sus sentencias (Fallos: 25:365; 307:1094; 315:2386, entre otros), especialmente cuando dicha posición fue invocada por el apelante. Advirtió además, que esa línea de decisiones seguida a partir del caso “*Filcrosa*”, no había merecido respuesta alguna del Congreso Nacional en el que están representados los estados provinciales y que cuenta con la posibilidad de introducir precisiones en los textos legislativos para derribar así las interpretaciones judiciales de las leyes, si de alguna manera se hubiera otorgado a éstas un significado erróneo<sup>4</sup>.

Luego en “*Ullate, Alicia*”, sentencia del 1/11/2011, la CS confirmó que las Provincias, no sólo no pueden apartarse de los plazos estipulados por el Congreso de la Nación en los códigos de fondo, sino que tampoco pueden modificar la forma en que el mismo Congreso Nacional fijó su cómputo (arts. 31 y 75 inc 12 CN) ante lo cual indicó que tanto el plazo, como el inicio del cómputo de prescripción es el que indica el CC y no la ley fiscal local<sup>5</sup>.

En rigor los Códigos Fiscales provinciales, en un diseño similar al de la Ley 11683, disponen que su cómputo se activa a partir del 1/1 del año siguiente en que vence la obligación de presentar la DJ, así lo hace el CF del Chubut en el art. 93 Ley XXIV N° 102, actualmente vigente.

En el mismo año 2011, en la causa “*Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Bottoni, Julio Heriberto*”, de fecha 06/12/2011, la CS también en adhesión al dictamen de la Procuración, decidió sobre otro aspecto más del instituto de la prescripción, el referido a la suspensión de los plazos que preveía la ley local. En base a su doctrina, llevó a tener por prescripta la deuda perseguida en una ejecución fiscal iniciada cuando holgadamente se había cumplido el plazo quinquenal de prescripción previsto en la

---

<sup>4</sup> Del voto de la Dra. Carmen Argibay.

<sup>5</sup> MATINATA. J. S., “Tratado de Derecho Tributario, Procedimientos y Administración Tributaria”, t I, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2021, p. 316.

legislación común, sin que respecto del mismo se hubiere alegado, ni mucho menos demostrado, la ocurrencia de alguna causal válidamente establecida que lo hubiera suspendido o interrumpido.

Siempre en esa línea la CS llega a la causa “*Volkswagen*” (Fallos: 342:1903), de fecha 5/11/2019, momento en que tuvo oportunidad de referirse al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación -aprobado por la ley 26.994 (art. 1° de la ley 27.077) vigente desde el 1° de agosto de 2015.

Este nuevo ordenamiento, si bien estableció normas relativas a la aplicación intertemporal de las leyes (arts. 7 y 2537) y produjo reformas significativas en cuanto a la prescripción contemplada en su Libro Sexto, relativas a reducir ciertos plazos y facultar a las legislaciones locales a regular el plazo de la prescripción liberatoria en materia de tributos (cf., en especial, arts. 2532; 2560; 2562, inciso c del nuevo ordenamiento), sostuvo que los hechos del caso -referidos a una deuda tributaria reclamada en concepto del ISIB mediante determinación de oficio dictada por el órgano fiscal de la Provincia de Misiones comprensiva de los períodos 1987 a 1997, confirmada en 2005-, no debían ser juzgados a la luz del Código Civil y Comercial según el principio de la aplicación inmediata de la nueva ley (doctrina de Fallos: 297:117 y 317:44), sino de conformidad con la legislación anterior. Ello por cuanto, el plazo de prescripción para reclamar el ingreso de aquel tributo, se había iniciado y corrido durante la vigencia del antiguo CC, aplicando la noción de consumo jurídico<sup>6</sup>.

En este último pronunciamiento, con nueva composición del Tribunal, fue el juez Rosatti, quien emitió su voto en disidencia, y señaló que: “*si bien se ha sostenido que no existe una diferencia estructural entre la relación jurídica civil y la relación jurídica tributaria, de allí no se deriva que el diseño constitucional argentino obligue al derecho tributario en general -y al derecho público local en particular- a sujetarse a las disposiciones de los códigos de fondo*”.

En soledad también afirmó “*que la supuesta unidad conceptual de los institutos no implica, necesariamente, que deba existir un solo ordenamiento jurídico que los regule de forma uniforme, pues ese razonamiento, llevado al extremo y aplicado al reparto de atribuciones propias del federalismo, culminaría por vaciar completamente de competencias a las legislaturas locales en materias no delegadas*”<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> Considerando 5to de Volkswagen.

<sup>7</sup> Considerando 5to del voto en disidencia del Juez Rosatti.

A esto último agregó: “*las provincias cuentan con competencia para regular la prescripción de la acción tributaria en toda su extensión; esto es, en cuanto refiere a los poderes del Fisco para reclamar sus tributos (el plazo, la forma de cómputo y las causales de suspensión y/o interrupción)... ello no importa habilitar a dichas jurisdicciones locales a fijar plazos excesivamente extensos, disponer causales de suspensión o interrupción improcedentes, o habilitar modos de computar los plazos que tiendan a perjudicar a los contribuyentes, pues los poderes fiscales provinciales y municipales -tal como ocurre con el nacional- se encuentran sujetos a los principios constitucionales de la tributación y al principio de razonabilidad*”<sup>8</sup>.

Ya más recientemente, en un fallo del 28/03/2023, la CS asienta con firmeza su doctrina en “*First Data Cono Sur S.R.L.*” (Fallos: 346:217), donde la actora solicitó la aplicación del Protocolo Adicional al Convenio Multilateral para la compensación entre fiscos deudores y acreedores, además de plantear la prescripción de las acciones y poderes del Fisco local para determinar el impuesto por los períodos fiscales 1/02 a 3/05 y aplicar multa en el lapso total exigido, toda vez que las normas locales se encontraban en pugna tanto con lo dispuesto por el Código Civil, como en el art. 62, inc. 5° del Código Penal; normas con prevalencia en virtud de lo establecido en los arts. 31; 75, inc. 12; 126 y cedes. de la Constitución Nacional.

En dicha causa, adhiriendo a lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, la CS hizo lugar a lo planteado por la actora por ser una cuestión que entendió ya zanjada por ese Tribunal en aquellos otros precedentes señalados<sup>9</sup>.

Sin embargo el juez Rosatti, en su voto en disidencia, volvió a reiterar que en el diseño constitucional, la atribución del Congreso Nacional para el dictado de los Códigos Civil y Comercial delegada por las Provincias, solo significa que han querido un régimen uniforme en materia de derecho privado, más resulta excesivo interpretar que, además, buscaron limitar facultades de derecho público de las que no se desprendieron las Provincias en favor de la Nación.

### **III- La Corte Suprema extendió su doctrina a la materia penal.**

Conteste con el criterio jurisprudencial fijado en los precedentes “*Filcrosa*” y “*Volkswagen*”, fue a inicios del año 2023 en el que la CS avanzó con su criterio, ahora en el ámbito de las sanciones fiscales administrativas en el fallo “*Alpha Shipping*”

---

<sup>8</sup> Considerando 10 de su voto.

<sup>9</sup> Del Dictamen de la Procuradora Fiscal.

(Fallos: 346:103) de fecha 7 de marzo de 2023, pronunciándose en el terreno exclusivo de las multas tributarias.

Ya lo había hecho en “*Rabinovich*” (Fallos: 198:139) en el año 1944, -precedente citado en “*Alpha Shipping*”, pero en aquella oportunidad se refirió a las disposiciones sobre descanso dominical en la Provincia de Mendoza de las Leyes 371 y 1.002, sosteniendo que la prescripción de la acción para imponer multas por infracción se hallaba regida por el Código Penal por su naturaleza penal, no obstante lo que dispusieran las leyes provinciales al respecto.

Con ese precedente en “*Alpha Shipping*”, el alto Tribunal señaló que los principios y reglas del derecho penal son aplicables en el ámbito de las sanciones administrativas, resolviendo que correspondía aplicar el plazo establecido en el inc. 4° del art. 65 del Código Penal, en tanto la solución no esté prevista en un ordenamiento jurídico específico, pues es a aquel cuerpo normativo al que le incumbe legislar sobre la extinción de acciones y penas, sin perjuicio del derecho de las provincias al establecimiento de particulares infracciones y penas en asuntos de interés puramente local<sup>10</sup>.

Aquí también el juez Rosatti expresó su disidencia, sosteniendo la postura que fijó en “*Volkswagen*”. Afirmó que las jurisdicciones locales conservan su poder de policía (arts. 5°, 75 inc. 30 y 121, Constitución Nacional), y que la delegación de las provincias a la Nación para dictar el Código Penal que surge del art. 75, inc. 12, no les impide retener una potestad punitiva propia justificada en el ejercicio de ese poder; esto es, la prerrogativa exclusiva de establecer contravenciones e infracciones, fijar las correlativas sanciones y aplicarlas en asuntos de puro interés local<sup>11</sup>. Consideró que el argumento que postula el carácter penal de las infracciones tributarias con la consecuencia de que su prescripción es una materia propia del Congreso de la Nación, importa negar a las jurisdicciones locales el ejercicio de una materia que no ha sido delegada al Gobierno Federal, como es el de establecer las consecuencias punitivas no penales, desnaturalizando el reparto de competencias que trazaron los constituyentes originarios de 1853/1860 y los reformadores de 1994.

Otro caso de significativa importancia, no en la línea de la materia administrativa infraccional, sino en el orden procesal local, fue la causa “*Price*” (Fallos: 344:1952)

---

<sup>10</sup> Considerando 4to del Fallo *Alpha Shipping*.

<sup>11</sup> Considerando 10 de su voto en disidencia.

justamente un fallo proveniente de la Provincia del Chubut, en el que la CS se expidió respecto de la inconstitucionalidad del artículo 282 del Código Procesal Penal de Chubut.

En esta causa, fue la querrela la que solicitó la declaración de inconstitucionalidad de la norma local, por cuanto establece que la etapa preparatoria tiene una duración máxima de seis meses y que transcurrido ese plazo, sin que el Fiscal presentara acusación, se debe dictar el sobreseimiento del imputado. En su argumento sostuvo que la norma adoptada por el legislador local, repugnaba las facultades propias y exclusivas del Congreso de la Nación de dictar el derecho de fondo, en tanto la extinción de la acción penal es un instituto del Código Penal que las provincias no pueden alterar en forma alguna.

A ese planteo la CS hizo lugar y descartó la argumentación del TSJ del Chubut en su sentencia apelada, en base a los siguientes argumentos:

a) *“La facultad de las provincias en materia procesal, se circunscribe, a las reglas con las cuales los procesos vinculados con aquellos códigos de fondo han de sustanciarse y terminarse, tal atribución no autoriza a destruir ni anular los preceptos de aquellas leyes fundamentales que al Congreso corresponde sancionar”;*

b) *“Las leyes procesales cuando emplazan o conminan para la realización de cierto acto dentro de determinado tiempo, sólo pueden sancionar el incumplimiento o la omisión por la vía de la caducidad del derecho a cuyo ejercicio se insta..., pero no decidir la pérdida de acciones propias de una materia distinta de la que conforma la sustanciación solemne y prolija de los juicios”<sup>12</sup>;*

c) *“Legislar sobre las causales de extinción de la acción penal es parte del derecho de fondo, materia que corresponde al Congreso de la Nación con carácter exclusivo, en razón de lo dispuesto por el artículo 75, inciso 12, de la Constitución Nacional. Y afirmó que la prescripción ha sido el mecanismo a través del cual esta Corte ha hecho efectiva la garantía del plazo razonable, en virtud de su estrecha vinculación”<sup>13</sup>.*

#### **IV- La causa *Alpha Shipping S.A.* Descripción de los hechos y las decisiones judiciales.**

Se trató de dos determinaciones del impuesto sobre los ingresos brutos (ISIB) de la Provincia de Tierra del Fuego, una por el período 05 al 12 de 2004, y otra desde el 01 a 12 de 2005, respecto de cada una de las cuales se fijó una multa por omisión.

<sup>12</sup> Considerando 2do “Price” (Fallos: 344:1952).

<sup>13</sup> Considerando 3ro “Price” (Fallos: 344:1952).

La primera fue por el valor de \$ 1.456.137,76, elevada en la instancia del recurso de reconsideración a la suma de \$ 3.406.643,65, y confirmada el 29 de octubre de 2014 mediante la Resolución N° 707/14 del ME.

La segunda multa fue por el valor de \$ 2.957.614,38, impugnada y finalmente confirmada en el procedimiento administrativo concluido el 30 de octubre 2014 con el dictado de la resolución 716/14 del ME.

#### ***IV.a) Planteo de la empresa.***

Dentro del plazo legal del procedimiento local, Alpha Shipping S.A. promovió demanda contenciosa contra la Provincia de Tierra del Fuego ante el Tribunal Superior de Justicia (procedimiento que contempla de igual manera el CF del Chubut en sus arts. 71, 72, 79 Ley XXIV N° 102) exclusivamente respecto de las multas por omisión aplicadas por la administración local, con el argumento principal de que las mismas tenían naturaleza penal, siéndole aplicable el plazo de prescripción del art. 65, inc. 4°, del Código Penal, así como la forma de su cómputo (art. 63), entendiéndose extensiva a su respecto la doctrina del caso “*Filcrosa*”.

#### ***IV.b) Decisión del Tribunal Superior de Justicia.***

El Superior Tribunal de Justicia de Tierra del Fuego rechazó el planteo de prescripción formulado por la actora, con el argumento de que las normas del código fiscal en materia de prescripción de multas no se encontraban en pugna con la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema emanada del precedente “*Filcrosa*”, ni con la naturaleza penal de la sanción de multa. Ello, toda vez que el límite temporal previsto por la norma local se encontraba sincronizado con la naturaleza del carácter auto declarativo del tributo, cuyo incumplimiento servía de causa para la aplicación de la multa. De acuerdo a ello, resultaba irrazonable para el STJ que se aplicasen distintos plazos de prescripción para determinar tributos y para aplicar multas. Por ello concluyeron que si la autoridad administrativa gozaba de un período de 5 años para determinar la deuda, resultaba incompatible limitar a un plazo bienal el ejercicio del poder sancionatorio consecuente

#### ***IV.c) Fallo de la Corte Suprema.***

Denegado el recurso extraordinario federal por el STJ, llega el contribuyente por queja al alto Tribunal, agraviándose de que la sentencia dejaba inoperativa y sin efecto la

normativa aplicable, que en su criterio era la del Código Penal -norma que fija para las multas un plazo de prescripción de 2 años-, por tratarse del derecho de fondo, materia que fue delegada por las Provincias a la Nación en el art. 75, inciso 12, de la Constitución Nacional.

En base a dicho planteamiento la CS decidió por mayoría revocar la sentencia recurrida con estos argumentos:

a) Si bien puede existir en los casos de multas un interés de tipo fiscal en su percepción, esto no altera su naturaleza principalmente punitiva, de donde se deriva la aplicabilidad a la materia de los principios del derecho penal, según lo prescribe el art. 4 del Código Penal (*“Papelera Hurlingham c/ ANA”*, Fallos: 288:356)<sup>14</sup>.

b) Los principios y reglas del derecho penal son aplicables en el ámbito de las sanciones administrativas, siempre que la solución no esté prevista en un ordenamiento jurídico específico, y en tanto aquellos principios y reglas resulten compatibles con el régimen jurídico estructurado por las normas especiales de que se trate –siempre que sea del mismo rango que el Código de fondo-. Así entendió el Tribunal que cuando el criterio que se debe observar no resulta de la letra y del espíritu del ordenamiento jurídico que le es propio, corresponde la aplicación de las normas generales del Código Penal (arg. de Fallos: 335:1089, *“Comisión Nacional de Valores c/Telefónica Holding de Arg”*).

c) Las multas funcionan como penas y no como indemnización, son sanciones ejemplificadoras e intimidatorias, indispensables para lograr el acatamiento de las leyes que, de otra manera, serían burladas impunemente (Fallos: 185:251 y 198:139)<sup>15</sup>.

d) Con cita en el precedente *“Lázaro Rabinovich”* (Fallos: 198:139) y las causas *“Filcrosa”* (Fallos: 326:3899) y *“Volkswagen de Ahorro para Fines Determinados SA”* (Fallos: 342:1903), aunque en éstos últimos dos aplicando el Código Civil, concluyó en la aplicación al caso del plazo establecido en el inciso 4) del artículo 65 del Código Penal, pues a ese cuerpo normativo es al que le incumbe legislar sobre la extinción de acciones y penas.<sup>16</sup> Ello, sin perjuicio de dejar librado a las provincias lo referente a la legislación sobre faltas y a la graduación de las penas respectivas conforme al sistema de atenuación y agravación que consideren adecuado, como ya lo había decidido en Fallos: 191:245, *“Cimadamore, Esio Bruno”* y en Fallos 195:319, *“Peñalosa de Susmalían, Justa”*<sup>17</sup>.

---

<sup>14</sup> Considerando 4to Alpha Shipping S.A.

<sup>15</sup> Considerando 4to Alpha Shipping S.A.

<sup>16</sup> Considerando 5to Alpha Shipping S.A.

<sup>17</sup> Considerando 6to Alpha Shipping S.A.

e) Finalmente decidió la inconstitucionalidad del término de cinco años que preveía el Código Fiscal de Tierra del Fuego, y definió que la multa aplicada por la Dirección de Rentas de Tierra del Fuego estaba prescripta, en virtud del plazo bienal previsto en el artículo 65, inciso 4) del Código Penal.

## **V- Efectos del fallo.**

### ***V.a) La doctrina de “Alpha Shipping” no impacta en el ámbito nacional.***

Cuando la CSJN sentenció que la facultad de legislación sobre la extinción de acciones y penas le incumbe al Congreso nacional como órgano creador de la legislación de fondo, en el caso el Código Penal, sin perjuicio del derecho de las provincias al establecimiento de infracciones y penas en asuntos de interés puramente local, dejó esclarecido que su doctrina impacta exclusivamente a las Provincias y Municipios, aunque no de la misma forma en las reparticiones y dependencias del Estado Nacional (Dirección General Impositiva, Dirección General de Aduanas, ANSeS, entre otras) las que seguirán reguladas bajo sus propias leyes específicas.

El Congreso al dictar los Códigos de Fondo, como el Civil y Comercial y el Penal, dicta leyes. Los Códigos son leyes, tan leyes como la Ley 11.683, con lo cual no hay delegación o aplicación del Código Penal a las multas materiales que aplica la AFIP, ya que debe aplicarse el plazo de prescripción de cinco años que dispone la Ley 11.683 en su art. 56.

Este es el punto que las Provincias y los Municipios siempre han cuestionado, ya que la Ley 11.683 tiene una forma de cómputo diferente al del Código Civil o al del Código Civil y Comercial, como también el plazo de la multa es de cinco y no de dos años como prevé el CP.

Precisamente ese fue uno de los argumentos del voto en disidencia de los Dres. Petracchi y Juan Carlos Maqueda en el *leading case* “*Filcrosa*” ( Fallos: 326:3899), cuando expresaron: “*si la ley nacional aplicable en materia de tasas fija en diez años el plazo de prescripción para esa clase de obligaciones (citan disidencia de Fallos: 313:1366), alterando el plazo común fijado en el Código Civil, modificándolo, no cabe admitir el argumento de que sean inválidas las leyes provinciales que fijan un plazo de prescripción igual para la extinción de las obligaciones de la misma índole.*”<sup>18</sup> En la medida en que el plazo de prescripción establecido en la legislación local (impugnada

<sup>18</sup> Considerando 14 del voto en disidencia de *Filcrosa*.

de inconstitucional en el caso) no supera el establecido por la Nación para el cobro de las tasas nacionales. De ahí que entendieron los magistrados que no resultaba posible considerar que la provincia había violentado el deber de adecuarse a la legislación nacional uniforme que le impone el art. 75, inc. 12, de la Constitución Nacional<sup>19</sup>.

#### **V.b) Carácter penal de las infracciones tributarias.**

Otro efecto del pronunciamiento fue ratificar una vez más y con contundencia la naturaleza penal de las multas, en tanto funcionan como verdaderas penas indispensables para el acatamiento de las leyes, reafirmando así la aplicación de la “Teoría Penalista” del ilícito tributario que ya había sido sentenciada en importantes causas –hoy consideradas *leading case*- cuya mención se impone.

Tal como nos explican Carlos María Folco y Teresa Gómez la CS comenzó dicha doctrina con “*Parafina del Plata*” (2/9/1968) donde reconoció la necesaria presencia del elemento subjetivo para la configuración de la defraudación fiscal ya que las normas punitivas de la 11683 que consagran el principio de la personalidad de la pena, responde en esencia al concepto fundamental de que sólo puede ser reprimido quien sea culpable, es decir aquel a quien la acción punible pueda serle atribuida tanto objetiva como subjetivamente.

Luego en el fallo “*Usandizaga, Perrone y Juliarena*” (303:1521), indican Folco y Gómez, que a partir de allí se estableció una verdadera revolución ideológica, donde la mayoría de los tribunales modificaron su posición de sostener que la retención ingresada fuera de término configuraba automáticamente el delito objetivo de defraudación fiscal en los regímenes de retención de tributos, comenzando a tomarse en cuenta la existencia del elemento subjetivo para el dictado de las sentencias, allí se sentenció que “no existe sanción penal por el ingreso tardío de retenciones, si en el obrar del agente de retención no se revelan hechos que caracterizan a una conducta fiscal dirigida a la evasión”.

Es en la causa “*Casa Elen Valmi de Claret y Garello*” del 31/3/1991, donde se reconoce la aplicación del principio de la personalidad de la pena en el ilícito material de omisión de impuestos culposo reprimido en el art. 45 de la ley federal<sup>20</sup>.

Y finalmente en “*Wortman, Jorge Alberto y otro*” del 8/6/1993, la CS también reconoció la necesaria presencia del elemento subjetivo en el ilícito tributario, allí

---

<sup>19</sup> Considerando 15 del voto en disidencia fallo *Filcrosa*.

<sup>20</sup> GÓMEZ, T., y FOLCO, C., M., “*Procedimiento Tributario*”, Editorial La Ley, 10 Edición, Buenos Aires, 2020, p. 400.

extendido al incumplimiento de deberes formales tributarios provocados en el caso por una infracción al régimen de facturación.

Como puede apreciarse, en todos esos pronunciamientos la CS se expresó sobre la naturaleza penal de las infracciones tributarias, resultándoles operativas en esa faceta del derecho administrativo sancionatorio las reglas generales sentadas en el Código Penal, que es el derecho común, extendiéndola entonces tanto a las infracciones materiales como formales.

## **VI- Las sanciones dentro del Código Fiscal (CF Ley XXIV 102) de la Provincia del Chubut.**

Los tributos que cobra la Provincia del Chubut se encuentran regulados en el segundo libro del CF, Ley XXIV N° 102, y son: el Impuesto inmobiliario, ISIB, IS, impuestos a los vehículos, tasas retributivas de servicios y tasa del registro de propiedad.

En el CF de la Provincia, como en la mayoría de los CF provinciales, respecto de las acciones para aplicar las infracciones materiales y formales previstas en su cuerpo se establecen los mismos plazos de prescripción que para la determinación tributaria del fisco; que es el de 5 años para los contribuyentes inscriptos y de 10 años para los contribuyentes no inscriptos que estuvieran obligados a hacerlo (Art. 92 Ley XXIV N° 102 CF del Chubut). Dichos términos comienzan a correr; para determinar las obligaciones fiscales y exigir el pago, desde el primero de enero siguiente al año en el que se produzca el vencimiento de los plazos generales para la presentación de declaraciones juradas e ingreso de las obligaciones fiscales; y para aplicar las multas desde el primero de enero siguiente al año en que haya tenido lugar la violación de los deberes formales o materiales (art. 93 Ley XXIV N° 102 del CF CH).

Ahora, luego del contundente fallo de “*Alpha Shipping*” de la CS, tal como se pregunta Gabriel Ludueña ¿cuál será la suerte de aquellas disposiciones locales?

Claramente, tal como expresó la CS, las multas aplicadas más allá del plazo previsto en el CP, como legislación de fondo, será inconstitucional y debería operar de oficio, como opera en el ámbito penal. Sin embargo, difícilmente podría esperarse que la administración lo haga de oficio, sino que deberá el contribuyente, plantear la prescripción a partir del procedimiento recursivo iniciado y culminado ante la propia administración (art. 71 Recurso de reconsideración, art. 72, recurso de apelación o de nulidad y apelación, ante el Ministerio de Economía y Crédito Público, y art. 75 Recurso de queja, en caso de denegatoria de apelación).

Luego para acceder a la vía judicial, contra las decisiones -definitivas- que adopte el Ministerio de Economía y Crédito Público, el CF prevé en el Artículo 79 la demanda contencioso administrativa ante el STJ de la Provincia Chubut dentro del plazo de treinta (30) días de notificado, o de puesto en mora cuando el Ministerio no se expida. Tengamos en cuenta que es condición para la admisibilidad de la acción el previo pago de la obligación fiscal, sus accesorios y multas. Ese requisito del *solve et repete* en materia de infracciones, ciertamente constituye una norma en pugna con el derecho de defensa y presunción de inocencia.

Debieran los jueces, tanto en este último aspecto como el de la prescripción establecida en el orden penal, atender la doctrina de la CS, pues seguir sus fallos, como último interprete de la CN, conforma un sistema particular de *stare decisis*<sup>21</sup>.

Ya sea trate de una infracción a los deberes formales o materiales, nada debería cambiar en materia de prescripción, siéndole a ambas aplicable tanto el plazo y como el cómputo del régimen general.

De acuerdo a ello, tal como señala Ludueña: a partir de la doctrina de la CS, extendida al ámbito penal/infraccional, los fiscos locales deberían aplicar la sanción separadamente de la del dictado del acto de determinación de oficio; sin embargo, teniendo en cuenta que la cuantía de la deuda es la medida de la sanción de índole material, generará el problema de que los fiscos locales no sólo deberían tener que ajustar sus procedimientos sancionatorios, sino también los que hacen a la determinación de oficio.

Ha de destacarse que el CF de la Provincia prevé que en las sanciones por incumplimientos formales no se sustanciará sumario (art. 56, último párrafo Ley XXIV N° 102 CF de la Pcia Chubut), sino que verificado el incumplimiento la multa operará en forma automática (arts. 45 y 46 CF Ley XXIV N° 102), lo cual conculca el derecho de defensa del contribuyente, por el cual debe velar todo pronunciamiento del Estado para asignar responsabilidad.

## VII- Conclusiones.

En los hechos, el fallo de la CS ha dado un giro copernicano en materia penal/infraccional tributaria. Los fiscos locales (Provinciales o municipales) para determinar de oficio, aplicar intereses e intimar de pago por el tributo debido tendrán 5

---

<sup>21</sup> LUDUEÑA, G., “La Corte señaló que la prescripción de las infracciones penales se rige por el Código Penal. Comentario al fallo Alpha Shipping”, Doctrina Tributaria Errepar, mayo, 2023.

largos años, pero según la doctrina “*Alpha Shipping*”, para aplicar la sanción –ya sea por incumplimientos materiales o formales- una prescripción de 2 años.

En la práctica significaría para los fiscos locales acortar a 2 años el término para determinar y exigir el pago del impuesto no ingresado, si dicho incumplimiento material encuentra mérito para ser sancionado, luego de un proceso donde la administración tributaria garantice el derecho de defensa del contribuyente. Pero aquí hablamos de infracciones materiales, donde el bien jurídico protegido es la Hacienda Pública.

Distinto es el caso de las infracciones formales, donde se trata de incumplimientos a los deberes de hacer y no hacer establecidos por la legislación para facilitar las funciones de verificación y fiscalización del organismo recaudador, y donde la configuración de estas infracciones no precisa de un resultado concreto dañoso contra el patrimonio del fisco, como ilícitos de peligro que son. En el CF estos incumplimientos se encuentran enunciados en los arts 26, 27 y 28 del CF. Por cierto en este tipo de sanciones, el plazo de 2 años, podría ser suficientes para los fiscos para ser aplicadas, más no resultará igual en las sanciones materiales como se explicó.

Sin dudas estamos ante un final abierto y de gran expectativa para los contribuyentes que tendrán, a partir del fallo “*Alpha Shipping*”, un “*conejo en la galera*” para impugnar por prescripción bienal las infracciones tributarias, no sólo en cuanto al cómputo sino también *el diez a quo*. Ya que, de acuerdo al alcance de toda la amplia doctrina de la CS, se colige que si las provincias no tienen competencia en materia de prescripción para apartarse de los plazos estipulados por el Congreso Nacional, tampoco la tienen para modificar la forma en que éste fijo su cómputo.

Ya que desde antaño, y con firmeza, la CSJN viene afirmando: “...*la sanción aplicada a la actora –cuya prescripción aquí se persigue– es de carácter penal –tratábase de una multa aduanera- que, si bien puede existir en los casos de multas un interés de tipo fiscal en su percepción, esto no altera su naturaleza principalmente punitiva’, de donde se deriva la aplicabilidad a la materia de los principios del derecho penal, según lo prescribe el art. 4° del Código Penal*” (Fallos: 288:356, Año 1974 “*Papelera Hurlingham, S.A.I. y C. c/ Administración Nacional de Aduanas*”).

## **I- Introducción.**

En la actualidad, se visualizan modificaciones en el clima, que se relacionan con un cambio climático global, que provoca aumento de temperaturas medias, modificaciones en los patrones de precipitación, el aumento del nivel del mar, la reducción de la superficie cubierta por nieves y glaciares y otras situaciones que afectan el desarrollo humano. Un elemento de análisis se debe centrar en diferenciar los efectos negativos que se producen por causas naturales en el ambiente y que parte de esa contaminación ambiental se produce por la actividad del hombre.

La creciente actividad económica, con la aplicación de procesos productivos complejos, trae consigo la diversificación y el incremento de las funciones de consumo y de producción con tendencias ascendentes<sup>1</sup>.

Las emisiones antropogénicas de carbón son principalmente consecuencia de la quema de los combustibles fósiles. Ello relacionado con actividades humanas, producción de bienes de consumo, sistemas de transporte y generación de energía eléctrica, incluyendo las producidas por actividades agrícolas no sustentables.

Atento el deterioro producido en el ambiente en los últimos años, y la falta de efectividad o aplicación de mecanismos regulatorios para la protección al ecosistema, se debe analizar si con la implementación de tributos ambientales se pueden conservar los recursos existentes y dar solución a los problemas que se van generando en el ambiente, dentro de un sistema tributario que los adopte.

Podemos indicar que los impuestos constituyen en sí uno de los instrumentos existentes para disminuir la contaminación ambiental. Pero también se pueden utilizar mecanismos administrativos, subsidios o Sistemas de comercio de emisión para lograr ese objetivo.

Por lo indicado, se debe propender a una estrategia internacional de mitigación, pero considerando al respecto la magnitud de los costos económicos que se deben

---

<sup>1</sup> SIRI indica que otro de los factores que presionan sobre los recursos básicos es el crecimiento de la población mundial, que implica un aumento insostenible de la demanda de alimentos y energía, comprometiendo el equilibrio dinámico, formado por las interrelaciones entre las distintas formas de vida y los bienes ambientales, repercutiendo en el equilibrio del ecosistema global, en SIRI, María Sonia “*Fundamentos de economía ambiental*”, Fondo Editorial Consejo, Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2009.

afrontar, aspecto que se relaciona con las características y opciones de desarrollo económico en las próximas décadas.

Se les asigna suma importancia a las reformas tributarias, y en la actualidad se han comenzado a generar herramientas que incentiven la consideración del problema ambiental desde el punto de vista tributario<sup>2</sup>.

Las partes del Acuerdo de París de 2015 se encuentran revisando los procesos de mitigación, desde sus contribuciones determinadas a nivel nación (NDCs), y considerando los aspectos tratados en la Conferencia de las Partes (COP 27) de noviembre 2022.

Si no se realizan estas adecuaciones, no van a poder reducirse los incrementos de temperatura, considerando que se requiere de medidas para fijar un precio global del carbón, con un incremento de 25 a 75 dólares por tonelada de dióxido de carbono o más para 2030<sup>3</sup>.

Por otra parte, la aplicación de una política fiscal que desarrolle instrumentos económicos, tales como los impuestos ambientales y las licencias o permisos de emisión podrían ser utilizados para reducir los impuestos al trabajo y de esa forma estimular su demanda.

Atento a la diversidad de factores contaminantes (que a su vez inciden sobre una diversidad de bienes ambientales como el agua, el aire, el suelo), se torna inexistente una única figura tributaria capaz de acotar por sí misma tan amplia problemática. El derecho tributario presenta dos variantes: la introducción del interés ambiental en el sistema de tributos vigentes o la creación de distintas figuras tributarias que se avoquen desde su proyección a la lucha en contra de los variados problemas ambientales.

La internalización de las externalidades se puede realizar a través de la disciplina legal o administrativa por el sector público (*“command and control approach”*) o la aplicación de instrumentos basados en mecanismos de mercado (*“market oriented incentives”*)<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> Owens desarrolla desde el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE las cuestiones complejas a las que se enfrentan los reformadores fiscales en los países de la OCDE, en su intento de diseñar, implementar y administrar los sistemas fiscales adecuados ante la globalización de la economía, en OWENS, J. *“Nuevos temas en materia de reforma fiscal. El punto de vista de un administrador internacional”*, Hacienda Pública Española, n° 143, 1997, España, pp. 71/106.

<sup>3</sup> International Monetary Found/ Organisation for Economic Co-operation and Development (2021) *Tax Policy and Climate Change*, IMF/OECD report for the G20 Finance Ministers and Central Bank Governors, April 2021, Italy, IMF-OECD, p. 4.

<sup>4</sup> ROSEMBUJ, T., *“Derechos de Emisión e Impuesto”*, El Fisco, Revista 154, Barcelona, 2009, p. 1. Estos instrumentos y mecanismos son elementos trascendentales en la política de los gobiernos, y tienen un rol

## II- Mecanismos administrativos.

El uso de mecanismos administrativos regulatorios o de instrumentos económicos por parte del Estado en materia ambiental debe tender a la utilización racional de los recursos naturales. Una gestión eficiente de los recursos ambientales se basa en la internalización de los costos de prevención, control y daños que derivan de la contaminación

Los mecanismos administrativos implican la identificación de causas y aplicación de sanciones, que pueden llegar a la clausura. Se los critica pues con estos mecanismos se disminuye o elimina la actividad económica pudiendo solucionarse el tema de la contaminación, pero no con una solución racional.

Los instrumentos de regulación directa (“*command and control*”) establecen requisitos en materia de gestión ambiental, que los contaminadores deben cumplimentar y los reguladores deben fiscalizar.

Por ello, los instrumentos que pueden utilizarse, al aplicar políticas públicas, son las regulaciones de mandato y control y los instrumentos económico y de mercado, debiendo considerarse el uso combinado de los distintos instrumentos de política<sup>5</sup>.

Los estándares constituyen normas prescriptivas que rigen procesos o productos o establecen límites actuales a la cantidad de contaminantes o emisiones producidas. Si se efectúa una categorización de estos estándares, se pueden dividir en cinco categorías<sup>6</sup>:

a) Estándares de procedimiento. Se desarrollan procedimientos y requisitos que se deberán aplicar en procesos productivos, industriales o en ciertas actividades como la caza o la pesca.

b) Estándares de productos: Por ellos se puede regular: b.1) la composición física o química de los artículos, como el contenido sulfúrico en los combustibles, del mercurio en los pesticidas, etc.; b.2) el resultado técnico de los productos, por ejemplo, la cantidad máxima de contaminantes o de emisión de residuos por parte de los motores de los

---

crítico que jugar asegurando que la función de los mercados sea lo más eficiente y efectiva, en SPECK S. “Possibilities of Environmental Fiscal Reform in Developing Countries”, Bank Indonesia Annual International Seminar, Macroeconomic Impact of Climate Change “*Opportunities and Challenges*”, Bali, August 2008.

<sup>5</sup> LABANDEIRA, V., LÓPEZ OTERO, X., y RODRÍGUEZ MÉNDEZ, M., “*Un análisis completo de los instrumentos regulatorios*”, Tratado de Tributación Medioambiental, Vol. II, Thomson Aranzadi, 2008, pp. 1101/1126.

<sup>6</sup> FRANZA, J., A., “*Tratado de Derecho Ambiental*”, Ediciones Jurídicas, Buenos Aires, 2005, pp. 159/164.

vehículos; b.3) los aspectos que se deben considerar en el manejo, presentación y empaque de productos, especialmente aquellos que son tóxicos.

c) Estándares de emisión. Estas descargas pueden provenir de las aguas subterráneas, del aire y del suelo, variando los estándares conforme la cantidad de contaminantes y la capacidad de absorción de los mismos. Estos estándares establecen cierto resultado final que debe ser cumplimentado por el contaminador. En general, los mismos reflejan una decisión política sobre la cantidad de contaminación que se considera aceptable.

d) Estándares de calidad. Se establecen niveles máximos permitidos de contaminación para un sector ambiental (nivel de mercurio en ríos, nivel de dióxido de sulfuro en aire o nivel de ruido en zonas residenciales).

e) Mejor práctica ambiental/ mejor tecnología disponible. A efectos de prevenir el daño ambiental, se ha ido incorporando en tratados internacionales la obligación de aplicar la mejor tecnología disponible (BAT), considerando la naturaleza y el volumen de la contaminación y la posibilidad económica de aplicación de cada tecnología. En el desarrollo de las mejores prácticas ambientales se incluye el rótulo de productos (eco-etiquetas), información y educación al público, reciclaje, etc.

Estos estándares se suelen combinar con sanciones por incumplimientos (por ejemplo, multas) que se ven condicionadas por los requerimientos administrativos que se deben aplicar para verificar el incumplimiento en materia ambiental del contaminador. Al utilizarse la regulación, el Estado debe conocer el grado de contaminación de cada industria, lo que se torna dificultoso atento a que se debe realizar un análisis por cada ente, y pedir información a los mismos que muchas veces no se brindan en forma correcta; con las multas, lo que se debe conocer es el “quantum” de los costos sociales marginales de contaminación.

La ventaja de utilizar un instrumento de regulación directa se basa en la posibilidad de que el regulador pueda controlar las actividades contaminantes.

Pero se lo critica porque:

a) Se requiere gran cantidad de información (costos tecnológicos y daños potenciales), para establecer el estándar óptimo.

b) no incentiva para que se produzcan cambios en los procesos productivos o en la generación de la contaminación, pues las empresas deben cumplir solamente con estándares predeterminados y requeridos.

c) La discrecionalidad del regulador, que puede fijar los niveles de emisión o de contaminación “aceptables” en base a un criterio subjetivo<sup>7</sup>.

### III- Instrumentos basados en el mercado.

Los instrumentos económicos se basan en el mercado y constituyen herramientas políticas que afectan el comportamiento de los agentes económicos para satisfacer los objetivos de política ambiental o modificar ciertos comportamientos mediante avisos en el mercado, en vez de realizarlo a través de normas sobre el control del nivel o forma de la contaminación.

Estos instrumentos se pueden dividir en dos grupos<sup>8</sup>:

a) Como instrumentos de incentivo, con la finalidad de modificar la conducta de los contaminadores hacia el ambiente, incluyendo los impuestos que se aplican en forma directa en la reducción de la contaminación, los subsidios ambientales y los permisos de contaminación;

b) Como instrumentos de tipo financiero, con el objetivo de generar fondos que luego se apliquen a medidas de protección ambiental, o la transferencia de pagos a contaminadores para que modifiquen sus pautas de conducta.

La teoría indica que, si se ponen en funcionamiento de manera adecuada, los instrumentos económicos permiten alcanzar cualquier nivel de control de la contaminación al menor costo global para la sociedad.

Con relación a la externalidad, la misma se puede internalizar, formando parte del proceso que la misma origina. Si es negativa se incluirá en los costos que debe asumir quien la genere, y si es positiva se incluirá en los importes a percibir por el beneficiario.

Al respecto, los impuestos constituyen uno de los instrumentos que existen y han sido diseñados para controlar y manejar las externalidades, en particular las relacionadas con la contaminación ambiental. Pero también conforman estos mecanismos que se conocen como enfoque económico de la política ambiental, a los subsidios que se destinan

---

<sup>7</sup> ROSEMBUJ (*op. cit.* p.1) al respecto indica que esta disciplina de “orden y mando” es menos eficaz que los instrumentos económicos, al ser de carácter rígido, impidiendo que se produzca una adaptación flexible de los agentes económicos para la reducción de emisiones; y que se identifica la sanción aplicable de carácter pecuniario como una forma de carácter general de aplicar una tutela ambiental, indicando que si todo es criminalizable, nada lo será.

<sup>8</sup> ANTONIO, A., “*Impuestos Ambientales*”, Editorial Osmar D. Buyatti, 2007 p. 183. Otros autores lo dividen en tres grandes categorías: los impuestos, los mercados de emisión y las subvenciones.

a disminuir las emisiones contaminantes, las cuotas de contaminación otorgadas por el Estado y los sistemas de derechos transferibles de contaminación entre agentes privados<sup>9</sup>.

Al analizar la contaminación ambiental, desde el punto de vista económico, existen divergencias entre los costos sociales y privados, que se denominan economías o diseconomías externas, (externalidades) que han sido introducidas por Pigou<sup>10</sup>.

Por ello, los costos en que se incurren deben ser afrontados y contabilizados por las empresas productoras considerando los costos totales y la existencia de externalidades positivas y negativas, tratando que la asignación de recursos sea la óptima, y que los costos privados sean iguales a los costos sociales (los que soporta la comunidad).

Al no producirse esta situación, debe intervenir el Estado.

Estos instrumentos pueden actuar en forma aislada, pero es común que las medidas normativas sean complementadas, por ejemplo, aplicando los instrumentos de mercado en forma temporaria y luego substituirlos por ciertas obligaciones legales.

Tal como comentamos, podemos indicar que estos instrumentos los podemos clasificar como Impuestos Ambientales y Permisos de Emisión.

#### IV- Impuestos ambientales. Características.

Desarrollaremos los principales aspectos de los impuestos ambientales<sup>11</sup>:

TRIBUTO	CARACTERÍSTICAS
Impuestos especiales sobre productos	<p>Se aplican a bienes contaminantes, sea en la etapa industrial, de consumo o de residuo.</p> <p>Estos impuestos sobre productos tienen un mejor resultado ambiental, comparado con los impuestos sobre vertidos, por dos aspectos:</p> <p>*que en la medición y control sobre emisiones supone en un principio costes elevados, por ejemplo, sin son fuentes contaminantes difusas (pesticidas en el agua), y</p>

<sup>9</sup> Estos aspectos relacionados con la tributación medioambiental en el contexto actual se desarrollan en CETRÁNGOLO, O., y FONTEÑEZ, B., “Oportunidades para una recuperación pos pandemia más sostenible y con bajas emisiones de carbono en la Argentina: política fiscal ambiental”, Documentos de Proyectos (LC/TS.2021/220), Santiago, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), 2022, p. 7 y ss.

<sup>10</sup> PIGOU, A., C., “La economía del bienestar”, Ediciones Aguilar, Madrid, 1946, pp. 146 y ss.

<sup>11</sup> Ver desarrollo en FERRÉ OLIVE, E., H., “Impuestos Ambientales”, Boletín Impositivo AFIP, N° 146, Septiembre 2009, pp. 1575/1587.

	<p>*que se pueda configurar el hecho imponible del impuesto y la relación con el efecto ambiental que se propone<sup>12</sup>.</p> <p>Su ventaja es que sus costos administrativos son reducidos, y su desventaja radica en la dificultad de establecer una relación entre el consumo del producto y el problema ambiental.</p>
Impuestos generales sobre consumos e insumos	<p>Consiste en establecer una vinculación entre el resultado ambiental y la imposición indirecta (“<i>Value Added Pollution</i>”).</p> <p>El impuesto al carbono es un impuesto selectivo al consumo, que grava los combustibles en función del carbono que contienen. Estos tributos gravan la utilización de ciertos insumos que generan contaminación, con el objetivo de que el agente económico tome la decisión de adquirir otro insumo menos contaminante.</p> <p>Se debe considerar el efecto regresivo de estos tributos, el sistema tributario vigente y la posibilidad de diferenciar el gravamen del producto según su destino.</p>
Impuestos sobre las emisiones	<p>En estos impuestos el hecho imponible lo configura la emisión de sustancias o gases contaminantes, basándose en la cantidad y/o calidad de las descargas contaminantes al ambiente.</p> <p>Se aplica con este tributo el principio “contaminador pagador”, pero se dificulta la determinación de la base imponible, atento a que al margen de su incidencia netamente fiscal, se debe convertir en el medio para evaluar el esfuerzo ecológico que deben realizar los contaminadores para frenar la degradación del ambiente<sup>13</sup>.</p>

<sup>12</sup> ROSEMBUJ, T., “*Los Tributos y la Protección del Medio Ambiente*”, Marcial Pons, Ediciones Jurídica, S.A., Madrid, 1995, p. 106.

<sup>13</sup> Con relación a los vertidos y descargas en el medio hidráulico o atmosférico, Vaquera García indica que no es posible encontrar un índice de riqueza real relacionado en forma directa con el hecho de emitir materiales contaminantes, rechazando las soluciones en las que se mezclan los criterios de sujeción del consumo y vertido en las aguas, ya que se desvirtúa el hecho imponible que se desea gravar –vertido– valorándolo en función del consumo de agua, presumiendo que lo que se obtiene será, en proporción,

<p>Impuestos diferenciales, subsidios e incentivos.</p>	<p>Los impuestos de carácter diferencial se utilizan en el área de transportes (utilización de vehículos limpios desde el punto de vista ecológico).</p> <p>Los subsidios comprenden básicamente en asistencias financieras a empresas para que modifiquen sus procesos productivos para una mejora del ambiente y para alterar el comportamiento de los consumidores. El problema del subsidio es que tiende a no dar transparencia a los precios relativos de los productos, y que por ello los mismos deben justificarse.</p> <p>Los incentivos constituyen estímulos de carácter tributario, por los que se puede financiar de manera indirecta la reconversión tecnológica empresarial para el cuidado del medio ambiente. Se critica la aplicación de estos incentivos, pues afectan la equidad en la aplicación de los tributos, la aplicación del principio “contaminador pagador” y no ayudan a la armonización tributaria.</p>
<p>Certificados verdes</p>	<p>Títulos negociables que son cuotas de energías renovables, produciendo dos efectos: la protección del ambiente evitando el agotamiento de los recursos no renovables y el desarrollo de energías renovables que colaboran en la mitigación del cambio climático.</p>
<p>Depósitos Reembolsables</p>	<p>Consiste en un sistema en el cual un consumidor efectúa un depósito sobre un producto potencialmente contaminante que se devolverá cuando el envase se retorna a un almacén, o punto de tratamiento o reciclaje, pudiéndose utilizar en aceite lubricante usado, botellas, baterías de automóviles, etc<sup>14</sup>.</p>

objeto de desecho, en VAQUERA GARCÍA, A., “Fiscalidad y Medio Ambiente”, Editorial Lex Nova, Valladolid, 1999, p. 179.

<sup>14</sup> ROSEMBUJ, T., *op. cit.*, p. 129. Indica que Alemania ha establecido con la Ordenanza Töpfer de 1991, la obligación de recolección y reciclaje del conjunto de envases que son colocados en el mercado, con una responsabilidad que recae sobre los fabricantes y distribuidores. De allí que las empresas tienen tres posibilidades: a) establecer un sistema de depósito-reembolso; b) organizar un sistema de recolección y selección conforme prácticas comerciales y c) contratar la recolección y selección con el organismo público, en cuyo caso se exige el cumplimiento de ciertas metas de reciclaje.

--	--

## V- Protocolo de Kyoto.

En la reunión de Kyoto, Japón, en diciembre de 1997, 162 países convinieron en reducir las emisiones de dióxido de carbono y otros gases que producen el efecto de invernadero. Este “*Protocolo de Kyoto*” establece que los países industriales deben reducir en un 5,2 % sus niveles de emisión en el período 2008 a 2012 con relación a los niveles registrados en el año 1990. No ha sido uniforme este propósito, ya que la Unión Europea fijó una meta de reducción del 8 %, mientras que Japón y Estados Unidos acordaron reducir las emisiones en un 6 % y 7% respectivamente.

El dictado de este Protocolo implica que los países deberán evaluar qué costo de aplicación tendrá el mismo y que política se deberá aplicar para cumplimentarlo. No existe un acuerdo internacional sobre las opciones de política para alcanzar las metas y cumplir los plazos que se establezcan, pero las autoridades deberán elegir entre dos instrumentos económicos: los impuestos ecológicos (o ecotasas) y las licencias negociables como complemento de instrumentos de política más tradicionales como la intervención directa y la reglamentación (denominadas “medidas de comando y control”).

El Protocolo de Kyoto contempla tres mecanismos basados en el mercado: el intercambio de cuotas de emisión entre las Partes del Protocolo, la aplicación conjunta de proyectos entre esos países y el mecanismo para un desarrollo limpio – MDL- (con países que no sean partes del Protocolo).

La mayoría de los países han recurrido con mayor frecuencia a los impuestos que a las licencias para controlar la contaminación. En Europa se están realizando proyecciones utilizando las ecotasas, pero se observa un creciente interés en experimentar con las licencias negociables, sobre todo considerando las metas de emisión que fija el Protocolo de Kyoto<sup>15</sup>.

Al respecto, se debe visualizar que desde el año 2012 se produce una declinación de los mecanismos del Protocolo de Kyoto, y se incrementan las iniciativas de creación de instrumentos de fijación de precios de carbono a nivel nacional y subnacional, tanto en países desarrollados como en desarrollo.

---

<sup>15</sup> NORREGAARD, J., y REPELIN HILL, V., “*Control de la contaminación mediante el uso de impuestos y licencias negociables*”, en Temas de Economía, y se basa en “*Taxes and Tradeable Permits as Instruments for Controlling Pollution: Theory and Practice*” Fondo Monetario Internacional, Washington, 2000.

Con el Acuerdo de París (2015) se aumenta el interés por los instrumentos que fijan el precio del carbono.

## **VI- Acuerdo de París.**

Atento el interés de la mayorías de los países de continuar con la reducción de emisiones de Gases que producen el efecto invernadero, en la vigésimo primera sesión de la Conferencia de las Partes (COP) y la undécima sesión de las Conferencias de las Partes en calidad de reunión de las Partes al Protocolo de Kyoto (CMP) en diciembre de 2015, París, se firmó un Acuerdo histórico para combatir el cambio climático e impulsar medidas e inversiones para un futuro bajo en emisiones de carbono, resiliente y sostenible.

El objetivo principal de este acuerdo universal es mantener el aumento de la temperatura en este siglo muy por debajo de los 2 grados centígrados, e impulsar los esfuerzos para limitar el aumento de la temperatura incluso a niveles por debajo de 1,5 centígrados sobre los niveles preindustriales. En el mes de abril de 2016 Argentina firma este Acuerdo. Las últimas Conferencias de las Partes, 22 a 24, impulsan las metas y ambiciones del Acuerdo de París.

Los permisos de emisión de gases de efecto invernadero consisten en fijar un estándar máximo de emisiones permitidas, por cuyo volumen se emiten títulos negociables, y que con la tenencia de estos títulos se autoriza la emisión de la cantidad correspondiente de gases de efecto invernadero. Estos permisos se expiden por una tonelada de CO<sub>2</sub> equivalente, y son negociables en el mercado secundario, pudiendo el agente emisor decidir su nivel de emisiones, con la condición que debe acreditar en forma anual que es tenedor de un número de permisos suficiente como para cubrir las emisiones realizadas.

Este sistema de permisos tiene dos ventajas:

- a) Se garantiza el cumplimiento del objetivo ambiental, ya que la cantidad de emisiones máximas se predetermina; y
- b) Se permite a las empresas a decidir entre contaminar más y comprar más permisos o reducir sus emisiones y vender los permisos sobrantes.

Con estas licencias de Permisos de Emisión se fija la cantidad de contaminación que puede generar cada agente, constituyendo una licencia para contaminar, ya que constituye un “input” productivo, respaldando la utilización de materias primas en el proceso productivo, y la combustión de combustibles fósiles que son no renovables.

## VII- Instrumentos de fijación del precio del carbón.

Desde otro punto de vista, Rosembuj indica que la reducción de las emisiones de gases con efecto invernadero se pueden obtener con cualquiera de los principales instrumentos económicos que puedan establecer un precio sobre la unidad de carbono. A estos fines, se puede utilizar el sistema de derechos de emisión como el impuesto sobre el carbón, ya que ambos pretenden el incremento en el precio del carbón, los combustibles de origen fósil y el gas natural. Por ello se debe decidir de qué forma se consigue un resultado similar al precio del carbono, aplicando impuestos (costes) o comercializando derechos de emisión en función del objeto de reducción de las emisiones (cantidad), puntualizando que el impuesto al carbono tiene ciertas similitudes y algunas ventajas sobre los derechos de emisión:

a) El impuesto parte de un precio cierto, flexible en el tiempo que promueve el cambio de conducta del contribuyente si el coste es inferior al pago del impuesto.

b) El impacto regresivo es común al impuesto sobre el carbono y a los derechos de emisión.

c) El mercado de derecho de emisiones y el impuesto sobre el carbono tratan de sostener el valor sostenible consistente en la no emisión de gases con efectos invernadero.

d) El impuesto al carbono y la energía definen el valor sostenible del impuesto en términos de reducción de emisiones contaminantes y cambio de pautas de consumo hacia métodos no contaminantes que generen menos cantidad de CO<sub>2</sub> (energía eólica, hidroeléctrica, nuclear). También al aplicar un gravamen determinado sobre la fuente de energía, se utiliza al tributo como medio de ahorro y conservación de energía (finalidad extrafiscal del impuesto).

La opción política de la utilización de estos instrumentos económicos se fijará entre un sistema que establece la cantidad de emisiones (las empresas compran y venden los derechos de emisión) y un impuesto que fija un precio a cada unidad de emisión en la persona del causante<sup>16</sup>.

Los impuestos al carbón fijan un precio a las emisiones de gases de efecto invernadero, y lograr con ello que la economía en general invierta en tecnologías limpias.

---

<sup>16</sup> ROSEMBUJ, T., *op. cit.* El autor desarrolla el tratamiento del *carbon tax* en la Unión Europea; el ajuste fiscal en frontera y el tratamiento del impuesto ambiental y la no discriminación (que el tributo no sea excusa para la competencia desleal o nocivo al bien público global medioambiental); y que la armonización del precio de la unidad de carbono puede basarse en acuerdos fiscales (Protocolo de Accisa sobre el carbón al amparo del Modelo de la OCDE para evitar la doble imposición, tanto como el Protocolo de Kyoto se inclina por los derechos de emisión).

Desde el punto de vista práctico, una forma de introducir el “*carbon tax*” será aplicando un impuesto a los combustibles fósiles en forma proporcional al contenido del carbono en dichos combustibles.

Podemos indicar en esta Tabla 1, las ventajas y desventajas de los principales instrumentos de fijación del precio del carbón:

Instrumentos	Ventajas	Desventajas
Impuesto al carbón	<ul style="list-style-type: none"> <li>* generación de ingresos</li> <li>* certeza en los costos</li> <li>* requiere menos estructura administrativa</li> <li>* efectividad en el costo</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>* a priori, no hay certeza en la cantidad de reducción de emisión, la tasa tributaria se puede ir ajustando puede ajustar en el tiempo para llegar a la meta de reducción de emisiones</li> </ul>
Instrumentos de Comando y Control	<ul style="list-style-type: none"> <li>* generalmente requiere menos administración</li> <li>* de fácil aplicación</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>* la regulación es usualmente insuficiente para lograr las metas de reducción del carbón</li> <li>* no genera ingresos</li> <li>* no tiene efectividad en el costo</li> </ul>
ETS : Sistemas de Permisos de Emisiones	<ul style="list-style-type: none"> <li>* generación de ingresos</li> <li>* provee certeza en la emisión con metas de reducción</li> <li>* efectividad en el costo</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>*al no tener certeza en los costos, no necesariamente incentiva a la inversión en tecnología baja en carbón.</li> <li>* puede tener mayor complejidad administrativa que otras medidas, por ej. impuesto al carbón, la necesidad de establecer un mercado de carbono, subastas, etc.</li> </ul>

Compensación	* puede tener mayor efectividad en el costo  * provee de incentivos para reducir las emisiones más allá de la base de imposición	*El mercado no se desarrolla correctamente y está sujeto a manipulación  *riesgo de baja adicionalidad (debido a la manipulación y /u otras incertidumbres).
--------------	--	--

Tabla 1.

Elaboración a partir de “United Nations Handbook On Carbon Taxation for Developing Countries”, United Nations, 2021, pp. 22/23.

El impuesto al carbono basado en combustible (Unión Europea, México, Canadá, Colombia Británica) es el más adoptado, la tasa más alta es de Suecia. En su implementación este sistema tiene la ventaja de utilizar el sistema de monitoreo de impuestos especiales sobre los combustibles<sup>17</sup>.

El enfoque del impuesto sobre las emisiones directas de carbono, se ha implementado en Chile. Se mide la cantidad de emisiones de carbono producidas por generadores potentes, y principalmente para generación de energía, calculándose el impuesto en base a la medición de estas emisiones.

Este enfoque requiere un sistema de Monitoreo, Reporte y Verificación (MRV) que requiere la colaboración de autoridades tributarias y ambientales que establecen los criterios y adquieren la experiencia para su monitoreo y verificación técnica. Es un enfoque innovador que cubre solo las emisiones de los grandes emisores de CO2 del país. En Chile, alrededor del 40 % de las emisiones están cubiertas por este sistema de medición<sup>18</sup>.

Con respecto a la competitividad y medidas compensatorias, dos mecanismos pueden ser utilizados:

<sup>17</sup> Con relación a la aplicación en cada jurisdicción de la tasa nominal de impuesto para abril de 2021 (US\$ / tco2) es para Argentina del 5,54 (por combustibles líquidos), Chile 5, Colombia 5, México 3,18 (límite máximo del impuesto). Esta tasa en Suecia es de 137,24, en WORLD BANK “Data based on Carbon Pricing Dashboard, The World Bank Group”, 2021, “State and Trends of Carbon Pricing 2021”, Washington D.C.

<sup>18</sup> Centro interamericano de Administraciones Tributarias, “Blog CIAT taller de la ONU sobre los impuestos al carbono en países en desarrollo (primera sesión)”, enero 2021. El tratamiento del impuesto al carbono en Chile se desarrolla en “Impuesto a las Emisiones de Carbono (CO2) como instrumento de gestión ambiental y cambio climático”, BURGOS ARREDONDO, J., y LEIVA VILLEGAS. A., Centro de Estudios Tributarios de la Universidad de Chile, Revista de Estudios Tributarios N° 22, 2019, pp. 53/93.

Primero: medidas de reciclado de ingresos. Esto implica una transferencia directa a efectos de financiar a empresas basada en la producción o brindar un soporte financiero para mejoras de eficiencia.

Segundo: medidas que reduzcan tasas de impuestos o se dirijan a otorgar exenciones de impuestos; esto resultará en la pérdida de ingresos para el Estado y una posible reducción de la efectividad ambiental.

Para no comprometer el objetivo ambiental del impuesto al carbón, se debe considerar:

a) las compensaciones solo deben beneficiar a empresas y establecimientos que se encuentran altamente expuestos al comercio internacional, ya que tienen incrementos de costo por este tributo<sup>19</sup>.

b) las compensaciones deben diseñarse para incentivar la reducción de las emisiones de carbón<sup>20</sup>.

### **VIII- La situación en Argentina.**

En la Reforma Tributaria en Argentina, en el mes de octubre de 2017 realizada por el Ministerio de Hacienda, se ha modificado el impuesto a los combustibles para que dependa de la cantidad de dióxido de carbono emitido, afectando inicialmente a los combustibles líquidos y de 2020 en adelante aplicable al gas natural, gas licuado del petróleo y carbón. Con esta modificación, Argentina se acerca a su compromiso reflejado en su participación del Acuerdo de París de 2015, y sigue la tendencia de aplicación de impuestos ambientales (al carbón) en Latinoamérica (México, Chile y Colombia). También debemos considerar a Uruguay con la aplicación del impuesto Específico Interno (IMESI).

---

<sup>19</sup> Con relación a la competitividad, los efectos negativos se pueden evitar si se implementan los denominados “ajustes en frontera”, con efecto directo en productos que se originen en territorios con nula o baja fiscalidad ambiental, en “*Libro Blanco sobre la Reforma Tributaria*”, Comité de personas expertas, Presidente: Jesús RUIZ-HUERTA CARBONELL, Madrid, 2022, p. 213. En el Capítulo II se desarrolla la “*Fiscalidad Medioambiental*”, que incluye las propuestas para la reforma de la fiscalidad medioambiental en España, con cuatro ejes: 1-Electrificación sostenible; 2-Movilidad compatible con la transición ecológica; 3-Aumento de la circularidad y 4- Incorporación de costes medioambientales asociados al uso del agua. (pp. 232/312).

<sup>20</sup> United Nations, “*United Nations Handbook On Carbon Taxation for Developing Countries*”, 2021, p. 154.

Con el dictado de la Ley 27.430 se crea dicho impuesto al Dióxido de Carbono, que comprende un régimen fiscal de similares características al Impuesto Sobre los Combustibles Líquidos<sup>21</sup>.

Atento a que la problemática internacional relativa al calentamiento global identifica a la combustión de hidrocarburos entre los principales causantes de la emisión de gases de efecto invernadero (GEI). A partir de allí, se reconoce la necesidad de discutir e implementar medidas respecto de las emisiones de dióxido de carbono (CO<sub>2</sub>) de dichos combustibles. Como adherente, desde diciembre de 2015, al acuerdo de París, el Estado argentino se comprometió a realizar acciones para mitigar el impacto ambiental del uso de combustibles fósiles y a la vez facilitar la transición hacia tecnologías de generación de energía renovables. En relación con esto, los defensores de los impuestos ambientales sostienen que la implementación de impuestos al CO<sub>2</sub> genera una doble ganancia para la sociedad, el denominado y ya comentado “doble dividendo”: además de mejorar la calidad de vida al eliminar las externalidades negativas de la emisión de GEI, la economía en general se beneficia porque los impuestos ambientales son menos distorsivos que aquellos que reemplazan.

Existen diversos instrumentos para implementar la mitigación de emisiones de GEI que, a su vez, alientan el uso de tecnologías sustitutas que no provocan dicho impacto en el medio ambiente. Entre ellos, el impuesto al dióxido de carbono es uno de los más efectivos. Mediante este mecanismo se establece un impuesto que grava a los combustibles de acuerdo a su potencial producción de CO<sub>2</sub><sup>22</sup>.

La implementación de este impuesto deberá reemplazar parcialmente a los impuestos hoy vigentes, de modo que la presión impositiva permanezca constante.

---

<sup>21</sup> Al respecto, ver el desarrollo de la reforma tributaria y el Impuesto sobre los Combustibles en BILOTTA, C., y FERRÉ OLIVE, E., *“Impuesto al Valor Agregado y Otros Tributos después de la Reforma”*, Capítulo III *“Impuesto sobre los Combustibles después de la Reforma”*, Biblioteca de Derecho Tributario, Marcial Pons-Universidad Austral, 2018, pp. 93/138.

<sup>22</sup> Surge la importancia de aplicar impuestos al carbono a efectos de reducir las emisiones de GEI, atento a que más del 75 % de los países han desarrollado las Contribuciones determinadas a nivel nacional (CDN) conforme lo establecido en el Acuerdo de París, en “Guía del Impuesto al Carbono, Un manual para creadores de Política, WORLD BANK GROUP, 2017. En Argentina se publican estas Contribuciones, que deben realizarse para intensificar las acciones contra los efectos negativos del cambio climático, reduciendo emisiones de GEI – acciones de mitigación – o para adaptarse a los cambios que produce ese fenómeno – acciones de adaptación-, en Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible 2020, Segunda CDN. Allí se fija como meta, la de no exceder las 359 megatoneladas de dióxido de carbón al año 2030 (Gabinete Nacional de Cambio Climático, Ley 27.520).

El tema en estudio es si por un lado constituye este impuesto un gravamen de carácter ambiental, y por otro lado si podemos indicar que se genera con su aplicación un doble dividendo.

Entendemos que al no producirse una modificación en las pautas de conducta de los sujetos y no tener una finalidad ambiental, el mismo no puede categorizarse como un tributo de tal carácter, y por otra parte al no tener el destino de la recaudación un fin ambiental, no se produce lo establecido en la teoría del doble dividendo. A tal efecto, lo indicado en el artículo 143 de la Ley 27430 con relación a la distribución del producido del impuesto (incisos a) a i)) tiene como destino el Tesoro Nacional, el Fondo Nacional de la Vivienda (FONAVI), las Provincias, el Sistema Único de Seguridad Social, Fideicomisos de Infraestructura Hídrica, de Transporte y Compensación del Transporte Público. En el caso particular de los productos Fuel Oil, Coque de petróleo y Carbón mineral (incisos j), k) y l), se distribuirá de conformidad al régimen establecido en la Ley 23.548 (Coparticipación Federal de Impuestos).

#### **IX- Conclusiones.**

Se formulan las siguientes conclusiones.

a) Hemos analizado aspectos relacionados con la internalización de los costos de prevención, control y daños que derivan de la contaminación y que los mismos se deben efectivizar por la reglamentación administrativa o por los instrumentos basados en mecanismos de mercado; a través de un análisis del diseño del impuesto y la posibilidad de aplicar reformas fiscales ambientales.

b) El análisis de los aspectos económicos y ecológicos nos permiten indicar que el análisis económico ambiental (derechos de propiedad, externalidades, la aplicación de mecanismos administrativos o instrumentos económicos) constituyen un elemento esencial en la protección del medio ambiente.

c) En lo atinente a los instrumentos económicos, las modalidades son dos: la reglamentación administrativa ("*command and control*") y la utilización de instrumentos basados en mecanismos de mercado ("*incentives based*").

d) Los mecanismos administrativos o instrumentos económicos se deben establecer en un marco de fiscalidad ambiental, teniendo siempre en consideración el desarrollo sostenible.

e) Los impuestos ambientales tienen como objetivo influir en el comportamiento de los individuos. Muchas veces los impuestos que se relacionan con el medio ambiente

se crean en primer lugar por razones fiscales y en forma colateral ayudan a incentivar un comportamiento que sea adecuado desde el punto de vista ambiental. Para el medio ambiente es de suma importancia que los instrumentos incidan en el comportamiento de los agentes económicos, debiendo vincularse el pago del impuesto con el problema ambiental.

f) Los ETS (Sistemas de derechos o permisos de emisión) establecen un límite de emisiones por lo cual hay que pagar precios, con un mercado de ventas o compras de derechos de emisión de carbono (fluctúan considerando un máximo permitido).

g) Los impuestos al carbono son instrumentos basados en el mercado; se establece un precio fijo por tonelada de emisiones y se permite que los contribuyentes decidan cómo manejar sus emisiones, pero pagando por ellas.

h) El tema central es definir la viabilidad de generalizar y profundizar la aplicación de instrumentos fiscales de carácter ambiental en los países desarrollados, y la implementación de los mismos en la mayoría de los países en desarrollo.

i) Se debe establecer un precio por unidad de carbono a nivel global, utilizando sistemas de derechos de emisión o el impuesto sobre el carbón. De allí la importancia de visualizar las ventajas y desventajas en la aplicación de los mismos.

j) La preocupación mundial por la explotación de los hidrocarburos y sus repercusiones sobre la contaminación plantea la duda sobre las razones por las que determinados países mantienen los subsidios y/o impuestos como parte de los instrumentos de políticas públicas para fomentar la demanda de gasolina y diésel, cuando las condiciones internacionales señalan la necesidad de contenerla o frenarla por medio de instrumentos fiscales o sustituirla por fuentes de energía menos contaminantes<sup>23</sup>.

k) Se deben buscar economías más limpias, atento los temas relacionados con la salud, y el desarrollo inclusivo. Esto requerirá que los países realicen planes nacionales, que incluyan las contribuciones determinadas nacionales que surgen del Acuerdo de París.

l) El impuesto a la energía y la reforma de subsidios se torna instrumental para lograr el triple objetivo de: descarbonización, movilización de recursos internos y acceso a energía asequible<sup>24</sup>.

---

<sup>23</sup> FANELLI, J. M., JIMÉNEZ, J. P., y LÓPEZ AZCÚNADA, I., “La reforma fiscal ambiental en América Latina”, CEPAL, Naciones Unidas, 2015, p. 18.

<sup>24</sup> Al respecto, el Comité de personas expertas del Libro Blanco sobre la Reforma Tributaria en España indica que el transporte y la energía son sectores prioritarios de la fiscalidad actual, y que en España debe mejorarse el diseño de la fiscalidad de las aguas y de los residuos.

ll) La transición hacia una economía con “carbón cero o descarbonizada” se puede facilitar por el desarrollo de instrumentos basados en precios, con un buen diseño de incentivos a ciudadanos y empresas para tener alternativas limpias, reduciendo el daño que produce actualmente el clima y la contaminación del aire.

m) El precio del carbón, incluyendo la eliminación gradual de los subsidios por el uso del combustible fósil, es una herramienta que puede incentivar inversiones que son costo efectivas y alineadas con los SDGS (*Sustainable Development Goals*) y el Acuerdo de París.

n) Un aspecto a considerar es que, a diferencia de muchos impuestos directos, donde las empresas e individuos pueden evitar los tributos operando en la economía informal, en el sector de energía y la aplicación de tributos es generalmente más difícil evitarlos, ya que deben comprar energía en el sector formal (combustibles del sector transporte, electricidad).

ñ) Un Sistema de Comercio de Emisiones se considera más complejo, el más conocido es el de la Unión Europea (ETS). Pero hay más ventajas en implementar un impuesto al carbón en vez de una ETS, ya que es más simple su implementación, no requiere un complejo sistema de Monitoreo, Reporte y Verificación (MRV), y puede implementarse con los instrumentos tributarios existentes, como los impuestos especiales<sup>25</sup>.

o) En Argentina, con la incorporación del impuesto al dióxido de carbono, se debe analizar si el mismo es un tributo ambiental y si se genera la aplicación de un doble dividendo. En nuestra opinión, no cumple las condiciones para tener el tratamiento de un impuesto ambiental, ya que no produce modificación de pautas de conducta de los sujetos que deben tributar el mismo. Con relación al destino de la recaudación del este impuesto, no cumple con la aplicación de un doble dividendo.

p) El efecto negativo en el Cambio Climático está afectando nuestras actividades. Se deben aplicar mecanismos administrativos y/o instrumentos económicos para disminuir estos efectos. Por ello, la importancia de definir a nivel global y local como se aplicarán estos mecanismos e instrumentos, para cumplir con los Objetivos de Desarrollo

---

<sup>25</sup> En un trabajo de la OCDE, se detalla información relacionada con lo que hacen los 40 países OCDE y las economías del G 20 con los ingresos del impuesto al carbón, sistemas de permisos de emisiones y tributos especiales sobre el uso de la energía, en MARTEN, Melanie and Kurt VAN DENDER, “*The use of revenues from carbon pricing*”, *OECD Taxation Working Papers Number 43*, 2019, p. 2. Se indica en el mismo que el impuesto al carbón genera ingresos asociados con las reformas en los tributos ambientales, considerando reducciones en personal o impuestos a los ingresos corporativos, y los ingresos de sistemas de comercios de emisión se dirigen hacia la inversión verde.

Sostenible (ODS 2030 Naciones Unidas), el Programa “*Fit for 55*” (Unión Europea, disminución de un 55% de las emisiones de Gases de Efecto Invernadero para el 2030) y la Descarbonización de las Economías (para el 2050, propuesta del Acuerdo de París).

q) Se debe establecer una política tributaria ambiental que considere la aplicación de mecanismos administrativos o instrumentos económicos, considerando que por efecto de su aplicación disminuya la contaminación, con el fin de lograr la protección del ambiente y alcanzar el objetivo del Desarrollo Sostenible.

r) Por ello, dentro de los aspectos estratégicos, debemos considerar las acciones que deben concretar las instituciones reguladoras del ambiente, el tratamiento presupuestario a nivel nacional y local, la matriz energética en cada jurisdicción, los aspectos tributarios y administrativos que se deben desarrollar para lograr un equilibrio ecológico, con una planificación económica y ecológica que tienda al logro de objetivos sustentables para el bien común de los que habitamos este planeta.

s) Una transición progresiva, que tienda a la disminución significativa de los gases de efecto invernadero para mediados de siglo es esencial para disminuir los riesgos de la existencia de un cambio climático adverso y peligroso. Los Organismos Internacionales se encuentran revisando los procesos de mitigación y adaptación, indicando que, para disminuir los riesgos climáticos (efectos del incremento de la temperatura por ejemplo) se debe fijar un precio global al carbón.<sup>26</sup>

---

<sup>26</sup> Ver por ejemplo el tratamiento en el reporte del *International Monetary Found/Organisation for Economic Co-operation and Development* (2021) “*Tax Policy abd Climate Change*”, *IMF/OECD report for the G20 Finance Ministers and Central Bank Governors*, April 2021, Italy, IMF-OECD, p. 4.



## *Islas Malvinas ¿Un caso de legítima defensa?*

\*Por María Alejandra Hernández

### **I- Introducción.**

En el presente trabajo se analizará si el uso de la fuerza por las dos partes en el conflicto, Argentina e Inglaterra implicó un acto de legítima defensa. A tal fin se comenzará, someramente con los requisitos y previsión del instituto; luego la ubicación geográfica de las islas, antecedentes de la disputa; y el conflicto final.

### **II- Legítima defensa.**

La legítima defensa, como principio, se recogió en la Carta de las Naciones Unidas de 1945 para asegurar que los países pudieran protegerse a tiempo sin esperar una resolución del Consejo de Seguridad, el único órgano internacional autorizado para usar la fuerza; y es el derecho que permite a los Estados responder a los ataques militares de otro país para evitar más daños.

El origen de la figura está en el caso “*Caroline*”<sup>1</sup>, el cual se trató de una disputa diplomática entre el Reino Unido y Estados Unidos en 1837, siendo el hecho desencadenante cuando soldados británicos mataron a un tripulante del barco estadounidense *Caroline*, que ayudaba a los canadienses durante su levantamiento contra el Imperio británico, entonces potencia ocupante. En la correspondencia que mantuvieron para resolver el conflicto, ambos países acordaron que ese tipo de actos podrían darse solo en caso de necesidad de autodefensa instantánea y sin tiempo para deliberar, y que la respuesta debía ser proporcional. Lo acordado sentó un precedente para establecer el principio de legítima defensa, que la Carta de Naciones Unidas plasmó en su artículo 51.

Carta de las Naciones Unidas Art. 51; 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 mantenerla paz y la seguridad internacional. 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*

---

<sup>1</sup> La doctrina internacionalista cita por lo general la descripción de los hechos realizada por JENNINGS, R. Y., “*The Caroline and McLeod Cases*”, en *The American Journal of International Law*, Vol. 32, (1938), pp. 82 ss.

*ejercer en cualquier momento la acción que estime necesaria con el fin de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales”.*

Esta disposición debe ser interpretada en forma armónica con la prohibición del uso de la fuerza armada establecida en la misma Carta 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”.* Del juego de ambas disposiciones surge la legítima defensa como una excepción a este principio, debiendo ser de interpretación restrictiva. 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.

En ese sentido las condiciones que habitualmente se exigen para el ejercicio de la legítima defensa, son, primero, que se trate de un ataque armado; existiendo discusiones en torno a que debe efectivamente tratarse de un ataque armado; y otros, en una interpretación más amplia que gira alrededor de la llamada legítima defensa preventiva, que es el hecho que un Estado pueda adoptar medidas de fuerza frente a un peligro o una amenaza inminente, hasta que esta situación no se haya concretado en un ataque armado. El segundo requisito es la necesidad; que significa que el uso de la fuerza es el único medio al que puede recurrir el Estado agredido. En tercer lugar; la proporcionalidad, es decir el estado solo detener, desactivar el ataque armado, no agredir. Luego la inmediatez, en cuanto a que el principio debe guardar una razonable relación de inmediatez con relación a la agresión sufrida, la misma debe juzgarse con relación al tiempo necesario que el Estado agredido requiere para preparar la respuesta armada, y su ausencia puede transformar el lícito ejercicio de la legítima defensa en ilícito. Otro de los requisitos es la provisionalidad, lo que significa que el Estado debe ejercerla 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. Y por último la subsidiariedad, el Estado que ha sufrido el ataque armado toma medidas en ejercicio de la legítima defensa en forma subsidiaria a las 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.

Así, en consecuencia, un Estado puede invocar la legítima defensa solo cuando sea necesario, es decir, cuando un ataque extranjero en curso atente contra su integridad territorial o independencia política. Se aplica en caso de una agresión estatal, que

comprende acciones como la invasión, el asalto a buques, tropas o aeronaves, o el ataque a las fuerzas armadas. Además, el contraataque del Estado víctima tiene que ser proporcional a la acción inicial y, si es posible, evitar usar la fuerza. En ningún caso podrá actuar con otra finalidad que la de protegerse, como aprovechar para conseguir nuevos territorios u otro tipo de beneficio.

Sin perjuicio de ser un derecho de los Estados, este derecho de legítima defensa es subsidiario y provisional. El país afectado debe comunicar al Consejo de Seguridad las actividades que llevará a cabo, y las mantendrá hasta que el organismo retome el control de la situación. Una vez que el Estado da el aviso, el órgano aprueba una resolución contra el país atacante siempre que los cinco miembros permanentes —Francia, el Reino Unido, Estados Unidos, China y Rusia— voten a favor. De lo contrario, el veto de cualquiera de ellos impedirá cualquier intervención.

En resumen, la legítima defensa es un instituto previsto por el Derecho internacional que permite que un Estado repela conforme a derecho un ataque ilegítimo, y de ser necesario, como forma excepcional, para tal fin pueden hacer uso de la fuerza.

### **III- Datos geográficos y disputas.**

Las islas Malvinas-*Falkland* están formadas por la Isla Occidental y la Oriental y otras 200 islas menores, a unas 300 millas marinas de la Patagonia; están unidas a otros grupos de islas; las de Georgia del Sur y *Shag Rocks*, a unas 800 millas de las Malvinas; las Sandwich del Sur, a unas 1.270 millas del archipiélago principal y las *Orkneys* del Sur y Shetland del Sur, según las *Patent Letters* británicas de 1908.

Inicialmente estaban unidas también a la Tierra de Graham, pero este territorio antártico (cuya delimitación ha sido discutida por Chile y Argentina), se consideró colonia separada por Carta Estatutoria de 1962/4011.

La población de todas las islas era en 1980 de 2.079 habitantes (1.813 en las Malvinas-*Falkland*) (*kelpers*) en su práctica totalidad emigrados en primera o segunda generación desde el Reino Unido y con formas de vida e ideología totalmente británicas.

En cuanto a los datos históricos y jurídicos, quizá la mejor y más imparcial exposición de los mismos hasta 1927 es la de Goebel<sup>2</sup>, siendo relevantes para esclarecer en lo posible la controversia jurídica entre Argentina y Londres. Desde el punto de vista histórico real, la presencia del Reino Unido en el archipiélago se debió a defender los

---

<sup>2</sup> GOEBEL, J., “*The Struggle for the Falkland Islands*”, Yale, 1927, reeditado en 1982.

intereses de sus pescadores de ballenas, a establecer un centro de acción inmediata o de apoyo logístico para proteger sus colosales intereses en Argentina, que fue de hecho desde la caída de Rosas hasta 1939 al menos, una colonia económica de Londres, y de las más importantes. Hay que remontarse hasta el siglo XV y las Bulas Papales Inter Coetera de 1493 y *Dudum si quidem*, así como el Tratado de Tordesillas de 1494, que delimitaron los derechos respectivos sobre el recién descubierto continente de España y Portugal, para hallar las raíces de la discusión sobre la soberanía de las islas.<sup>3</sup> El descubrimiento del archipiélago fue efectuado probablemente por Américo Vespucci en 1504; Londres arguye que fueron avistadas por primera vez, en cambio, por los británicos Davis y Hawkins a mediados del XVI. Al respecto ninguna de las dos versiones tiene sostén alguno. Parece probado, en cambio, que, en 1600 Sebald de West, holandés, las avisto y señaló su posición.

El Gobierno de Mrs. Thatcher ha pretendido dar por sentado, que el primero en poner pie en las islas fue el inglés Strong, que les dio su nombre inglés en 1690<sup>4</sup>.

No obstante, todo este debate sobre el descubrimiento o la primera ocupación debe inscribirse en el marco jurídico de la soberanía española sobre las islas. En efecto, Madrid luchó reiteradamente por hacer respetar sus derechos sobre las tierras americanas no portuguesas, y lo logró de Francia y del Reino Unido tanto en la paz de Westfalia de 1648 como en la paz de Utrecht de 1713. Para reforzar su postura, España logró imponer el *mare clausum* en América del Sur en todos los Tratados con Paris y Londres desde 1667 hasta la Revolución Francesa, declarando ilegítimas las adquisiciones de colonias por estos países en tiempos de paz dentro de la esfera española de influencia en América del Sur. No obstante, tales Tratados, fue Francia la primera que efectuó, en 1764 con M. de Bougainville un desembarco para asegurar una presencia constante en la Malvina Oriental<sup>5</sup>. Gran Bretaña, inmediatamente imitó a su enemigo tradicional y fijó una guarnición en la población, creada a este fin, de Port Egmont, en la Malvina Occidental, en 1765. España reclamó enérgicamente su soberanía sobre las islas, y gracias al Pacto de Familia con Francia, pudo obtener su retirada de la Malvina Oriental a cambio de una fuerte suma. Pero fracasó en su intento armado de desalojar la guarnición británica en 1770 y por ello se efectuó un tratado en 1771 entre Madrid y Londres.

<sup>3</sup> BARCIA TRELLES, C., "*El asunto de las Malvinas*", Madrid, 1943. Señala que la bula alude tanto a tierras firmes como a islas.

<sup>4</sup> British Foreign and Commonwealth Office, *The Falkland Island: The facts*, Londres, 1982.

<sup>5</sup> El nombre de Malvinas deriva de St. Malo-Malouines por 10s pescadores que allí iban desde esta localidad francesa desde 1701).

Esta es quizás una de las piezas claves de la madeja histórica-jurídica de la controversia: en efecto, el Reino Unido ha sostenido que en él se reconoce la soberanía británica, así Lord Palmerston en 1834 tras la ocupación definitiva británica del archipiélago, afirmó en una carta a M. Moreno, embajador argentino en Londres que en el Acuerdo había un reconocimiento de la soberanía del Reino Unido por parte de España; pero los británicos se retiraron de Port Egmont en 1774, tras tres años de ocupación efectiva de la isla, recuperando en consecuencia España su soberanía, al menos nominal sobre el archipiélago hasta 1816, año de la total independencia argentina.

Fue así que nuestro país reclamó sus derechos soberanos sobre las Malvinas-*Falkland* basándose en la sucesión en todos los territorios del anterior Virreinato del Río de la Plata del Estado español. En 1820 tomó posesión formal y efectiva de estas islas, en nombre de Argentina el comandante D. Jewitt y en 1829 se creó la Comandancia política y militar del archipiélago con sede en Puerto Soledad. En 1825 se efectuó un tratado de amistad, comercio y cooperación entre Argentina y Reino Unido sin reserva de ningún tipo por Londres respecto a las Malvinas-*Falkland*. Ante la actuación del comandante militar Luis Vernet, en nombre del Gobierno argentino, que detuvo a tres balleneros estadounidenses por infracción de las regulaciones de pesca en aquella zona, en 1829, hay protestas británicas posteriores y en 1833 el Gobierno británico efectuó un desembarco que expulsó a los argentinos allí residentes y a la guarnición, instalando en cambio un destacamento inglés.

Desde aquella fecha y a pesar de las reiteradas protestas de Buenos Aires, Londres ha desempeñado todo tipo de acciones de administración y de ejercicio de su autoridad efectiva sobre el archipiélago.

La postura de Londres presenta diferentes alternativas, según se admita o no la premisa inicial. Inicialmente arguye el descubrimiento; la ocupación en 1765-74 que le dio el título definitivo, y su posterior abandono en 1774 no implicaba el *animus delevinquendi*<sup>6</sup>, lo que hacía imposible la posterior usurpación primero española y luego argentina, tras 1820. Y ello se repite en todos los argumentos, el ejercicio continuo y efectivo de actos de administración y dominio sobre las islas durante 150 años prueba sus derechos soberanos<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> Voluntad de abandonar su posesión

<sup>7</sup> Ver *Notes et Etudes Documentaires*, 13 de mayo de 1968, n. 3490, *Problemes de la Amerique Latine, La Documentation Française*, Paris, 1968, sobre la postura británica. Sin embargo, se ha discutido la validez de la prescripción adquisitiva, indicando que no es un medio autónomo de adquisición de soberanía, sino

Con respecto a la argumentación argentina, se basa en que España tenía derechos soberanos sobre las islas desde el Tratado de Tordesillas; que tales derechos fueron reconocidos por el Reino Unido; que, tras el reconocimiento del principio, reiteradamente utilizado por España del *uti possidetis* por Londres, ésta ratificó la Convención del Estrecho de Nootka en 1790 (tras su breve ocupación de las Malvinas *Falkland* en 1771 y posterior abandono en 1774) por el que se comprometían ambas partes a no establecer nuevas colonias en el Atlántico Sur: lo ocupado en aquel momento debía quedar en posesión del ocupante; que en aquella época desde 1774, ya las Malvinas-*Falkland* habían sido objeto de atención por España, que había nombrado gobernadores y efectuó actos de administración; que, por sucesión de España Argentina tenía derechos soberanos sobre el archipiélago y ejerció allí por 13 años pacíficamente esta soberanía y que finalmente la invasión británica, tras 55 años de demostrar su falta de interés en ellas no eran más que un acto de fuerza, justificándose también por parte de nuestro país la contigüidad de las islas al territorio, y a que emergen de la plataforma continental.

La postura de Argentina ha sido constante; América Latina ha defendido siempre el principio de la integridad territorial y de la inviolabilidad de las fronteras frente a la amenaza de la intervención europea en el XIX o de los Estados Unidos.

Es así como se llegó al uso de la fuerza por las dos partes en este conflicto, sosteniendo nuestro país, que la invasión de las Malvinas-*Falkland* implicaba un acto de legítima defensa contra la agresión continuada que implica la presencia británica en las mismas.

Pero esta acción, de haber utilizado la fuerza para retener territorios que claramente no forman parte del país, y la necesidad de supervivencia, la comunidad internacional interpreto que se trataba de infracciones a una norma del *ius cogens*, creando auténticas y continuadas amenazas a la paz y la seguridad internacionales.

El caso de la agresión iraki sobre el Irán para invadir territorios que consideraban suyos a pesar de haber renunciado a ellos por tratado de 1975 es otra muestra del peligro de continuar utilizando, a pesar del art. 2,4 de la Carta, la guerra como instrumento de la política nacional de los Estados.

En el marco del conflicto, el Consejo de seguridad, a través de la resolución 502, de 3 de abril de 1982, se limitó a exigir la retirada inmediata de las fuerzas argentinas de las islas *Falkland*-Malvinas y una solución diplomática.

---

un elemento de prueba de que existe el *animus occupandi* y la ocupación efectiva. DIEZ DE VELASCO, M., “*Instituciones de Derecho Internacional Público*”, t. I., Madrid, 1979, p. 267.

Tal resolución fue precedida por la discusión efectuada en las sesiones de 1 de abril a petición del Reino Unido, que concluyó con una petición de máxima moderación y de abstención del uso o amenaza de uso de la fuerza. Ante la infracción argentina de tal petición, se adoptó el texto citado por diez votos a favor (U.S.A., Francia, Gran Bretaña, Irlanda, Japón, Jordania, Togo, Uganda, Guayana y Zaire), uno en contra (Panamá), que previamente había presentado un proyecto de resolución, que pedía al Reino Unido poner fin a su conducta hostil y abstenerse de la fuerza o de la amenaza de la fuerza; y cuatro abstenciones (China, URSS, España y Polonia).

Ante dicha resolución, nuestro país rehusó acatarla, indicando que la ocupación británica de las islas si constituía un factor de perturbación de la paz y la seguridad internacionales<sup>8</sup>. La condena de la invasión fue inmediata por parte de los diez miembros de la C.E.E., que pidieron al Gobierno argentino el 3 de abril que retirase inmediatamente sus fuerzas. El 13 de abril los mismos países aplicaron un embargo de armas y equipo militar a Argentina y declararon que tomarían las medidas necesarias para prohibir las importaciones de este país. España se pronunció contra el uso de la fuerza en las relaciones internacionales, estimando necesario resolver el conflicto por vías pacíficas, pero indicó a su vez que, la descolonización de las Malvinas debía implicar el restablecimiento de la integridad territorial argentina.

El Parlamento Europeo, también condenó al Gobierno de Buenos Aires el 22 de abril de 1982.

Argentina consiguió, en aquellos días, un triunfo diplomático al conseguir que el Consejo Permanente de la O.E.A. el 13 de abril, que sin embargo se limitó a la petición de 28 de abril, de que el Reino Unido cesase inmediatamente en las actividades hostiles que desarrollaba en la región de seguridad definida en el artículo 4 del Tratado de Rio y se abstuviese de toda acción que pudiese afectar la paz y seguridad americanas, pero también que el gobierno argentino se abstuviese de efectuar hechos que agravasen la situación; pidió finalmente una tregua que permitiese reemprender las negociaciones para un arreglo pacífico del conflicto. El 29 de mayo, ante el avance británico en el archipiélago, la O.E.A. adoptó una resolución por la que se condenaba el injustificado y desproporcionado ataque del Reino Unido y pedía que los miembros de la Organización prestasen ayuda a Argentina en la forma que considerasen conveniente. En las dos

---

<sup>8</sup> ONU, Crónica. Vol. XIX, Mayo, 1982, N° 5 pp. 5-9.

resoluciones citadas hubo una votación favorable de 17 Estados y cuatro abstenciones (Chile, Colombia, Trinidad- Tobago y Estados Unidos).

En este sentido, la decisión del Reino Unido de establecer, a partir del 12 de abril de 1982, una zona marítima de exclusión, delimitada por 200 millas marítimas, exponiendo a los ataques británicos a todo buque argentino que esté en aquella zona, fue objeto de protesta por parte de Buenos Aires que la calificó de bloqueo y agresión, señalando que la Convención sobre la Alta Mar de 1958 no habla sobre el derecho de legítima defensa en alta mar, y especifica tan solo que la libertad en ella se ejercería en las condiciones de estos artículos y otras reglas del derecho internacional.

Sin embargo, la comunicación enviada el 23 de abril por el Gobierno británico a Buenos Aires precisando que todo movimiento de buques de guerra argentinos o aviones militares que puedan ser considerados como amenaza para las fuerzas británicas, y el subsiguiente hundimiento del General Belgrano no parece ajustarse a las leyes de la guerra en el mar, por lo que Londres quizá se ha excedido en algún momento en su derecho de legítima defensa.

#### **IV- La Carta de las Naciones Unidas.**

En 1945, la Carta de las Naciones Unidas que se adopta, entro otros fines, para “*preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra*”, y cuyo artículo 2.4 prohíbe de forma taxativa el recurso al uso o amenaza de la fuerza armada; proscrición que se erige, a partir de ese momento, en piedra angular del ordenamiento jurídico internacional y de las relaciones internacionales.

No obstante, dicha prohibición es concebida, al mismo tiempo, con dos excepciones, como se ha expresado al inicio de este trabajo. La primera se establece en favor de la propia Organización y dentro de ella, del Consejo de Seguridad que puede recomendar o decidir medidas que supongan el recurso a la fuerza contra un Estado responsable de una amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión,<sup>9</sup> las acciones armadas emprendidas por la Organización en virtud de tales atribuciones constituyen un uso de fuerza legítimo y son expresión de la potestad sancionatoria que se atribuye a la Organización de las Naciones Unidas.

La segunda excepción, viene constituida por el derecho “inmanente” de todo Estado a la legítima defensa individual o colectiva frente a un ataque armado, norma

---

<sup>9</sup> Arts. 39 y 42 Carta de las Naciones Unidas.

consuetudinaria que positiva el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas. En virtud de dicha disposición, en el caso de una eventual carencia de la Organización para poder hacer frente a una acción armada dirigida contra un Estado miembro, se confiere a éste – e incluso a otros Estados– un derecho a recurrir a la fuerza.

En este caso, la excepcionalidad de la situación hace que el derecho de legítima defensa así reconocido aparezca sujeto, según el tenor literal del propio artículo 51, a una serie de límites o condiciones por parte del Estado que sufre el ataque, cuyo incumplimiento puede desvirtuar la licitud de las medidas defensivas, como ha sido indicado al inicio.

En el caso concreto de este conflicto, la mecha–uno que tenía más de un siglo de precocidad– se encendió el 2 de abril de 1982, cuando la junta militar que gobernaba Argentina anunció que había recuperado la soberanía sobre las Islas Malvinas (*Falklands*, en inglés), a unos 500 kilómetros del territorio continental argentino, y las más lejanas islas Georgias y Sandwich del Sur. En Puerto Argentino (Puerto Stanley, para los británicos), en la Isla Soledad (oeste del archipiélago de Malvinas), desembarcó la tropa argentina, seguido de la invasión de Georgia del Sur al día siguiente. El 5 de abril, el gobierno británico envió una enorme fuerza expedicionaria naval para enfrentarse a la Armada y la Fuerza Aérea argentinas antes de realizar un asalto anfibio a las islas.

El gobierno británico consideró la acción como una invasión extranjera de un territorio que había sido colonia de la Corona británica desde 1841

Tras 72 días de guerra, el 14 de junio de 1982, el que había sido designado gobernador de las Malvinas por el gobierno militar, Luciano Benjamín Menéndez, firmó la rendición incondicional de las tropas argentinas.

En este conflicto, nuestro país considero que la presencia permanente de los británicos en las islas perturbaba la paz y seguridad nacional, siendo en consecuencia la respuesta militar británica un supuesto de agresión ilegítima del cual defenderse.

Y al respecto, considero que los presupuestos de la legítima defensa no se hallaban presentes, principalmente porque no hubo un ataque armado inminente, toda vez que los británicos han desempeñado, básicamente desde el origen de la controversia; todo tipo de acciones de administración y de ejercicio de su autoridad efectiva sobre el archipiélago. Ni siquiera los Estados de la O.E.A. han considerado una agresión, como pretendía Argentina, la respuesta militar británica.

Esta disputa de soberanía tuvo otras razones que llevaron a una guerra. En el año 1982 el Reino Unido se encontraba en una difícil situación económica, el Partido

Conservador que estaba en el poder sufría un notorio desgaste, la popularidad de su primera ministra, Margaret Thatcher, estaba en descenso y en ese tiempo había huelgas en las minas de carbón, de suma importancia para su gestión, buscando en la guerra lo que finalmente encontró, su aumento de popularidad, permitiéndole a su partido ganar las siguientes elecciones.

Y desde nuestro país, en el año 1981, la dictadura cívico-militar autoproclamada Proceso de Reorganización Nacional, pese a que padecía una decadencia política, tenía una gran oposición al régimen motivado por las violaciones a los derechos humanos desde mediados de la década de 1970, y se sumaba una crisis económica grave; buscando en la guerra consolidar la soberanía argentina en las islas Malvinas, lo que no ocurrió.

## **V- Conclusiones**

La Cuestión de las Islas Malvinas, entendida como la disputa de soberanía entre la República Argentina y el Reino Unido por las Islas Malvinas, Georgias del Sur, Sandwich del Sur y los espacios marítimos circundantes, tiene su origen el 3 de enero de 1833 cuando el Reino Unido, quebrando la integridad territorial argentina, ocupó ilegalmente las islas y expulsó a las autoridades argentinas, impidiendo su regreso, así como la radicación de argentinos provenientes del territorio continental. Desde entonces, la Argentina ha protestado regularmente la ocupación británica, ratificando su soberanía y afirmando que su recuperación, conforme el derecho internacional, constituye un objetivo permanente e irrenunciable.

Y esta cuestión ha sido calificada por las Naciones Unidas como un caso de descolonización colonial especial y particular, donde subyace una disputa de soberanía y por ende, a diferencia de los casos coloniales tradicionales, no resulta aplicable el principio de libre determinación de los pueblos.

Así, en fecha 16 de diciembre de 1965 la Asamblea General adoptó la resolución 2065, a través de la cual reconoció la existencia de una disputa de soberanía entre la Argentina y el Reino Unido e invitó a ambos países a entablar negociaciones para encontrar una solución pacífica y definitiva a la controversia, teniendo en cuenta los intereses de los habitantes de las islas. Desde entonces, más de 40 resoluciones de la Asamblea General y del Comité Especial de Descolonización han reiterado este llamado.

El uso de la fuerza armada continúa siendo utilizado como instrumento de política nacional, si se espera que la otra parte en una controversia jurídica no vaya a reaccionar ante; y esta ha sido la expectativa creída por nuestro país en el caso de las Malvinas; o

puede ser derrotada en una acción relámpago a pesar de la prohibición del art. 2,4 de la Carta, y alegando actuar en defensa del derecho.

A ello hay que unir la creciente floración del fenómeno terrorista tras los atentados del 11 de septiembre de 2001, que hicieron tambalear los cimientos de la propia sociedad internacional y que ha supuesto la ruptura del monopolio del uso de la fuerza que hasta entonces ostentaban los Estados. El ataque a las Torres Gemelas puso en marcha toda una batería de categorías jurídicas, tan manipuladas como peligrosas, tales como las de “*ataque preventivo*”, “*guerra preventiva*”, o “*legítima defensa adelantada*”. El resultado de todo lo anterior es que la Carta de Naciones Unidas ha resultado cuestionada, especialmente en sus artículos 2.4 y 51, y que la institución de la legítima defensa parece haber visto desdibujados sus elementos, sobre todo con doctrinas como la de la guerra preventiva, o con respuestas que quedan muy lejos de la inmediatez exigida.

En el marco de la 53° Sesión de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, la Asamblea General de la Organización aprobó por aclamación la Declaración sobre la Cuestión de las Islas Malvinas, respaldando la soberanía argentina sobre las Islas australes y la importancia de una solución pacífica y dialogada para esta disputa territorial; declaración ante la cual, el Reino Unido revalidó su soberanía sobre las Islas Malvinas, Georgia del Sur y las Islas Sandwich del Sur, y afirmando que el principio y el derecho a la autodeterminación, tal como se consagran en la Carta de las Naciones Unidas y en los derechos humanos, permiten a los habitantes de las Islas Malvinas determinar libremente su estatus político y buscar su desarrollo económico, social y cultural.

El 2 de abril de 1982 estalló la guerra entre Argentina y el Reino Unido por la soberanía de las Islas Malvinas, dejando un saldo de 649 argentinos y 255 británicos muertos, y no fue un caso de legítima defensa como hemos pretendido, porque no hubo, principalmente, una agresión ilegítima de la cual defenderse con el uso de la fuerza, desencadenando una guerra.

Cuarenta años después, la disputa continúa, siendo la cuestión de las Islas Malvinas un tema central para todos los argentinos, tal como lo expresa la Constitución Nacional.



## **I- Concepto.**

La pregunta para responder, antes de abordar el tema, es si en una relación obligacional hay solo un deber a cargo del deudor y un correlativo derecho a favor del acreedor o si, por el contrario, hay además deberes jurídicos y derechos recíprocos.

En el antiguo Derecho Romano se concebía a la obligación como un nexo o atadura que sometía al deudor a la voluntad del acreedor y que solo se rompía o se desataba cuando aquel pagaba. El poder del acreedor sobre el deudor era absoluto. Si no pagaba podía ser vendido como esclavo. Las fuentes dicen que el acreedor tenía derecho, inclusive, a descuartizar al deudor y venderlo por partes detrás del Tiber<sup>1</sup>. No se conocen antecedentes de que ello hubiera sucedido alguna vez, pero servía para graficar cuál era la concepción que los romanos tenían de la relación obligacional y el grado de sometimiento en que se encontraba el deudor.

En el Código Napoleón, a pesar del transcurso de los siglos, la concepción no había cambiado mucho. En el Derecho francés del S .XIX el deudor podía ser encarcelado por no pagar.

El cambio comenzó con el BGB (*Brüderlichesgesetzbuch*), es decir el Código Civil Alemán y la extensa doctrina que se elaboró al interpretarlo.

La etimología misma de la palabra obligación traducida del alemán ya nos da una idea de una visión muy distinta a la de los antecedentes que la preceden.

Si bien en alemán existe la palabra *obligation* de origen latino, ella sirve para determinar algo que es imprescindible o necesario, pero no para lo que nosotros denominamos “*obligación*” en el lenguaje técnico jurídico. Para ello el idioma alemán tiene una palabra específica: *schuldverhältnis*<sup>2</sup> que podría ser traducida como “relación obligacional”. Adviértase que no se trata ya de un deber unilateral del deudor (*schuld*), sino de una relación (*verhältnis*) mucho más compleja que un crédito y una deuda.

La relación obligacional incluye una serie de deberes y derechos recíprocos.

---

<sup>1</sup> El Río Tiber marcaba uno de los límites originarios de la ciudad de Roma. El Trastvere es decir la región detrás del Tiber era el barrio que se formó fuera de la ciudad. La única exigencia que tenía el acreedor era que los trozos de su deudor no podían ser vendidos dentro de la ciudad de Roma pues se consideraba recinto sagrado

<sup>2</sup> *Schuld* significa deber y *verhältnis* relación

Dice la doctrina que toda relación obligacional significa a su vez un *Leistungspflicht* (*Leistung* significa resultado y *pflischen* requerido) podría ser traducido como un comportamiento prometido o debido. A ese comportamiento debido se le suma un *Nebenleistungspflichten* (*Neben* a cerca de o alrededor de) que puede ser traducido como todo aquello que está alrededor de ese comportamiento debido y que, obviamente, es más amplio que el deber prometido en sí mismo. Por último, de toda relación obligacional (*Schulverhältnis*) deriva un *Schutzpflichten* que puede ser traducido como deber de seguridad y que implica la carga que tiene, tanto el deudor como el acreedor, de evitar que su contraparte sufra un daño a consecuencia de la relación jurídica que los vincula.

El Código de Vélez Sarsfield, fue redactado siguiendo el modelo del Código Napoleón y del Código de Prusia, que eran anteriores al BGB. No había en él una referencia expresa a los deberes accesorios de conducta. Por el contrario, una nota al pie<sup>3</sup> se oponía, incluso, a la noción de abuso del derecho (uno de los deberes accesorios de conducta es no ejercer abusivamente sus derechos tal como se verá más adelante). En esa nota, Vélez Sarsfield decía que si los jueces se convertían en jueces del abuso, no tardarían en convertirse en jueces del uso y los derechos quedarían a merced de que un juez quiera reconocerlos o no.

Fue recién con la reforma de la Ley 17.711 que se introdujeron en el Código Civil algunos conceptos que bien pueden ser considerados deberes accesorios de conducta, tales como el principio de buena fe o la interdicción de ejercer abusivamente los derechos subjetivos.

El actual Código Civil y Comercial incluye algunos deberes accesorios de conducta a los que voy a referirme más adelante.

## **II- Definición.**

Se han intentado distintas definiciones de los deberes accesorios de conducta. Considero que la forma más adecuada de hacerlo es diciendo que son: comportamientos jurídicamente esperados en los sujetos que integran una relación obligacional que surgen del vínculo y resultan accesorios del objeto.

---

<sup>3</sup> El anterior Código Civil tenía notas de cada artículo donde Vélez Sarsfield explicaba cuál había sido el antecedente seguido y, en ocasiones, comentaba respecto al artículo en cuestión. Las notas no tenían fuerza de ley, pero eran un aporte doctrinario considerado de suma importancia.

Puestos a analizar la definición que precede, puede decirse que cuando se habla de “*comportamientos*” es claro que ellos pueden consistir tanto en una acción como en una omisión. Por ejemplo, el deber que tiene el acreedor de informar al deudor todo lo necesario para que pueda cumplir eficientemente con el pago, será una conducta positiva o acción. El deber que tiene el deudor de no dañar a la cosa debida es una conducta negativa u omisión.

El comportamiento del deudor debe ser el esperado por el acreedor y, a la inversa, el comportamiento del acreedor debe ser el esperado por el deudor.

No obstante, es posible que las expectativas del deudor o del acreedor excedan lo razonable, sean una ocurrencia de alguno de ellos o una mera esperanza sin mayor fundamento que el optimismo. Es por eso que en la definición se dice “*comportamiento jurídicamente esperado*”, pues con eso se hace referencia a que las expectativas de las partes deben ser acordes con lo que jurídicamente se considera razonable y que no exige un comportamiento supra erogatorio de la contraria.

Por ejemplo, si se contrata una banda de música para tocar en una fiesta y el acreedor se compromete, a su vez, a proveer las instalaciones necesarias y los instrumentos de música, los miembros de la banda no podrían pretender que estos sean de una calidad extraordinaria superior a lo que es habitual en el medio en que actúan las partes. Ello excedería lo jurídicamente esperable y equivaldría a exigir una conducta *supra* erogatoria en el acreedor. De igual modo, si el deudor tiene que entregar una vaca cualquiera de entre todo su ganado, el acreedor puede jurídicamente esperar que ella sea de calidad media, pero no puede pretender, salvo que así se hubiera pactado, que ella sea la mejor.

Los deberes accesorios de conducta surgen del vínculo<sup>4</sup>. Lo dicho se entenderá mejor con un ejemplo. La Ley de Defensa del Consumidor (Ley 24.240) establece que todo aquel que ofrece un producto o un servicio debe informar las condiciones y calidades propias de él. También establece la ley que la publicidad no debe ser engañosa u ofensiva y que las expectativas razonables que surgen de ella integran el contrato. La lealtad publicitaria, es decir el deber de no propalar publicidad engañosa u ofensiva, es un deber jurídico genérico no obligacional, pues todavía no hay un acreedor en cuyo beneficio se deba proceder al cumplimiento. Es algo similar al deber de manejar con cuidado, el de ser diligente etcétera. Ahora cuando no se cumple y, siguiendo el ejemplo se propale una

---

<sup>4</sup> PRADO LÓPEZ, P., “*La inobservancia al deber de colaboración del acreedor en el derecho chileno: un caso de incumplimiento contractual*”, Revista de Derecho, vol XXIX, N° 2, 2016, pp 59-83.

publicidad ofensiva contra cierto grupo humano, ya habrá un damnificado y una obligación de resarcir.

Como puede verse, los dos ejemplos mencionados anteriormente (deber jurídico de no propalar publicidad ofensiva u obligación de resarcir cuando se propaló) no son deberes accesorios de conducta: el primero es un deber jurídico genérico; el segundo una obligación que ya tiene un deudor (el que encargó la publicidad) y un acreedor (la víctima de la publicidad ofensiva).

¿Por qué no pueden ser considerados deberes accesorios de conducta? Porque en un caso no es deber jurídico sino obligación de resarcir que tiene todos los elementos para ser considerada tal (ha determinación subjetiva, patrimonialidad e interés); en el otro caso el deber es genérico, no depende de la existencia de una obligación previa. El deber de no propalar publicidad ofensiva surge directamente de la ley no de una obligación.

Ahora bien, supongamos que proveedor y consumidor han celebrado ya un contrato de compraventa respecto a un electrodoméstico, una máquina exprimidora, por ejemplo. El vendedor tiene la obligación de entregar el producto, pero tiene, además, el deber accesorio de que ese producto cumpla con las expectativas razonablemente creadas por la publicidad. Si cuando el consumidor recibe la máquina exprimidora se da cuenta de que es manual y no eléctrica (situación que no aparecía especificada en la publicidad, ni era de prever) puede decirse que el deudor (el vendedor del producto) entregó el objeto, pero no cumplió con el deber accesorio de conducta que consistía en hacer que el objeto responda a las expectativas razonablemente creadas. Si no existiese el deber de entregar la máquina exprimidora, tampoco existiría el deber de hacer que ella cumpla las expectativas. Aquí puede verse que el deber de cumplir las expectativas surge del vínculo obligacional.

Por último, la accesoriedad del deber significa que si el objeto principal de la obligación se extingue (por ejemplo, destrucción del bien sin culpa ni mora del deudor) también se extingue el deber accesorio de conducta.

¿Cuáles son los deberes accesorios de conducta?

Es imposible hacer una enunciación de cuáles son los deberes accesorios de conducta, pues todo depende de cada caso concreto y varía según el objeto debido y las condiciones de pago.

No obstante, en general y sin que se trate de una enumeración taxativa pueden mencionarse: la buena fe; el ejercicio regular de los derechos; el no abuso de la posición dominante, el deber de seguridad y el deber de información.

### III- Su existencia en el nuevo Código.

La cuestión que dilucidar es si el Código Civil y Comercial argentino considera que hay deberes accesorios de conducta cuya carga corresponde al deudor y al acreedor en una relación obligacional.

El art. 724 dice: “*Definición. La obligación es una relación jurídica en virtud de la cual el acreedor tiene el derecho a exigir del deudor una prestación destinada a satisfacer un interés lícito y, ante el incumplimiento, a obtener forzosamente la satisfacción de dicho interés*”.

De su texto surge que, en la concepción del legislador, la obligación solo crea un derecho en el acreedor en virtud del cual puede exigir al deudor que cumpla o lo indemnice. No hay lugar allí para ningún deber accesorio de conducta de parte del acreedor, ni tampoco del deudor. Hay solo un nexo de este último que lo constriñe a cumplir la prestación. Basta con que la prestación esté destinada a satisfacer un interés lícito, pero no requiere que ese interés sea satisfecho efectivamente.

Ahora bien, no debemos apresurarnos con la conclusión, pues sabemos que el Código acostumbra a contradecirse.

Efectivamente, no nos defraudó: se contradice. El art. 729 dice: “*Buena fe. Deudor y acreedor deben obrar con cuidado, previsión y según las exigencias de la buena fe*”.

A todas luces el art. 729 consagra dos deberes accesorios de conducta: uno es el de buena fe, lo dice con claridad, y otro es el de obrar con cuidado y previsión ¿Para qué? Obviamente para no perjudicar injustificadamente al otro. Estamos aquí ante el deber de seguridad al que ya me referí cuando analicé el *shutpflichten* de la doctrina alemana.

¿Cómo puede ser? ¿No había dicho el mismo legislador, en el art. 724, que la obligación solo significaba un derecho del acreedor y un deber del deudor? Ahora el Código dice que, además hay otros deberes tanto para el deudor como para el acreedor ¿En qué quedamos? O está mal la definición o está mal el art. 729. *Tertium non sequitur*, decían los romanos y ello significa: no hay una tercera opción.

Ahora bien, hay que aclarar que los deberes accesorios de conducta no se encuentran solo legislados en el art. 729. El art. 9 se refiere nuevamente al deber de buena fe; el art. 11 al deber de no ejercer abusivamente los derechos individuales, el art. 11 al abuso de la posición dominante. Todos ellos constituyen, a su vez, deberes accesorios de conducta, tal como lo explicaré más abajo.

La contradicción antes señalada nos coloca frente al desafío de saber cómo se debe interpretar el Código ¿Hay o no hay deberes accesorios de conducta?

En mi opinión la contradicción debe resolverse a favor de la existencia de deberes accesorios de conducta. Los art. 729, 9, 10 y 11 deben tener prioridad por sobre el art. 724 y explicaré por qué.

Los códigos son cuerpos de normas y no manuales de enseñanza. Sus disposiciones tienen o deben tener naturaleza normativa, es decir, deben estar destinados a regular conductas intersubjetivas y no a aclarar dudas académicas, ni tampoco a imponer ciertas doctrinas.

Es por lo expuesto que, cuando se produce una contradicción entre un artículo de naturaleza normativa y un artículo de naturaleza doctrinaria han de preferirse a los primeros sobre los segundos. Dicho de otra forma: las disposiciones deben prevalecer por sobre las definiciones porque estamos frente a un código y no frente a un manual de Derecho.

Desde la época en que se redactó el Código Napoleón se viene sosteniendo que no es de buena técnica legislativa incluir definiciones y no solo por una cuestión estética, sino porque ello tiene consecuencias prácticas negativas, aun cuando la definición esté bien realizada, que no es el caso del art. 729, es decir aun cuando no hubiera contradicción entre la definición y el resto del articulado.

El motivo para lo expuesto es el siguiente: la definición traduce una particular concepción respecto a una determinada cosa. Las concepciones cambian con el tiempo, pero los Códigos están hechos para perdurar. Hay que dejar que la doctrina vaya elaborando definiciones acordes con las concepciones de cada época para evitar que se vuelvan vetustas.

Por ejemplo, la expresión “*canal de comunicación*” hoy significa un modo o lugar donde las personas pueden hablar, especialmente cuando necesitan acordar algo o resolver conflictos. Hace doscientos años un “*canal de comunicación*” era una vía de navegación fluvial o marítima. Si el antiguo código hubiera incluido una definición de “*canal de información*” hace varias décadas ya que hubiera resultado inaplicable. Lo mismo puede decirse de la palabra “*red*” que hasta hace algunas décadas solo era un instrumento para pescar y que hoy se refiere a algo muy distinto.

Voy a poner ahora un ejemplo más jurídico. La palabra “*violencia*” hasta no hace mucho tiempo significaba la agresión de carácter físico y con el uso de la fuerza. Etimológicamente violencia significa actuar con mucha fuerza. Si el Código de Vélez

Sarsfield hubiera definido la violencia tendría que haber dicho que era la agresión física mediante el uso de la fuerza.

Hoy se le puede llamar violencia a casi cualquier conducta del otro que no nos guste. Si alguien nos insulta, es violencia (violencia verbal); si alguien no nos da lo que consideramos que nos corresponde o se aprovecha del hecho de tener algo que apetecemos, es violencia (violencia económica) y los ejemplos siguen. No voy a analizar lo adecuado o no que resulta llamar violencia a cualquier conducta ajena que no nos gusta, ni englobar dentro de un mismo género antijuridicidades tan distintas, simplemente lo traigo a colación para explicar porque los Códigos no deben definir, sino limitarse a legislar, es decir a normativizar conductas no ideas.

Dicho lo precedente entiendo que, como ya lo expliqué, la contradicción entre una definición y una norma debe decidirse a favor de la norma.

Todo ello me lleva a concluir que, para el Código Civil y Comercial, hay deberes accesorios de conducta con los que cargan tanto el deudor como el acreedor.

Resta ver a continuación cuáles son y como están regulados.

#### **IV- La buena fe.**

Sostiene Wayar que es muy difícil precisar en qué consiste la buena fe. Son esos conceptos fáciles de comprender, pero difíciles de explicar, definir y sistematizar<sup>5</sup>.

La exégesis de las palabras no aporta mayor claridad al concepto. Lo bueno es lo contrario a lo malo y la fe es aquella creencia que no se encuentra fundada en un proceso de intelección o razonamiento<sup>6</sup> sino en un proceso volitivo. Desde este punto de vistas la buena fe sería algo así como la creencia irracional que no es mala. Esto carece de sentido.

Distinto es el resultado cuando no se atiende ya al significado literal de las palabras, sino a su etimología. La buena fe o *bona fides* era conocida ya por el Derecho Romano. Veamos que significaba allí.

---

<sup>5</sup> WAYAR, E., C., “Obligaciones”, t. I, Depalma. Buenos Aires 1994 p. 18.

<sup>6</sup> Cuando digo que la fe es una creencia que no tiene fundamentos racionales no significa que carezca absolutamente de ellos, sino que tales fundamentos pueden faltar o ser rebatidos y la creencia permanecería incólume. Por ejemplo, Tomás de Aquino elaboró en la Edad Media lo que para él era la demostración lógica de la existencia de Dios. Ahora bien, aunque así fuese, lo cierto es que antes de Tomás de Aquino la gente ya creía en Dios; muchos creen en Dios sin conocer la obra de Tomás de Aquino y un cundo se diesen argumentos plausibles en contra del razonamiento de Tomás de Aquino, muchos seguirían igualmente creyendo en Dios. Esto demuestra que la fe en Dios prescinde de una argumentación racional. Se cree porque se cree.

En Roma, *fides* no era la creencia sin fundamento racional suficiente, sino el concepto que los demás ciudadanos tenían de alguien. La imagen pública sería el equivalente actual de tal concepto.

Un patricio tenía *bona fides* cuando gozaba de buen concepto entre sus conciudadanos. Es decir, se trata de una persona que actuaba honestamente y respondía a lo que era dable esperar en alguien de su condición. Actuar de buena fe era responder a esa imagen pública favorable de la que se gozaba.

Tal como lo dije anteriormente, el Código Civil de Vélez Sarsfield no incorporó a la buena fe como un deber de conducta<sup>7</sup>. El autor consideraba que era un concepto poco preciso y que su incorporación afectaría a la seguridad jurídica.

La disyuntiva entre justicia y seguridad jurídica es un de las más frondosas en esta materia. No caben dudas de que la justicia es el valor supremo para alcanzar por el Derecho, pero la seguridad jurídica es un requisito para el progreso y la paz social. Nadie podría proyectar su vida y sus negocios si no tuviese la expectativa de que sus derechos serán respetados, no solo ahora, sino también en el futuro. Quizás uno de los males sociales endémicos de nuestra comunidad sea la falta de seguridad jurídica.

Hay veces que la seguridad jurídica colisiona con la justicia y no siempre debe triunfar esta última. Pongo un ejemplo: en las obligaciones, cuando el deudor no cumple en término incurre en mora y esta es una situación que lo perjudica y que se agrava cuando más transcurre el tiempo<sup>8</sup>. Lo llamativo es que, cuando transcurre no poco sino mucho tiempo, el acreedor pierde su derecho a reclamar el cobro<sup>9</sup>. Esto parece totalmente injusto ¿Cómo puede ser que poca reticencia a pagar empeore la situación del deudor, pero mucha reticencia lo beneficie?

Lo cierto es que el instituto de la prescripción de las acciones, pues de ello estoy hablando, no tiene en vistas la justicia sino la seguridad jurídica. Si no existiese el instituto de la prescripción yo no podría saber si lo que actualmente tengo es mío o no. Podría aparecer alguien reclamándome una deuda de mi tatarabuelo y quitarme todos mis bienes. Es por eso por lo que, el legislador dispuso que cuando las deudas no son reclamadas en cierto plazo, ya no pueden ser reclamadas más.

---

<sup>7</sup> No hay unanimidad en ello. MOSSET ITURRASPE sostiene que el concepto de buena fe no era ajeno al Código Civil y le venía a través de la influencia de las Leyes de Partidas. El destacado autor parece sustenta su afirmación en algunas notas del Código Civil, especialmente en la parte de Derechos Reales. En mi opinión, seguramente Vélez Sarsfield conoció el concepto de buena fe, pero no lo incorporó como un deber accesorio de conducta derivado de una relación obligacional.

<sup>8</sup> Por ejemplo, se incrementan los intereses

<sup>9</sup> Me estoy refiriendo al instituto de la prescripción liberatoria.

Cuando Vélez Sarsfield rechazó la idea de incorporar a la buena fe como un deber de conducta no estaba pensando en la justicia, sino en la seguridad jurídica. Como el concepto de buena fe no estaba perfectamente descrito ni definido, su incorporación lesionaría la seguridad jurídica, pues el acreedor no sabría a ciencia cierta qué es lo que debía esperar de su deudor y el deudor tampoco tendría certeza respecto a cómo debería comportarse frente a su acreedor. Vélez Sarsfield pensaba que la imprecisión del concepto de buena fe posibilitaría que uno de los sujetos obrase convencido que lo hacía de buena fe, pero que para su contraparte interpretaba que había obrado de mala fe.

Lo cierto es que con la sanción de la Ley 17.711, que vino a reformar al Código Civil en la década de los años sesenta del siglo pasado, se incorporó ya el concepto de buena fe. Según el art. 1198 reformado, los contratos deben celebrarse, cumplirse e interpretarse de buena fe.

Ciertamente que el precepto se refería solo a la celebración cumplimiento e interpretación de los contratos y no a otros supuestos. Sin embargo, la doctrina rápidamente lo extendió a otras relaciones y la jurisprudencia siguió el mismo camino hasta que se terminó por admitir que la buena fe era una guía que regía a todas las conductas jurídicas<sup>10</sup>.

En el nuevo Código Civil y Comercial común la buena fe está regulada, aparte de en el art. 729 que ya mencioné, en el art. 9 en cuanto dice que los Derechos deben ser ejercidos de buena fe y en el artículo 1061 según el cual los contratos deben interpretarse de buena fe.

Actualmente, la doctrina enfoca el concepto de buena fe desde dos puntos de vistas que no son opuestos ni contradictorios, sino complementarios. Ambos sirven para regular conductas, pero principalmente para interpretarlas. El filósofo alemán Rober Alexy<sup>11</sup>, sostiene que la buena fe es un mandato de optimización. Su rasgo definitorio es que pueden cumplirse en diferente grado. En cambio, las reglas son normas que o bien son cumplidas o no. Si una regla es válida, debe cumplirse. Si no lo es, no debe cumplirse o no es necesario cumplirla. Hay una buena fe subjetiva y una buena fe objetiva<sup>12</sup>.

#### ***IV.a) La buena fe subjetiva.***

---

<sup>10</sup> VON THUR, A., “*Tratado de las obligaciones*”, Editorial Comares S.L., Granada, 2007.

<sup>11</sup> ALEXY, R. “*Teoría de los derechos fundamentales*”, 2º ed. Centro de Estudios Políticos y constitucionales, Madrid.2007.

<sup>12</sup> SOLARTE RODRIGUEZ, A., “*La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta*”, Rev Universitas, N° 108, diciembre, 2004, pp. 282-315.

En sentido subjetivo la buena fe puede definirse como: El convencimiento de que se está actuando justa y lealmente.

Ahora bien, muchos de los peores criminales de la Historia actuaron convencidos de que lo hacían justa y lealmente. Hitler estaba convencido de que era justo matar a los judíos y Stalin estaba convencido de que era justo matar a los opositores liberales ¿Actuaron de buena fe desde el punto de vista subjetivo?

La buena fe subjetiva es efectivamente un estado de conciencia, pero no cualquier estado de conciencia, sino solo aquel que se traduce en el convencimiento plausible de que se está actuando legítimamente. La clave para comprender el concepto está en el adjetivo "*plausible*" que puede ser usado como sinónimo de razonable, lógico e, incluso, comúnmente aceptable.

Yo puedo estar convencido de que la Tierra es una sola y que todos los humanos debemos tener nuestra porción de ella. En virtud de tal convicción decido que, como yo no tengo vivienda, puedo apropiarme de la del vecino, que tiene dos. Bajo mentiras consigo que salga de su casa, me introduzco en ella con un arma y no lo dejo entrar.

Independientemente de mi cual sea mi ideología y de lo convencido que hubiera estado respecto a mi derecho de hacer lo que hice, no he obrado de buena fe, pues tengo conciencia de que nuestro sistema jurídico protege el derecho que cada uno tiene sobre las cosas propias al punto que es considerado uno de los Derechos Humanos incorporados a nuestra Constitución Nacional

El convencimiento subjetivo de que he obrado justa y lealmente quedándome con la casa de mi vecino no es plausible, no es razonable, no es lógico ni es comúnmente aceptable, al menos no en nuestro sistema republicano de gobierno. Son muchos los ejemplos que se pueden poner y cada uno elegirá el propio.

Lo que debe quedar en claro es que no basta cualquier idea o razonamiento subjetivo extravagante para obrar de buena fe. Puede afirmarse que, aun la buena subjetiva exige cierto grado de objetividad que se traduce en adjetivos como plausible, razonable, lógico o comúnmente aceptable.

#### **IV.b) La buena fe objetiva.**

La buena fe objetiva toma parámetros o arquetipos de conducta cuya observancia es ineludible según la concepción social imperante en un determinado tiempo y lugar. Estos parámetros o arquetipos sirven para evaluar la conducta individual de un sujeto

mediante la constatación de si ella se adecuaba o no a ese parámetro. En el primer caso el sujeto habrá obrado de buena fe; en el segundo no.

Los parámetros de conducta más divulgados son el del buen padre de familia; el de la buena madre de familia; el de el buen hombre de negocios; el de el buen abogado; el de el buen médico; el de el buen conductor de automotores; el de el buen comprador o vendedor etcétera.

Ciertamente que los parámetros objetivo de conducta varían conforme a las circunstancias de tiempo y lugar. Hoy no puede admitirse diferencias entre el parámetro de el buen padre de familia y el de la buena madre de familia, pues no se acepta la distribución de roles preestablecidos en la estructura familiar tal como ocurría hace pocos años. Dos o tres décadas atrás se trata de parámetros completamente distintos que incluían actividades y responsabilidades diferentes. El parámetro del buen hombre de negocios no es igual para nosotros, que para muchos países anglosajones donde el mundo de los negocios es considerado más bien una lucha de gladiadores en la que casi todo vale.

Queda claro, entonces, que los parámetros objetivos de conducta no son reglas universales y eternas, sino arquetipos que deben ser valorados según las circunstancias de espacio y tiempo donde se desarrolló la conducta bajo análisis.

Volviendo a la relación obligacional, la buena fe del deudor y la buena fe del acreedor se traducen en una actitud de cooperación recíproca cuya intensidad variará de acuerdo con las circunstancias. No será lo mismo la deuda alimentaria del padre para con su hijo que la de dos hombres de negocio comprando y vendiendo respectivamente mercadería para sus propias empresas.

La buena fe es fértil en crear distintas cargas que por una razón práctica las estudiamos como parámetros de conducta independientes. Así, por ejemplo, del deber de buena fe deriva la carga de ser coherente con sus propios actos, de no abusar en el ejercicio de un derecho, de cuidar los intereses ajenos etc. A ellos me referiré seguidamente.

## **V- Deber de coherencia. Teoría de los propios actos.**

Es unánime la doctrina en sostener que nadie puede alzarse en contra de sus propios actos, es decir: nadie puede legítimamente contradecir las expectativas razonables y objetivas creadas en otro. Quizás el ejemplo más gráfico de ello es el de aquel que hace una oferta de venta con especificación del precio y demás condiciones, pero que cuando la oferta es aceptada por el destinatario, cambia de parecer sin motivo y se niega a vender en iguales condiciones.

La teoría de los actos propios, mejor dicho, la interdicción de alzarse contra la expectativa creada es de aplicación prolífica en todas las ramas del Derecho y por eso es tan importante su estudio.

No hay acuerdo en doctrina si la interdicción de alzarse contra las expectativas razonablemente creadas es una derivación de la buena fe o un principio general del Derecho. Excede la finalidad de este curso analizar dicho debate.

Lo que sí considero oportuno señalar es que el nuevo Código tiene una referencia a ello en el artículo 1067 que dice: Protección de la confianza. La interpretación debe proteger la confianza y la lealtad que las partes se deben recíprocamente, siendo inadmisibles la contradicción con una conducta jurídicamente relevante, previa y propia del mismo sujeto.

La interdicción de alzarse contra las expectativas creadas o teoría de los actos propios puede constituir un deber jurídico genérico cuyo incumplimiento produzca una obligación de indemnizar o de cumplir. Tal sería el caso de quien interrumpe intempestiva e infundadamente una negociación contractual. Además, también puede constituir un deber accesorio de conducta. Por ejemplo, hay una obligación que se debe cumplir en un día y a una hora oportunamente pactada en el título. No obstante, el acreedor da a entender que no será estricto con el plazo y que aceptaría igualmente que se cumpla tiempo después sin objeciones y sin reclamos, no podrá negarse a recibir el pago tardío ni pretender alguna forma de resarcimiento por ello.

Para que la conducta generadora de expectativas genere una carga de respetarla, debe cumplir con algunos requisitos.

a) Debe ser previa al momento del pago, pues el pago extingue las obligaciones y una vez ocurrido ello se extinguen también los deberes accesorios de conducta. Recordemos lo dicho anteriormente. Son deberes accesorios y lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

b) Debe ser jurídicamente relevante. La cuestión de cuando una expectativa creada es jurídicamente relevante o no, debe analizarse en cada caso concreto. En líneas generales puede decirse que el acto generador de la expectativa debe tener la suficientemente seriedad como para no ser confundido con una broma o chanza y debe tener potencialidad para hacer creer, al común de las personas, que se actuará de determinada manera<sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup> Hace un tiempo en el Aeropuerto Internacional de Tucumán un sujeto se acercó al mostrador a preguntar si un determinado vuelo llegaría en horario. La empleada de la aerolínea le dijo que estaba atrasado y el en

c) Debe provenir del mismo sujeto, ya sea el deudor o el acreedor. Si la expectativa fue generada por otro sujeto podrá ser un caso fortuito que exonere de responsabilidad o podrá ser totalmente irrelevante para el cumplimiento. Por ejemplo, el deudor tiene la obligación de entregar una cosa que está en una caja de seguridad. Ambos saben que para poder pagar hay que acceder al Banco. Por un confuso anuncio del gobierno se crea la expectativa de que ese día sería feriado bancario y por eso el deudor (o el acreedor ¡Lo mismo da!) no se presenta a dar la cosa (o a recibirla) ya que tuvo la expectativa de que sería feriado bancario. Aquí puede haber una causal para exonerarse del incumplimiento, si el anuncio fue serio y con potencialidad para generar la expectativa (caso fortuito) o puede ser totalmente irrelevante, si el anuncio no era serio y creíble, pero en ningún caso será aplicable la teoría de los actos propios porque el acto generador no fue propio de una de las partes de la relación.

#### **VI- Abuso del derecho.**

Los derechos deben ejercerse en forma regular, caso contrario se incurre en abuso de derecho.

Supóngase que sea el acreedor quien tiene derecho a elegir el horario en que deberá ser cumplida una obligación de dar cosa cierta. Sin ningún justificativo le comunica al deudor que deberá cumplir su obligación entre las cuatro y la cinco de la madrugada del día convenido ¿Tiene derecho a hacerlo? Puede decirse que sí porque ambas partes acordaron que podría elegir horario, pero ¿Ejerció regularmente su derecho? La respuesta será en principio negativa pues ningún motivo expresó para poner ese horario tan inusual y no hay nada en el contexto fáctico que permite deducir algún justificativo.

Ahora bien, puede suceder que sí hubiera un motivo, como cuando se contrata a una banda de música para animar a un festival y se dispone que actuará cuando terminen de tocar otras bandas.

Es necesario decir que la teoría del abuso del derecho, si bien hoy cuenta con consenso mayoritario, no siempre fue así.

---

tono de chanza dijo: claro, viene mi suegra y yo le puse una bomba. La emplead activó las alarmas y todos los vuelos fueron derivados a otros aeropuertos. Más allá de las normas de seguridad de aeronavegación, no puede decirse seriamente que una chanza como esta generar la real expectativa de que el sujeto puso una bomba en realidad.

El viejo art. 1071 del Código Civil de Vélez Sarsfield decía: El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto.

En una de sus notas señalaba que, si los jueces pudieran juzgar respecto al abuso, no tardarían en juzgar respecto al uso y entonces el derecho de propiedad quedaría sometido a la voluntad de los jueces, de esta forma no sería un derecho, sino una gracia concedida por el magistrado.

En igual sentido Planiol sostenía que el ejercicio de un derecho no podía ser ilícito, pues un acto no puede ser lícito e ilícito a la vez. Dicho de otra forma: si alguien “*abusa*” no está ejerciendo un derecho sino actuando sin derecho subjetivo.

El planteo es interesante, pero dejaría limitada la teoría del abuso del derecho a aquellos supuestos en que se actúa antijurídicamente, es decir cuando hay dolo o culpa.

Ya la reforma de la Ley 17.711 agregó al art. 1071 un párrafo según el cual: La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contraría los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

El nuevo Código en el art. 11 dice: El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización.

Actualmente la teoría del abuso del derecho o, mejor dicho la interdicción de ejercer abusivamente los derechos subjetivos, tiene sanción positiva. Ya no se trata de una mera especulación doctrinaria; ni siquiera de una sostenida jurisprudencia. Es ley con toda la fuerza de tal condición.

Resta analizar cuando el ejercicio de un derecho puede ser considerado abusivo. El límite no es siempre fácil de detectar y necesita ser investigado con minuciosidad<sup>14</sup>.

Se han elaborado distintos criterios o teorías. Algunas de naturaleza subjetiva y otros de naturaleza objetiva.

---

<sup>14</sup> CUENTAS ORMACHEA, E., “*Abuso del derecho*”, Revista de la Facultad de Derecho, PUCP N° 51, 1997, págs. 463-484.

## **VI.a) Teorías subjetivas.**

### *Teoría de la intencionalidad*

Se sostiene que el ejercicio de un derecho es abusivo cuando se actúa con la intención de perjudicar al prójimo. Ya las Leyes de Partida se referían a este supuesto y ponían como ejemplo el que desvía un curso de agua "*maliciosamente por hacer mal a otro*"<sup>15</sup>.

El criterio no está exento de críticas. La más contundente es probar el dolo suele ser tarea dificultosa.

### *Teoría de la negligencia*

Según este postulado, basta con que el titular del derecho subjetivo haya actuado de manera culposa. Se pone como ejemplo el caso del propietario que, sin preocuparse por la suerte ajena, levanta en su propiedad obras que perjudican a su vecino sin reportar beneficio equivalente para él.

Bajo este criterio más amplio que el anterior, la víctima no cargaría con la prueba del dolo pero sí de la culpa. Si bien la probar la culpa no es tan difícil como probar el dolo, tampoco es tarea exenta de dificultad.

Tanto la teoría del dolo como la de la culpa asimilan el acto abusivo con el acto ilícito, por eso sus detractores sostienen que no sería necesaria norma especial que prohíba el abuso del derecho, bastaría con la interdicción genérica de realizar actos ilícitos. Sostienen que si fuese necesario alguna forma imputación subjetiva a través del dolo o de la culpa, no existiría la teoría del abuso del derecho, bastaría con teoría del acto ilícito que ya existía y era de muy vieja data. Nada nuevo aportaría.

## **VI.b) Teorías objetivas.**

### *Teoría de la falta de interés legítimo*

Hay ejercicio abusivo cuando no puede identificarse un interés legítimo que justifique ese modo lesivo de ejercer un derecho subjetivo.

No hace falta probar dolo o culpa, basta con que el interés legítimo esté ausente ya sea porque no fue invocado y probado o porque no puede deducirse de las circunstancias fácticas.

---

<sup>15</sup> Partida Tercera, Título XXXII, Ley 19. Las Leyes de Partidas son un cuerpo de normas compiladas por orden del Rey Alfonso X llamado El Sabio y que es uno de los antecedentes utilizados por muchos Códigos, especialmente en América Latina.

Bien puede invocarse el mismo ejemplo que en el caso anterior. Un sujeto levanta una pared altísima que priva de vistas a su vecino. No hace falta demostrar que lo hizo para perjudicar; ni siquiera que obró negligentemente, alcanza con la ausencia de un interés legítimo en la obra.

Como puede verse la teoría de la falta de interés legítimo no excluye el dolo o la culpa, solo prescinde de ellos y no considera necesario probarlos. Ahora, si se llegase a probar dolo o culpa la legitimidad del interés quedaría aniquilada.

Este criterio da un paso adelante muy importante en relación a los anteriores. Permite distinguir entre el hecho ilícito y el abuso del derecho o entre “*ilícito*” y “*acto abusivo*” que en los anteriores aparecían como idénticos.

#### *Teoría del ejercicio contrario a la función económica y social*

Esta teoría parte de la premisa de que los derechos subjetivos fueron concedidos por el legislador teniendo en cuenta un fin determinado<sup>16</sup>. Por ejemplo, sostiene que la libertad de expresión ha sido concedida para que la gente pueda manifestar su voluntad y sus opiniones, pero no para que perjudique, lesione o moleste otro. De igual modo, entiende que la propiedad privada es concedida solo con función social, en consecuencia, cuando no se utiliza socialmente deja de ser un derecho.

En lo personal no coincido con esta última teoría y ello por varios motivos: en primer lugar, los derechos subjetivos no son “*concedidos*” por el legislador, se tienen de manera natural solo por la condición humana y aquel solo debe reconocerlos mediante un acto expreso de positivización. Libertad de expresión y propiedad privada son derechos humanos que el legislador no puede desconocer legítimamente. Siguiendo el ejemplo, la libertad de expresión es el derecho a decir aun lo que los otros no quieren escuchar o no es libertad de expresión. De igual modo la propiedad privada es un derecho, no depende de que a otros les plazca o no respetarla, ni siquiera aun cuando esos otros sean mayoría. Solo en casos excepcionales cuando hay una verdadera necesidad pública puede el propietario ser privado de ella y no sin recibir su equivalente en dinero.

Como puede verse, la teoría del fin social o de la voluntad del legislador no permite una distinción clara entre ejercicio legítimo o abusivo y según sea la posición ideológica del intérprete puede considerar abusivo cualquier ejercicio, o ninguno.

---

<sup>16</sup> LLUIS Y NAVAS, J., “*El abuso de derecho según la doctrina y la jurisprudencia*”, Barcelona, 2013.

En mi opinión, la más adecuada es la teoría objetiva. Habrá abuso del derecho cuando se actúa sin sustento en un interés legítimo.

## **VII- El abuso de la posición dominante.**

### ***VII.a) Concepto económico.***

La idea de que el abuso de la posición dominante debía considerarse ilegítima se incorporó al Derecho argentino a través de la Ley de Defensa de la Competencia (Ley 22.262) que dice: *“Artículo 1º.-Están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley, los actos o conductas relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, que limiten, restrinjan o distorsionen la competencia o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico genera”*.

A su vez, el art. 2 define el concepto de posición dominante diciendo que: A los efectos de esta ley se entiende: a) Que una persona goza de una posición dominante en un mercado cuando para un determinado tipo de producto o servicio es la única oferente o demandante dentro del mercado nacional o, cuando sin ser la única, no está expuesta a una competencia sustancial. b) Que dos o más personas gozan de posición dominante en un mercado cuando para un determinado tipo de producto o servicio no existe competencia efectiva entre ellas, o sustancial por parte de terceros, en todo el mercado nacional o en una parte de él.

Como bien puede verse, la Ley de Defensa de la Competencia considera que el abuso de la posición dominante solo ocurre cuando hay una diferencia mercantil sustancial entre las partes. Es decir, cuando una de las partes de la relación jurídica se encuentra en posición monopólica u oligopólica.

Aunque se trata de conceptos remanidos el uso inapropiado que se ha hecho de ellos aconseja aclarar que hay monopolio cuando un producto o servicio es provisto por un único oferente. A su vez, el oligopolio se produce cuando los oferentes son tan escasos que pueden imponer unilateralmente condiciones sin que la demanda pueda modificarlas. Ejemplo del primero es el servicio de electricidad o de gas domiciliario que son prestados por una sola compañía o empresa. Ejemplo de los segundos son las empresas de ómnibus interurbano que, siendo muy pocas, prestan el servicio en condiciones muy similares

acordadas entre si y, por lo mismo, sin que el consumidor pueda modificarlas optando por un competidor<sup>17</sup>.

Hasta aquí he desarrollado lo que puede denominarse concepto económico de posición dominante.

### ***VII.b) Concepto Jurídico.***

Paralelamente hay un concepto jurídico de posición dominante que no coincide con aquel y que trataré de explicar a continuación.

El Derecho detecta que las diferencias en el poder de negociación no solo derivan de la escasez de oferta (monopolio u oligopolio) sino de otras circunstancias como el desconocimiento; la necesidad etcétera.

La publicidad y las técnicas de ventas hacen que se sientan como necesarias cosas que antes no se percibían como tales y que probablemente no lo sean.

Sin embargo, donde más se puede advertir el diferente poder de negociación que tienen las partes es en cuanto al conocimiento que cada una de ellas posee respecto al producto o servicio objeto del negocio.

Cuando alguien que no tiene conocimiento de electrónica ni de cibernética compra una computadora, puede ser fácilmente engañado. De igual manera, cuando un cliente contrata a un abogado o cuando un paciente contrata a un médico, se encuentra en la misma situación de indefensión por falta de conocimiento respecto al Derecho o respecto a la Medicina. Es víctima fácil de abusos.

Nuestro sistema jurídico, especialmente el Derecho Civil se ha estructurado alrededor de la idea o principio según el cual las partes de una relación jurídica se encontrarían en un cierto grado de igualdad. Es cierto que esta igualdad nunca fue absoluta o material, bien puede hablarse de una ficción jurídica de igualdad, aun en la Roma antigua. No obstante siempre hubo un mínimo común de poder para negociar.

El progreso de la ciencia, pero sobre todo la especialización del conocimiento hace que ello sea cada vez menos así. El Derecho no puede mantenerse ciego a este fenómeno. Es por eso que se prohíbe cualquier tipo de abuso que provenga de esa posición dominante.

---

<sup>17</sup> En nuestro sistema los monopolios y los oligopolios no son ilegítimos, incluso hay casos, como los servicios públicos, en que la misma ley dispone la prestación monopólica. Lo ilegítimo es el abuso de las prerrogativas que otorga esa posición dominante.

Bien que se observe, se nota que la concepción jurídica de posición dominante es mucho más amplia y abarca en sí misma a la concepción económica.

Ahora bien, quien se encuentra en una posición dominante carga con el deber de evitar que otro sufra daños; se equivoque respecto a la relación jurídica o sea engañado.

### ***VII.c) Deberes derivados de una posición dominante.***

En general puede decirse que los deberes derivados de una posición dominante son:

a) Hablar claro. Se entiende que quien se encuentra en una posición dominante tiene mayor poder de influencia en el contenido de las cláusulas contractuales, aun cuando hubieran sido convenidas individualmente. De allí que toda oscuridad o ambigüedad en el texto debe interpretarse en contra de quien detenta la posición dominante. Lo mismo cabe decir respecto a la publicidad que se haga del producto o del servicio.

b) Deber de información: Quien se encuentra en una posición dominante tiene la carga de informar todas las particularidades del producto o del servicio para que se reduzca la brecha negocial con su contraparte.

Obviamente tiene además un deber de protección respecto a la persona y a los derechos de su contraparte.

Un alto porcentaje de relaciones jurídicas en las que una parte tiene una posición dominante respecto a la otra se encuentra ya reguladas en estatutos especiales como la Ley de Contrato de Trabajo o la Ley de Defensa del Consumidor, sin embargo, ello no incluye a todos los casos de posición dominante que pueden aparecer. Por ejemplo, la relación entre cualquier profesional universitario y su cliente, paciente consultante o como quiera llamarse, está excluida de la Ley de Defensa del Consumidor. Lo mismo cabe decir de la relación entre el pasajero y la empresa aeronáutica que por expresa disposición de la Ley 24.240 no integra el estatuto del consumo. Es por ello por lo que se hace necesario contar con un sistema general y residual que abarque a todos los posibles abusos de posición dominante. Si se trata de una relación de consumo o de una relación de trabajo tendrá la protección de esas leyes especiales, pero si no encuadra dentro de ninguna de esas situaciones tendrá, al menos, un estándar mínimo de tutela.

El Código Civil y Comercial decidió incluir bajo una regulación general referida al ejercicio de los derechos, el concepto de posición dominante y de abuso de ella. Eso parecía esperanzador. No obstante, su texto es el siguiente: *“Artículo 11: Abuso de posición dominante. Lo dispuesto en los artículos 9 y 10 se aplica cuando se abuse de*

*una posición dominante en el mercado, sin perjuicio de las disposiciones específicas contempladas en leyes especiales”.*

¿Qué dice en realidad el artículo? Que el principio de buena fe y la prohibición de abusar del derecho se aplican a aquellas situaciones en que hay una posición dominante.

¿Y cuando no hay una posición dominante que pasa? Lo mismo. Entonces ¿Qué sentido tiene el artículo? Ninguno. Es este artículo el mejor ejemplo de norma fallida porque no regula nada. Es ¡A no dudarlo! Un error del legislador.

Ahora bien, la sola inclusión de este artículo, aunque no disponga nada ni regule nada, puede dar pie a que la doctrina y la jurisprudencia vayan elaborando una regulación del abuso de posición dominante que, en el futuro, sea incorporada a la legislación de manera seria..

## **I- Introducción.**

El presente trabajo surge como consecuencia de una presentación que tuve oportunidad de realizar en el “XXIV Seminario Internacional sobre Tributación Local”, desarrollado los días 7 y 8 de noviembre de 2024 en la ciudad de Puerto Madryn, en homenaje a los maestros Enrique Bulit Goñi y José María Sferco.

La invitación a participar en tan destacado Seminario vino de la mano del gran amigo y maestro Juan Manuel Álvarez Echagüe, quien me propuso conversar, en unos pocos minutos, sobre “*Tributación sostenible: imposición ambiental y economía circular*”.

Dicha invitación, que me llenara de orgullo, me colocó en el enorme desafío de abordar un asunto que, si bien conocía, nunca había estudiado en profundidad. Pero la invitación, y la temática, no fueron inoportunas ya que aquella llegó, más allá de mi especialidad en la materia tributaria, cuando comenzaba a trabajar en la Secretaría de Ambiente y Control del Desarrollo Sustentable de la provincia del Chubut. El desafío, entonces, fue tomado con gran entusiasmo y responsabilidad.

En este contexto me propuse comenzar a analizar la situación de mi provincia (Chubut) en la materia y abordar los espacios jurídicos (bases) existentes para la implementación de tributos ambientales modernos. Como podrá advertirse, he adelantado que las regulaciones en la provincia del Chubut, al respecto, resultan ser escasas.

Es así que en las pocas páginas que siguen me propongo bajar al papel la exposición que tuviera oportunidad de realizar en el Seminario con la esperanza, ambiciosa, de que lo escrito sirva de punta pie inicial para discutir dicho asunto en mi querida y maravillosa provincia del Chubut.

## **II- Cuestiones técnicas y preliminares sobre la tributación ambiental.**

Mi rol de Director de esta Revista me posibilita evitar del desarrollo de las cuestiones que hacen a los aspectos técnicos, conceptuales y preliminares de la tributación ambiental. Ello, por cuanto al presente trabajo lo antecede el aportado por Edgardo Ferré Olive (titulado “*Tributación ambiental*”), donde con inmensa solvencia aborda tales cuestiones.

Allí Edgardo Ferré Olive, un experto en la materia, analiza los fundamentos y la importancia de la tributación ambiental, los mecanismos administrados empleados, los instrumentos basados en el mercado (de incentivo, de financiamiento y las externalidades) y los caracteres de estos tributos.

También se analiza en dicho trabajo la importancia de instrumentos internacionales que gobiernan la temática (Protocolo de Kyoto y Acuerdo de París) y la situación de nuestro país al respecto, a la que no escapa la provincia del Chubut.

Es por ello que el estudio de Edgardo Ferré Olive resulta de lectura obligatoria para quien se interese en el presente trabajo, no siendo éste más que un pequeño complemento de aquél.

### **III- Estructura del trabajo.**

Realizadas las aclaraciones preliminar corresponde ahora mencionar los ejes que componen este pequeño trabajo. El mismo analizará los siguientes aspectos:

- a) La situación vinculada a la tributación ambiental en Chubut;
- b) Las regulaciones en la Constitución provincial;
- c) La necesidad de incluir expresamente a la cuestión tributaria como un instrumento de política ambiental;
- d) Novedosas regulaciones y políticas locales en materia ambiental;
- e) La cuestión federal y la analogía. “*La finalidad del tributo*”. La materia ambiental;
- f) La situación particular de la estructura tributaria de Chubut; y
- g) La necesidad de avanzar en el diseño de tributos ambientales modernos.

Expuestos los ejes temáticos a ser analizados brevemente, en los próximos acápite se analizarán cada uno de ellos.

### **IV- La situación vinculada a la tributación ambiental en Chubut.**

Cabe advertir, preliminarmente, que la situación de la provincia del Chubut en materia de tributación ambiental no dista de la presente en la mayoría de las jurisdicciones locales y, en algún sentido, a nivel nacional.

La situación provincial, relativa a las regulaciones fiscales en materia ambiental, puede sintetizarse de la siguiente manera:

- a) Fuerte presencia de tasas por prestación de servicios administrativos en las Leyes de Obligaciones Tributarias anuales;

b) Despliegue del derecho administrativo sancionador, en el marco de las actividades productivas que, con gran impacto ambiental, caracterizan a Chubut (principalmente la actividad hidrocarburífera y la pesca); e

c) Incentivos fiscales para el fomento de ciertas actividades “limpias”, desde un punto de vista comparativo con los esquemas tradicionales o convencionales. Tal es el caso, por ejemplo, de las regulaciones contenidas en la Ley de Energías Renovables (Ley XVII N° 95<sup>1</sup>);

Es decir, las principales regulaciones fiscales/ambientales en la provincia del Chubut giran en torno a la presencia de tasas por prestación de servicios (las que son percibidas con afectación a las Secretaría de Ambiente y Control del Desarrollo Sustentable), el derecho administrativo sancionador y la existencia de algunos incentivos de carácter selectivo.

Puede advertirse, consecuentemente, la escases de mecanismos tributarios estrictamente ambientales más allá de los expuestos *supra*.

## V- Las regulaciones en la Constitución del Chubut.

Como chubutense tengo el orgullo de destacar que la provincia cuenta con una Constitución de avanzada en la totalidad de sus regulaciones, sean relativas a derechos o a la organización del poder (su “*sala de máquinas*”<sup>2</sup>).

Del texto de la Constitución chubutense pueden mencionarse las siguientes regulaciones fundamentales que sentarían las bases para una idear un moderno esquema de tributación ambiental en la Provincia:

a) El deber ciudadano de evitar la contaminación ambiental y participar en la defensa ecológica (art. 66 inc. 7<sup>3</sup>);

---

<sup>1</sup> La norma se propone “*promover el desarrollo de las Energías Renovables en el ámbito provincial y a través del mismo, contribuir al desarrollo sustentable de la Provincia, protegiendo al Medio Ambiente, fomentando la inversión, el crecimiento económico, el empleo, el avance tecnológico y la integración territorial*” (art. 1°). Así, “*se declara de interés provincial y utilidad pública, la investigación, el desarrollo, la explotación, la comercialización y el uso de Energías Renovables en todo el territorio de la Provincia del Chubut; como asimismo la radicación de industrias destinadas a la producción de equipos y componentes para la realización de tales actividades, incluyendo la construcción y el montaje de las instalaciones necesarias al efecto*” (art. 2°).

La norma contiene un régimen de incentivos en su art. 7°, regulando beneficios impositivos en materia de Impuesto de Sellos e Ingresos Brutos, consagrando, luego, el instituto de la estabilidad fiscal (art. 8°).

<sup>2</sup> Al decir de GARAGRELLA, R., en “*La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*”, Katz Editores, Buenos Aires, 2014.

<sup>3</sup> La norma establece que: “*Todas las personas en la Provincia tienen los siguientes deberes: 7. Evitar contaminación ambiental y participar en la defensa ecológica*”.

- b) El control de factores ambientales a fin de reducir los riesgos de la salud (art. 72 inc. 6<sup>4</sup>);
- c) El fomento del turismo, preservando el medio ambiente (art. 86<sup>5</sup>);
- d) El control ambiental sobre los recursos naturales (art. 99<sup>6</sup>);
- e) El derecho al ambiente sano y equilibrado y la necesidad del dictado de la legislación a tal efecto (art. 109<sup>7</sup>); y
- f) Las facultades del Poder Legislativo de legislar en materia de protección ambiental (art. 135 inc. 25<sup>8</sup>).

## **VI- La necesidad de incluir expresamente a la cuestión tributaria como un instrumento de política ambiental.**

El Código Ambiental de la Provincia del Chubut (Ley XI N° 35) contiene, en su art. 7°, un importante elenco de instrumentos de política ambiental, a saber: a) información ambiental; b) educación e investigación; c) planeamiento y ordenación ambiental; d) sistemas de evaluación de impacto ambiental; e) normas de calidad ambiental y de preservación de la naturaleza y conservación del patrimonio ambiental; f) normas de emisión de elementos sólidos, líquidos o gaseosos; y g) normas de administración y uso de los recursos naturales.

Tal cual puede advertirse, la herramienta tributaria no se encuentra expresamente contenida en los instrumentos regulados en el art. 7°, lo cual exige, como pauta fundacional (o de base) de una estructura tributaria ambiental, incluir en el elenco referido a los diseños tributarios. Ello exige la modificación del Código Ambiental como pauta de

<sup>4</sup> Dispone: “La política provincial de salud se ajusta a los siguientes principios: 6. Controlar los factores sociobiológicos y ambientales a fin de reducir los riesgos de enfermar de todas las personas, desde el momento de su concepción y hasta su muerte natural”.

<sup>5</sup> Según el cual: “El Estado promueve el turismo en todo el territorio como actividad de desarrollo económico-social. La correspondiente política considera al turismo como un medio de acceso al patrimonio cultural y natural y de desarrollo de las relaciones específicas entre los pueblos. Asegura una explotación racional de la actividad que conserva la integridad del mencionado patrimonio. Favorece la iniciativa e inversión pública y privada y tiende especialmente a preservar la calidad del medio ambiente. Fomenta el turismo social procurando que esté al alcance de todos los habitantes de la Provincia”.

<sup>6</sup> Establece que: “El Estado ejerce el dominio originario y eminente sobre los recursos naturales renovables y no renovables, migratorios o no, que se encuentran en su territorio y su mar, ejerciendo el control ambiental sobre ellos. Promueve el aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo, conservación, restauración o sustitución”.

<sup>7</sup> LA norma dispone: “Toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano que asegura la dignidad de su vida y su bienestar y el deber de su conservación en defensa del interés común. El Estado preserva la integridad y diversidad natural y cultural del medio, resguarda su equilibrio y garantiza su protección y mejoramiento en pos del desarrollo humano sin comprometer a las generaciones futuras. Dicta legislación destinada a prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, impone las sanciones correspondientes y exige la reparación de los daños”.

<sup>8</sup> Establece: “Corresponde al Poder Legislativo: 25. Legislar sobre protección ambiental”.

inicio, que dé fuerza al diseño de una política y administración tributaria consistente, desde el punto de vista normativo, en materia ambiental.

Dicha política tributaria, además de descansar en los principios fundamentales que gobiernan a la tributación, deberá reparar en las premisas que constituyen las notas características de toda regulación ambiental, es decir, los principios de prevención, precaución, responsabilidad, solidaridad y gradualidad.

Sentar las bases para una tributación ambiental moderna exige tanto fusionar como conciliar los principios de la tributación con los que gobiernan la cuestión estrictamente ambiental.

### **VII- Novedosas regulaciones y políticas locales en materia ambiental.**

Una cuestión no menos importante que hace a las bases para avanzar en el diseño de una tributación ambiental moderna en la provincia del Chubut puede encontrarse en las recientes regulaciones impulsadas en materia ambiental.

Entre dichas regulaciones pueden citarse las siguientes: las relativas a los proyectos impulsados en materia RAEEs, chatarra, materiales ferrosos y no ferrosos<sup>9</sup>, emisiones de metano<sup>10</sup>, la Ley de Pasivos Ambientales (Ley XI N° 85) y sus Decretos Reglamentarios (N° 1195/24 y 1218/24), entre los más importantes<sup>11</sup>.

De igual modo, debe desatacarse el rol asumido en los últimos meses por la Secretaria de Ambiente provincial en materia de educación ambiental, impulsando capacitaciones en diversas instituciones educativas e instituciones, como así las capacitaciones impulsadas en el marco de la conocida como “*Ley Yolanda*”<sup>12</sup>.

Por último, cabe hacer referencia a la reciente creación de una Fiscalía especializada<sup>13</sup> en el seno del Ministerio Público Fiscal, a los efectos de investigar delitos de naturaleza ambiental, exclusivamente.

### **VIII- La cuestión federal y analogía. “La finalidad del tributo”. La materia ambiental.**

---

<sup>9</sup> Resolución 69/24 de la Secretaría de Ambiente y Control del Desarrollo Sustentable de Chubut.

<sup>10</sup> Resolución 69/24 de la Secretaría de Ambiente y Control del Desarrollo Sustentable de Chubut.

<sup>11</sup> Estas últimas normas avanzan en la reglamentación de los recaudos de importantes instrumentos ambientales como lo son las auditorías de cierre y los planes ambientales específicos, fundamentalmente en la actividad hidrocarburífera.

<sup>12</sup> Ley Nacional 27.592, que establece la capacitación obligatoria en materia ambiental para los empleados públicos y a la que adhiere la provincia del Chubut por medio de la Ley XXV N° 64.

<sup>13</sup> Por medio de la Resolución 244/24 PG, del 06 de diciembre de 2024.

Como bien es sabido, la Ley de Coparticipación Federal de Impuestos (Ley 23.548) contiene en su art. 9° inc. b) lo que se denomina “*prohibición de analogía*”, en virtud de la cual las Provincias (y sus municipios) no pueden regular tributos análogos a los nacionales coparticipados. Esta prohibición se alza como un importante límite al poder tributario local.

Cabe entonces preguntarse si la implementación de tributos ambientales podría vulnerar, o no, dicha prohibición. Para ello, resulta necesario repasar, seguidamente, algunos aspectos conceptuales.

Dino Jarach<sup>14</sup> fue el encargado de establecer los lineamientos para determinar cuándo un tributo local podía resultar análogo a uno nacional coparticipable. Así, entendió que la analogía implicaba: a) coincidencia sustancial, total o parcial, de hechos imponibles, aunque no de bases imponibles; y 2) bases imponibles sustancialmente iguales, total o parcialmente, aunque con distintos hechos imponibles. Agregó el maestro que no resulta relevante, en la materia, la coincidencia de los sujetos pasivos llamados a abonar el tributo de que se trate.

En este contexto, la Autoridad de Aplicación de la Ley de Coparticipación, es decir, la Comisión Federal de Impuestos, replicando la definición esbozada por Jarach ha dicho que “*la analogía debe buscarse en torno a elementos sustanciales*” del tributo. Ha agregado la Corte Suprema<sup>15</sup>, en un caso que involucró a la provincia del Chubut, que “*En el régimen de la ley 23.548 la analogía no requiere una completa identidad de hechos imponibles o bases de imposición, sino una coincidencia sustancial*”.

En el marco de estas definiciones “*clásicas*” de la analogía el diseño de una política tributaria ambiental por parte de la Provincia fácilmente podría colisionar con la prohibición contenida en el art. 9° inc. b) de la Ley 23.548.

Ahora bien, la Comisión Federal de Impuestos también ha tenido oportunidad de dictaminar<sup>16</sup> que el análisis de la analogía “*incluye la función económica que esta llamada cumplir el tributo impugnado*” en el conjunto de los respectivos sistemas tributarios, más allá de la perfecta coincidencia entre hecho imponible, base imponible o sujetos pasivos de los tributos cotejados.

Esta postura de la Comisión flexibiliza, ante determinados supuestos, el rigor de la prohibición de analogía en casos como el involucrado en la tributación ambiental. Ello

---

<sup>14</sup> Conforme su trabajo elaborado para el Consejo Federal de Inversiones en 1966.

<sup>15</sup> CSJN, “*Pan American Energy c/ Chubut*”, 2012.

<sup>16</sup> Dictamen N° 27/07 de la Asesoría Jurídica de la Comisión Federal de Impuestos.

por cuanto, cabe aclararlo, los tributos ambientales persiguen una finalidad *extra fiscal*, es decir, no buscan recaudar (aunque de hecho, lógicamente, lo hagan) sino más bien fomentar o desincentivar comportamientos relacionados con la preservación del medio ambiente.

Entonces, puede decirse que la doble imposición en casos como los aquí estudiados, que involucran tributos *extra fiscales*, no se encontraría vedada por la prohibición contenida en el art. 9° inc. b) de la Ley 25.548.

A lo expuesto más arriba debe sumarse que las últimas oleadas constitucionales han regulado importantes cuestiones en materia ambiental, reparando en el dominio originario de los recursos naturales en cabeza de las Provincias, esquemas en los cuales sólo compete a la Nación el establecimiento de los “*presupuestos mínimos*” en materia ambiental, mas no los que podrían denominarse, a *contrario sensu*, como “*presupuestos máximos*”, los que se reservan a las Provincias.

Entonces, por principio federal, al encontrarse el dominio originario de los recursos naturales en cabeza de las Provincias, que son las que regulan las cuestiones máximas en materia ambiental, la prohibición de analogía en este campo se encuentra fuertemente flexibilizada. El margen de acción tributario en este ámbito por parte de las Provincias es, por ende, mucho más amplio que en otros espacios impositivos.

Así las cosas, las bases para avanzar a nivel provincial en la regulación de novedosos tributos ambientales, se encuentran más que sólidas.

### **IX- La situación particular de la estructura tributaria de Chubut.**

Las bases (suficientes) para la implementación de tributos ambientales modernos no sólo encuentran respaldo en lo expuesto en los acápites anteriores, sino que también hallan asidero si es que se analiza la particular estructura tributaria de la provincia del Chubut.

Dicha estructura tributaria, a diferencia de la de las restantes jurisdicciones locales, se asienta sobre un importante grado de descentralización hacia los municipios y las comisiones de fomento, que cuentan con poderes tributarios de carácter originario (conf. art. 233<sup>17</sup> de la Constitución).

De esta manera, las municipalidades y comisiones de fomento retienen los principales impuestos (Ingresos Brutos de contribuyentes directos, Impuesto Inmobiliario

---

<sup>17</sup> Según el cual “*Es de competencia de las municipalidades y comisiones de fomento: 3. Establecer impuestos, tasas, contribuciones y percibirlos*”.

Urbano y Baldío en ejido, Impuesto Automotor y tasas retributivas de servicios), mientras que la Provincia recauda, fundamentalmente y además de las regalías hidrocarburíferas, el Impuesto sobre los Ingresos Brutos de contribuyentes de Convenio Multilateral (y en jurisdicción provincial), Impuesto de Sellos e Impuesto Inmobiliario Rural (fuera de ejidos municipales), entre los principales tributos<sup>18</sup>.

Es así que en el esquema descrito la Provincia encuentra espacios suficientes para avanzar en la implementación de impuestos ambientales novedosos, sin que de ello se corra el riesgo de caer en múltiples imposiciones generadas por el mismo ente provincial.

#### **X- La necesidad de avanzar en el diseño de tributos ambientales modernos.**

Analizados los asuntos respectivos en los apartados anteriores corresponde concluir que la provincia del Chubut cuenta con espacios jurídicos y bases suficientes para avanzar en el diseño de una política tributaria ambiental moderna.

De esta manera, se encuentran sentadas las bases para pensar e idear el diseño de herramientas fiscales de recaudación que generen fondos para que el gobierno realice su gestión y controle a las entidades en el cuidado del medio ambiente<sup>19</sup>.

Pero lo *supra* mencionado no puede divorciarse de la cuestión estrictamente administrativa, por cuanto no se detiene en el diseño de una política tributaria estrictamente hablando.

El diseño de una política tributaria sólida desde una perspectiva ambiental requiere, indefectiblemente, de estructuras administrativas igualmente sólidas, es decir, de una autoridad con atribuciones e independencia suficientes para llevar a cabo su cometido. Es imposible separar la buena administración de una política ambiental y fiscal sin organismos técnicos especializados, no solo en materia tributaria sino también ambiental.

---

<sup>18</sup> Esto surge de los arts. 135 (contempla el poder tributario de la Provincia) y 233 (consagra el poder tributario de las Municipalidades y las Comisiones de Fomento) de la Constitución provincial y de la Ley XVI N° 46 (de Corporaciones Municipales).

<sup>19</sup> Reparando en la "*teoría del doble dividendo*" debe destacarse que en el marco del Código Ambiental de Chubut ya existe el denominado "*Fondo Ambiental Provincial*"<sup>19</sup>, con afectación específica a la hoy Secretaría de Ambiente y Control del Desarrollo Sustentable, siendo una de sus fuentes son "*los impuestos o tasas que para este fondo se crearen*".

Ello requiere pensar en un organismo multidisciplinario, no sólo compuesto de técnicos en materia ambiental, sino también en ciencias económicas y jurídicas, el cual ejerza fuertes controles en el marco del principio que reza “*se paga impuestos para ser controlados*”.

En fin, la Provincia cuenta con espacios jurídicos y bases suficientes para avanzar en el diseño de una política y administración tributaria ambiental moderna, de avanzada, lo que constituye una nueva oportunidad de marcar un antes y un después en la materia que coloque, una vez más, a Chubut como una jurisdicción y un modelo a imitar.



## ANEXO

### *Acto de otorgamiento del título de Doctor Honoris Causa al profesor Alberto Binder*

*Evento llevado a cabo el día 1° de octubre de 2022 en la sede Trelew de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco.*

**Participantes:** Alberto Binder, Ángela Ledesma, Gustavo Fleitas (Decano FCJ-UNPSJB), Francisco Schiavone (Vice Decano FCJ-UNPSJB), Marcos Kupczewski (Delegado Zonal Sede Trelew UNPSJB), Lidia Blanco (Rectora UNPSJB) y Julio Ibáñez (Decano FCE-UNPSJB).

### Transcripción literal

**(Moderadora)** Nos reunimos hoy para celebrar el acto de otorgamiento del Doctorado Honoris Causa al profesor Alberto Martín Binder. Agradecemos la presencia de las autoridades universitarias, graduados, estudiantes y público en general. Preside el acto la señora rectora de la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco magíster en Ciencias Antonia Lidia blanco, la acompaña el delegado zonal de la sede Trelew licenciado Marcos Kupczewski, el decano de la Facultad de Ciencias Económicas Magister Julio Ricardo Ibáñez y el vicedecano de la Facultad de Ciencias Jurídicas doctor Francisco Cruz Schiavone. Invitamos al Delegado Zonal, Marcos Kupczewski, a dar la bienvenida.

**(Marcos Kupczewski. Delegado Zonal)** Muy buenos días. Muchísimas gracias por la presencia, muy buenos días a las autoridades, a todos los estudiantes, colegas. Doctor Binder un gusto haberlo conocido recién hoy, pero ya venía conociendo un poco su trayectoria y todo el impacto que ha tenido para nuestra comunidad universitaria. Muchísimas gracias por asistir, simplemente darle la bienvenida. Un orgullo para nuestra sede que este evento de tanta trayectoria se realice en nuestras instalaciones. Les deseamos que lo pasen muy lindo en este acto tan significativo para toda la comunidad universitaria, simplemente darle las gracias por participar a todas las autoridades, a todos los organizadores y valorar toda la trayectoria y los aportes que han realizado para llegar a este reconocimiento, por toda la formación y todos los aportes que ha realizado en

nuestra universidad. Así que sinceramente, muchísimas gracias por todo lo que ha hecho y sumamente valorado. Muchísimas gracias y a disfrutarlo.

**(Moderadora)** El Doctor Rubén Gustavo Fleitas, decano de la facultad de Ciencias Jurídicas, dirá unas palabras.

**(Rubén Gustavo Fleitas. Decano FCJ-UNPSJB)** Hola, bueno, buenos días a todas y a todos. Culminamos hoy luego de haber iniciado ayer una trayectoria de debate y charlas sobre lo que tiene que ver con el Código Procesal, con otro procedimiento penal como la puesta en marcha de juicio por jurados y con la necesidad de debatir con todos los actores de la Universidad, con todos los actores del Poder Judicial, de los operadores, de nuestros graduados, los centros de estudiantes, los centros de graduados y los colegios. Nosotros también adherimos a esta propuesta y a nuestras necesidades de generar mesas de debate; y le sumamos el reconocimiento y la trayectoria a aquellos que durante mucho tiempo colaboraron, pensaron, que desde el ámbito académico podemos colaborar y prestar muchos servicios para el ejercicio del derecho, para la búsqueda de justicia, que siempre nos requiere. No me voy a extender respecto a lo que significa para nuestra Universidad el reconocimiento del Doctor Alberto Binder, lo dejo para aquellos que van a luego expresarse con profundidad, pero sí señalar que aún requerimos de su compromiso para que redoble esfuerzos y siga trabajando con nosotros porque todavía queda mucho por hacer. Así que bienvenidos a este sencillo acto desde la Facultad, desde la Universidad, les agradecemos a todos. Esperamos que este sea un reconocimiento que dé frutos para que muchos pensemos que en la trayectoria, en la dedicación, en algún punto está parte de la vida misma que hemos pensando aquellos que nos formamos en el derecho o nos formamos en la educación universitaria, desde la universidad pública y nacional como la nuestra que es la Patagonia. Así que muchas gracias a todas y a todos.

**(Moderadora)** A continuación invitamos al Decano de la Facultad de Ciencias Económicas Magister Julio Ricardo Ibáñez a dirigirnos unas palabras.

**(Julio Ricardo Ibáñez. Decano FCE-UNPSJB)** Hola, muy buenos días a todos, a la vicerrectora, al señor decano de ciencias jurídicas, también a los más jóvenes. Parece raro que Ciencias Económicas esté en este acto. Antes no había una facultad de derecho, y Ciencias Económicas tomó un poco ese lugar. Por eso para nosotros es un orgullo estar acá por el motivo que nos convoca. En el año 1995, lo miro a Alfredo porque fue uno de los impulsores realmente de este proceso, iniciamos la primera cohorte de la Carrera de Especialización en Derecho Penal, acá en la ciudad de Trelew en la Facultad de Ciencias Económicas. Esto nos permitió recibir académicos de diferentes partes del país que

aceptaron venir a la Patagonia y capacitar a los abogados ofreciendo la oportunidad de realizar una carrera de posgrado. El director de esa carrera en ese entonces era el doctor David Baigún, y entre esos jóvenes profesores estaba el doctor Alberto Binder. Tuvo a su cargo el dictado de las asignaturas de Derecho Procesal Penal I y Derecho Procesal Penal II. Así fuimos completando la primera cohorte de especialistas en derecho penal. Esta experiencia nos animó a abrir el listado de la carrera en Comodoro Rivadavia y en Esquel con el mismo éxito que tuvimos aquí.

El currículum global de Alberto Binder despierta la admiración de todos, pero para nosotros es el profesor. Además de nuestro profesor, es miembro del Comité Académico de la Carrera de Especialización en Derecho Penal de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de la Patagonia para Esquel, Trelew y Comodoro Rivadavia. Además esencialmente es parte importante de la Universidad Nacional de la Patagonia, ya que integra nuestra comunidad desde el día que dictó sus primeras clases hace casi tres décadas. Por unanimidad los claustros docentes, no docentes, alumnos, graduados y nuestro consejo directivo de la Facultad de Ciencias Económicas, acompañan el título de doctor Honoris Causa, Alberto Martín Binder, profesor y colaborador incondicional de esta casa de estudios. Porque donde se lo requiere Alberto está presente. Tiene una vocación en la formación de profesionales incentivándolos para que logren un alto nivel académico que engrandece a nuestra provincia, que también es suya, porque desde un tiempo bastante grande el doctor Binder es Presidente en la ciudad de Esquel. Su presencia es una garantía de que las cosas puedan ser mejores. Muchas gracias.

**(Moderadora)** A continuación el vicedecano de la Facultad de Ciencias Jurídicas, doctor Francisco Schiavone dará lectura de la resolución 15/2021 de nombramiento como Doctor Honoris Causa.

**(Francisco Schiavone. Vice Decano FCJ-UNPSJB)** Hola, buenos días. Comodoro Rivadavia, 3 de mayo de 2021. Visto la resolución del Consejo Directivo de la Facultad de Ciencias Jurídicas número 36 del 2021, por la que se propone otorgar el título Doctor Honoris Causa al Doctor Alberto Martín Binder. Considerando: Que el Doctor Alberto Martín Binder ha sido propuesto por los profesores asociados de Derecho Procesal Penal y Derecho Penal I respectivamente de esta casa Doctores Alfredo Perez Galimberti y Florencio Minatta, para que le sea otorgado el título Doctor Honoris Causa. Que el doctor Alberto Binder es autor de numerosos proyectos provinciales, nacionales y de países latinoamericanos, y cuya estructura fue tomada como modelo de las leyes procesales penales actuales en tres ámbitos. Actualmente puede considerarse en la

actualidad como el jurista más innovador, no sólo en cuanto a los nuevos sistemas adversariales del país, sino también en el diseño integral de la ingeniería institucional que hace a la reforma del Poder Judicial en lo penal, trabajando especialmente en la gestión de la conflictividad como un todo. Que en línea con lo anterior ha organizado numerosas investigaciones y escrito cientos de artículos y libros sobre derecho penal, derecho procesal penal, política criminal y sobre gobierno judicial. Prestando servicios invaluable a la provincia de Chubut, en la que reside desde hace más de veinte años y donde ha confeccionado el grueso de su obra. El Doctor Alberto Martín Binder es docente de posgrado de nuestra universidad y ha sido otorgado por diferentes universidades de la región distinciones similares a la propuesta. Que conforme a lo anterior, el doctor Alberto Binder cumple con todas las exigencias de fondo y de forma que requiere el estatuto para el otorgamiento del título honorífico Doctor Honoris Causa. Que aquello fue aprobado por unanimidad en la sesión ordinaria de este cuerpo el 29 de abril del mes pasado. Por ello, el Honorable Consejo Superior de la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco resuelve artículo 1: otorgar al Doctor Alberto Martín Binder, DNI 12.317.633, el título Doctor Honoris Causa de acuerdo a lo establecido en ordenanza del Consejo Superior número 120, artículo 71 inciso 11. Artículo 2: Regístrese y acúcese las comunicaciones que correspondan y cumplido archívese. Resolución Consejo Superior 15 de 2021.

**(Moderadora)** Acto seguido la Doctora Ángela Ledesma realizará la presentación del Doctorado. Ella es abogada por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y Doctora en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Nacional de Córdoba. Profesora Titular de la asignatura Elementos de Derecho Procesal Civil en la Facultad de Derecho de la UBA, y a nivel posgrado profesora de las asignaturas Fundamentos de Derecho Procesal y de Derecho Procesal Penal y Garantías del Proceso Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Además es directora de la cátedra en la carrera de la especialización en Sistemas Procesales. Es socia fundadora y presidente honoraria de la Asociación Argentina de Derecho Procesal y jueza de la Cámara Federal de Casación Penal.

**(Angela Ledesma)** Buenos días a todas y a todos, señora Rectora, señores Decanos, autoridades de esta casa de estudios, nuestro querido homenajeado profesor Alberto Binder. Realmente agradezco la invitación del Doctor Alfredo Pérez Galimberti y la generosidad también de la Universidad San Juan Bosco al concederme este privilegio de poder participar en la entrega de éste título al profesor Alberto Martín Binder. Esto es

bastante difícil porque a uno lo embarga la emoción y, por el otro lado, porque todos ustedes conocen al profesor Binder. Quién no tiene alguno o todos o la mayor parte de los libros del profesor Binder como bibliografía de cabecera. Todos en la región, todos/as los que están aquí presentes saben muy bien quién es él. Por eso la tarea encomendada no me resulta fácil.

Podríamos decir que nuestro homenajeado es discípulo de grandes maestros, pero esencialmente él tiene una vastísima formación jurídica que es fruto de su capacidad de estudiar y de investigar todos los días. Es innovador, generoso, vehemente al defender los principios del Estado democrático y republicano de derecho. Heredero de la corriente liberal del Siglo XX, podríamos decir que es tan discípulo de Carrara como de Baigún o de Maier entre nosotros. Reconoce a los grandes maestros, tiene la capacidad de entrar en diálogo con ellos y aporta nuevas miradas sobre sus trabajos. Así es por ejemplo en el caso de Ferrajoli, cuando de algún modo completa el sistema de garantías al colocar en el centro de la decisión al litigio y no al juez. Adopta esta posición expresamente en el tomo quinto del Tratado, y va a reconocer que es evidente que la clasificación que utilizó en esa obra es tributaria y deudora del trabajo de Ferraioli.

Alberto Binder es un permanente abridor de estos surcos, de fuertes debates y discusiones picantes. Pero es muy humilde, él ni siquiera quiere que lo sigan, en este momento sé que estás muy incómodo, tiene miedo de lo que vamos a decir porque realmente no le gusta que lo alaben. Él no quiere que lo repitan. Hace poco conversando, Alfredo estaba presente, en el Congreso Nacional de Derecho Procesal en Mendoza decía a algunos y algunas que lo habían citado “*No me repitan, no me citen permanentemente, no citen lo que digo, tengan espíritu crítico*”, porque a él le gusta encontrar con quién compartir ideas, intercambiar, escuchar, quiere escuchar otras voces, quiero escuchar posiciones diferentes y poder discutir sus propios pensamientos. No es un solitario, es un gran fogonero de jóvenes, un entusiasta provocador capaz de descubrir los grandes talentos. Es sensible, es sencillo, es humano, es humano frente al dolor del otro, es un amigo leal y respetuoso, cálido y crudo a la vez. Es ciudadano de América Latina, ciudadano riojano y ciudadano patagónico, comprometido con las reformas procesales provinciales y la reforma procesal federal. Luchador y trabajador incansable.

He tenido la posibilidad de saber que existía alguien con ese nombre, cuando a mediados de los 80, el Consejo para la Consolidación de la Democracia encomienda al profesor Julio Maier la elaboración de un proyecto integral de reforma del sistema procesal penal federal. Allí aparecía un joven trabajando a su lado. Ese joven era Alberto

Binder, todavía no lo habíamos descubierto. Luego supimos que comenzó a transitar al lado de Maier el sendero de la reforma procesal en los distintos países de América Latina, de Centroamérica y del Sur. Pero cuando la reforma del Código Procesal Penal de la provincia de Buenos Aires, a mediados de los 90, entró en su etapa de implementación se pensó que en ese momento la persona idónea para trabajar en la implementación era el profesor Binder y así fue convocado a la mesa de trabajo. Él se sumó como un obrero más, tuve allí la oportunidad de conocerlo y de trabajar a su lado, nutriéndome permanentemente porque en realidad él nos enseñaba y ahí descubrí su capacidad de trabajo y su creatividad permanente, sobre la marcha iba reacomodando las piezas el tablero y haciendo propuestas. En un momento me dije alguien tiene que tomar nota de todo lo que está diciendo, entonces me apuré y comencé a hacer apuntes que luego transcribí en algunos pequeños trabajos. Él nos mostraba todas las dimensiones de un proceso tan complejo como es el de implementación y que lamentablemente no se concluyó en la provincia de Buenos Aires.

Su lucha nunca fue discursiva, siempre estuvo en el campo de batalla. Siempre generó nuevas miradas y nuevas alternativas, porque es provocador y desafiante. Le gusta debatir y batirse a duelo, así no dudó en hacerlo con la inquisición y con sus resabios filtrados en el modelo de enjuiciamiento mixto, dedicando gran parte de su obra y debates académicos a batirse a duelo con las formas procesales, con el trámite, desde allí nos mostró la perspectiva funcional de las formas procesales como verdaderas garantías de juzgamiento al servicio de los principios. A veces se lo percibe rupturista, al escribir artículos periodísticos o hacer declaraciones, pero no es una faceta aislada, es muy consciente de lo que hace. Cuando se cansa de la impericia, de la falta de respuesta, declara la guerra. Pero si bien le gusta salir al choque, también es capaz de preguntarse y de preguntar a sus amigos y amigas ¿Será irrespetuoso decir tal cosa? Le gusta compartir también ese momento último momento de la toma de decisión antes de lanzarse al fuego de la pelea.

Toda su labor está impregnada de una mirada holística. Si nosotros recorriéramos su curriculum, cosa que no vamos a hacer porque lo que queremos es escuchar al profesor Binder, vamos a ver como el comienza justamente con aquel libro *“Política criminal desde la formulación a la práctica”*, y desde allí luego articula con sus dos Introducciones que son las bases de todo el desarrollo interior del sistema de garantías, del escudo protector que son los principios del Derecho Penal y del Derecho Procesal: *la Introducción al Derecho Procesal y la Introducción al Derecho Penal*. Si pretendiéramos

hablar de todos los aportes de su obra, tendríamos que detenernos en muchos aspectos, pero me voy a referir solamente a tres puntos que me parece que son los que más han impactado en todo el proceso de reformas. Por un lado, su rol en la Patagonia, como fogonero de todas las reformas en las provincias que luego fueron proyectándose desde el sur hacia el centro y norte con señeras innovaciones. Una de las grandes discusiones se planteó justamente en San Martín de los Andes en el año 1999 cuando nos encontramos en el Congreso Nacional de Derecho Procesal, y tanto Maier como Binder eran conscientes de una realidad, una realidad que se siguió mostrando en las estadísticas que podemos ver, y es la imposibilidad de dar respuestas a todos los casos y la necesidad de introducir el principio de la disponibilidad en el ejercicio de la acción penal pública. Pero Maier sostenía que esto debía acontecer desde el Congreso de la Nación, que necesitábamos una ley nacional que así lo dispusiera, y Binder ya venía trabajando en proyectos provinciales, en ese momento justamente discutíamos un anteproyecto para la provincia de Neuquén. Binder sostenía que debía comenzarse con la federalización del principio de disponibilidad en el ejercicio de la acción y que se debía introducir en los Códigos procesales, y así refutó uno por uno los argumentos en contra de aquella posición, la realidad luego le dio la razón porque la Ley 27.147 ha sido muy morosa al abrir esta puerta desde el Congreso Nacional. Cuando se sanciona esa ley ya había 14 o 15 provincias que tenían la disponibilidad del ejercicio de la acción penal.

Pero directamente relacionado con esto, quiero mencionar que otro aporte importante en esta línea de pensamiento, es el que aparece en el tomo cuatro de su tratado: El proceso compositivo, donde analiza que la reparación del daño en esta interrelación entre lo civil y lo penal, es una herramienta eficaz para la gestión de la conflictividad y nos convoca entonces a abandonar la mirada unívoca de respuesta a través del proceso de conocimiento. Nos enseña que el proceso compositivo no es una salida alternativa. Es otra vía para abordar la cuestión. Hoy hablamos de distintas modalidades, de procesos diversos, donde uno de ellos es el compositivo.

Como anticipamos, no dudó en generar luchas y ponerse al frente y así combatir lo hizo con la cultura del trámite. Afirmó y afirma que lo hará todas las veces y por todas las formas que fueran necesario, y no solo lo repite, sino que lo hace y lo vuelve a hacer. De este modo nace otro gran eje tremendamente innovador en la reforma procesal penal que es una nueva teoría de la invalidación de los actos procesales, cuya consagración parte de un trabajo que realiza y publica, luego profundizado en su Tratado, pero previo al producto que hoy se exhibe existió un intercambio académico muy rico con Julio Maier,

si mal no recuerdo conocimos ambos trabajos en el año 2000, en aquella oportunidad el profesor Maier le da la razón, de este modo un esbozo inicial de la innovadora tesis sobre lo que antes se denominó al unísono nulidades procesales generó y genera una transformación impactante en el proceso penal. Esta doctrina se consagra en los códigos de la Patagonia y ahora en el nuevo Código Procesal Penal Federal, pero todavía motiva discusiones entre los antiguos cultores de las formas insustanciales, porque Alberto Binder rescata la función de las formas procesales como preservadoras de los principios y esto es algo totalmente nuevo dentro de una cultura signada por el trámite, por el rito insustancial, donde las formas tradicionalmente no se vieron como garantías de juzgamiento. Así, ha sentado definitivamente las bases para terminar con una tradición ritualista y burocrática.

En la obra, que en su Tratado magistralmente diseña desde el tomo uno, Binder sintetiza el centro del sistema de garantías en el “*litigio*”, y dice que lo importante no es el acto racional del juez en la toma de decisiones, sino la litigación como la construcción de algo público, la litigación que se hace en el ámbito de la audiencia. Ya no limita su discurso académico en el modelo acusatorio como estricta separación entre el acusador y el juzgador, sino que lo amplía al poner la verdad en el centro de la escena, que ella pasa por un juez cuyo compromiso es exigírsela al acusador, conforme las reglas establecidas por el principio de inocencia. Entonces el rol del juez ya no es buscar la verdad, sino exigirla al acusador.

Podríamos decir muchas cosas sobre la obra de Alberto Binder, sobre sus conclusiones, pero todos queremos escucharlo. Lo cierto es que no podemos dejar de mencionar un aspecto central, y seguramente él se va a referir en la conferencia que va a dedicar dentro de unos minutos, que es algo que podríamos titular como la generación de corpus. Es el análisis que él hace, habiéndolo vivido desde adentro, de esta evolución que ha tenido la discusión de la reforma procesal en Argentina y en América Latina. Viendo los nuevos y los antiguos problemas que se acentúan y convocan a trabajar ahora en una tercera generación de códigos con la mirada puesta precisamente en una política criminal democrática, porque aquí de lo que se trata es de democratizar la justicia. Desde esta perspectiva define el rol que cumple el juicio por jurados -ustedes que se están abriendo a la concreción del juicio por jurados en el territorio chubutense- y gráficamente afirma que todo nuestro sistema constitucional del juicio penal se acomoda como un caleidoscopio que finalmente encuentra su figura, su figura que es el jurado. El jurado va a poner las cosas en su lugar.

En otro orden, el Doctor Alberto Binder ha sido consultor, autor, asesor y consejero en distintos procesos de reforma en casi todo el territorio de la República Argentina y en casi toda América Latina, aún aquellas provincias donde él no ha trabajado, vamos a encontrar sus rastros e ideas. Allí se pone de manifiesto su generosidad, su capacidad de trabajo. Esto ha sido reconocido en distintos países, como Perú, Bolivia y Paraguay donde se le ha dado el título de profesor honorario u honoris causa. Porque es un hombre que ha dado mucho y seguirá dando, tiene 27 libros publicados de su autoría, de coautoría ya no sé cuántos, cientos de conferencias y ponencias. Su obra es muy trascendente también en consideración y asistencia de organismos internacionales que trabajan en distintos rincones de América Latina, de igual modo que su trabajo con el CEJA y en coordinación con otras instituciones. Hoy se encuentra trabajando en el tomo octavo y en realidad debo ser sincera, yo recién comencé a hojear el tomo sexto, Y creía que él seguía trabajando en el séptimo, pero ayer me dijo “no, ya lo entregué, está en imprenta”. Entonces bueno, tenemos que correr, tenemos que apurarnos con el sexto porque va a aparecer el séptimo y no lo vamos a poder leer si no leemos el sexto y reitero ahora está trabajando en el octavo, a riesgo de ser reiterativa, quiero decir que este investigador no es un solitario y todos nosotros lo conocemos.

Él además comparte la vida con Silvina Ramírez, con quien tienen una fuerte relación también intelectual, más allá de las diferencias propias de dos grandes intelectuales, con ella brindan afecto a las mimadas mascotas, esto remarca su sensibilidad, que estamos frente a un hombre íntegro que no es un académico perdido entre teorías y libros.

Alberto te agradecemos el trabajo, la magna capacidad de entregarlo y que nos lo dones con tanta generosidad. Hace un rato también fuimos testigos de las propuestas que hiciste para la Facultad de Derecho y para la Universidad de la Patagonia, porque eres un fogonero y seguirás echando leños para las generaciones venideras, pasará el tiempo y tu obra seguirá desafiando y bregando por la consolidación que el sistema de justicia requiere, muchas gracias.

**(Moderadora)** La señora doctora magíster en Ciencias, Antonia Lidia Blanco, hace entrega del Doctorado Honoris Causa al profesor Alberto Martín Binder.

**(Antonia Lidia blanco. Rectora UNPSJB)** Es un honor hacer la entrega oficial de este título, y después de escuchar a la Doctora Ledesma y a los decanos que me precedieron, yo creo que no puedo más que hacerme eco de algunas palabras y que ha dejado mudos y mudas a muchos de los que estamos acá. El profesional que queremos

tener en nuestra universidad es el desafiante, el que hace surcos, el que discute, el que se le ocurre desafíos. Esto no es de cualquiera, como dijo la doctora Ledesma, es humano, y creo que en este mundo que hoy estamos viviendo todas las características que cuenta, que dice, que ustedes que mejor que yo no conocen porque interactúan, conocen sus obras, saben que son valores que tenemos que atesorar y llevarlo a la práctica, como lo dice la doctora Ledesma, que dice que su diferencia es llevar a la acción lo que él está diciendo. Creo que esto es abrir rumbos, sembrar la esperanza, despertar vocaciones, sensibilizarnos ante las cosas tan duras de la vida y mostrarnos, a pesar de la dureza, sobre todo la carrera que ustedes llevan adelante que tienen que tomar grandes decisiones, el ser humano es fundamental porque creo que uno puede ser un graduado o graduada con las mejores calificaciones pero si uno no es humano, no tiene sentido. Es fundamental brindar, enseñar, mostrar y que nuestros estudiantes, nuestros docentes, conozcan que existen personas humanas con este perfil y con estas características, y que más allá de la cantidad de libros que tiene, toda la producción, todo lo que ha dado a la región, al país y a Latinoamérica nos está dejando unas enseñanzas que no tenemos que olvidarnos y que queden entre estas cuatro paredes.

Cada uno de nosotros somos responsables de una universidad pública y de trasladar, en cada ámbito en cada lugar, estas virtudes, estas características y estos principios que él escribe en sus libros y que nos está pidiendo a gritos que dejemos de nombrar y que vayamos a la acción. Me parece que no es común en la universidad, esto se aprobó en mayo del 2021 en plena pandemia y generalmente pasa que, a diferencia de la entrega de los primeros títulos, los honoríficos se entregan pero no tienen esta posibilidad, así que siéntase hoy usted que está premiado porque tiene un acto solamente para usted. Bueno, la vida nos ha dado esa posibilidad también, de estar aquí junto con su señora, con su familia, sus colegas, sus estudiantes de este acto de entrega y distinción que tampoco es para cualquiera, lo dice el estatuto que hay que reunir determinadas características, y la doctora Ledesma no se ha cansado de enumerar para que hoy el Consejo Superior haya definido en esta resolución por unanimidad que es este un reconocimiento mítico que podemos darle a toda la obra y todo lo que nos ha dejado el doctor Binder.

Así que con mucho orgullo voy a hacer entrega de esta titulación y resolución, así que felicitaciones a todos y a quienes lo han propuesto, porque no podemos ser egoístas, hay que reconocer las facultades y virtudes que a veces uno no reconoce porque como seres humanos tal vez somos egoístas. En esto hay algo muy importante que es la

humildad, porque la soberbia no nos lleva a ningún lugar, entonces yo creo que la humildad es una herramienta que distingue al ser humano y a la calidad del ser humano. Así que bueno, feliz de escuchar todo lo que dijeron los doctores acá, y como responsable institucional en este momento no firme la resolución porque fue la gestión la que realizó, pero estuve participando como decana en este en este acto del Consejo Superior, en el que se terminó votando el reconocimiento de esta universidad a una persona ilustre de nuestra casa, así que voy a proceder.

**(Alberto Binder)** Bien, bueno, muchas gracias a todos y a todas. A la Rectora, a los Decanos, a Alfredo, a mí querida profesora y amiga Ángela, a todos mi agradecimiento por este acto. Lo que quiero comenzar señalando es lo que yo le debo a esta universidad, y por qué razón; es por ello tan significativo para mí que hagan este reconocimiento. Como bien se señaló, en el año 96 llegaba al país después de estar más de cinco años trabajando afuera, en el exterior, en Centroamérica, en los procesos de reforma y me encuentro con esta enorme oportunidad. Tanto en los primeros años de la democracia, como el impacto que produce el descubrimiento de cómo eran los problemas en Centroamérica, el descubrimiento para mí de la realidad latinoamericana de un modo más tangible, me encuentro con esto que andaba buscando, ya que si bien había dado clases en distintos lugares, aquí la Universidad de Patagonia me ofrece el primer curso de posgrado que yo doy.

Para mí era una oportunidad enorme, era la primera vez que ante un conjunto de alumnos muy difíciles, porque me acuerdo de los que estaban sentados ahí en la primera cohorte y metían miedo, digamos, porque todos los que estaban ahí eran jueces. Así que fue el primer gran desafío porque yo ya venía con ideas nuevas, y se me dio la oportunidad de dar un curso completo en la Argentina y poder presentar nuevas ideas, siempre en el contexto de lo que hoy todos conocemos, de la escuela Cordobesa.

Siempre lo digo, somos una nueva etapa de la vieja escuela cordobesa, y esto es muy importante y también tenemos que rescatarlo, porque siempre he entendido que no hay trabajo intelectual solitario, el trabajo siempre es en comunidad. Para los griegos era tan claro que no hubiera un filósofo que se dedicara a filosofar solo, inclusive a leer solo. No se leían libros en soledad, siempre se leía y se trabajaba en comunidad. Era impensable Platón sin la Academia, Pitágoras sin los pitagóricos, Aristóteles y el Elíseo, era impensable. Todavía se expresa la idea de gente pensando solo frente una chimenea y esto era impensable. Yo siempre he creído profundamente en esa tradición que se expresa en las universidades, el nacimiento de las universidades es la creación de una comunidad,

sin la cual el trabajo intelectual y el pensamiento son imposibles. Yo creo profundamente en esto, y por eso me reivindico como parte de esa larga tradición de la escuela cordobesa de derecho procesal, a la que le debe tanto a este país. Este es el primer agradecimiento, el haberme dado esa primera oportunidad donde yo digo, bueno para mí el derecho procesal hay que estudiarlo de esta manera, con un público súper exigente como había entonces.

El segundo agradecimiento es también importante porque un año y medio después, fue el día de una experiencia muy fuerte como era, imagínense ustedes, la intervención de la policía bonaerense. Es el descenso a los infiernos, y me doy cuenta de que yo, que siempre he tenido una vocación intelectual muy fuerte, al final del día soy un ratón de biblioteca. Este país te empuja siempre por cuestiones éticas a hacer cosas, pero sentía y me doy cuenta de que yo en Buenos Aires no voy a poder desarrollar mi trabajo teórico, y esto me provocó una frustración enorme. Como yo he sido educado por jesuitas, si hay algo que nos enseñan es que tenemos que estar siempre anticipando y planificando la vida por lo menos diez, veinte años con antelación. Entonces busco y me doy cuenta que si no comienzo a instalarme en Esquel y a reservar unos meses al año para escribir no lo iba a lograr.

Ahora ustedes me dirán ¿Por qué Esquel? No son las montañas, hay montañas en muchos lugares, flores y nieve también, pero quizás ustedes no valoran que en esa época, y aquí Raúl Heredia es uno de los promotores, Chubut tenía un ambiente de construcción institucional muy definido. Después se fue perdiendo, es otra cosa, pero estar en Esquel es estar en un lugar que, no era sólo la reforma, pero en ese momento se respiraba eso, eso que necesita uno en el trabajo teórico y que es aquello de lo que hablábamos un rato antes, que uno tiene que estar muy convencido de que las ideas cuentan.

A mí me impactó mucho la imagen, no sé quién la cuenta, un gran filósofo alemán que fue Nicolai Hartmann, que andaba digamos yendo de ciudad en ciudad de Alemania, que ya estaba siendo bombardeada, buscando dónde proteger la versión original de su Tratado de Lógica. A mí esa imagen me impactó porque me di cuenta que había que tener mucha fe en el valor de las ideas para, en medio del caos de una guerra, tremenda como fue la segunda guerra mundial, que alguien estuviera preocupado por los papeles del hombre. Eso significaba algo, algo que quisiera transmitirlo a los más jóvenes que están acá; que las ideas cuentan, que las ideas valen, que si uno lo hace con profundidad, es decir, si uno esboza una idea es para poner una herramienta en manos de otro. Las ideas

son herramientas que uno, cuando las elabora, cuando las enseña, cuando las dice, se las va poniendo en manos de otro y uno no sabe qué va a hacer el otro con una idea.

En mi vida personal ocurrió así, yo he tenido la suerte, como se ha dicho acá, de tener maestros que se preocupaban de ponernos ideas cuando éramos jóvenes, y una de esas ideas que a mí me impactó hasta el día de hoy, y que es lo que sostiene el trabajo que yo realizo, es la relación entre la administración de justicia y la democracia.

Yo había sido militante en la época de la dictadura e ingreso al proyecto democrático, a construir una democracia. Ahí empieza un proyecto de vinculación entre la democracia y la administración de justicia, y yo que ya venía de joven impactado por esto, que es llamativo que en nuestro país cómo los grandes horrores de la dictadura, y antes de la peor dictadura, los horrores anteriores, siempre fueron acompañados por un poder judicial que podía vivir en un microclima de forma absolutamente separado de lo que estaba ocurriendo. Eso a mí siempre me impactó.

Hace poco me hicieron un reportaje y me preguntaron ¿Por qué se dedica a esto? Y yo le dije por esto: ¿cómo puede convivir la administración de justicia con el terrorismo de Estado como convivió? Después, viajando por Centroamérica y descubriendo otras formas de violencia y complicidades mucho más profundas de la justicia penal con la forma violenta del terrorismo de Estado, esta sensación se acrecentó. Y ahí digamos se me instala una idea, que es la idea que sigo sosteniendo hasta el día de hoy, que es imposible construir una democracia de calidad sin una administración de justicia. Imposible, no tenemos forma y ustedes me dirán ¿Pero esto no es obvio?, porque si ustedes analizan buena parte de la literatura de la teoría democrática previa a esta última construcción que comienza a mediados de los 80, el tema judicial no está visto como un elemento central dentro de la teoría democrática, no está visto de esta manera. Está pensado como algo absolutamente necesario, pero más bien como una cuestión técnica. Va a ser el pensamiento de la nueva transición democrática latinoamericana la que va a poner la cuestión judicial en el centro de la escena.

Si yo les preguntara a ustedes, ¿hemos resuelto el problema de la ecuación entre democracia de calidad y justicia de calidad? No, pero esto no nos tiene que llevar al escepticismo, hay que ponerse a trabajar porque hay que superar esta idea que a mí me parece cada vez más nociva, de que la Argentina tuvimos una época de oro y de ahí más venimos decayendo. Esto es falso, es falso en nuestra historia, recién estamos empezando a construir el proyecto democrático en nuestro país, tan esforzadamente como otros países. El proyecto democrático recién empieza en el mundo. La democracia entendida

en serio, no como un conjunto de formas elegantes del poder, sino la democracia entendida en lo que tiene de profundo la democracia: que no soportamos la desigualdad, eso es ser demócrata.

En el centro de la democracia está la igualdad y por lo tanto mi país es cada vez más desigualitario, el proyecto democrático se pone tenso entre los demócratas. Podemos discutir qué hacemos con la democracia, pero hay algo irrenunciable: él que no sufre con la desigualdad no es demócrata; quien no pone todas sus herramientas para acabar con la desigualdad no es demócrata. La democracia no soporta los privilegios, que me parece una idea simple, era la idea que tenía en contra Bismarck cuando encarcelaban a los demócratas. Después la burguesía aceptó a la democracia como un conjunto de reglas de juego que podía convivir con la desigualdad, pero eso no es cierto.

Hoy en la Argentina tenemos un profundo *déficit* de democracia, pero no hay ninguna razón para volvernos escépticos o desencantados respecto a la democracia; estamos descubriendo que construir una democracia es mucho más difícil de lo que pensábamos. Porque cuando hablamos de hacer una democracia de formas es mucho más fácil que hacer una democracia de hombres iguales, y el plus que tenemos, que nos viene de la Revolución Francesa, es que el punto no es la solidaridad sino la fraternidad. Es decir, se trata de construir una democracia de igualdad entre hermanos. Todos cantamos la Oda a la Alegría del gran poema de Schiller que es hoy en día el himno de la Unión Europea. Schiller, un demócrata masón de aquellos que dicen tenemos que construir una sociedad de hermanos iguales. Eso es así, y en eso es donde volvemos a esta idea de que no hay democracia sin Administración de Justicia de calidad.

A partir de allí lo que yo trataba de exponer en este primer posgrado y que ha sido luego desarrollado en toda mi obra es que hay una dialéctica, una integración permanente entre los cambios institucionales, la dimensión teórica y la enseñanza. Esto no es nada nuevo; si ustedes piensan en Vélez Mariconde, es el ejemplo de un jurista militante que está provocando cambios institucionales, que está tratando de extraer una nueva teoría en ese momento y que se preocupa de impactar en la enseñanza a través del Instituto de Derecho Procesal. Esa tradición es de la que habría que hablar, pero de un modo nuevo, y ahí tenemos que ir viendo estas tres dimensiones y tratar de integrarlas, ese es el problema central que tenemos. Esta Universidad de la Patagonia hizo mucho en ese sentido. A veces tengo la idea, discúlpeme en esto, está mi naturaleza ser un poco crítica, pero ustedes a veces no se dan cuenta del tesoro que tienen que administrar.

Yo recuerdo, te acordás Ángela, en aquél congreso de derecho procesal donde Cafferata dice basta de mirar a Córdoba, miren a la Patagonia. Ahora la Patagonia, Neuquén, Chubut, es un centro de exportación de ideas que mira todo el país. El otro día estaba hablando con unas personas que están haciendo unos ajustes en el Código Procesal de Salta y lo primero que ellos dicen vamos a ver qué hacen en Chubut. Son puntos de referencia, tienen que administrar eso y sentirse orgullosos. Bueno, pero la clave es esta integración, esta dialéctica permanente entre los cambios institucionales, la teoría y las enseñanzas que van a influir, y los cambios institucionales que se han ido produciendo. Fíjense ustedes algo que allá se llamó mucho la atención, pero para algunos abogados muy jóvenes que se ven acá, ustedes van a hacer los primeros abogados de esta provincia que después de 200 años por fin van a poder litigar según el modelo de la Constitución. Aprovechen, esto no fue una marcha simple.

¿Por qué digo 200 años y no 150 o 170? Porque fíjense ustedes que aquello que aprendimos del viejo Billiken, de la quema de los instrumentos de la inquisición del año 1813, es un acto simbólico muy importante. Es decir, la primera reunión constituyente que tenemos en nuestro país es en 1813, en el medio de la guerra, con que iba y volvía y todo lo que significaba en ese mundo. Y lo primero que hacen es decir "no podemos ser una república nueva con esa administración de justicia". Lo que están diciendo es que no podemos tener una administración de calidad sin una administración de justicia de calidad. Pero eso se dijo en 1813, y tan fuerte lo dijeron que agarraron los instrumentos de tortura, los quemaron y simbólicamente dijeron basta, queda abolida la Inquisición para la nueva república. Ese es uno de los actos centrales de 1813, vamos a quemar estas cosas para mostrar que efectivamente hemos abolido la inquisición. Eso hace 200 años.

¿Y cuándo empieza el modelo constitucional que querían los constituyentes del año 13? El año que viene, 200 años después. Ahora eso ¿qué significa? ¿Qué somos flojos, flojos para las instituciones? No, los ingleses no consolidaron la Carta Magna hasta el *Bill of Rights* de 1688, pero no hay instrumentos que hayan tratado de derogar la Carta Magna, y el *Bill of Rights* se logró exactamente después de 200 años de guerras civiles terribles, en las cuales cayeron varios reyes y pasaron un montón de cosas. Ahí al fin, agotados, los ingleses dijeron basta, nos ponemos de acuerdo que estas cuestiones centrales de los derechos individuales no se discutan más.

Es decir que aquí pasaron 200 años, no es para alegrarse pero tampoco es para bajar los brazos. Así que nada, tendremos juicios por jurado, parece que este año no se hace, pero bueno entiendan el elemento simbólico.

Los cambios institucionales han ido marchando y faltan muchos, y al terminar voy a decir como creo que tenemos que trabajar en una nueva etapa, pero esto tiene que tener un reflejo teórico. El reflejo teórico es más importante de lo que creemos. Fíjense, ayer estuvimos discutiendo sobre algo que tiene una influencia muy importante en la práctica, y que es la comprensión del vínculo entre la prueba y los hechos controvertidos. Es algo muy importante. Y lo que estuvimos discutiendo ayer, pero yo lo veo en muchos lugares al mismo tiempo, es que esto no es fácil de comprender. Vemos cómo es complejo bajar a la práctica esto que es relativamente sencillo,- sino que está en el punto de partida.

Pero después me quedé pensando, y en realidad esto se explica porque el corpus teórico con el que todavía queremos seguir explicando el derecho procesal, que es un inmenso corpus teórico, y que proviene del sistema napoleónico francés, no da importancia a los hechos controvertidos.

La construcción del caso y la aplicación del derecho al caso es algo que ocurre en la cabeza del juez, y los hechos controvertidos no tienen importancia. De hecho, uno puede encontrar literatura propia del sistema mixto en el cual se dice con todas las letras que los hechos controvertidos no importan. Por qué razón en la cabeza de jueces de toda la región queda resonando esta idea es a veces difícil de explicar, pero es que el juez está ahí razonando con el corpus teórico del sistema mixto.

Le llamamos sistema mixto al cuerpo teórico que se comienza a elaborar alrededor del Código de Instrucción francés de 1808, que es parte de la llamada legislación napoleónica, y que es un fenómeno cultural histórico de una magnitud enorme: fija el proceso penal, fija el proceso civil, fija el Código Civil (lo acabamos de derogar recién y no sé si con éxito), fija el Código Penal. Fue un trabajo inmenso, abre una nueva etapa y esa legislación que es la estructura del Estado moderno centralista napoleónico se va a expandir por toda Europa como la legislación moderna. Y en el ámbito del proceso penal los comentaristas franceses son muy importantes. Ahora ya no se estudian, pero en el siglo XIX los estudiaban todos en nuestro país. Hasta Rivarola, que es la transición entre los franceses y los alemanes, se estudian profundamente todos los grandes comentaristas franceses. Bueno, todos ellos. Por fortuna, si uno era buscador de libros antiguos, ahora ya no pero en una época en que se ve que se murió una generación que tenía todavía esos libros, uno los encontraba en las librerías de usados y así me los pude ir comprando.

El gran crítico es Carral, él es una oveja negra dentro de esta generación, porque él hace su crítica no solamente desde el liberalismo sino desde el nacionalismo italiano, porque para él este sistema era una imposición de las marionetas francesas. Pero esa es la

legislación que va a pasar a Alemania. Alemania no tiene un código propio, copia la legislación francesa con un debate enorme, incluso se acusaban de haberse entregado de brazos a la legislación francesa en contra de los nacionalistas alemanes que no querían la codificación, porque no querían a los franceses. Esa legislación alemana va a tener la transición en Chiovenda, es un autor italiano que hace la inter fase entre la doctrina alemana y la francesa. Porque la diferencia entre los franceses y los alemanes es que los alemanes eran conceptualistas, tenían una tradición conceptualista que no tenían los franceses, que eran más respetuosos de la ley como elaboración del Parlamento. En cambio, los alemanes pensaban más bien que el derecho tenía que ser una elevación conceptual de los profesores, y esta idea sigue vigente hasta hoy. Recuerden aquella frase de *"Dios lo sabe todo, pero un profesor alemán lo sabe mejor"*. Y esta idea sigue hasta hoy.

Chiovenda es la interfase –discúlpenme, pero quiero mostrar la importancia de la teoría-, con ese famoso artículo *"Romanismo y germanismo en el proceso civil"*. La escuela italiana es como la selección de Italia: Carnelutti, Calamandrei, Florian, Redenti, De Leone, Manzini. Eso se elaboró en un corpus teórico inmenso, ese cuerpo teórico ingresa a América Latina por lo que se conoce como la Escuela Rioplatense del derecho procesal, entre ellas grandes figuras: Couture, Alsina, Vélez Mariconde y el empuje enorme de Sentís Melendo, que no solo explica de alguna manera ese corpus teórico sino que traduce todo: la producción teórica del derecho procesal hasta los años 50 en alemán y en italiano, y gracias a él está todo disponible en el idioma español.

Pero qué es lo que hoy día nos convoca en términos teóricos: no se pueden entender ni poner en funcionamiento los nuevos sistemas acusatorios adversarios sin poner en crisis, sin poner entre paréntesis al estilo de la reducción fenológica, ese corpus teórico. En ese corpus teórico del que no somos conscientes, los hechos controvertidos no nos interesan. Después los hechos controvertidos se trasladan de un modo imperceptible a una práctica del sistema. Porque fue tal es la fuerza de esos cuerpos teóricos que hoy sí logró convertirse en el sentido común de la abogacía.

Al punto tal que nosotros tenemos identificado un fenómeno que llamamos reconfiguración inquisitorial y es que, ya lo sabemos, redactemos como redactemos un código, lo aprobamos, se lo dejamos a los operadores judiciales, indefectiblemente lo empujan hacia la lógica del sistema mixto, vos no entendés cómo pero te lo van a empujar nuevamente. Con ese principio universal, expresado por el Chavo del Ocho que es *"sin querer queriendo"*, concepto que es una digamos una maravilla en términos

epistemológicos. “*Sin querer queriendo*” “*¿Qué pasó?*” “*¿Y esta norma?*” “*No sé*” “*¿Y esta otra?*” “*¿Y por qué se hace?*” “*¿Quieren hacerlo así?*” “*No*” “*¿Y lo van a hacer?*” “*Sí*”. Pero esto no es un problema psicológico, sino de un cuerpo teórico que logró configurar el sentido común y hoy no nos sirve.

Yo discutía mucho con colegas chilenos que me decían “*No, olvídase, hay que abandonar todo eso*”. Yo le decía que no, que por más que nosotros pongamos un sistema acusatorio adversarial que tiene correlatos en Australia, en Canadá, en los 50 Estados de Estados Unidos, que hoy tiene Europa, que hoy lo han tomado los tribunales internacionales de derechos humanos, las instituciones hay que situarlas, funcionan en el contexto real en el que funcionan. Ninguna institución se pone en un espacio vacío, no existen en términos sociales los espacios vacíos, siempre tienes que correr a otro que ya está ocupando la silla. Siempre, siempre, ese es el mejor principio que en el análisis de políticas públicas lo tenés absolutamente claro.

Y por lo tanto en América Latina, que tiene tanta fuerza, esta concepción hay que ponerse a cambiarla, a producir un nuevo, una nueva teorización alrededor de esto. Si no, no se entiende por qué tribunales que tienen por ley la obligación de hacer una audiencia, y Ángela lo sabe porque lo sufre todos los días, te dicen; no hacemos audiencia. El otro día vi una acordada de la Cámara Federal que decía “*no hacemos audiencias*”. Justicia federal; entre otras cosas la Corte Suprema tiene amarrocados 80.000 millones en plazo fijo que no sabemos para qué los usa.

Bueno, entonces a lo que voy: el estudio teórico, poner en cuestión las categorizaciones sobre la acción, poner en cuestión la idea de jurisdicción. Hay que poner en cuestión la idea de acción porque si no, no se entiende que la acción es algo que básicamente tenemos los ciudadanos, no los fiscales; los fiscales son los abogados que hacen cosas por nosotros, pero la acción pública es siempre acción de los ciudadanos. Eso, por ejemplo, hay que ponerlo en cuestión, y hay que desarrollarlo. Poner en cuestión por ejemplo la idea de jurisdicción, esto que decimos siempre “*no hay juez sin litigio*” ¿Y cómo puede haber entonces juez sin hechos controvertidos? No hay juez sin litigio. Pero el sistema mixto nos pone en cuestión eso. Como también pone en cuestión que existan las cargas del acusador, cosas muy grandes. También pone en cuestión el tercer elemento que es el proceso.

Fíjense, esta idea de que el proceso es un continuo, que va desde la denuncia al final, si es que alguna vez tiene fin, es muy contraria a la idea que nosotros tenemos del juicio como acontecimiento. El juicio es el acontecimiento, después tenemos cosas que

lo preparan y cosas que lo controlan, pero el juicio es el acontecimiento central. Esto va muy en contra del modelo de teorización del sistema mixto.

Entonces, queridos colegas, ahora que me incorporan todavía más a esta Universidad, nos tenemos que poner a trabajar. Yo no sé cómo el otro día hablábamos que hay una cierta crisis en la provincia, que no se escribe, pero si hay que desmontar todo un modelo teórico cómo no se va a poder escribir, hay que desmontarlo. De la mano de todo esto viene la enseñanza, porque la enseñanza es tributaria del modelo teórico. Hoy en día, y esto no es un problema de esta facultad sino de todo el país, no estamos enseñando -y esto es una crítica a nosotros que somos profesores-, no estamos enseñando la abogacía que necesita nuestro país. No la estamos enseñando.

No les enseñamos lo primero de todo, porque si hablamos de litigio o hablamos de la litigación antes de todo eso está la idea de la gestión de la conflictividad. Esta idea tan central de la sociología y de la teoría política, de que la democracia es tratar de que los conflictos no se resuelvan por la violencia o el abuso de poder, es decir, gestionar una conflictividad que no puede dejar de existir. La democracia es por suerte conflictiva. ¿Ustedes creen que tenemos alguna posibilidad de mejorar este país en los próximos 20 años sin que exista conflictividad? No, si no seríamos mansos, súbditos de lo que ocurre. Hay que provocar conflictividad, tiene que existir esa conflictividad ¿Cómo hacemos para tener una democracia de alta conflictividad que no se vuelva violenta? Ese es el tema ¿Queremos vivir en una sociedad violenta? No, tenemos que maximizar las instituciones que pacifican la sociedad. Esa es la administración de justicia y por eso no hay democracia de calidad sin alta conflictividad, y no hay posibilidad de construir una democracia de alta conflictividad sin violencia si no generamos un gran sistema de gestión de los conflictos, dentro de lo cual la administración de justicia y dentro de la cual la justicia penal es paradigmática, debería ser una escuela de pacificación, una escuela de tolerancia.

Estamos viendo, por ejemplo, que en todo el país más del 90% de los casos que ingresan a la Fiscalía no tienen ninguna solución. Nada, ninguna respuesta, entran y tienen respuestas administrativas como archivo, pero eso no le da ninguna significación. Nadie piensa en que alguien llegue a su casa y le pregunten “¿Qué pasó?” “Nada, me archivaron el caso”. Eso da lugar a violencia, a frustración. Pero bueno, estamos hablando -y fíjense que no son números malos-. Yo digo el más del 90% de los casos del Ministerio Público de todo el país no llegan a nada, esto no es un mal dato. No lo digo como periodista, ni como investigador, lo digo como alguien que viene trabajando hace 30 años para construir un nuevo Ministerio Público. Este es un dato catastrófico. ¿Cómo

le vamos a pedir a la sociedad que sostenga el principio central en la construcción de una sociedad no violenta, que es la prohibición de la autotutela (vos no podés ir por tus propios medios ir a defenderte, ni a tu familia, ni tus bienes, ni tu persona sino que tener que confiar que hay un mecanismo que lo va a hacer por vos) si el 90% de los casos no se resuelven?

Esto no es un problema de los medios de comunicación, esto es un problema profundo de nuestra institucionalidad, de los cambios que tenemos que hacer. Ven entonces cómo el trabajo teórico influye enormemente en la enseñanza. No estamos enseñando a nuestros alumnos a comprender el conflicto, que es la base de la abogacía. El abogado, saben ustedes que con esto me repito, pero bueno, creo mucho en la repetición, la abogacía es la profesión que se encarga de gestionar los conflictos, de asesorar a la gente para prevenirlo o de solucionar los conflictos. No estamos enseñando, en ninguna universidad, ni análisis de conflicto, ni teoría del conflicto, ni la base conceptual que está en cada una de las materias que le dan sentido al derecho ¿Y por qué le da sentido al derecho? Porque acá hay un problema también de fondo: o pensamos el derecho como las órdenes de algún soberano que luego tienen que respetar los súbditos de ese soberano, y eso es la inquisición pero también es Austin, y Kelsen está a mitad de camino; o el derecho es una herramienta con la que cuenta la sociedad, que va a tener apoyo del Estado.

Esto es otra cosa, son las herramientas que la sociedad tiene para gestionar la conflictividad, que es lo que otros teóricos, en general los que provienen del realismo en adelante, entienden que hay un problema de concepción muy fuerte. Yo creo que el derecho de una democracia no es el derecho de un soberano, por más que ese soberano sea el Parlamento, la Constituyente, que me da órdenes que los súbditos tienen que respetar. Esa no es la idea central de esto.

La enseñanza que no me da la base conflictual, que no me da las herramientas para que yo ayude a las personas a transitar el conflicto, eso es o saber aconsejar o saber negociar o saber litigar, no hay más vueltas. Pero si yo creo que mi trabajo como abogado es tomar la norma genérica y aplicarle un caso concreto, y me olvido que en el medio están las personas tratando de que sus intereses sean reconocidos, y eso es la base de un derecho distinto, no lo voy a aprender.

Bueno, esta es la razón, para no extenderme más, de lo que yo pienso que es el vínculo más profundo que hay entre los cambios institucionales que estamos empujando y la teorización absolutamente necesaria. Quiero invitarlos a que se sumen a este

desmontaje del corpus teórico. Exploren en los libros y van a ver que hay mil detalles que destrozaron y esta nueva enseñanza que se está haciendo.

Todo se está haciendo acá en esta universidad, claro que se está haciendo ¿Lo estamos haciendo con la intensidad, y puedo hablar como si fuera mi propia casa, se está haciendo con la intensidad que tenemos que hacerlo y que necesita nuestro país? No, todavía no, pero se está haciendo y otras universidades están mucho más cerca, pero se está haciendo.

Tenemos que intensificar esto, porque la deriva hacia la sociedad violenta está ahí y hay que tomar conciencia de eso. Tenemos que provocar, y con esto termino, una nueva síntesis de estas tres dimensiones, de cambios institucionales, de enseñanza del Derecho y teorización. Fíjense ustedes que ahora cuando termine el diseño de la justicia constitucional acá en Chubut, nos enfrentamos a las cosas que discutíamos ayer, hay que seguir con cambios institucionales, sí, pero ya no van a ser cambios legislativos. Ahora tenemos que saber exactamente qué teclas tocar y cambiarlas sin angustia, para empezar a mover los hilos de sistemas que se tienen que estar perfeccionando permanentemente. Así que los cambios institucionales van a seguir ¿Vamos a seguir con el trabajo teórico? Sí, pero vamos a tener que ser más precisos.

Hoy nos enfrentamos a un doble problema que creo que las nuevas agendas tienen que tomar. No vamos a producir nuevos cambios institucionales, ni nuevas ideas, si no tenemos una información más precisa de lo que sucede. Y el trabajo que hay acerca de la información es trabajoso y todavía estamos muy en veremos. Tienen aquí una mejor producción en Chubut de la información sobre el sistema judicial, pero tenemos poca capacidad de análisis. Yo creo que una de las áreas de investigación que tienen que asumir las nuevas escuelas de derecho es comenzar a analizar la información de sus propias condiciones y a fondo, lo más preciso que se pueda.

El otro problema que tenemos es que tampoco vamos a acompañar los sistemas institucionales y la producción de nuevas teorías si no cambiamos el modo como estudiamos la jurisprudencia. Estamos en una zona gris, donde no sabemos si tenemos un sistema de doctrina legal o de precedentes al modo anglosajón, hay que definir eso. Pero son técnicas totalmente distintas y en términos generales tenemos que cambiar el análisis de la jurisprudencia.

Hay una cuestión teórica allí, y una teoría muy profunda, pero también tenemos que mejorar mucho los repositorios, los lugares para encontrar la jurisprudencia, porque a veces llama la atención lo débiles que son. Y también hay que cambiar la forma en que

los jueces redactan su sentencia porque no puede ser que uno tenga que perder la vida leyendo páginas y páginas, y páginas y páginas, que no dicen nada relevante hasta que uno encuentre la perla dentro de ese caparazón que es el lenguaje burocrático. Entonces eso es un trabajo en el cual la enseñanza del Derecho tiene que funcionar.

Y bueno, quiero terminar. Esto es una agenda de trabajo muy profunda que tenemos donde lo viejo, lo nuevo y lo por venir se juntan en un trabajo súper entusiasmaste, pero volvamos al punto central: el tema es que tenemos que construir una administración de justicia de calidad, que implica una abogacía de calidad, la abogacía de calidad es parte de ese problema porque nos interesa una democracia de calidad.

Yo siempre ando buscando y si alguien tiene el dato concreto de quién fue el que inventó el lema de libertad, igualdad y fraternidad, por favor que me lo diga; pero el que inventó eso nos puso desde hace 200 años el horizonte de trabajo en el que estamos todos nosotros. La cuestión es que esto empezó a estar en todas las instituciones públicas y a eso nos dedicamos nosotros, en particular a esa igualdad que no tiene por qué lograrse afectando a la libertad. No tenemos por qué afectar el corazón del hombre libre con nuestra lucha por la igualdad. Luchar por la democracia y por una justicia de calidad es tarea de todos. Esta universidad ha contribuido mucho en esto.

Respetemos, yo me comprometo ahora que además tengo este título, a seguir trabajando con ustedes, recordando que hay acá un tesoro de experiencia colectiva, porque nada de esto fue la obra de una sola persona, sino de un grupo que todavía están muchos acá en esta sala que trabajaron alrededor de esto y que hay que transmitírselo con mucho cuidado para que esto se preserve, para los estudiantes y los jóvenes abogados. Así que un agradecimiento enorme, que significa solamente profundizar más mi compromiso con todas estas ideas y con todo lo que ustedes necesiten, así que muchas gracias, muchas gracias a todos.

## *Antecedentes académicos y profesionales de los autores*

*Daniela B. Abad*

Abogada adjunta de la Oficina de las Personas Privadas de Libertad (Ministerio Público de la Defensa), Circunscripción Judicial Trelew.

*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.

*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-).

*Leticia Brun*

Abogada. Especialista en Tributación. Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco.

*Emanuel C. R. Campos*

Abogado, docente de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco, Especialista en derecho penal, Doctorando en derecho.

*Andrés E. Espínola*

Defensor Público del Ministerio de la Defensa Pública, Circunscripción Judicial Trelew.

*Edgardo Ferré Olive*

Contador Público, Magíster en Finanzas Públicas. Docente en Posgrados de Argentina relacionados con la temática tributaria ambiental (Universidad de Buenos Aires, Nacional de la Matanza, Austral, Católica de Salta). Autor de libros y artículos relacionados con la temática indicada. Rector Electo del Instituto de Estudios de las Finanzas Públicas Americanas (IEFPA). Miembro activo de la Asociación Argentina de Estudios Fiscales y de la *International Fiscal Association*.

*Günther Flass*

Abogado, Doctor en Derecho, docente en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco, juez en la Cámara de Apelaciones de Esquel.

*María Alejandra Hernández*

Abogada con especialidad en Derecho Penal. Ha ejercido funciones en diversos organismos jurisdiccionales. Actualmente se desempeña como Jueza Penal de la Circunscripción Puerto Madryn.

*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).

*Blas Paci*

Abogado graduado de la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco sede Puerto Madryn (2023). Diplomado en Instituciones Profundizadas del Derecho Individual del Trabajo (convenio UNPSJB, ARTRA, SADL - 2024). Con una amplia trayectoria en distintos organismos del Poder Judicial de la provincia de Chubut. Equipo Técnico Interdisciplinario de la ciudad de Puerto Madryn (abril 2021-diciembre 2022) y Ministerio de la Defensa Pública Penal de Puerto Madryn (agosto-octubre 2024). Actualmente se desempeña como docente en la cátedra de Filosofía del Derecho de la

Facultad de Ciencias Jurídicas de la UNPSJB sede Puerto Madryn. Asimismo, cumple funciones como abogado en el Ministerio Público Fiscal de Puerto Madryn.

*Agustín Pedotti*

Abogado por la Universidad de Buenos Aires desde el año 2014, egresado con diploma de honor. Socio del *Estudio Jurídico González Lernoud, Iglesias & Pedotti* de la ciudad de Puerto Madryn. En forma previa integró departamentos de Sociedades / Fusiones & Adquisiciones, Propiedad Intelectual e Impuestos en el Estudio Jurídico *Marval, O'Farrell & Mairal*.

*José Francisco C. Schiavone*

Abogado, doctorando en Derecho, Vice Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco, docente de Derecho de la Integración.





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