



COLUMNA DE OPINIÓN

## La dignidad de la persona humana como propiedad de relación

Alejandro Laje (\*)

### I. Introducción

El fin de la modernidad generó la doctrina de los derechos personalísimos y el auge de la protección de la personalidad como una construcción que deriva de la idea de dignidad de la persona humana.

La representación mental asociada al significativo lingüístico “dignidad humana” se concentra en el firme asentimiento de que todas las personas tienen un valor especial que está ligado únicamente a su humanidad. No admite distinciones relacionadas con su clase, género, religión, habilidades o cualquier otro factor que no sea el ser humano. Ahora bien, la dignidad humana no es un derecho, sino fundamento de todos los demás derechos. Junto con el principio de autonomía y el de inviolabilidad de las personas, el de dignidad constituye uno de los tres pilares sobre los que se concibe en la actualidad la protección de la persona.

En este trabajo se argumenta que la dignidad no es una propiedad natural de la persona sino una dependiente del reconocimiento colectivo, en la práctica. Como propiedad de relación resulta fundamental el aporte de cada uno de los integrantes del conjunto de personas, pueblos o naciones que conviven bajo normas comunes. Se concluye que la solidaridad como principio general del derecho brinda el marco de referencia más completo al momento de conformar el significado del concepto de dignidad humana.

CONTINÚA EN PÁGINA 3

## Niños frente al concurso o quiebra de sus progenitores

Graciela Medina (\*)

**SUMARIO:** I. Introducción y objetivos.— II. Los hijos frente al concurso de sus progenitores.— III. ¿Los hijos pueden pedir la quiebra de sus padres?— IV. ¿Constitucionalidad de la falta de legitimación del hijo para pedir la quiebra de su padre y de la imposibilidad de que el crédito del hijo sea tenido en cuenta en las mayorías del acuerdo preventivo?— V. ¿Tienen privilegios los créditos alimentarios de los hijos y los créditos por alimentos pagados a los hijos?— VI. Los alimentos posteriores a la declaración de quiebra.— VII. Embargos de sueldos y jubilaciones por deudas alimentarias posteriores a la declaración de quiebra.— VIII. Conclusiones.

→ El tema de las obligaciones alimentarias y de las deudas a los hijos no ha sido correctamente resuelto por la Ley de Concursos y Quiebras; y, lo que es peor, no figura en la agenda de ninguno de los proyectos de leyes enviados al Congreso, ni ha sido tenido en cuenta especialmente en las reformas transitorias a la Ley de Concursos y Quiebras introducidas por la “Ley de sostenimiento de la actividad económica en el marco de la emergencia sanitaria pública coronavirus —COVID-19—. Emergencia para procesos de concursos preventivos y quiebras”.

### I. Introducción y objetivos

El estudio de la ONU “COVID-19 en Argentina: impacto socio-económico y ambiental” alerta sobre las graves repercusiones de la pandemia en nuestro país, afectado por grandes desafíos estructurales y una crisis económica anterior a la llegada del coronavirus y agravado por la ineficiente gestión gubernamental.

“El informe arroja una imagen alarmante y preocupante del impacto socioeconómico de la pandemia en el país”, en este escenario nos parece importante ocuparnos de la situación de los Niños, Niñas y Adolescentes frente a la quiebra de sus padres.

El tratamiento nos parece oportuno en tiempos de revisión de la Ley de Concursos y Quiebras (LCQ) y cuando esta se propone suspender en algunos aspectos, plazos y ejecuciones, hasta 31 julio del año 2021 por un proyecto de ley que primero obtuvo media sanción en diputados y luego fue modificado en Senado (1)

Esta modificación coyuntural de la ley 24.522 nos demuestra que hay una situación muy preocupante con respecto a los concursos y quiebras. Esta situación va a impactar necesariamente sobre los alimentos; por ello resulta importante revisar la situación de los niños, niñas y adolescentes cuando son acreedores de sus padres.

### II. Los hijos frente al concurso de sus progenitores

La primera pregunta que nos debemos hacer es si los hijos votan la propuesta de acuerdo en el concurso de sus padres y si sus créditos son tenidos en cuenta para computar las mayorías necesarias para la aprobación de la propuesta.

La respuesta es negativa, ya que el art. 45 de la ley 24.522 dispone que

“Se excluye del cómputo al cónyuge, los parientes del deudor dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o adoptivos, y sus cesionarios dentro del año anterior a la presentación”

Con esta exclusión se quiere evitar el fraude y el voto complaciente de los hijos, pero se deja fuera de toda protección el crédito alimentario de los hijos menores de edad y

cualquier otro crédito por daños y perjuicios competidos por los padres hacia la persona de sus hijos, como podrían ser los derivados de la violencia o de la falta de reconocimiento.

Tal exclusión ha tenido diferente repercusión en la doctrina así hay algunos autores que lo han justificado diciendo que el art. 45 LCQ apunta indudablemente hacia aquellos acreedores ligados al deudor, de tal forma que la expresión de su voluntad no puede más que considerarse encolumnada en una suerte de comunidad de intereses con el concursado. De ahí que su “voto” no pueda considerarse imbuido de independencia o autonomía (2);

- “la ley concursal, con el propósito de asegurar lo que se decida acerca del rechazo o la aprobación del acuerdo ofrecido por el deudor constituya el resultado de una expresión seria de voluntad de los acreedores y carente de intencionalidad aviesa alguna, establece con relación a ciertas personas la prohibición de contabilizarlas para el cómputo de la mayoría de capital, sobre la base de una presunción hominis de que las suyas serán adhesiones por lo regular sospechadas de no ser sinceras, en función de la relación familiar que une a dichas personas con el deudor y la natural solidaridad que la relación supone. Se estima que en los casos identificados por la LCQ: 45, el interés del acreedor excluido no es otro que el de favorecer al deudor” (3).

Mientras que otro sector de la doctrina se ha expresado de manera diferente: entre

CONTINÚA EN PÁGINA 2

### COLUMNA DE OPINIÓN

La dignidad de la persona humana como propiedad de relación

Alejandro Laje ..... 1

### DOCTRINA

Niños frente al concurso o quiebra de sus progenitores

Graciela Medina ..... 1

### NOTA A FALLO

La Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró responsable a la Argentina por denegación, retardo de justicia e incumplimiento de otras garantías en el caso “Spoltore”

Parcialidad y ausencia del “daño al proyecto de vida”

Alberto D. Chartzman Birenbaum ..... 5

### JURISPRUDENCIA

PROCESO POR ENFERMEDAD PROFESIONAL. Razonabilidad de la duración del proceso. El acceso a la justicia como uno de los componentes del derecho a condiciones de trabajo que aseguren la salud del trabajador. Obligaciones del Estado en la prevención de accidentes de trabajo. Disidencia. Necesidad de agotamiento de procesos internos (Corte IDH).. 5

TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN. Ejecución de un mutuo hipotecario en dólares. Efectos de la mora. Tasa de interés aplicable (CNCiv.) ..... 8

IMPUESTO A LAS GANANCIAS. Asociación civil que persigue un beneficio público. Procedencia de la exención prevista en el art. 20 inc. f) de la ley del impuesto. Intermediación entre obras sociales y sus asociados. Falta de inscripción en el Registro Nacional de Prestadores. Supuesto que no impide el beneficio exentivo (CFed. Salta)..... 9

# Niños frente al concurso o quiebra de sus progenitores

● VIENE DE TAPA

ellos, Quintana Ferreira, (4) quien sostuvo que “...justificar la exclusión en razones de simpatía o conveniencia con el deudor, y en un deseo de favorecer los propósitos de este, es olvidar que no todos los parientes conservan con el deudor tales sentimientos de simpatía, cuando siendo verídicos sus créditos, se ven sorprendidos por la situación de insolvencia acaso ocultada deliberadamente. Es bien seguro que votarán en contra de la propuesta si así conviene a sus intereses, y tal vez a favor por igual motivo que predominará sobre aquellos sentimientos (...) Estimamos, en cambio, que el fundamento, mantenido en la ley vigente, y dejando de lado situaciones afectivas, se encuentra en una primera consideración: que sus créditos son auténticos; y en una segunda, que el fracaso del acuerdo preventivo, operado tal vez con el voto de los parientes, conduce a la quiebra, con su secuela de inhabilitación y eventualmente a la calificación de la conducta del deudor con sus consecuencias de orden penal. Este es, a nuestro juicio, el principio de la negación del voto que venimos comentando (...)”.

En la actualidad el fundamento ha perdido su sentido, ya que “(c)arece de vigencia en el ordenamiento actual, no solo por las amplias facultades del magistrado para la verificación de los créditos, donde puede rechazarlos, aun cuando no haya impugnación alguna, si lo estima procedente (art. 38, LC), sino también por su amplia potestad para la homologación del acuerdo preventivo, en que podrá escudriñar si los votos favorables han sido dados por los parientes” (5).

Lo más grave es la desprotección del crédito alimentario que, por un lado, es quirografario y, por otro, ni siquiera se computa a los fines de la propuesta que le es impuesta a los NNA, sin tener en cuenta que, por ej., un plazo de dos años o una quita en nada favorece el *interés superior del niño*, con el que el Estado argentino todo se encuentra comprometido, incluso los acreedores concursales.

Sobre el tema la jurisprudencia ha aceptado que se compute el crédito alimentario a los fines de las mayorías en el concurso preventivo, cuando la causa de la cesación de pago fue la falta de pago de la deuda alimentaria, porque en este caso no se puede pensar que el voto fue complaciente.

En efecto, la sala III de la Cámara de Apelaciones de Mendoza dijo que “Si bien el art. 45 L.C.Q. excluye a los parientes del deudor dentro del cuarto grado de consanguinidad, del cómputo de la mayoría necesaria para la aprobación de la propuesta de acuerdo preventivo, resulta procedente incluir en dicho cómputo el crédito por alimentos debidos al hijo menor del concursado, pues, visto que la causa de la cesación

de pagos fue el juicio por alimentos, no se da en el caso la finalidad en la cual se sustenta la prohibición consignada en la citada norma, a saber, evitar el fraude mediante un voto complaciente”

### III. ¿Los hijos pueden pedir la quiebra de sus padres?

La segunda cuestión que nos preguntamos es si los hijos pueden pedir la quiebra de sus padres por el incumplimiento de sus obligaciones, alimentarias o atinentes a la responsabilidad civil.

En respuesta a este interrogante hay que tener en cuenta que para que proceda la quiebra pedida por un acreedor, es necesario acreditar: *a.* la legitimación del deudor para ser pasible de la declaración de quiebra (art. 2 y 5 de la LCyQ), *b.* la legitimación del peticionante (art. 80 y 81 LCyQ) y *c.* la cesación de pagos; y *d.* que el peticionante actúa en función de un título hábil para peticionar la quiebra.

En este punto lo importante es determinar si el hijo tiene legitimación para solicitar la quiebra de su padre. Para ello, hay que estar a lo establecido por los arts. 80 y 81 de la ley 24.522, a saber: el art. 80 establece que “...todo acreedor cuyo crédito sea exigible, cualquiera sea su naturaleza y privilegio, puede pedir la quiebra...”; el art. 81 establece una restricción y dice que ni “...el cónyuge, los ascendientes o descendientes..., ni los cesionarios de sus créditos...” pueden solicitar la quiebra del deudor.

La limitación del art. 81, LCyQ, tenía su razón de ser en la legislación anterior a la vigencia del Código Civil y Comercial. Al decir de Rivera, ella es “coherente con otros órdenes de la normativa jurídica de nuestro país, como puede verse —v.gr.— en el impedimento de los hijos para formar una sociedad con sus padres, si no han cumplido los dieciocho años (art. 12 del Cód. de Comercio); en la imposibilidad de los menores para demandar a sus padres, salvo que sea por intereses propios y previa autorización judicial, aun cuando tengan una industria separada o sean comerciantes (art. 285 del Cód. Civil); en la veda para los cónyuges de celebrar contratos de cambio, en la prohibición para los padres de contratar con sus hijos menores, etc.” (6).

*Ese* orden público al que hacía referencia el profesor Rivera y que derivaba de la legislación anterior al Código Civil y Comercial ha sido derogado y hoy rigen otros principios. Así vemos que el art. 12 del Cód. de Comercio de Vélez ha sido dejado sin efecto, porque no se ha reproducido en el Código Civil y Comercial y el art. 285 del Cód. Civil ha sido reemplazado por el art. 679, que permite que “El hijo menor de edad puede reclamar a sus progenitores por sus propios intereses sin previa autorización judicial, si cuenta con la edad y grado de madurez suficiente y asistencia letrada”.

Por nuestra parte pensamos que no se puede impedir al hijo menor de edad que ha sido dañado por su progenitor o que es acreedor de alimentos solicitar la quiebra de su padre en aras de la solidaridad familiar, ya que *solidario* es quien paga alimen-

tos, atiende a quien lo necesita y no deja de serlo quien intenta cobrarlos.

Esto nos recuerda mucho a cuando se le negaba al hijo legitimación para reclamar daños y perjuicios a su padre por la falta de reconocimiento fundado en la solidaridad familiar. Lo cierto es que el niño tiene un derecho constitucional y supranacional a ser alimentado; y para lograrlo, debe tener la más amplia legitimación en las acciones patrimoniales, si cuenta con asistencia letrada.

Se sostiene que impedir que el hijo pueda pedir la quiebra de su padre persigue mantener una armonía en el seno de la familia, cultivar la solidaridad entre sus integrantes. Creemos que el recíproco socorro que debe reinar en el seno familiar se logra abonando los alimentos que le son adeudados al hijo y no cercenando las legitimaciones de este para intentar cobrarlos.

### IV. ¿Constitucionalidad de la falta de legitimación del hijo para pedir la quiebra de su padre y de la imposibilidad que el crédito del hijo sea tenido en cuenta en las mayorías del acuerdo preventivo?

Cabe preguntarse si a la luz de lo dispuesto por la Convención sobre los Derechos del Niño resulta constitucional privar al hijo de la legitimación de reclamar la falencia de su padre. O negarle la posibilidad de que su crédito sea tenido en cuenta en las mayorías necesarias para aprobar el acuerdo concursal.

Jurisprudencialmente se ha sostenido que tales exclusiones son constitucionales en función de ciertos valores de solidaridad familiar que se pretende preservar (7).

Se dijo en tal precedente que “...no se advierte que la disposición de la LCQ. 81 vulnere derechos y garantías individuales y alimentarios contenidos en la CN y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y del Niño, sino que implica un razonable límite al ejercicio de tales derechos con sustento en la protección integral de la familia que también ostenta raigambre constitucional (CN. 14 bis)”.

“El fin último del art. 81 de la Ley de Quiebras ha sido la protección del orden público familiar, pues la limitación establecida a los hijos para peticionar la quiebra de su padre no resulta irrazonable ni puede juzgarse que repute una manifiesta iniquidad, ya que no se advierte que vulnere derechos y garantías individuales y alimentarios contenidos en la CN y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y del Niño, sino que implica un razonable límite al ejercicio de tales derechos con sustento en la protección integral de la familia que también ostenta raigambre constitucional” (8).

Por nuestra parte no concordamos con lo dicho en el fallo de la Sala E de la Cámara Comercial de la Capital, porque entendemos que la solidaridad familiar no se construye ni se predica desamparando a los hijos ni impidiéndoles ejercer acciones patrimoniales contra los padres que no pagan alimentos. Por lo tanto consideramos que el art. 81 de la ley 24.522, en tanto impide la legitimación de los hijos para solicitar la

quiebra de sus padres en razón de la falta de pago de sus alimentos, es inconstitucional, porque vulnera la Convención de Derechos del Niño.

La preservación de la familia como núcleo primordial de la organización social surge de lo dispuesto por el art. 75 inc. 23 párr. 1º al sostener: “...legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los Tratados Internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular, respecto de los niños...”. Resulta evidente que restarles legitimaciones procesales a los niños acreedores de alimentos en nada garantiza su pleno goce de oportunidades y derechos, muy, por el contrario, se lo cercena, menoscaba, limita arbitrariamente.

Cabe recordar que en el Preámbulo de la Convención de los Derechos del Niño a la que nuestro país ha adherido se reconoce “que... el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales...”; ello se convierte en una obligación estatal que no se ve perfilada en una legislación que le cercena derechos procesales para actuar en contra de sus padres, cuando estos no cumplen sus deberes.

Por otra parte la falta de legitimación del niño para pedir la quiebra del obligado al pago de alimentos, o la imposibilidad de que su crédito sea tenido en cuenta en las mayorías del acuerdo preventivo, aparece como un castigo arbitrario que también se contraponen con el art. 2 de la CDN cuando dice: “todas las medidas necesarias para ... que se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo” (art. 2º, CDN), teniendo en cuenta la consideración primordial de atender el “interés superior del niño” (art. 3º, CDN).

En otro orden de idea debemos recordar que la Convención de los Derechos del Niño establece en su art. 4º que el Estado deberá adoptar “...todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención... hasta el máximo de los recursos de que se dispongan...”. Claramente se advierte que una norma que limita los derechos de los NNA en orden a sus acciones patrimoniales contra sus padres deudores no solo no da efectividad a ningún derecho contenido en la CDN, sino que actúa contra el derecho alimentario que tiene reconocimiento en el art. 3º de la ley 26.061 y, además, cuenta con la tutela constitucional (art. 75, inc. 22 CN; Convención sobre los Derechos del Niño, arts. 2º, 3º, 18 y 27, punto 4).

La actual legislación de fondo recoge la idea de la “prestación asistencial familiar integral”, la cual proviene de la Convención de los Derechos del Niño, en cuyo esquema la cuota alimentaria necesaria para el pleno goce de los derechos del niño debería ser de cumplimiento voluntario, con solidaridad y afectividad; pero cuando no es así, se debe otorgar a los niños de todos los elementos para efectivizar su reclamo.

Cierto es que el pedido de quiebra no constituye un método de cobro, pero en la práctica contribuye a lograrlo.

## { NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(\*) Presidenta de la Asociación Argentina de Derecho Comparado.

(1) Con fecha 31.07.20, la Cámara de Diputados del Congreso Nacional dio media sanción a un proyecto de ley que suspende los pedidos de quiebra y ejecuciones patrimoniales contra pequeñas y medianas empresas, y modifica plazos a concursos preventivos en trámi-

te que tiene el nombre de “Ley de sostenimiento de la actividad económica en el marco de la emergencia sanitaria pública coronavirus -COVID-19-. Emergencia para procesos de concursos preventivos y quiebras”.

(2) VAISER, Lidia, “Sobre la exclusión del voto de los acreedores concursales”, LA LEY, 2004-F, 183.

(3) FERNÁNDEZ GARELLO, Vivian Cecilia, “¿Son taxativas las causales de exclusión del voto en el con-

curso preventivo?”, LA LEY, 2009-D, 929.

(4) QUINTANA FERREYRA, Francisco, “Concurso. Ley 19.551. Comentada, anotada y concordada”, Astrea, Buenos Aires, 1985, t. 1, pp. 578 y 579.

(5) ROVEDA, Eduardo y BURDEOS Florencia, “Crédito por alimentos y prohibición de votar en el acuerdo preventivo”, DFyP 2009 (diciembre), 83

(6) RIVERA, Julio César - CÁCERES, Martín, “Pe-

dido de quiebra por la ex cónyuge causado en la obligación alimentaria hacia el hijo común”, DFyP 2011 (septiembre), 59, AR/DOC/2625/2011

(7) CNCom., sala E, autos “M.W.J. c. M.”, 12/12/2006, Cita online: 70039657

(8) CNCom., sala E, “M. W. J. M. s/ped. de quiebra”, 12/12/2006, por: D. L. J., AR/JUR/9751/2006.

En definitiva, estamos convencidos de que la falta de legitimación del hijo para pedir la quiebra de su padre incumplidor del deber alimentario y la imposibilidad de computar su crédito en las mayorías del acuerdo preventivo solo contribuyen a que los alimentados sufran más restricciones que las que la falta de sustento les provoca; y no favorece a la unidad familiar ni al bienestar de los niños, niñas y adolescentes.

## V. ¿Tienen privilegios los créditos alimentarios de los hijos y los créditos por alimentos pagados a los hijos?

Otro interrogante que corresponde develar es si los créditos alimentarios de los hijos contra sus padres tienen algún tipo de privilegio en el concurso de sus progenitores.

La respuesta es negativa; en este sentido hay que tener muy en claro que en la legislación argentina actual el crédito alimentario de los hijos no goza de privilegio alguno y por lo tanto es un acreedor quirografario.

En este sentido manifiesta el profesor Carlos Ribera: “El crédito por alimentos es quirografario. No debe confundirse con el privilegio que reconoce el art. 246 inc. 3º b) de la LCQ” (9).

Coincidimos con el profesor Ribera, en que el art. 246 inc. 3º b) puede llamar a confusión en tanto establece que “son créditos con privilegio general 3) Si el concursado es persona física: b) los gastos de enfermedad durante los últimos SEIS [6] meses de vida; c) los gastos de necesidad en alojamiento, alimentación y vestimenta del deudor y su familia durante los SEIS [6] meses anteriores a la presentación en concurso o declaración de quiebras.

En realidad, a lo que hace referencia la norma es a los alimentos brindados al deudor, lo que se llama “gastos por alimentos”, que son aquellos necesarios para cubrir las necesidades básicas para su vida y la de su familia. Se ha dicho que el deudor es el verdadero beneficiario de la disposición (10).

Pensamos sinceramente que una interpretación sistémica de la norma nos per-

mitiría entender que en el caso de que la madre o cualquier otra persona (abuelos, padre afín, allegado etc.) haya cubierto los gastos alimentarios del padre y los reclame en su quiebra, los pagos efectuados en los seis meses anteriores a la presentación en concurso o declaración de quiebra gozan de privilegio general, por ser gastos necesarios de la familia del deudor y están incluidos en lo dispuesto en el art. 246 inc. 3º b).

Somos conscientes de que esta no es la interpretación mayoritaria, pero también lo somos de que que considera mejor el interés superior del menor y resulta “pro homine”.

El principio *pro homine* implica que la interpretación jurídica siempre debe buscar el mayor beneficio para el ser humano, es decir, que debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación extensiva cuando se trata de derechos protegidos y, por el contrario, a la norma o a la interpretación más restringida, cuando se trata de establecer límites a su ejercicio. En este sentido considerar amparados con *privilegio general* los créditos por los alimentos pagados a los hijos del deudor es la manera más protectoria de interpretar la norma.

## VI. Los alimentos posteriores a la declaración de quiebra

En este acápite queremos considerar la situación de los créditos por alimentos que vencen con posterioridad a la declaración de quiebras.

Cabe señalar que estos no deben ser reclamados en el proceso universal ni se rigen por sus reglas, aunque se verán afectados por la existencia del proceso falencial. Ello implica que deben ser reclamados y ejecutados ante el juez de familia; y que para cobrarse, se encontrarán frente a la realidad que el deudor ha sido desahogado de su patrimonio.

No obstante lo cual, el quebrado puede seguir ejerciendo su profesión, trabajo o industria, o cobrando su pensión o jubilación, y estos emolumentos que no ingresan a la quiebra sirven como activo para el pago alimentario.

Coincidimos con Ribera en que “una posibilidad que tiene el acreedor es pedir la ejecución del bien inscripto como ‘vivienda’”, porque la afectación no es oponible a las obligaciones alimentarias a cargo del titular a favor de sus hijos menores, incapaces o con capacidad restringida (art. 249 inc. d), LCQ). También podrá ejecutar la indemnización que se le haya otorgado al concursado por derechos no patrimoniales e indemnizaciones por daños a la persona (art. 108, inc. 6º LCQ). Asimismo, responderá con los bienes que ingresen con posterioridad a su rehabilitación (art. 236, LCQ) o el remanente que arrojar la conclusión de la quiebra por pago total (art. 228, LCQ).

Es muy importante la posibilidad de poder ejecutar el bien inscripto como vivienda por las deudas alimentarias, porque este bien no responde por las deudas posteriores a la inscripción; ello implica que normalmente no entra en la quiebra, pero sí responde por alimentos.

## VII. Embargos de sueldos y jubilaciones por deudas alimentarias posteriores a la declaración de quiebra

La declaración de quiebra no conlleva el cese ni la suspensión de la obligación alimentaria, por lo que no afecta la posibilidad de embargar el haber previsional no sujeto al desapoderamiento en concepto de alimentos de los menores, pues la cuota alimentaria se “devenga” mes a mes y es una obligación legal imprescriptible e irrenunciable

Acá conviene recordar que cuando alguien quiebra (sea persona humana o jurídica) “queda desapoderado de pleno derecho de sus bienes” y pierde el derecho a administrarlos y disponer de ellos. Hay muy pocas excepciones a ese desapoderamiento; entre ellas, los pagos jubilatorios y de haberes que recibe el quebrado. Sobre estos bienes puede practicar un embargo el acreedor de alimentos posteriores a la quiebra.

Jurisprudencialmente se ha resuelto que debe confirmarse la resolución del juez que declaró el embargo sobre el haber jubilatorio del deudor para satisfacer el crédito alimentario de la actora (11).

## VIII. Conclusiones

El tema de las obligaciones alimentarias y de las deudas a los hijos no ha sido correctamente resuelto por la Ley de Concursos y Quiebras; y, lo que es peor, no figura en la agenda de ninguno de los proyectos de ley enviados al Congreso ni ha sido tenido en cuenta especialmente en las reformas transitorias a la LCQ introducidos por “Ley de sostenimiento de la actividad económica en el marco de la emergencia sanitaria pública coronavirus -COVID-19-. Emergencia para procesos de concursos preventivos y quiebras”. Este desprecio legislativo a una de las deudas más injustas y socialmente reprochable, como son aquellas que los progenitores tienen para con sus hijos, merecen la pronta atención legislativa y una equitativa interpretación judicial.

Cita on line: AR/DOC/3564/2020

## MÁS INFORMACIÓN

**Vítolo, Daniel R.**, “¿Un mecanismo de aislamiento preventivo obligatorio y temporario para ciertas empresas en crisis, estableciendo exclusiones ajenas al sistema concursal? cuando el árbol no permite ver el bosque”, LA LEY 23/10/2020, 1, AR/DOC/3488/2020.

**Videla, Felipe L. M. y Videla, Agustín**, “Los proyectos legislativos de reestructuración de deuda frente a la pandemia”, LA LEY 07/10/2020, 12, AR/DOC/3104/2020.

**Prono, Ricardo S. y Prono, Mariano R.**, “reformas a la ley de concursos y quiebras suspendiendo plazos y ejecuciones por la emergencia de la pandemia”, LA LEY 27/08/2020, 1, AR/DOC/2857/2020

## LIBRO RECOMENDADO

**La actuación del profesional frente a la crisis: El COVID-19, el concurso preventivo y el acuerdo preventivo extrajudicial**

Autores: Rodríguez, Raquel; Sereni, Jorge

Edición: 2020

Editorial: La Ley, Buenos Aires

## NOTAS

(9) RIBERA, Carlos E., “El derecho de familia y el derecho concursal”, Supl. Esp. Código Penal 2019 (noviembre), 29/11/2019, 249; AR/DOC/3893/2019

(10) VILLANUEVA, Julia, “Privilegios”, Rubinzal-Culzoni Edit., Santa Fe, 2004, p. 354. El tema es ana-

lizado en particular por VILLOLDO, Marcelo, “El privilegio de los alimentos ¿o de los gastos de alimentación?”, ED 221-972. Este autor propone que los alimentos posconcursoales deberían ser incluidos como “gasto de conservación y de justicia” (art. 240 LCQ).

(106) KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída - KIPER, Claudio - TRIGO REPRESAS, Félix A., “Código Civil comentado”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007.

(11) C2a Civ. y Com., La Plata, sala I, “Medina, Mario Edgardo”, 09/09/2008, IMP 2008-23 (Dicem-

bre), 2046, AR/JUR/8375/2008; NEGRI, Juan Javier, “Abuelito, dime tú... Sobre la obligación alimentaria de los abuelos a sus nietos”, DFyP 2020 (junio), 17/06/2020, 137; AR/DOC/686/2020.

## COLUMNA DE OPINIÓN

# La dignidad de la persona humana como propiedad de relación

## VIENE DE TAPA

### II. El concepto genérico de dignidad

La primera referencia normativa que se encuentra respecto de la *dignidad humana* está en la Constitución de Weimar de 1919 que identifica a la justicia con la existencia digna o dignificante: “eines menschenwürdigen Daseins”. En efecto, en su Art. 151 establece: “el orden de la vida económica debe estar de acuerdo con los principios de justicia con el objetivo de garantizar una existencia digna para todos”. También la Constitución irlandesa de 1937 la menciona en su preámbulo relacionándola con la libertad. Se refiere a “dignity and freedom of the individual”, la dignidad y libertad del individuo. La Constitución de España de 1945 en su Art. I. 1, menciona la “dignidad de la vida humana”, en el I. 2, refiere a la “dignidad personal del trabajador” y en los Art. I. 3 y 25 establece la “dignidad de la patria.”

La Carta de las Naciones Unidas de 1945 es, sin duda, la pieza normativa de mayor influencia en lo que respecta al proceso de centralización del concepto de *dignidad*. Incluye en su preámbulo la idea de que los países miembros están resueltos “a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas. Se suma a esta lista de documentos jurídicos trascendentes la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, que también en su preámbulo declara: “Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el

mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana” y agrega “Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana”. Para mayor abundamiento el mismo documento en el Art. 1 establece que “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.”

En lo que hace a normas vigentes, una de las de mayor trascendencia es la Ley Fundamental alemana de 1949 que en su Art. 1 [1] establece “Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt” esto es: *La dignidad humana es inviolable*. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público. Para mayor abundamiento el

Art. 2 [1] dispone “Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt”, *toda persona tiene el derecho al libre desarrollo de su personalidad siempre que no viole los derechos de otros ni atente contra el orden constitucional o la ley moral*.

La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en su Artículo 1 dispone “Human dignity is inviolable. It must be respected and protected”, *la dignidad humana es inviolable. Debe ser respetada y protegida*. Por su parte la Constitución Italiana tiene abundantes referencias a la dignidad. P. ej., el art. 3 [1] reconoce “pari dignità social”, *igual dignidad social* a todos los ciudadanos; el art. 29 [2] reconoce “eguaglianza giuridica e morale”, *igualdad legal y moral* a marido y mujer; el art. 32 [2] establece que el tratamiento obligatorio de la salud no deberá infringir la dignidad humana; el art. 36 [1] considera los

salarios como un medio para asegurar al trabajador y su familia de una existencia “esistencia libera e dignitosa”, *libre y digna*; y la dignidad humana es también un límite para la economía de empresa según lo establece el art. 41 [2].

Otros documentos que también reconocen el concepto de dignidad humana son: el Código de Derecho Canónico de 1983 que en el *canon 208* establece “Por su regeneración en Cristo, se da entre todos los fieles una verdadera igualdad en cuanto a la dignidad y acción, en virtud de la cual todos, según su propia condición y oficio, cooperan a la edificación del Cuerpo de Cristo.” La Constitución de la República Islámica de Irán de 1979 en el preámbulo declara que “Esta Constitución considera como su objetivo más alto la libertad y la dignidad de la raza humana” y en el art. 22 que “La dignidad, la vida, la propiedad, los derechos, la residencia y la ocupación del individuo son inviolables, excepto en los casos sancionados por la ley.” Finalmente, la Constitución de la República Popular China de 1982 también hace referencia a la dignidad en el art. 38 que establece, “La dignidad personal de los ciudadanos de la República Popular de China es inviolable.”

### III. Dignidad humana como término jurídico

Ahora bien, a pesar de la abundante referencia de los textos legales al concepto de *dignidad*, el contenido legal de la dignidad humana encuentra dificultades al momento de intentar precisarlo, toda vez que permanentemente surgen en los diferentes sistemas normativos nuevos derechos vinculados a ese concepto. A mero título ejemplificativo, es posible nombrar los derechos al honor, a la intimidad o privacidad, a la integridad, a la identidad, a la protección de datos personales, a la salud, a la imagen, a conocer los datos de padres biológicos, al cambio de sexo, al proyecto de vida, y muchos más. Todos vinculados con la inviolabilidad de la persona humana que deriva de su dignidad.

El primero que dejó una huella importante en la doctrina argentina, en lo que a derechos de la personalidad respecta, fue Alfredo Orgaz, quien trató la problemática, ya en 1961, como “uno de los problemas más debatidos de la sistemática actual”. (1) Se enrola entre quienes niegan la condición de *derechos subjetivos* a los derechos de la personalidad y señala que la persona no puede ser objeto de Derecho porque ella *es el sujeto de todo Derecho*. Si bien advierte que la distinción es dogmática, considera que tiene un aspecto práctico importante, ya que la construcción de una categoría denominada *derechos de la personalidad* tiende a ampliar la posibilidad de reparación del daño, mientras que su rechazo limita la responsabilidad a los supuestos contemplados por la ley, contribuyendo así a dar mayor seguridad jurídica (2).

Considera Orgaz que en el caso de la vida, la integridad corporal, el honor (siguiendo esta enumeración, la *intimidad* tampoco aparecería en el pensamiento de Orgaz), no se constituyen en auténticos *derechos subjetivos*, porque “no hay ninguna facultad específica concedida por el Derecho objetivo a favor de las personas (...) sino que el Derecho subjetivo surge solo después de la lesión inferida por otro sujeto a esos bienes (homicidio, le-

siones, injurias, etc.) y tal Derecho ya no se caracteriza como un Derecho a la vida, a la integridad, etc., sino simplemente a obtener la condenación penal o civil del ofensor” (3).

Finalmente, sostiene este autor que la afirmación de que la persona es el sujeto de un Derecho sobre sí misma, o con respecto a sí misma, comporta un absurdo.

Puede señalarse, entonces, que la obra de Orgaz tuvo una importancia definitiva en la construcción de los antecedentes doctrinarios y legislativos en la doctrina argentina sobre el tema en estudio. Considera que las “meras libertades” no son derechos subjetivos concretos (4).

A partir de allí, la formación de la *doctrina de los derechos de la personalidad* o *derechos personalísimos* cuentan como pilares al pensamiento de Santos Cifuentes, que justifica la doctrina de los derechos personalísimos; las ideas de Guillermo Borda, quien considera que si bien idealmente el honor, la libertad, la integridad física, deben integrar la personalidad humana, en la práctica puede darse perfectamente el caso de que una persona se vea privada de ellos, por lo que, por consiguiente, son separables del sujeto y en cuanto elementos separados pueden constituir el objeto de un derecho (5); y el aporte fundamental de Alberto Bueres, quien sostiene que si el objeto de estos derechos se hace palpable una vez que se los lesiona, al quedar expuesto el contenido económico del que carecen apriorísticamente, al modo del dominio (6), ello equivaldría a considerarlo como un *derecho subjetivo patrimonial* y no un *derecho subjetivo personalísimo*. Distingue Bueres este Derecho: “cuyo objeto es un bien interior de la persona, de aquel cuya causa eficiente es el ilícito dimanante del daño causado a dicho bien. Esta última prerrogativa, de raigambre puramente obligacional, no es otra cosa que el poder que asiste a la víctima para exigir la reparación del perjuicio; en suma un derecho creditorio, distinto y ulterior —cronológicamente hablando— en relación con el *derecho subjetivo personalísimo extrapatrimonial* afectado” (7). Por lo contrario, considera Bueres que la existencia del *derecho subjetivo personalísimo* queda en evidencia cuando la persona puede realizar actos de disposición de esos bienes en los que se asienta el *derecho subjetivo* (dona sangre, autoriza a que se los intervenga quirúrgicamente y participa en actividades riesgosas; da sus órganos, revela intimidades, si lo desea, y autoriza la divulgación de su imagen, etc.). “Toda negación del Derecho Subjetivo importa, en definitiva, el camino directo hacia la negación de la persona en su integridad ética, la que se garantiza con la certeza del Derecho que se manifiesta en el reconocimiento del Derecho Subjetivo, donde la norma llega a ser concreta a través de la voluntad del agente que se actúa en la pretensión” (8).

Estas ideas cristalizaron en el Código Civil y Comercial argentino de 2015 que regula el *sistema de derechos de la personalidad* en varios artículos. En el art. 51 establece que la persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad.

Completando el concepto en el art. 52 que dispone que la persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar honra o reputación, imagen o identidad, o que de cual-

quier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación integral de los daños sufridos. Resulta relevante agregar que el contenido normativo del art. 1737 considera que hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva. La indemnización integral comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo con la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida.

### IV. Concreción del concepto de dignidad jurídica

Resulta necesario reducir a lo más esencial y seguro el concepto de *dignidad humana*. Se trata de un valor de la persona y de la humanidad. Debe aclararse que no basta con establecer que no es un derecho negativo (no afectar la dignidad humana), sino que se concreta en reconocer a toda persona humana la condición de sujeto de derecho y a poder actuar de tal manera que sea posible ejercer esos derechos, particularmente a través de los derechos de la personalidad. La dignidad humana no es una propiedad metafísica de los humanos individuales, sino más bien una *propiedad de relación entre humanos*, entre, por así decirlo, el dignante y el dignificado. Para decirlo de otra manera, la *dignidad humana* designa una forma de ser humano, no una propiedad del ser humano. Dependiente del reconocimiento de los demás en la práctica. Se debe poder dar y recibir dignidad. Cuando se considera de este modo, se advierte que la subjetividad y por tanto la dignidad de las personas se constituye colectivamente. La mirada de los otros constituye a cada sujeto, porque tienen un punto de vista diferente al de cada uno. Ofrecen perspectivas que en realidad son inagotables, como con cualquier objeto del mundo, pero, fundamentalmente, como con cualquier sujeto del mundo. “Cualquier objeto tiene infinitas perspectivas posibles, cualquier sujeto tiene infinitas perspectivas posibles, nadie puede acceder a todas esas perspectivas, pero puede haber una constitución intersubjetiva que permita completar, de la manera más perfecta posible —sin ser perfecta, considerando que siempre va a haber un cono de sombra sobre la propia subjetividad—, esa mirada sobre lo que uno es, como sujeto” (9).

Es por ello por lo que no basta con la autonomía de la persona para establecer su dignidad, porque esta debe ser construida con la mirada de los otros y las otras, de una manera constitutiva. Resulta aquí imprescindible destacar lo que sostiene Diana Maffía al establecer claramente que, “desde esta descripción, ningún sujeto es intercambiable por cualquier otro, ni neutralizado. Todas las miradas son constitutivas del mundo, cada una desde su personal perspectiva es imprescindible. La exclusión de las miradas subalternizadas en la cultura no solo es un problema político, es un empobrecimiento del resultado mismo de la empresa humana del conocimiento. Ninguna pretensión de universalidad puede prescindir de la mitad de la humani-

dad. Por lo que la visión de la mujer al momento de establecer el significado de dignidad humana resulta irremplazable.

Un punto indispensable de referencia al momento de explicar en qué consiste el trato digno entre personas humanas es el art. 2 de La Ley Fundamental alemana que consagra ya tempranamente a mediados del siglo pasado el derecho al desarrollo de la propia personalidad. A partir de allí, los distintos ordenamientos jurídicos empezaron a elaborar la *doctrina de los derechos de la personalidad*. En este momento los diferentes sistemas jurídicos cuentan ya con una extensa lista del *derecho de la personalidad* entre los que se encuentran el derecho al honor, el derecho a la intimidad o a la privacidad según como se la trate en distintos países, el derecho a la Integridad, el derecho a la identidad, el derecho a los datos personales y con relación a ellos uno que he advertido recientemente que es el derecho a la transmisibilidad de los datos personales como también un derecho de la personalidad, el derecho a la imagen, el derecho a la salud o de la salud como también un derecho fundamental a la personalidad o el proyecto al derecho de vida. Esta lista no se detiene aquí, sino que surgen nuevos derechos de la personalidad según la dignidad que las personas quieran reconocerse.

Para llegar a una teoría sólida sobre los *derechos de la personalidad*, la evolución de la doctrina y la jurisprudencia tuvo que dedicar muchas páginas. El último y más reciente eslabón es el aporte de la Escuela de la Solidaridad en el Derecho fundada e impulsada por el profesor Dr. Marcos M. Córdoba (10). Esta Escuela argumenta que el *principio de solidaridad* constituye un estándar moral de la sociedad, resultante de su evolución social y jurídica y de sus modos de vida, costumbres y conocimientos (11).

La actitud solidaria, y exigible por ley de manera proporcionada y ordenada, deviene así en la única posibilidad de trato digno entre personas humanas. Ello debido a que la solidaridad se define como la relación recíproca entre el todo y sus partes. Ningún problema pertenece solo a una persona; y se debe rechazar la idea de que la mente está primero sola, y luego en relación con otros, ya que la conciencia de uno mismo, como yo y como persona, es siempre experimentada en el contexto de su membresía a una totalidad. Se distingue el *principio de solidaridad del de simple agregación* presente en las relaciones sociales. *La sociedad solidaria no tiene nada que ver con aquella que está simplemente junta*. El trato digno que se da y se recibe se concreta en una sociedad solidaria en la que sus miembros están unidos según la cualidad de su participación en el grupo, diferenciándola de las sociedades estructuradas en la búsqueda de la mayor felicidad individual o del mayor número (12).

La clave de la concepción de los *derechos de la personalidad* y en última instancia de la regulación de todos los derechos se encuentra en la protección de la dignidad de la persona humana como un valor, como una valoración de la persona y de la humanidad que debe orientar y que debe ser reconocida, en la práctica, en el trato solidario con que el derecho regula las relaciones entre las personas.

Cita on line: AR/DOC/3480/2020

### { NOTAS }

**Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)**  
(\*) Profesor de Filosofía del Derecho y de Teoría de la Persona y del Hecho Jurídico, Universidad Abierta Interamericana.

(1) ORGAZ, Alfredo, “Personas Individuales”, Assandri, Buenos Aires, 1961, p. 107.

(2) Cfr. *Ibidem*, p. III.

(3) *Ibidem*, p. 117.

(4) ALTERINI, Atilio y LÓPEZ CABANA, Roberto,

“El abuso del Derecho. Estudio de derecho comparado”, LA LEY, 1990-B, 1101.

(5) Cfr. BORDA, Guillermo, A., “Tratado de Derecho Civil. Parte General”, Perrot, Buenos Aires 1959 y actualizada 2004, nro. 310.

(6) Cfr. BUERES, Alberto, J., en prólogo a BERGOGLIO, M.T., *ob. cit.*, p. XXVI.

(7) *Ibidem*.

(8) BUERES, Alberto, J. y HIGHTON, Elena I., “Cód.

Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2006, p. 82.

(9) MAFFÍA, Diana, “Contra las dicotomías: Feminismo y Epistemología Crítica”, en KOROL, Claudia (comp.) *Feminismos populares, pedagogías y políticas*, Ed. Chirimbote, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2016.

(10) TULLIO, Antonio, “La respuesta del derecho a las crisis económicas”, *Secondo Convegno Internazionale di*

*Studi di Diritto Euro-Americano. La crisi económica e la risposta del diritto*, Università di Modena, 2013.

(11) CÓRDOBA, Marcos M., “Solidaridad Jurídica”, Ed. La Ley, Buenos Aires 16/10/2019, 2.

(12) SCHELER, Max F., “On the Nature of Sympathy”, *Transaction Publishers*, New Brunswick, 2008.


**NOTA A FALLO**

## Proceso por enfermedad profesional

**Razonabilidad de la duración del proceso. El acceso a la justicia como uno de los componentes del derecho a condiciones de trabajo que aseguren la salud del trabajador. Obligaciones del Estado en la prevención de accidentes de trabajo. Disidencia. Necesidad de agotamiento de procesos internos.**

- 1.- Resulta irrazonable que las autoridades judiciales hayan tardado doce años en dilucidar si le asistía a la víctima derecho en la demanda por enfermedad profesional contra su empleador.
- 2.- El acceso a la justicia es uno de los componentes del derecho a condiciones de trabajo que aseguren la salud del trabajador. Los derechos laborales y el derecho a la seguridad social incluyen la obligación de disponer de mecanismos efectivos de reclamo frente a su violación con el fin de garantizar el derecho de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva, tanto en el ámbito público como en el ámbito privado de las relaciones laborales. Esto mismo es aplicable al derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que aseguren la salud del trabajador.
- 3.- El derecho contenido en el art. 8.2.h) CADH no es aplicable al proceso de indemnización por enfermedad profesional. Este tenía la finalidad de solicitar una indemnización. No era un proceso penal en contra de la presunta víctima, ni un proceso administrativo que pudiera implicar una privación de libertad. Tampoco

era un proceso administrativo de naturaleza sancionatoria.

- 4.- La prevención de accidentes de trabajo, como parte del derecho al trabajo en condiciones satisfactorias y equitativas que aseguren la salud del trabajador, está reconocida ampliamente en el *corpus iuris* internacional. En particular, el Convenio de la OIT sobre seguridad y salud de los trabajadores.
- 5.- La prevención de accidentes y enfermedades profesionales es un componente fundamental del derecho a unas condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, y guarda estrecha relación con otros derechos reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos, en particular con el derecho al más alto nivel posible de salud física y mental.
- 6.- Los Estados parte deben adoptar una política nacional para prevenir los accidentes y daños a la salud relacionados con el trabajo mediante la reducción al mínimo de los riesgos en el entorno laboral y garantizar una amplia participación en la formulación, aplicación y revisión de dicha política, en particular de los trabajadores, los empleadores y las organizaciones que los representan.
- 7.- Los recursos judiciales que buscan proteger derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, deben ser resueltos en un plazo razonable. De lo contrario, ello constituye una violación del art. 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos (voto concurrente del juez Pazmiño Freire).
- 8.- En casos donde se cuestionan derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, incluyendo controversias laborales contra empresas privadas, los Esta-

dos deben asegurarse de que el procesamiento de dicha demanda cumpla con las garantías judiciales y sea acorde al derecho a la protección judicial (voto concurrente del juez Pazmiño Freire).

- 9.- La decisión de desestimar la excepción preliminar por falta de agotamiento de los recursos internos fue adecuada. A la luz de la jurisprudencia interamericana, la acción civil de daños y perjuicios no era la vía adecuada y efectiva que la víctima debía agotar para acceder al sistema. El Estado no logró demostrar —siendo omiso incluso en aportar las decisiones que decía resultaban análogas— que esa acción podría constituir un mecanismo adecuado para remediar la situación que se alegó vulnerada en el caso al momento de los hechos (voto razonado del juez Ferrer Mac-Gregor Poisot).
- 10.- La sentencia, en el caso, es una de las múltiples facetas que puede adoptar la protección del derecho al trabajo en su vertiente de condiciones equitativas y satisfactorias, que en este caso se proyecta en el acceso a la justicia. Máxime cuando la víctima tenía una discapacidad (reconocida por el propio Estado), por lo que era necesario que, conforme a los estándares vertidos por la Corte IDH y al ser Argentina parte de la Convención Americana de Derechos Humanos, el procedimiento laboral fuera tramitado con una diligencia excepcional (voto razonado del juez Ferrer Mac-Gregor Poisot).
- 11.- Aceptar la excepción preliminar interpuesta por el Estado sería contravenir la propia jurisprudencia de la Corte IDH, que indica que los recursos deben estar no solo disponibles, sino también deben ser efectivos e idóneos para reparar la violación. Ello sería ir en contra del derecho de acceso a la justicia interamericana

de la víctima y en detrimento del principio *pro personæ* (voto razonado del juez Ferrer Mac-Gregor Poisot).

- 12.- La protección interamericana implica que las personas no queden sujetas únicamente a la voluntad soberana de cada Estado ni, por ende, consagradas solo por su respectiva legislación interna, sino también y principalmente de la normativa internacional; pero no puede tener por objeto liberar al peticionario de su obligación de cumplir con el requisito del previo agotamiento de los recursos internos para que ella pueda operar, puesto que, al procederse así, se despoja al artículo 46 de la CADH que lo consagra, de todo sentido y se le priva, consecuentemente, de la posibilidad de ser aplicado, afectando, de ese modo, los cimientos mismos de toda la estructura jurídica internacional concerniente a los derechos humanos y el indispensable equilibrio procesal entre las partes, dejando incluso al Estado en la indefensión (voto disidente del juez Vio Grossi).
- 13.- Si la acción de daños se encontraba disponible al momento de los hechos, la víctima debió agotarla para poder acceder al sistema interamericano; y no se agotó dicha acción ni ninguna otra que fuese adecuada para brindarle una respuesta por la duración excesiva del proceso laboral, por lo tanto, no se le brindó al Estado la oportunidad de solucionarlo internamente (voto disidente del juez Sierra Porto).

Corte IDH, 09/06/2020. - Spoltore c. Argentina.

[Cita on line: IC/JUR/5/2020]

[El fallo *in extenso* puede consultarse en Atención al Cliente, <http://informaciónlegal.com.ar> o en Preview]

# La Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró responsable a la Argentina por denegación, retardo de justicia e incumplimiento de otras garantías en el caso “Spoltore”

## PARCIALIDAD Y AUSENCIA DEL “DAÑO AL PROYECTO DE VIDA”

Alberto D. Chartzman Birenbaum (\*)

**SUMARIO:** I. Cuestiones fundantes.— II. El derecho humano al debido proceso y a la protección judicial.— III. Antecedente.— IV. De la tardía sentencia y su parcialidad.— V. El daño al proyecto de vida “ausente”.— VI. A modo de colofón.

### I. Cuestiones fundantes

El presente trabajo involucra la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que ha tenido lugar con

fecha 09/06/2020, y fuera notificada con fecha 28/08/2020, mediante la cual declaró internacionalmente responsable al Estado de la República Argentina por la violación de los derechos a las garantías judiciales,

protección judicial y el derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que aseguren la salud del trabajador, de Victorio Spoltore, ya que no se le garantizó el acceso a la justicia, la protección judicial y garantía judicial en su búsqueda de una indemnización por una posible enfermedad profesional, en relación con la obligación de respetar y garantizar dichos derechos. Como consecuencia de esto, la Corte concluyó que la Argentina es responsable de la violación de los arts. 8.1 y 25, en relación con el art. 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y del art. 26, en relación con los arts. 8º, 25 y 1.1 del mismo instrumento.

Cabe advertir, en primer lugar que la presentación se realizó en el caso “Spoltore vs. Argentina”, luego de la audiencia celebrada en Costa Rica el 5 de febrero pasado; allí se juzgaban las inadmisibles demoras

de Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires, en particular de los tribunales del trabajo, donde se ventilan las causas laborales.

La denuncia inicial ante ese organismo internacional la radicó el Sr. Victorio Spoltore que se había presentado ante los tribunales del trabajo de la Provincia de Buenos Aires, donde litigó durante más de diez años, pero finalmente falleció sin encontrar una justa solución de su reclamo; una consecuencia lastimosa y perversa, cuya reparación no tiene dimensión posible: “el derecho a la vida no tiene precio”; y el desprecio por la vida y la dignidad humana quedan expuestos en este precedente.

Haciendo uso de la figura del *amicus curiae*, el Foro Medio Ambiental (FOMEA) se sumó al caso “Spoltore vs. Argentina” y puso en conocimiento de la Corte IDH las

### { NOTAS }

**Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)**  
 (\*) Abogado (UBA); licenciado en Relaciones Humanas; doctor en Derecho del Trabajo, Previsión Social y Derechos Humanos (Universidad Nacional de Guatemala); doctor en Derecho del Trabajo (Universidad Nacional de

Tres de Febrero); magíster en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social y Relaciones Internacionales del Trabajo (UNTREF); integrante del Consejo de Dirección y Coordinación Académica de la Maestría en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales Internacionales (UNTREF).

demoras que se registran en los tribunales del trabajo de San Nicolás y, entre otras causas judiciales, se informó detalladamente sobre el estado del amparo ambiental “Foro Medio Ambiental c. Prochem Bio SA” de trámite en el Tribunal de Trabajo N° 2, que sirve como antecedente en el retardo de justicia. También se aportó a esa Corte un listado extenso con otras causas que se encuentran demoradas en ese fuero local.

En la audiencia celebrada en el caso “Spoltore vs. Argentina” quedó acreditado el incumplimiento de la garantía de resolución en plazo razonable por parte del Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires, por lo que las asociaciones intervinientes, los profesionales que los representan y los familiares de los afectados tuvieron la fundada expectativa de que la Corte Interamericana de Derechos Humanos imputara al Estado argentino por violación de ese derecho humano, condenándolo a la reparación del daño y a la adopción de medidas eficaces que permitan el correcto funcionamiento del Poder Judicial.

El caso se relaciona con la alegada demora y denegación de justicia de Victorio Spoltore en el contexto de un proceso laboral derivado de la demanda por indemnización emergente de enfermedad profesional contra la empresa Cacique Camping SA, que tramitó ante el Tribunal del Trabajo N° 3 del Departamento Judicial de San Isidro, Provincia de Buenos Aires, pero en rigor de verdad ha sido por la intervención del Tribunal N° 2 (se desconoce las razones por las que se nombra el Tribunal N° 3). Se alega que dicho proceso inició el 30/06/1988 y culminó el 16/08/2000 cuando la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires rechazó los recursos interpuestos por el Sr. Spoltore contra la sentencia de primera instancia que también rechazó su pretensión indemnizatoria. Se argumenta que el proceso tuvo una duración de 12 años, 1 mes y 16 días. Por ello, se arguye que el plazo de más de 12 años que tardó el reclamo judicial de indemnización interpuesto por la presunta víctima en el ámbito laboral no fue debidamente justificado por el Estado y, por lo tanto, fue excesivo y violatorio de la garantía de plazo razonable. Asimismo, se alega que dicho proceso no constituyó un recurso efectivo para que el Sr. Spoltore pudiera efectuar un reclamo sobre lo que consideró que era su derecho, conforme a la legislación interna.

Con dos infartos, se le reconoció que tenía un 70% de incapacidad. El 08/05/1987, a los 50 años de edad, dejó de trabajar y comenzó a recibir una pensión. El 30/06/1988 el Sr. Spoltore presentó una demanda laboral por indemnización emergente de enfermedad profesional contra su empleador ante el Tribunal del Trabajo N° 3 del Departamento Judicial de San Isidro de la Provincia de Buenos Aires, cuyo procedimiento se dilató en el tiempo. La víctima argumentó que adquirió su enfermedad en el trabajo o con causa o motivo del trabajo y que la desmejora de su salud generó un trato hostil por parte de la empresa.

El tribunal dictó sentencia en 1997, nueve años después de iniciado el proceso, rechazando la demanda interpuesta por Spoltore.

El actor interpuso contra la sentencia los recursos extraordinarios de inaplicabilidad de ley y de nulidad, pero la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires los rechazó, tal como se señalara. Paralelamente presentó una denuncia disciplinaria por la demora y la negligencia en el proceso por parte del tribunal de trabajo. Se constató la demora, pero se esgrimió que “el ex-

cesivo cúmulo de tareas imperante en el tribunal durante el período investigado, los problemas de salud que padeciera la actuaria y la ausencia de antecedentes disciplinarios”, únicamente cabía un llamado de atención a la secretaria del tribunal por la demora en varias diligencias de trámite de la causa.

El proceso iniciado por el Sr. Spoltore tenía la finalidad de solicitar una indemnización. No era un proceso penal en contra de la presunta víctima, ni un proceso administrativo que pudiera implicar una privación de libertad.

Tampoco era un proceso administrativo de naturaleza sancionatoria, en el cual pueden ser aplicables las garantías incluidas del art. 8.2 de la CADH según su naturaleza y alcance. Por lo tanto, el Tribunal consideró que el derecho contenido en el art. 8.2.h) no era aplicable al proceso de indemnización por enfermedad profesional. En consecuencia, el Estado no violó el art. 8.2.h) de la CADH en relación con los arts. 1.1 y 2.

Ante la Corte Interamericana, el Estado reconoció que existió una duración excesiva del proceso judicial, lo cual implicó una violación del derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial del señor Spoltore.

En su sentencia, la Corte señaló que los trabajadores tienen derecho a realizar sus labores en condiciones que prevengan accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

En este sentido, la Corte reiteró que los derechos laborales y el derecho a la seguridad social incluyen la obligación de disponer de mecanismos adecuados de reclamo para solicitar una reparación o indemnización cuando se está frente a su violación, con el fin de garantizar el derecho de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva, tanto en el ámbito público como privado de las relaciones laborales.

Esto también es aplicable al derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que aseguren la salud del trabajador.

En razón de las violaciones encontradas, la Corte ordenó medidas de reparación: a) realizar la publicación del resumen oficial de la sentencia, y b) pagar las cantidades fijadas en la sentencia por concepto de indemnizaciones por daños materiales e inmateriales, así como el pago de costas y gastos, y reintegro del Fondo de Asistencia Legal de Víctimas.

Debido a las circunstancias excepcionales ocasionadas por la pandemia de COVID-19, esta sentencia fue expedida y aprobada a través de una sesión virtual, utilizando medios tecnológicos, de conformidad con lo establecido en el Reglamento de la Corte.

### I.1. De la realidad procesal

Ciertamente hoy el expediente se encuentra destruido, solamente hay copia del registro.

Pero pasemos vista a la realidad: las audiencias de vista de causa se fijaban a 3 años; y si se suspendía, no se fijaba a 4 o 5 meses, sino a 2 o 3 años, con lo cual ya teníamos básicamente 6 años, más trámites.

Hoy tardan aproximadamente 3 años los juicios y otros 3 si se recurre ante la Corte.

Pero la cruda realidad de estos tiempos nos muestra que de los 69 tribunales en la provincia de Buenos Aires, 46 están desin-

tegrados: tienen suplentes y otros, con mucha suerte, subrogantes.

## II. El derecho humano al debido proceso y a la protección judicial

El amplio alcance de la intangibilidad del debido proceso se aplica no solo *ratione materiae* sino también *ratione personae* sin discriminación alguna. Tal como ya ha señalado este tribunal, el debido proceso legal se refiere al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos. Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal. Asimismo, la Corte ha indicado que el elenco de garantías mínimas del debido proceso legal se aplica en determinación de derechos y obligaciones de orden “civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. Esto revela que el debido proceso incide sobre todos estos órdenes.

La proclamación de derechos sin la provisión de garantías para hacerlos valer queda en el vacío. Se convierte en una formulación estéril, que siembra expectativas y produce frustraciones. Por ello, es preciso establecer las garantías que permitan reclamar el reconocimiento de los derechos, recuperarlos cuando han sido desconocidos, restablecerlos si fueron vulnerados y ponerlos en práctica cuando su ejercicio tropieza con obstáculos indebidos. A esto atiende el principio de acceso igual y expedito a la protección jurisdiccional efectiva, es decir, la posibilidad real de acceder a la justicia a través de los medios que el ordenamiento interno proporciona a todas las personas, con la finalidad de alcanzar una solución justa a la controversia que se ha suscitado. En otros términos: acceso formal y material a la justicia.

A ese acceso sirve el debido proceso, ampliamente examinado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el ejercicio de sus competencias consultiva y contenciosa.

En rigor, el debido proceso es el medio consecuente con el más avanzado concepto de los derechos humanos para asegurar la efectiva realización de esos derechos: un método o factor para la eficacia del derecho en su conjunto y de los derechos subjetivos en casos concretos. El debido proceso, concepto dinámico guiado y desarrollado bajo un modelo garantista que sirve a los intereses y derechos individuales y sociales, así como al supremo interés de la justicia, constituye un principio rector para la debida solución de los litigios y un derecho primordial de todas las personas. Se aplica a la solución de controversias de cualquier naturaleza, entre ellas, obviamente, las laborales y a las peticiones y reclamaciones que se plantean ante cualesquiera autoridades: judiciales o administrativas. En línea con los precedentes hasta aquí citados, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) postuló en su informe que “la jurisprudencia del sistema interamericano también ha establecido que un elemento esencial de la efectividad es la oportunidad. El derecho a la protección judicial exige que los tribunales dictaminen y decidan los casos con celeridad, particularmente en casos urgentes. La Comisión ha recalcado a este respecto que, en definitiva, el deber de conducir un procedimiento en forma ágil y rápida corresponde a los órganos encargados de administrar justicia”.

## III. Antecedente

El amparo ambiental contra “Prochem-Bio” es uno de los motivos de la presenta-

ción de FOMEA junto a las asociaciones “Cuenca del Río Paraná” y “Generaciones Futuras” ante la Corte IDH. Esa causa judicial debió ser resuelta en forma rápida y eficaz dado que esa es la característica principal de la acción de amparo judicial. En lugar de actuar prontamente, el Tribunal del Trabajo N° 2 lleva más de cuatro años de trámite y cuando tuvo la obligación de dictar una decisión que resuelva el conflicto no lo hizo y arbitrariamente decidió ordenar una innecesaria nueva pericia y así postergar su obligación legal de resolver mediante el dictado de una sentencia definitiva, incumpliendo la garantía de resolución en “plazo razonable”.

No es la primera oportunidad en que el Poder Judicial de San Nicolás es motivo de queja ante la Organización de Estados Americanos (OEA): el Foro Medio Ambiental de San Nicolás en noviembre de 2018 denunció las demoras y las irregularidades cometidas en la causa “Atanor”. Esa denuncia se encuentra en trámite ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos —petición principal - P-2749-18—, por eso esta nueva presentación que involucra ahora al amparo ambiental contra “Prochem Bio” es el segundo conflicto ambiental de nuestra región que llega al tribunal internacional.

La Corte IDH responsabilizó al país por la violación de la garantía del plazo razonable. Se trata del caso “Perrone y Preckel vs. Argentina”.

Elba Clotilde Perrone y Juan José Preckel eran funcionarios de la Dirección General Impositiva (DGI), que fueron detenidos por agentes estatales durante la dictadura militar argentina en julio de 1976. Perrone permaneció en distintas dependencias policiales y militares, hasta octubre de 1982, cuando pasó al régimen de libertad vigilada; mientras que Preckel estuvo inicialmente detenido y luego viajó a Alemania en 1979 en calidad de exiliado, hasta su retorno en 1984.

Los trabajadores se reincorporaron a sus labores y presentaron reclamos administrativos por el pago de los haberes salariales y beneficios sociales, que fueron desestimados. Luego acudieron a la vía judicial, pero también fueron rechazadas sus pretensiones.

En este escenario, la Corte IDH analizó el caso a la luz del acceso a un recurso adecuado y efectivo y con las debidas garantías procesales particularmente a través del deber de motivación y el plazo razonable.

Puntualmente, el tribunal explicó que la Argentina ratificó la Convención Americana y aceptó la competencia contenciosa de la Corte Interamericana en 1984. Advirtió así la limitación temporal para evaluar hechos anteriores, por lo que los integrantes del tribunal se pronunciaron sobre hechos autónomos posteriores, a la luz del alcance de los derechos reconocidos en los arts. 8° y 25 de la CADH.

En primer lugar, la Corte analizó si existió una falta de motivación en las sentencias que quedaron en firme. Consideró que tanto el tribunal de alzada como la Corte Suprema de Justicia examinaron los hechos, los alegatos y los argumentos presentados por las partes sometidas a su conocimiento.

Concluyó, además, que las presuntas víctimas tuvieron acceso a un recurso judicial efectivo, pues las autoridades competentes examinaron las razones invocadas por los demandantes y se pronunciaron respecto de ellas. De este modo, la Corte estimó que “no se acreditó la ausencia de debida motivación en las decisiones estatales”, y “no se

configuró la responsabilidad internacional del Estado argentino por violaciones de los arts. 8º y 25 de la Convención Americana”.

Asimismo, la Corte analizó la presunta responsabilidad por la violación a la garantía del plazo razonable. Al respecto, se examinó de manera conjunta los procesos administrativo y judicial, ya que el trámite de la reclamación administrativa era un presupuesto necesario para acudir a la vía jurisdiccional.

Tomando en cuenta las características particulares del caso, la Corte consideró que la duración, por diez años y once meses en el caso del Sr. Preckel y de más de once años —a partir de la ratificación de la Convención Americana y el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte por parte de Argentina— en el caso de la señora Perrone del procedimiento administrativo y proceso judicial en su conjunto excedió el plazo razonable de manera injustificada, en contravención del art. 8.1 de la CADH.

En el caso, las autoridades judiciales y administrativas conocieron, tramitaron y decidieron el fondo de las solicitudes, las demandas y los recursos interpuestos por las presuntas víctimas a lo largo de trece años y catorce días, en el caso Perrone, y diez años y once meses, en el caso de Preckel.

#### IV. De la tardía sentencia y su parcialidad

Este tribunal consideró parte lesionada, en los términos del art. 63.1 de la CADH, a quien ha sido declarada víctima de la violación de algún derecho reconocido en ella.

Por lo tanto, la Corte consideró como parte lesionada a Victorio Spoltore, quien en su carácter de víctima de las violaciones declaradas en el cap. IX será considerado beneficiario de las reparaciones que la Corte ordene.

Los representantes solicitaron que se ordenara al Estado, como medida de satisfacción, publicar la parte dispositiva de la sentencia en el diario de mayor circulación del país. El Estado aceptó la procedencia de esta solicitud.

La Corte dispuso, como lo ha hecho en otros casos, que el Estado publique, en el plazo de seis meses, contados a partir de la notificación de la presente sentencia, en un tamaño de letra legible y adecuado el resumen oficial de la presente sentencia elaborado por la Corte, por una sola vez, en un diario de amplia circulación nacional.

El Estado deberá informar de forma inmediata a este tribunal una vez que proceda a realizar la publicación dispuesta, independientemente del plazo de un año para presentar su primer informe dispuesto en el punto resolutivo de la presente sentencia.

##### IV.1. Indemnizaciones compensatorias

La Comisión solicitó que la Corte ordenara a la Argentina “reparar integralmente las violaciones de derechos humanos en contra del señor Victorio Spoltore, tanto en el aspecto material como inmaterial, in-

cluyendo una justa compensación”, la que “en atención a su fallecimiento deberá ser percibida por sus causahabientes, su esposa R. C., su hijo A. N. S. y su hija L. E. S.” (conforme declaratoria de herederos agregada).

##### IV.1.a. Daño material

Este tribunal ha desarrollado en su jurisprudencia que el daño material supone la pérdida o el detrimento de los ingresos de las víctimas, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del caso.

Los representantes solicitaron que se tuviera en cuenta “el monto original reclamado por Victorio Spoltore en el expediente [del proceso de indemnización laboral], actualizad[o] debidamente”.

Indicaron que, ante la imposibilidad de obtener copia del expediente, se reservaban la posibilidad de “alegar sobre el monto del daño, para la oportunidad de los alegatos escritos finales”.

Una vez que el Estado remitió copia de dicho expediente, los representantes indicaron que el monto solicitado en la demanda de enfermedad profesional era de 143.000 australes, lo cual, al ser actualizado equivale actualmente a USD 299.978,64.

El Estado indicó que “los representantes de la víctima confunden el objeto procesal del juicio laboral por enfermedad profesional con el objeto procesal del presente trámite internacional”.

La Corte señaló que actualmente “lo que se discute no es la justicia de la sentencia que rechazó la demanda contra su empleador, sino la demora de este proceso”.

En el presente caso, los alegatos de los representantes relativos a daño material se refieren a hechos que no forman parte del marco fáctico.

Asimismo, este tribunal constata que los representantes no aportaron pruebas que permitan comprobar los daños alegados. En consecuencia, no corresponde ordenar el pago de una indemnización por concepto de daño material.

Se trató de un supuesto incluido en la tésis del entonces art. 1113, Cód. Civil velezano; pero no logró probarse el nexo causal.

##### IV.1.b. Daño inmaterial

Este tribunal ha desarrollado en su jurisprudencia el concepto de daño inmaterial, y ha establecido que este puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a la víctima directa y a sus allegados, como el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima o su familia.

Los representantes solicitaron ordenar el pago, por concepto de daño inmaterial, de USD 65.000 a Victorio Spoltore.

El Estado indicó que los representantes realizaron su solicitud de daño inmaterial “sin siquiera ensayar en su presentación la articulación de elementos de prueba que permitan conocer la existencia de algún padecimiento, aflicción o menoscabo de valores que pudiera relacionarse con seriedad a la demora en la determinación de un reclamo en sede judicial”.

En atención a las circunstancias del presente caso y las violaciones encontradas, la Corte considera pertinente fijar, en equidad, la cantidad de USD 30.000,00 (treinta mil dólares de los Estados Unidos de América) en concepto de daño inmaterial a favor de Victorio Spoltore. El pago de esta indemnización deberá realizarse directamente a sus derechohabientes.

##### IV.1.c. Otras medidas solicitadas

La Comisión solicitó que la Corte ordenara a Argentina “adoptar las medidas necesarias para asegurar la no repetición de las violaciones declaradas en el informe”.

En particular, ordenar al Estado la adopción de las medidas administrativas o de otra índole para asegurar que los procesos judiciales de naturaleza laboral, incluyendo los que incorporen un reclamo indemnizatorio, sean resueltos oportunamente y dentro de un plazo razonable conforme a los estándares descritos en el informe de fondo.

##### IV.1.d. Costas y gastos

Los representantes solicitaron en equidad la suma de USD 6000 pero pidieron la oportunidad de “ampliar dicha suma en función de gastos adicionales en los que se pueda incurrir” en la etapa de los alegatos finales. Posteriormente, en el escrito de alegatos finales escritos solicitaron USD 15.000, “suma que difiere del ESAP; en razón de los pagos de los afidávits no cubiertos por el fondo de víctimas, tres en total, y la pericia presentada en el caso, a los que debe adicionarse los gastos en los que se incurrió para la audiencia en Costa Rica no cubiertos por el Fondo de Víctimas”.

El Estado resaltó que “la solicitud de los representantes se formula en términos genéricos, sin mediar justificación alguna sobre la índole de las erogaciones en las que se habría incurrido”. Asimismo, resaltó que cualquier pedido adicional al monto solicitado en el escrito de argumentos y solicitudes debe considerarse extemporáneo.

Este tribunal nota que los representantes no han acreditado en forma debida y razonada la totalidad de los gastos efectuados. La Corte decide, por entenderlo razonable, fijar el pago de un monto total de USD 10.000,00 (diez mil dólares de los Estados Unidos de América) por concepto de costas y gastos. Dicha cantidad será entregada al Colectivo de Derechos Humanos.

#### V. El daño al proyecto de vida “ausente”

El daño al proyecto de vida, como tipología del daño inmaterial, ha sido desarrollado de forma cuidadosa por la Corte IDH

en sus constantes pronunciamientos en la materia. La construcción pretoriana de esa categoría empezó con lo dicho por la Corte en el caso “Loayza Tamayo”, donde señaló que el daño al proyecto de vida “implica la pérdida o el grave menoscabo de oportunidades de desarrollo personal, en forma irreparable o muy difícilmente reparable.

“Así, la existencia de una persona se ve alterada por factores ajenos a ella, que le son impuestos en forma injusta y arbitraria, con violación de las normas vigentes y de la confianza que pudo depositar en órganos del poder público obligados a protegerla y a brindarle seguridad para el ejercicio de sus derechos y la satisfacción de sus legítimos intereses” (1).

En este mismo sentido se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos cada vez que ha tenido oportunidad para ello, esto es, cuando la Comisión Interamericana de Derechos Humanos o los representantes de las víctimas, como titulares del *locus standi in iudicio* ante la Corte IDH han invocado expresamente la pretensión de compensar el daño al proyecto de vida, toda vez que, si bien sobre la Corte pesa el deber de aplicar el principio *iura novit curia* (2), en virtud de este principio no se pueden deducir pretensiones de hechos no planteados por las partes arriba mencionadas durante el debate procesal. Bajo esta consideración, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado, casi de forma tácita, respecto del daño al proyecto de vida, sosteniendo que este se causa cuandoquiera que como consecuencia de la grave conculcación de derechos humanos se cause al curso de la vida de la víctima una alteración que trunque el que habría seguido normalmente (3), ubicándolo siempre como una tipología del daño inmaterial (4). En esta ocasión, la Corte esgrimió para fundamentar el daño al proyecto de vida que “el ‘proyecto de vida’ se asocia al concepto de realización personal, que a su vez se sustenta en las opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone. En rigor, las opciones son la expresión y garantía de la libertad. Difícilmente se podría decir que una persona es verdaderamente libre si carece de opciones para encaminar su existencia y llevarla a su natural culminación. Esas opciones poseen, en sí mismas, un alto valor existencial. Por lo tanto, su cancelación o menoscabo implican la reducción objetiva de la libertad y la pérdida de un valor que no puede ser ajeno a la observación de esta Corte” (5). Con todo, considero que la Corte Interamericana de Derechos Humanos zanjó de forma contundente cualquier discusión en torno a la tipología del daño a la cual corresponde el daño al proyecto de vida, al señalar de forma clara que “este tipo de grave detrimento de la trayectoria de la vida de una víctima no corresponde al rubro de daños materiales ni de daños morales” (6) y más recientemente cuando sostuvo que el daño al proyecto de vida debe ser estimado para la fijación de la compensación por concepto del daño inmaterial causado por el ilícito internacional del Estado (7), que en el caso deviene en esa ilicitud del poder público en la demora en la decisión que lleva a la víctima a no tener su justa reparación, frente a ese retardo de justicia, y que además ter-

#### { NOTAS }

(1) CIDH, 27/11/1998, “Loayza Tamayo vs. Perú. Reparaciones y Costas”, serie C, nro. 42, párr. 150, AR/JUR/1712/1998. En esta ocasión, la Corte esgrimió para fundamentar el daño al proyecto de vida que “[e]l ‘proyecto de vida’ se asocia al concepto de realización personal, que a su vez se sustenta en las opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone. En rigor, las opciones son la expresión y garantía de la libertad. Difícilmente se podría decir que una persona es verdaderamente libre si carece de opciones para encaminar su existencia y llevarla a su natural culminación.

Esas opciones poseen, en sí mismas, un alto valor existencial. Por lo tanto, su cancelación o menoscabo implican la reducción objetiva de la libertad y la pérdida de un valor que no puede ser ajeno a la observación de esta Corte”.

(2) Cfr. CIDH, 21/06/2002, “Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago. Fondo, reparaciones y costas”, serie C, nro. 94, párr. 107, AR/JUR/9748/2002 y 30/05/1999, “Castillo Petrucci y otros vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas”, serie C, nro. 52, párr. 166, AR/JUR/1968/1999.

(3) Vid CIDH, 27/01/2009, “Tristán Donoso vs. Panamá.

Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas”, serie C, nro. 193, párr. 189, AR/JUR/77907/2009; CIDH, “Valle Jaramillo y otros vs. Colombia”, cit., párr. 223; “Ticona Estrada y otros vs. Bolivia”, 306 *Revista Derecho del Estado*.

(4) CIDH, 27/11/1998, “Loayza Tamayo vs. Perú. Reparaciones y Costas”, serie C, nro. 42, párr. 150, AR/JUR/1712/1998.

(5) CIDH, 21/06/2002, “Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago. Fondo, reparaciones y costas”, serie C, nro. 94, párr. 107, AR/JUR/9748/2002; 30/05/1999, “Castillo Petrucci y otros

vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas”, serie C, nro. 52, párr. 166 166, AR/JUR/1968/1999; 27/01/2009, “Tristán Donoso vs. Panamá. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas”, serie C, nro. 193, párr. 189, AR/JUR/77907/2009; “Valle Jaramillo y otros vs. Colombia”, cit., párr. 223; “Ticona Estrada y otros vs. Bolivia”, 306 *Revista Derecho del Estado*.

(6) CIDH, “Myrna Mack Chang vs. Guatemala”, cit., párr. 257.

(7) Cfr. CIDH, “Ticona Estrada y otros vs. Bolivia”, cit., párr. 130.

mina con su fallecimiento, sin poder tener el preciado momento de saber el tenor del alcance de su reparación.

Sobre el particular, vale dejar en claro que la cantidad de dinero entregada no corresponde al equivalente pecuniario del bien perdido o afectado, sino que dicha suma corresponde a una estimación en equidad que realiza el juez respecto del daño sufrido, dada justamente la naturaleza inmaterial o no patrimonial del daño (8) a la víctima y sus familiares, en una situación similar a la que se encontraba antes de sufrir el daño, siempre que sea posible (9).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos zanjó de forma contundente cualquier discusión en torno a la tipología del daño a la cual corresponde el daño al proyecto de vida, al señalar de forma clara que “este tipo de grave detrimento de la trayectoria de la vida de una víctima no corresponde al rubro de daños materiales ni de daños morales” (10) y más recientemente cuando sostuvo que el daño al proyecto de vida debe ser estimado para la fijación de la compensación por concepto del daño inmaterial causado por el ilícito internacional del Estado (11), que en el caso deviene en esa ilicitud del poder público en la demora en la decisión que lleva a la víctima a no tener su justa reparación, frente a ese retardo de justicia, y que además, termina con su fallecimiento, sin poder tener el preciado momento de saber el tenor del alcance de su reparación.

## VI. A modo de colofón

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) ha establecido que los Estados deben delinear y consagrar normativamente recursos efectivos tendientes a tutelar los derechos humanos de las personas, así como garantizar la efectiva implementación de tales recursos por el sistema de justicia. Es vasta la jurisprudencia de los órganos del SIDH sobre la vigencia de las garantías judiciales en todo proceso en que esté en juego el contenido y alcance de los derechos económicos, sociales y culturales. Así, se ha identificado una importante conexión entre la efectiva posibilidad de acceder a la justicia y el respeto, protección y garantía del debido proceso legal en procesos de índole social.

Tanto la Corte IDH como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos han comenzado precisar aquellos principios y derechos que la justicia necesariamente debe resguardar a fin de cumplir con el

mandato del art. 8.1 de la CADH en materia de derechos sociales.

Ambos órganos han destacado la necesidad de que el sistema judicial garantice la vigencia del principio de igualdad de armas. En este punto, la Corte ha establecido que la desigualdad real entre las partes de un proceso determina el deber estatal de adoptar todas aquellas medidas que permitan aminorar las carencias que imposibiliten el efectivo resguardo de los propios intereses. La Comisión también se ha expresado a este respecto. Así, ha remarcado que las particulares circunstancias de un caso pueden determinar la necesidad de contar con garantías adicionales a las prescritas explícitamente en los instrumentos de derechos humanos, a fin de asegurar un juicio justo. Para la CIDH esto incluye advertir y reparar toda desventaja real que las partes de un litigio puedan enfrentar, resguardando así el principio de igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación.

Otro de los elementos de la garantía del debido proceso legal que el SIDH ha identificado como relevante para la protección de los derechos económicos, sociales y culturales, es el derecho a la revisión judicial de decisiones administrativas, y en particular, el alcance que tal revisión debe ostentar. La CIDH ha precisado que la justicia debe ocuparse de realizar al menos la supervisión esencial de la legalidad y racionalidad de las decisiones de la Administración, a fin de acatar las garantías consagradas en la CADH.

El derecho a contar con una decisión fundada relativa al fondo del asunto también ha sido reconocido por la CIDH y por la Corte como elemento integrante del debido proceso legal en sede judicial. En este sentido, la Comisión ha destacado que, tras la etapa de prueba y debate, los órganos jurisdiccionales deben razonar sus decisiones y determinar así la procedencia o no de la pretensión jurídica que da base al recurso. Aquí, la Corte también ha fijado un estándar de relevancia. Ha expresado, además, que los Estados deben garantizar que los recursos judiciales efectivos sean resueltos de acuerdo con el art. 8.1 de la CADH, por lo que los tribunales de justicia deben adoptar decisiones que permitan resolver el fondo de las controversias que se le planteen.

El derecho al plazo razonable del proceso es otro de los componentes de la

garantía del debido proceso legal en sede judicial que resulta particularmente relevante en materia del resguardo de derechos sociales. La CIDH y la Corte IDH han identificado ciertos criterios con miras a evaluar la razonabilidad del plazo de un proceso. Se trata de: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; y c) la conducta de las autoridades judiciales (12).

En diversos precedentes relativos a derechos económicos, sociales y culturales, la Comisión ha destacado la necesidad de garantizar el procedimiento expedito del amparo. La CIDH ha establecido que un elemento esencial de la efectividad del recurso es su oportunidad y que el derecho a la protección judicial demanda que los tribunales dictaminen y decidan con celeridad, especialmente en casos urgentes. De esta manera, la Comisión ha manifestado que, en definitiva, la obligación de conducir los procesos de manera rápida y ágil recae en los órganos encargados de administrar justicia.

En este orden de ideas, la CIDH ha puntualizado que el criterio relevante a fin de merituar el plazo razonable de los procesos no es la cantidad de los actos que se plasmen en el expediente, sino su eficacia.

En relación con esta garantía, cabe mencionar igualmente que la CIDH ha expresado que el plazo de los procesos debe comenzar a contarse desde el inicio de las actuaciones administrativas y no desde la llegada del caso a la etapa judicial. A pesar de no poder afirmarse, aunque haya un estándar definitivamente establecido en este punto, la jurisprudencia de la CIDH da cuenta de un principio de toma de posición del SIDH en la materia.

Por último, debe destacarse que los órganos del SIDH han comenzado a precisar que la etapa de ejecución de las sentencias debe ser considerada parte integrante del proceso y que, en consecuencia, debe ser contemplada a la hora de examinar la razonabilidad del plazo de un proceso. Ello es porque el derecho de acceder a la justicia exige que la solución final de toda controversia tenga lugar en un plazo razonable.

Pero esta razonabilidad no es compatible con un proceso, como el que ameritó el análisis del presente artículo, más allá de la condena a la Argentina, que en todo caso pareciera parcial; donde se violenta como tangible el derecho humano a la vida,

el derecho a la igualdad, a un trato digno, entre otros; frente a su indiscutible intangibilidad.

Tantos años de peregrinar por el tribunal, conculcándose las libertades individuales, para que en forma tardía llegue este decisivo.

Como señala Amartya Sen (13), el marco que se establece parte de la idea de que existen algunos derechos fundamentales que deben reconocerse, aunque no estén proclamados en la legislación porque son consustanciales a toda sociedad decente.

Agrega luego que el marco de la concepción fundada en derechos se extiende desde el aspecto jurídico hasta las reivindicaciones éticas que trascienden el reconocimiento jurídico (ética social).

La enumeración de los derechos personalísimos comienza, sin lugar a dudas, con el reconocimiento de determinados derechos que conforman el núcleo duro de los llamados “derechos fundantes”, básicos y necesarios de todo ser humano.

Allí, cabe el derecho a la vida, a la integridad psicofísica, a la salud, al nombre, a la nacionalidad, a la propia imagen, al honor y a la dignidad. El derecho a la dignidad sostiene el derecho a la no discriminación y está expresamente reconocido en los arts. 5º, inc. 2º, y 11, inc. 1º, Pacto de San José de Costa Rica.

Pero también el “daño al proyecto de vida”, que aquí no se ha tenido en cuenta y que la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos ha elaborado ejemplificadamente dentro la reparación del llamado “daño inmaterial”, como se viera.

Cada tanto, alguna estadística nos advierte sobre lo que se vino procesando delante de nuestras propias narices.

El despojo de los derechos frente a una identidad sin horizonte parece ser la alarma que nos asiste a tantos argentinos que vemos con estupor la cruda realidad de los días.

El Estado Social de Derecho no será posible si no se reconstruyen definitivamente las bases del contrato social, del contrato moral que la sociedad reclama.

**Cita online:** AR/DOC/3163/2020

## { NOTAS }

(8) Cfr. CIDH, 28/01/2009, “Perozo y otros vs. Venezuela. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas”, serie C, nro. 195, párr. 405, inter alia; “Valle Jaramillo y otros vs. Colombia”, cit., párr. 219; “Bayarri vs. Argentina”, cit., párr. 164; “Aspitz Barbera y otros (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo) vs. Venezuela”, cit., párr. 237; “Valle Jaramillo y otros vs. Co-

lombia”, cit., párr. 212; 22/02/2002, “Bámaca Velásquez vs. Guatemala. Reparaciones y costas”, serie C, nro. 91, párr. 43. 308 *Revista Derecho del Estado*.

(9) Cfr. CIDH, 22/09/2006, “Goiburú y otros vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y costas”, serie C, nro. 153, párr. 142; 06/04/2006, “Baldeón García vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas”, serie C, nro. 147, párr. 176, AR/

JUR/11098/2006.

(10) CIDH, “Myrna Mack Chang vs. Guatemala”, cit., párr. 257.

(11) Cfr. CIDH, “Ticona Estrada y otros vs. Bolivia”, cit., párr. 130.

(12) CIDH, “El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de

los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”.

(13) SEN, Amartya, “Desarrollo y libertad”, Ed. Planeta, Buenos Aires, 2000, p. 133.

## JURISPRUDENCIA

### Teoría de la imprevisión

**Ejecución de un mutuo hipotecario en dólares. Efectos de la mora. Tasa de interés aplicable.**

1. - La invocación de la *teoría de la imprevisión* no debe tener favorable acogida en los casos en que el interesado estuviere en mora. Es que la excesiva onerosidad

debe haberse producido sin intervención alguna del obligado, debiendo la mora, por ende, ser anterior al acontecimiento extraordinario del cual se alega que rompe la estructura del contrato.

2. - En la especie, la mora del demandado data de abril de 2017, por lo que la situación económica actual alegada no puede ser invocada y el aumento que sufrió la moneda de pago desde la suscripción del contrato hasta la mora no configura el carácter extraordinario requerido

por la *teoría de la imprevisión* invocada, dado que no se podía desconocer que el valor del dólar en el país es volátil, inestable y oscilante, y que ya hubo ocasiones en que se produjeron incrementos muy notables, por lo que el demandado debió representarse que algo similar podía ocurrir.

3. - De atenderse a las distintas variables que presenta nuestra economía, para mutuos hipotecarios pactados en dólares estadounidenses, la tasa de interés

que corresponde fijar es la del ocho por ciento (8 %) anual, directa, comprensiva de los punitivos y compensatorios.

CNCiv., sala J, 16/10/2020. - Martino, María Teresa c. Morales, Eusebio Irineo y otros s/ Ejecución.

[Cita on line: AR/JUR/49462/2020]

2ª Instancia.- Buenos Aires, octubre 16 de 2020.



*Considerando:* I. Vienen estos autos a conocimiento de este Tribunal en virtud de los recursos de apelación deducidos por la parte actora y por la parte demandada con fecha 28 de agosto —incorporado al sistema informático el día 2 de septiembre— y 2 septiembre —incorporado el 9 de dicho mes—, respectivamente, contra la sentencia interlocutoria dictada el día 26 de agosto que manda llevar adelante la ejecución, fijando una tasa de interés del 4 % anual en todo concepto.

La actora funda su recurso mediante la presentación realizada el día 7 de septiembre —incorporada al sistema informático el 11 de dicho mes—, cuestionando la tasa de interés fijada, a cuyo fin cita diversa jurisprudencia. El demandado Eusebio Morales, por su parte, contesta el traslado conferido y solicita se desestimen los agravios de la demandante mediante su escrito del día 23 de septiembre que fuera incorporado informáticamente el 28 de dicho mes, reseñando también jurisprudencia a tal efecto y destacando la situación económica imperante.

El accionado funda su apelación con la presentación del día 29 de septiembre —incorporada el 5 de octubre—. Señala que se soslayó la aplicación al presente caso de la teoría de la imprevisión que peticionara en su contestación de demanda. Asimismo, sostiene que los intereses fijados resultan excesivos conforme a las tasas de mercado. La demandante contesta el traslado conferido mediante la presentación efectuada el día 7 de octubre e incorporada el 14 de dicho mes, solicitando se rechace los agravios del demandado.

Sostiene que no resulta aplicable al presente caso la teoría de la imprevisión cuando la mora data de principios del año 2017. Asimismo, subraya que renunció a invocarla en el contrato base del presente proceso. Por último, señala que la tasa de interés aplicada por el juez *a quo* no puede causarle agravio cuando ninguna Sala de esta Cámara ha aplicado una tasa inferior a la fijada por el Juez de grado.

II. Ahora bien, en primer lugar, corresponde dejar asentado que la presente ejecución versa sobre un mutuo hipotecario en dólares estadounidenses concertado el día 22 de diciembre de 2014 y que la mora del demandado en el cumplimiento de sus obligaciones tuvo lugar el abril de 2017, extremo que no se encuentra controvertido.

Establecido ello, por una cuestión de orden metodológico habrán de abordarse en primer lugar los agravios vertidos por el ejecutado referidos a la aplicación de la teoría de la imprevisión que fuera invocada en la contestación de la demanda, de conformidad con lo dispuesto por el art. 278 del Cód. Proc. Civ. y Comercial, para luego conocer sobre los recursos interpuestos por ambas partes con relación a la tasa de interés establecida en el fallo de la instancia anterior.

Nótese que numerosos autores entienden que la imprevisión no procede, a título de excepción, en los juicios ejecutivos sino que el ejecutado debería consignar lo reclamado y repetirlo en juicio ordinario.

Sin embargo, dicha solución ortodoxa puede constituir un exceso ritual manifiesto, en detrimento del deudor (conf. Belluscio - Zannoni, “Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado”, Tº 5, p. 942, Ed. Astrea), por lo que se procederá a su estudio a efectos de satisfacer al recurrente.

Ahora bien, cabe señalar que el Cód. Civ. y Com. de la Nación aprobado por la ley 26.996 (sancionado el 1 de Octubre de 2014 y promulgado el 7 de Octubre de 2014) y que entrara en vigencia el 1 de agosto de

2015 (ley 27.077), contempla de manera expresa lo tocante a la “temporalidad” de la ley. Es menester interpretar coherentemente lo dispuesto por su art. 7 sobre la base de la irretroactividad de la ley respecto de las situaciones jurídicas ya constituidas, y el principio de efecto inmediato de la nueva ley sobre las situaciones que acontezcan, o relaciones jurídicas que se creen con posterioridad a su vigencia, así como a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes.

Por ello, corresponde ponderar que en el caso *sub examine* se trata de una relación o situación jurídica que ha quedado constituida conforme a la ley anterior, y también —por tanto— las consecuencias que emanan de ella, por lo que al haber nacido al amparo de tal legislación, es en definitiva la que se aplica (conf. esta Sala J, Expte. Nº 91.587/2013, “Bouquet, María I. T. c. Siri, Eduardo D. s/ ejecución hipotecaria”, 13/06/2017).

La teoría de la imprevisión contemplada en el art. 1198, segunda parte, del Cód. Civil permite obtener la resolución o modificación de los contratos cuando, a causa de circunstancias extraordinarias e imprevisibles, la prestación a cargo de una de las partes se hubiera tornado excesivamente onerosa.

Los antecedentes de esta doctrina se remontan al derecho medieval, en el cual los posglosadores habían llegado a la conclusión de que los contratos llevan implícita la cláusula *rebus sic stantibus*, es decir, mientras se mantengan las circunstancias de hecho existentes al contratar, porque las partes habían consentido sobre la base de ellas.

Modernamente, se fundamenta el instituto de la imprevisión en la regla fundamental de la buena fe en la ejecución del negocio (conf. Belluscio-Zannoni, op. cit., T. 5, p. 917, Ed. Astrea).

Dicho artículo establece que la invocación del instituto en análisis no debe tener favorable acogida en los casos en que el interesado estuviere en mora. Es que la excesiva onerosidad debe haberse producido sin intervención alguna del obligado, debiendo la mora, por ende, ser anterior al acontecimiento extraordinario que se alega que rompe la estructura del contrato.

En la especie, la mora del demandado data de abril de 2017, por lo que la situación económica actual alegada no puede ser invocada y el aumento que sufrió la moneda de pago desde la suscripción del contrato hasta la mora no configura el carácter extraordinario requerido por el instituto en estudio dado que no se podía desconocer que el valor del dólar en el país es volátil, inestable y oscilante, y que ya hubo ocasiones en que se produjeron incrementos muy notables de su valor, por lo que el demandado debió representarse que algo similar podía ocurrir (conf. CNCiv., Sala C, “Maldonado, Alejandra A. c. Bartoncello, Hugo R. s/ ejecución - incidente civil”, 13/03/2019, Sumario Nº 27.847 de la Base de Datos de la Secretaría de Documentación y Jurisprudencia de la Cámara Civil).

Sin perjuicio de lo expuesto en cuanto a la temporalidad de la ley, nótese que si bien el Código Civil y Comercial de la Nación, en su artículo 1091, no contiene una regulación similar y guarda silencio al respecto, la solución a la que se arribaría sería la misma pues es una situación análoga a la de la mora y el caso fortuito prevista en el art. 1733, inc. c, de dicho cuerpo legal.

Es que si hay mora causalmente relevante de uno de los contratantes, previa al hecho imprevisible y extraordinario que da lugar a la aplicación de la teoría de la imprevisión,

no procede la resolución total o parcial o la adecuación del contrato.

Es una consecuencia lógica, además, de la exigencia normativa de que la alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de celebración del contrato sobrevenga “por causas ajenas a las partes”. Es obvio que la referida alteración no resultará ajena a la parte si ha incurrido en mora causalmente relevante (conf. Pizarro, Ramón D., “La mora del deudor en el Código Civil y Comercial”, LA LEY, 14/03/2016, 1; LA LEY, 2016-B, 758; La Ley Online, AR/DOC/532/2016).

Consecuentemente, corresponde desestimar los agravios del demandado con relación a la aplicación del instituto de la imprevisión.

III. Con referencia a los agravios de ambas partes en torno a la tasa de interés aplicable, esta Sala ha decidido en casos análogos que, de atenderse a las distintas variables que presenta nuestra economía, para mutuos hipotecarios pactados en dólares estadounidenses la tasa de interés que corresponde fijar es la del ocho por ciento (8 %) anual, directa, comprensiva de los punitivos y compensatorios.

Ello en la inteligencia que el acreedor, con esta tasa que se juzga adecuada a la regla moral (conf. art. 953 del Cód. Civil), encontrará apropiado resarcimiento por los perjuicios derivados de la mora en un marco de razonabilidad, acorde con la situación existente, a las actuales condiciones de la economía del país y atendiendo especialmente a las tasas que imperan en el mercado respecto de este tipo de créditos. También se evita, de ese modo, que el incumplimiento reporte beneficio al deudor moroso por el transcurso del tiempo (conf. esta Sala “J”, en Expte. Nº 82.285/19, “Weintraub, Darío A. c. Maselli, Leonardo F. s/ ejecución hipotecaria”, 01/10/2020, en Expte. Nº 79.981/2007, “Pezzati, Sandra G. c. Muñoz, Mirta M. s/ ejecución hipotecaria”, del 21/05/2009, Exp. Nº 38.482/2010 Calderón, Lady N. y otro c. Campero, Gustavo A. y otro s/ ejecución hipotecaria del 24/06/2019, Labayos, Oscar B. c. Rueda, Nora G. y otro s/ ejecución hipotecaria Exp. Nº 6858/2019 del 19/02/2020, entre otros).

Consecuentemente, habrá de revocarse la resolución apelada en este aspecto.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal resuelve: Confirmar la resolución recurrida, a excepción de la tasa de interés fijada, la que se establece en el ocho por ciento (8 %) anual, comprensiva de los punitivos y compensatorios. Con costas de alzada a la parte actora vencida (arts. 68 y 69 del Código Procesal). Regístrese, notifíquese por Secretaría, comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Ac. Nº 15/2013, art. 4º, CSJN) y devuélvase a la instancia de grado. Se deja constancia que la vocalía Nº 30 se encuentra vacante. — Beatriz A. Verón. — Gabriela M. Scolarici.

## Impuesto a las ganancias

**Asociación civil que persigue un beneficio público. Procedencia de la exención prevista en el art. 20 inc. f) de la ley del impuesto. Intermediación entre obras sociales y sus asociados. Falta de inscripción en el Registro Nacional de Prestadores. Supuesto que no impide el beneficio exentivo.**

1.- El Círculo Médico de Metán resulta ser una asociación civil que persigue

un beneficio público, sus ganancias y su patrimonio social están destinados a cumplir con los fines de la creación de la entidad; no existe distribución de los ingresos entre los socios y no se dedica a la explotación de juegos de azar ni espectáculos públicos, por lo tanto encuadra en el supuesto del art. 20 inc. f) de la Ley de Impuesto a las Ganancias. [1]

2.- Dado que el Círculo Médico de Metán continúa ejerciendo como intermediario entre las obras sociales y sus asociados, la falta de vigencia de su inscripción ante el Registro Nacional de Prestadores no constituye óbice para la procedencia de la exención en el impuesto a las ganancias. En todo caso, la Superintendencia de Servicios Salud de la Nación o el organismo correspondiente serán los encargados de analizar esta situación e intimar o no la renovación de la inscripción respectiva.

3.- Al estar la actividad que desempeña la asociación civil dentro de las enumeradas en el art. 20 inc. f) de la ley 20.628 y no existir indicio alguno de que distribuya ganancias o patrimonio social entre sus socios, corresponde rechazar el recurso interpuesto por la Administración Federal de Ingresos Públicos y confirmar la sentencia que revocó el rechazo de la solicitud de reconocimiento de la exención en el impuesto a las ganancias (del voto del Dr. Elías, según su voto en “Asociación de Kinesiólogos y Fisioterapeutas de la Provincia de Salta” —29/05/2020, AR/JUR/22305/2020—, al cual remite).

CFed. Salta, Sala II, 07/10/2020. - Círculo Médico de Metán c. AFIP s/ Contencioso Administrativo - Varios.

[Cita on line: AR/JUR/47350/2020]

### JURISPRUDENCIA VINCULADA

[1] En igual sentido. Entre otros: Cámara Federal de Apelaciones de Salta, Sala II, “Asociación de Kinesiólogos y Fisioterapeutas de la Provincia de Salta c. AFIP s/ Contencioso administrativo - Varios”, 29/05/2020, AR/JUR/22305/2020

### COSTAS

A la vencida por aplicación del principio objetivo de la derrota (art. 68 del Cód. Proc. Civ. y Com.).

2ª Instancia.- Salta, octubre 7 de 2020.

La doctora Catalano dijo:

1.- Que por la resolución impugnada el Juez de la instancia anterior hizo lugar a la demanda planteada a fs. 295/317 por el apoderado del Círculo Médico de Metán contra la Administración Federal de Ingresos Públicos y en consecuencia revocó la Resolución Administrativa Nº 54/2016 (DI RSAL) del 08/06/2016 que rechazó el recurso de apelación deducido por esa parte contra la Resolución Nº 156/2015 que dejó sin efecto el reconocimiento de la exención en el impuesto a las ganancias, prevista en el art. 20 inc. “f” de la ley 20.628 de Impuesto a las Ganancias que lo había favorecido. Asimismo, impuso las costas a la demandada vencida y reguló los honorarios de los profesionales intervinientes.

Para así decidir, el *a quo* sostuvo que el art. 20 inc. f) de la citada ley 20.628 establece que las asociaciones, fundaciones y entidades civiles de asistencia social, salud

pública, caridad, beneficencia, educación e instrucción científicas, literarias, artísticas, gremiales y las de cultura física e intelectual están exentas del gravamen a las ganancias, siempre que tanto las ganancias como el patrimonio se destinen a los fines de su creación y que en ningún caso se distribuyan directa o indirectamente entre los socios.

Señaló que en el presente caso, mediante decreto N° 2994/1986 del Poder Ejecutivo de la provincia de Salta, se otorgó personería gremial a la actora y se aprobó su estatuto social, cuya reforma posterior fue nuevamente aprobada, y que se demostró que la entidad desarrolla actividades gremiales, de educación e instrucción, de salud pública, científica y de asistencia social, para las cuales percibe como ingresos las cuotas sociales de sus afiliados, eventualmente subvenciones o subsidios y un porcentaje sobre las retribuciones que perciben los asociados por sus servicios.

En esa línea, refirió que de la prueba pericial contable surge que los ingresos del Círculo Médico de Metán provienen del cobro de cuotas, de recuperado de gastos, de eventos y de cursos afines, resaltando que la contraprestación que recibe la entidad por la tarea de intermediación que realiza entre sus asociados, las obras sociales y las empresas de medicina prepaga es el principal ingreso, puesto que si la única fuente financiera fueran las cuotas sociales, el estado de las cuentas sería deficitario.

Indicó que el recupero de gastos es una contraprestación por la actividad que la entidad efectúa por sus asociados y se justifica en que dicha tarea tiene egresos (papelaría, útiles, escribanía, correo y pago de sueldos y de cargas sociales a sus empleados, entre otros) que los socios deben contribuir a solventar mediante el cobro de un porcentaje de los servicios que prestan como profesionales de la salud a las obras sociales y a las empresas de medicina prepaga.

A continuación señaló que la Resolución 1432/1971 de la DGI, reglamentaria de la Ley de Impuesto a las Ganancias, expresa que la enunciación del objeto societario de las asociaciones y entidades efectuada en la disposición legal no es taxativa y su sentido es explicar el concepto de “beneficio público”, dejando establecido que un elemento distintivo de dicho concepto o de la finalidad socialmente útil de la entidad consiste en la total exclusión de fines lucrativos para los asociados, actividad interpretativa que debe realizarse a la luz del principio de la realidad económica.

En ese sentido, destacó que en la pericia contable se demostró que la actora lleva a cabo numerosas actividades (donaciones, colaboraciones y préstamo de sus instalaciones al Hospital Público de Metán, a parroquias y a grupos de vecinos interesados por la defensa del medio ambiente) orientadas a servir a la comunidad y al beneficio público.

Por último, analizó los requisitos que la ley de Impuestos a las Ganancias exige para la procedencia de la exención y concluyó que, en el presente caso, de la pericia contable surge que: las ganancias y el patrimonio de la asociación están destinados a los fines de su creación y no se distribuyen entre los socios; la misma no obtiene ingresos por juegos de azar, espectáculos públicos, carreras de caballos y actividades similares; la entidad no desarrolla actividades industriales o comerciales; y, respecto a la prohibición de abonar a cualquier persona integrante de los elencos directivos, ejecutivos y de contralor un importe superior a un 50% del promedio anual de las tres mejores

remuneraciones del personal administrativo, la demandada no lo demostró aun cuando le correspondía.

Por todo ello y luego de citar jurisprudencia, hizo lugar a la demanda en todas sus partes, dejó sin efecto la resolución administrativa cuestionada, reconoció el derecho de la actora a ser eximida del pago de impuestos a las ganancias e impuso las costas a la vencida, regulando los honorarios de los profesionales intervinientes.

2.- Que a fs. 434/444 y vta. expresó agravios el Organismo Fiscal, señalando que el fallo recurrido es descalificable como acto jurisdiccional válido dado que carece de fundamentación de sus dichos y se basa en meras alegaciones teóricas que no analizan las normas contenidas en la Ley de Impuesto a las Ganancias N° 20.628, ni en el decreto N° 1344/1998 y sus modificaciones, ni en la Resolución General N° 1432/1971, como tampoco sus alcances y efectos, lo que resulta fundamental para la resolución del presente caso.

Recordó, con cita de jurisprudencia, que el principio de legalidad que rige en la materia impide tanto que se exija un tributo en supuestos que no estén contemplados por la ley, como que se reconozca o conceda una exención a situaciones que no tienen cabida en ella, con arreglo a los términos del respectivo precepto.

Dijo que para que la exención prevista en la norma resulte procedente se requiere el cumplimiento de cuatro condiciones: a) forma social: debe tratarse exclusivamente de asociaciones, fundaciones y entidades civiles; b) actividad: deben dedicarse exclusivamente a la asistencia social, salud pública, caridad, beneficencia, educación e instrucción científicas, literarias, artísticas, gremiales y las de cultura física e intelectual; c) destino de las ganancias y del patrimonio social: debe ser el de cumplir los fines de la creación de la entidad y en ningún caso deben ser repartidos, directa ni indirectamente entre los socios y d) no explotar juegos de azar ni espectáculos públicos.

Señaló al respecto que si bien la actora ha sido reconocida como asociación civil con personería jurídica por el Gobierno de la Provincia de Salta, su parte verificó —y no fue refutado por la prueba producida en autos— que la actividad desplegada por la peticionante de la exención no responde al objeto inmediato de beneficio público que sirva a la comunidad, sino que sus esfuerzos son principalmente destinados al beneficio exclusivo de los socios de la entidad; a lo que agregó que si bien de los estados contables surgen gastos vinculados a fomentar la cultura intelectual, física y social de sus integrantes o eventuales actividades de caridad o beneficencia, ello no constituye el objeto primigenio de la asociación, siendo su principal actividad contribuir al interés comercial de los asociados.

Sostuvo que no le correspondía a su parte demostrar si la actora abona a su elenco directivo o de contralor un importe superior al 50% del promedio anual de las tres mejores remuneraciones del personal administrativo puesto que ello y el resto de los requisitos que se analizaron en la sentencia apelada no fueron motivo de reproche, sino que cuestionó las actividades que efectivamente desarrolla la asociación, ya que de un análisis de sus guarismos se desprende que los ingresos por la comisión del servicio de facturación y liquidación de servicios profesionales prestados prevalece sobre la recaudación destinada al desarrollo de otros fines esenciales.

Añadió que resulta agravante la sentencia por cuanto no se vislumbra sobre qué

bases fácticas y jurídicas se asienta la postura del *a quo* para afirmar que la actora es pasible de reconocimiento de exención en el impuesto a las ganancias, toda vez que en su quehacer no está presente una finalidad socialmente útil sino más bien un objetivo económicamente útil, por cuanto la actividad principal que realiza y para la que fue creada es auxiliar a sus socios en sus específicas tareas individuales —como facturar y cobrar las prestaciones que realizan— y, de esa manera, concretar la obtención del lucro perseguido por sus integrantes, lo cual no fue analizado por el juez.

Destacó que a los efectos de otorgar el reconocimiento de una exención no basta un análisis jurídico formal del caso, sino que necesariamente debe integrarse con la valoración de la realidad económica de la entidad que solicita la dispensa, la que tiene prevalencia en el caso de que se adviertan contradicciones entre los fines que establezca el estatuto y los hechos reales que acaecen durante la vida de la entidad.

Reiteró que la actividad que realiza y para la que fue creada es la representación, asesoramiento y defensa de los intereses comerciales de sus integrantes y no un beneficio público, sin que la actora haya logrado desvirtuar dicha situación. En tal sentido, citó el fallo “Asociación Rosarina de Anestesiología” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, indicando que allí se sostuvo que para la procedencia de la exención del gravamen se requiere la total ausencia de ventajas de índole económica o lucrativa para los asociados de la entidad, siendo elemental la noción de beneficio público.

Rechazó el valor probatorio que le dio el sentenciante a la pericia realizada, cuestionando el informe pericial y concluyendo que las pruebas que pretenden dar cuenta de la existencia de actividades benéficas o de asistencia social ofrecidas y producidas por la actora resultan insuficientes y poco representativas a efectos de acreditar que efectivamente se destinaron recursos financieros a tales fines o que se aplicaron fondos a un fin social o bien común.

Además, precisó que la tarea de intermediación que efectúa la entidad por la que recibe a cambio una comisión es una función que puede ser ejercida por cualquier empresa privada, eminentemente comercial y fuera del ámbito de la exención tributaria, destacando que el porcentaje de esa comisión varía entre el 2,5% y el 5% de acuerdo al nivel de facturación que cada socio tiene.

Añadió que en este caso la asociación asume funciones que son propias de cada uno de los profesionales, puesto que ellos deberían emitir la factura para presentarla ante las obras sociales o empresas de medicina prepaga y así percibir los correspondientes honorarios, destacando que en función de la ley 23.661 y la Resolución N° 789/09-MS, si lo quisieran, los asociados podrían contratar de manera particular con las obras sociales, ya que las asociaciones no tienen el monopolio sobre ese tipo de contrataciones y, por ende, en coincidencia con lo informado por la Superintendencia de Seguro de Salud de la Nación, dicha intervención no constituye un elemento necesario a los fines de su realización, como se adujo.

Se agravó también de que la sentencia no haya tenido en cuenta lo expresado por dicho organismo en el sentido de que no cuenta con inscripción vigente para realizar dicha actividad.

Por todo ello, solicitó la revocación de la sentencia, con expresa imposición de cos-

tas, la que también cuestionó atento a la arbitrariedad del fallo recurrido e hizo reserva del caso federal.

3.- Que corrido el traslado de ley la actora lo contestó a fs. 446/470 y vta., señalando como cuestión preliminar que la recurrente no cumplimenta con lo estatuido por el art. 265 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación en cuanto a los recaudos de la expresión de agravios, pues de su lectura solo surge un mero desacuerdo con la sentencia, sin determinar cuál ha sido la merituación incorrecta ni las conclusiones erróneas del juez. Citó jurisprudencia en su apoyo.

A continuación, y de manera subsidiaria, contestó los agravios de su contraria, rebatiendo que la sentencia carezca de fundamentación y afirmando que, por el contrario, el *a quo* basó sus conclusiones en las pruebas existentes y en la normativa aplicable.

En tal sentido, dijo que quedó debidamente acreditado que su parte es una asociación civil gremial *sin fines* de lucro, como así también el propósito socialmente útil que persigue, lo que fue tenido en cuenta por el sentenciante al considerar que ejerce actividades gremiales para sus asociados y, lo que, a su vez, no fue desvirtuado por la recurrente.

Señaló que la Inspección General de Personas Jurídicas como autoridad competente —en virtud de la ley provincial N° 4583 y del art. 174 del Cód. Civ. y Comercial— en su oportunidad fiscalizó la operatoria de su mandante y verificó el ajuste de su actividad al objeto de bien público previsto en sus estatutos en base a las presentaciones que regularmente realiza el Círculo Médico, por lo que consideró que AFIP carece de competencia para evaluar si persigue o no un fin socialmente útil.

Añadió que el Círculo Médico de Metán cumple con todos los requisitos para que se le reconozca la exención en el impuesto a las ganancias, ya que su objeto de bien común está vinculado principalmente a la salud pública, educación e instrucción, científica y asistencia social, el giro económico de la entidad coincide con su objeto social, sus ingresos se destinan a los fines de su creación y en ningún caso se distribuyeron directa o indirectamente entre sus asociados.

Sostuvo que la Superintendencia de Servicios de Salud (autoridad de aplicación del Sistema Nacional del Seguro de Salud) reconoció a su mandante para contratar por cuenta de los médicos de Salta las prestaciones de salud con los Agentes del Sistema y con las empresas privadas de medicina prepaga, por lo que consideró que las Resoluciones Administrativas N° 156/2015 (DV RSAL) y N° 54/2016 (DI RSAL) que niegan dichas disposiciones conlleva una clara lesión al principio general de presunción de validez de los actos del poder público.

Dijo que dicho organismo, de conformidad con el procedimiento previsto en la Resolución 119/1999 y en sus Anexos, podría haber formulado observaciones y, sin embargo, al permitir la inscripción de la Asociación en el Registro Nacional de Prestadores del Sistema de Salud de la ley 23.661 le reconoció el carácter de entidad de beneficio público.

Destacó la incoherencia en el actuar de la recurrente, puesto que, por un lado, a los fines de las prestaciones de salud pública, reconoce el objeto socialmente útil de la Asociación y dicta normativa en sentido aprobatorio, pero a su vez lo desconoce al solo efecto tributario, lesionando así el

principio de ejemplaridad que debe regir sus actos.

Al respecto, señaló que en el período comprendido entre los años 1997 y 2015 la DGI había reconocido originariamente la exención en el impuesto a las ganancias a la Asociación, pero el 28/08/2015, sin que se cambie la finalidad o la tarea que desarrolla la nombrada, ya que en aquella época también intervenían en la contratación de prestaciones médicas con obras sociales, la AFIP dispuso dejar sin efecto ese reconocimiento.

Agregó que la recuperación de gastos administrativos que su mandante obtiene por su actividad de intermediación en las prestaciones de salud —a los fines de cumplir con su objeto social— no puede entenderse como un fin de lucro en virtud de lo dispuesto en el art. 168 del Cód. Civ. y Comercial, del estatuto y de la realidad de los hechos.

En tal sentido, destacó que la actora emite periódicamente las facturas correspondientes a las obras sociales y empresas de medicina prepaga; una vez que percibe el importe de esas facturas efectúa las liquidaciones respectivas a cada médico y deduce un 5% y un 2,5% en concepto de gastos administrativos y otros cargos (como cuota del asociado, etc.), operatoria que no es una “comisión” sino que es similar a la analizada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en “Círculo Odontológico de Comodoro Rivadavia c. AFIP - DGI s/ contencioso administrativo” del 19/04/2011, por lo que estimó aplicable al presente caso lo allí expresado por el Alto Tribunal en relación a que: “las actividades objetadas por el Fisco, lejos de desvirtuar el carácter de asociación sin fin de lucro que posee la actora, ratifican esa naturaleza, dado que las realiza en defensa de los intereses de sus asociados, sin perseguir un rédito propio, y las ventajas que reporta el hecho de asociarse no constituyen reparto directo ni indirecto de los ingresos ni del patrimonio social de la institución”.

Finalmente, afirmó que el Círculo Médico de Metán no distribuye directa ni indirectamente sus ganancias entre los asociados, no explota juegos de azar ni espectáculos públicos y no desarrolla actividades industriales y/o comerciales, por lo que citando el fallo “Fundación H.A. Barceló para el desarrollo Cs. Biomédica Arg. c. AFIP-DGI” de la Sala V de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal y la doctrina de la Corte en el precedente “Círculo Odontológico de Comodoro Rivadavia”, concluyó que la sentencia debe ser confirmada y aplicarse a su mandante la exención de impuesto a las ganancias prevista en el art. 20 inc. f) de la ley 20.628.

#### Considerando:

1.- Que sobre la alegada falta de fundamentación del recurso, el art. 265 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación expone que “el escrito de expresión de agravios deberá contener la crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante considere equivocadas”.

Pues bien, del examen de la pretensión revisora se advierte que, aunque el escrito contiene reiteraciones de presentaciones anteriores, el recurrente rebatía suficientemente los puntos de la sentencia que considera equivocados, por lo que corresponde entrar a analizar el recurso planteado por su parte.

2.- Que, ante todo, caber recordar que de acuerdo con una constante jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, las exenciones impositivas deben

resultar de la letra de la ley y de la indudable intención del legislador o de la necesaria implicancia de las normas que las establezcan, y que fuera de esos supuestos corresponde la interpretación estricta de las cláusulas respectivas, la que ha de efectuarse teniendo en cuenta el contexto general de las leyes y los fines que la informan, ya que la primer regla de interpretación es dar pleno efecto a la intención del legislador (Fallos: 312:529).

Ello sentado, resulta pertinente señalar que el art. 20 inc. f) de la Ley de Impuesto a las Ganancias —en igual sentido que el texto ordenado en 2019— dispone que están exentos del gravamen “Las ganancias que obtengan las asociaciones, fundaciones y entidades civiles de asistencia social, salud pública, caridad, beneficencia, educación e instrucción, científicas, literarias, artísticas, gremiales y las de cultura física o intelectual, siempre que tales ganancias y el patrimonio social se destinen a los fines de su creación y en ningún caso se distribuyan, directa o indirectamente, entre los socios...”.

A su vez, el art. 34 del decreto N° 1344/1998 —reglamentario de la Ley de Impuesto a las Ganancias— prevé que “La exención que establece el artículo 20, incisos b), d), e), f), g), m) y r) de la ley, se otorgará a pedido de los interesados, quienes con tal fin presentarán los estatutos o normas que rijan su funcionamiento y todo otro elemento de juicio que exija la Administración Federal de Ingresos Públicos (...) Las entidades a las que se haya acordado la exención, no estarán sujetas a la retención del gravamen”.

Por su parte, la Resolución General de AFIP N° 2681/2009 (BO 05/10/2009) que regula el trámite para la obtención del certificado de exención del impuesto a las ganancias, en su art. 15 establece que el “Organismo podrá requerir al responsable (...) que aporte la documentación o datos adicionales necesarios para el análisis de la solicitud presentada, otorgándole un plazo a tales efectos...” y que “...el incumplimiento total o parcial al mismo importará el rechazo de la solicitud...”.

En base a la normativa expuesta, se ha sostenido que para que sea precedente la citada exención del art. 20 inc. f), la ley requiere el cumplimiento de cuatro condiciones: 1) forma social: debe tratarse exclusivamente de asociaciones, fundaciones u otro tipo de entidades civiles...; 2) actividad: deben dedicarse exclusivamente a una o más de las siguientes actividades: asistencia social; salud pública; beneficencia; educación e instrucción; científicas; literarias; artísticas; gremiales; cultura física; cultura intelectual...; 3) destino de las ganancias y del patrimonio social: debe ser el de cumplir los fines de la creación de la entidad, y en ningún caso deben ser repartidos, directa ni indirectamente entre los socios...; 4) no explotar juegos ni espectáculos...” (Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba, Sala B, “Centro Comercial e Industrial de Arroyito c. AFIP”, del 21/12/2015; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala I, “Confederación de Asociaciones Rurales de BA y La Pampa c. EN - AFIP-DGI - Resol. 41/09”, del 09/10/2014).

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se encargó de distinguir aquellas situaciones en las que la peticionaria se encuadra inequívocamente en la ley, de los supuestos en los que no resulta con nitidez aquel encasillamiento.

Así, declaró que “si una entidad se ajusta inequívocamente a alguno de los supuestos en los que la ley prevé la exención y no se demuestran circunstancias que lo desvir-

túen o el incumplimiento de otras condiciones exigibles, esa exención debe ser reconocida, al margen de la valoración que pueda efectuarse con respecto a si su finalidad es socialmente útil o no lo es” (“Cámara de Propietarios de Alojamientos c. Dirección General Impositiva” del 26/11/2002). En dicho precedente la actora era una entidad gremial inscripta como tal en el registro pertinente y se encontraba probado que había cumplido con los restantes recaudos para gozar de la exención, motivo por el cual la Corte la juzgó precedente “porque la ley federal que rige el caso comprende expresamente en la dispensa del tributo a las asociaciones gremiales”.

En esa oportunidad también sostuvo que la indagación sobre si los entes persiguen efectivamente un “beneficio público” conserva utilidad, aunque para superar las controversias suscitadas por la ambigüedad, en la nueva versión de la Ley de Impuesto a las Ganancias se apeló a una enunciación detallada de las asociaciones y entidades civiles que resultan exentas.

Posteriormente, el 16/11/2009 en “Asociación Rosarina de Anestesiología c. Fisco Nacional (DGI)” la Corte revocó la sentencia del 17/02/1998 de la Sala A de la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario que hizo lugar a la exención prevista en el art. 20 inc. f) de la Ley del Impuesto a las Ganancias al entender que el concepto de beneficio público no se altera aun si la finalidad de la asociación era el beneficio de sus propios integrantes. Allí, nuestro Máximo Tribunal expresó que “para la procedencia de la exención del gravamen se requiere la total ausencia de ventajas de índole económica o lucrativa para los asociados de la entidad demandante” (Fallos: 332:2529).

Y es en ese último contexto en el que habrá que indagar si la actora es pasible de ser considerada exenta del mencionado gravamen, teniendo en cuenta que se trata de una cuestión de hecho y prueba que debe analizarse en cada caso concreto.

3.- Que bajo esos lineamientos, resulta elemental precisar que conforme surge de su estatuto de fs. 03/09 la actora es una entidad civil, lo que fue confirmado en el informe de la Inspección General de Personas Jurídicas de fs. 369/370 al afirmar que “la entidad denominada Círculo Médico de Metán es una asociación conforme lo prevé el art. 168. del Cód. Civ. y Com. de la Nación”. Esto fue reconocido además por el Fisco en la Resolución Administrativa N° 54/2016 (DI RSAL) impugnada al sostener que “en relación a la forma social adoptada por la recurrente, cabe indicar que reviste el carácter de asociación” (cfr. fs. 38/45).

Asimismo, la Inspección General de Personas Jurídicas en dicho informe señaló que los objetivos de la misma están orientados al bien común y que “la entidad no persigue un fin de lucro conforme a las constancias de los cuerpos del legajo” (cfr. fs. 369/370).

Ello sentado y a los fines de resolver el recurso resultará concluyente determinar si la actora persigue en los hechos un fin “socialmente útil” o de “beneficio público” acorde a lo expuesto en su estatuto, ya que es este último requisito el que aquí se cuestiona, debiendo señalarse al respecto que la Resolución General de la Dirección General Impositiva N° 1432/1971 —reglamentaria de la anterior ley de impuesto a los réditos— establece que un elemento distintivo de tales conceptos “consiste en la total exclusión de fines lucrativos para los asociados”.

Sobre el punto, la demandada señala que la actividad desplegada por el Círculo no

responde al objeto inmediato de beneficio público que sirva a la comunidad, sino que sus esfuerzos son principalmente destinados al beneficio exclusivo de los socios y por lo tanto no correspondería hacer lugar a la exención requerida.

Pues bien, de la lectura del mencionado estatuto surge que el objeto social del Círculo Médico de Metán conforme su art. 2 es: acrecentar los vínculos de unión entre los médicos, defender sus intereses científicos, morales y económicos, procurar el acercamiento científico, social y cultural de sus miembros y estudiar y emitir opiniones relativas al análisis de problemas vinculados con el campo específico profesional y sobre cualquier otro asunto que no sea de contenido político partidista, racial o religioso. En definitiva, diversas tareas dirigidas sustancialmente a cuestiones gremiales, educativas, científicas, de salud pública y de asistencia social.

A su vez, las actividades de la actora efectuadas por motivos de asistencia social (donaciones) se encuentran plasmadas a fs. 185/206 y por motivos educativos y científicos (participaciones, cooperaciones y cursos) a fs. 208/292, destacándose el préstamo de las instalaciones para el dictado de capacitaciones y cursos de distintas índoles y numerosas donaciones a escuelas y colegios secundarios de la localidad de Metán.

También resulta conducente el resultado de la pericia contable de fs. 371/376 y su contestación a la impugnación de fs. 399/402 en las cuales el perito concluye que el Círculo Médico de Metán realiza actividades encaminadas a la consecución de los objetivos descriptos en su estatuto que “no importan la consecución de lucro para el Círculo ni para sus asociados ni terceros”. Asimismo, detalla que no se observa distribución directa o indirecta de ganancias ni del patrimonio social entre sus asociados y que no tiene ingresos provenientes de la explotación de espectáculos públicos, juegos de azar, carrera de caballos y actividades similares ni de actividades de índole comercial o industrial.

3.1.- De lo expuesto resulta claro que la actora no desarrolla ninguna actividad comercial sino administrativa en favor de los asociados que son quienes aportan el dinero para afrontar los gastos que genera el funcionamiento del Círculo.

Al respecto, este Tribunal —en su anterior composición como Sala única— el 07/10/2013 en “Asociación Salteña de Ortopedia y Traumatología c. AFIP s/ impugnación de acto administrativo” sostuvo en relación a la tarea de intermediación de dicha entidad que “la actividad puntual que realiza la Asociación Salteña de Ortopedia y Traumatología y que fuera impugnada por la AFIP, no resulta fundamento válido para denegarle la exención solicitada, surgiendo, contrariamente, como una forma más de aunar esfuerzos para el bien común del grupo social al que aglutina y que de ningún modo contraría los requisitos establecidos por el art. 20 inc. “f” de la ley del impuesto a las ganancias para poder acceder al beneficio allí previsto” (Cámara Federal de Apelaciones de Salta, Expte. N° FSA 61000103/2013).

En esa línea, en los autos “Inc. Apelación en: Bioquin AC c. AFIP s/ Contencioso Administrativo”, Expte. FSA N° 22.209/2017/1/CAI, de esta Cámara Federal de Salta, Sala I, que suscribí en fecha 08/04/2019, se dijo que “el servicio de facturación es una actividad que concentra el trámite burocrático que debe realizar cada uno de los profesionales asociados para hacer llegar las órdenes a las distintas obras sociales y recibir el pago de sus honorarios, y en el que el

beneficio más significativo para ellos es el ahorro de tiempo que significa el trámite administrativo, dejándole a la Asociación dicho accionar una comisión para gastos que descuenta a cada profesional, lo cual aparece como una actividad más tendiente

a 'bregar por los intereses de los asociados', facilitando el ejercicio de la profesión sin que ésta se distraiga en demasía en aspectos administrativos y sin que pueda considerarse que dicha operatoria emerja como lucrativa, contrariamente a lo esta-

blecido en el art. 20 inc. f) de la ley de impuesto a las ganancias para poder acceder al beneficio allí previsto".

Desde otra perspectiva, cuadra concluir que el Círculo Médico de Metán desarrolla una actividad —reflejada en su estatuto y en la prueba producida— que "se enmarca en las previsiones del art. 168 del Cód. Civ. y Comercial, pues no es contrario al interés general, ni tiene el lucro como fin principal para sí o para sus miembros" (CFAS, Sala II, "Asociación de Kinesiólogos y Fisioterapeutas de la Provincia de Salta c. AFIP s/ contencioso administrativo - varios", Expte. N° FSA 16025/2015/CA1, del 29/05/2020). Así, puede señalarse que "la ausencia de lucro no quita a las asociaciones la posibilidad de realizar actos dirigidos a obtener ganancias que sirvan para seguir cumpliendo con su finalidad específica" (cfr. Rivera, Julio César y Medina, Graciela, "Cód. Civ. y Com. de la Nación comentado", Tomo I, LA LEY, Bs. As., 2014, p. 437).

3.2.- En suma, el Círculo Médico de Metán resulta ser una asociación civil que persigue un beneficio público, sus ganancias y su patrimonio social están destinados a cumplir con los fines de la creación de la entidad, no existe distribución de los ingresos entre los socios y no se dedica a la explotación de juegos de azar ni espectáculos públicos, por lo tanto encuadra en el supuesto del art. 20 inc. f) de la Ley de Impuesto a las Ganancias.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que "del mismo modo que el principio de legalidad que rige en la materia impide que se exija un tributo en supuestos que no estén contemplados por la ley, también veda la posibilidad de que se excluyan de la norma que concede una exención situaciones que tienen cabida en ella con arreglo a los términos del respectivo precepto" (Fallos: 316:1115).

Asimismo, en el precedente "Cámara de Propietarios de Alojamiento c. Dirección General Impositiva", del 26/11/2002, el Alto Tribunal fue contundente al señalar que "si una entidad se ajusta inequívocamente a alguno de los supuestos en los que la ley prevé la exención y no se demuestran circunstancias que lo desvirtúe o el incumplimiento de otras condiciones exigibles, esa exención debe ser reconocida, al margen de la valoración que pueda efectuarse con respecto a si su finalidad es socialmente útil o no lo es" (Fallos: 325:3092).

3.3.- Por último, si bien es cierto lo señalado por el Organismo Fiscal en cuanto a que la Superintendencia de Servicios Salud de la Nación informó que la inscripción de la

actora en el Registro Nacional de Prestadores mediante Disposición N° 621/2003 para contratar con las obras sociales en nombre de los profesionales a los que representa no se encuentra vigente (cfr. fs. 367/368), no debe perderse de vista que —como se indicó en el punto anterior— el Círculo Médico de Metán cumple con las condiciones exigibles previstas en el art. 20 inc. f) de la Ley de Impuesto a las Ganancias.

Además, del informe pericial contable de fs. 371/376 se advierte que el Círculo Médico de Metán continúa ejerciendo como intermediario entre las obras sociales y sus asociados, por lo que la falta de vigencia de su inscripción ante dicho organismo no constituye óbice para la procedencia de la exención en el impuesto a las ganancias.

En todo caso, la Superintendencia de Servicios Salud de la Nación o el organismo correspondiente serán los encargados de analizar esta situación e intimar o no la renovación de la inscripción respectiva.

4.- Que por las razones vertidas, opino por el rechazo del recurso de apelación de la parte demandada y la consecuente confirmación del fallo recurrido (fs. 423/430). Con costas a la vencida por aplicación del principio objetivo de la derrota (art. 68 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). Así voto.

El doctor *Castellanos* dijo:

Que adhiero al voto de mi distinguida colega preopinante por compartir los fundamentos expuestos y la solución del caso.

El doctor *Eliás* dijo:

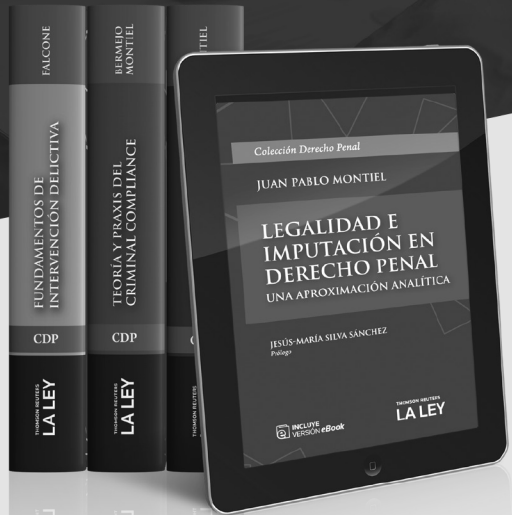
Que comparto en lo pertinente las consideraciones efectuadas por la doctora *Catalano* en su destacado voto y la solución que allí propone, a lo que agrego lo expuesto en mi voto en el precedente "Asociación de Kinesiólogos y Fisioterapeutas de la Provincia de Salta c. AFIP s/ contencioso administrativo", sentencia del 29/05/2020, a cuyos términos me remito. Así voto.

Por lo que resulta de la votación, el Tribunal resuelve: I. Rechazar el recurso de apelación de la parte demandada y, en consecuencia, confirmar la sentencia de fecha 09/12/2019 (fs. 423/430 y vta.). II. Imponer las costas de la Alzada a la vencida por aplicación del principio objetivo de la derrota (art. 68 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). III. Regístrese, notifíquese, publíquese en los términos de las Acordadas CSJN 15 y 24 de 2013 y devuélvase. — *Alejandro Castellanos*. — *Mariana I. Catalano*. — *Guillermo F. Eliás*.

THOMSON REUTERS  
**LA LEY**

LANZAMIENTO  
**COLECCIÓN  
DERECHO PENAL**

Director: **Juan Pablo Montiel**




Juan Pablo Montiel • Mateo Bermejo • Andrés Falcone

3 Tomos + eBook




**La colección que todo penalista debe tener en su biblioteca.**

Ofrece una panorámica actual de los temas que se están discutiendo hoy: Responsabilidad Penal de las personas jurídicas, el Criminal Compliance, análisis económico de la política criminal, etc. Se plantean problemáticas clásicas desde un enfoque renovado, ofreciendo herramientas para que el profesional pueda resolver problemas prácticos.

Adquirí la obra llamando al **0810-266-4444** o ingresando en **www.TiendaTR.com.ar**

Seguí nuestra nueva página de  **LinkedIn** con **contenido específico** para contadores.

the answer company™  
**THOMSON REUTERS®**

 ThomsonReutersLaLey  
 @TRLaLey  
 ThomsonReutersLatam



## El caso “La Manada de Chubut” desde una perspectiva europea

Alejandro Olivera Iriarte (\*)

**SUMARIO:** I. Introducción.— II. La inconveniencia de un acuerdo de juicio abreviado en el caso “Chubut”. — III. La cuestión de género.— IV. La necesidad restaurativa.— V. Su prohibición legal.— VI. Conclusiones.

### I. Introducción

La violación grupal de una menor de edad ocurrida en el año 2012, en la Provincia del Chubut, y el posterior acuerdo de procedimiento abreviado presentado por la acusación, desde un análisis del Derecho comparado, merece diversas consideraciones.

Expuesto aquello, conviene señalar que solo el fiscal del caso conoce, de momento, los argumentos que lo motivaron a calificar jurídicamente los hechos como constitutivos de un delito de abuso sexual simple (art. 119, primer párrafo del Cód. Penal), que contempla una pena de 6 meses a 4 años de prisión y que habilitaría, de acuerdo con el ordenamiento provincial, la realización de un juicio abreviado.

Para empezar, vale reseñar que la necesidad de simplificar el sistema de enjuiciamiento penal mediante la incorporación de mecanismos sencillos y ágiles, tales como el juicio abreviado argentino o la sentencia de conformidad española, no pueden ser aplicados a todos los supuestos fácticos.

Al mismo tiempo, resulta necesario mencionar que el Código Penal vigente en la República Argentina es común a todo el territorio nacional y que cada Provincia reserva para sí una serie de poderes no delegados, entre los que se encuentra el de regular sus procedimientos penales (1). Contrariamente, en España, p. ej., convive el Derecho común con el Foral (propio de cada Comunidad Autónoma) y existe una única Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) que regula el proceso penal en todo el país.

Así, el art. 355 del Código Procesal Penal de la Provincia del Chubut, dispone que, en los delitos de acción pública, si el fiscal esti-

mare suficiente la imposición de una pena privativa de libertad de ocho años o inferior a ella (o una pena no privativa de libertad) podrá solicitar que se proceda abreviadamente.

A tal fin, la acusación deberá propiciar la realización de un acuerdo con el imputado y su defensor, y en su caso, con el querellante, que se extenderá a la admisión del hecho descrito en la acusación, a la participación del imputado en él y a la vía propuesta.

Por su parte, el art. 787 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española regula la sentencia de conformidad, la que podrá postularse por la defensa con la anuencia del acusado, en los supuestos en los que la pena no excediere los seis años de prisión.

En todos los casos, el consentimiento prestado por las partes para la celebración del acuerdo deberá ser libre, voluntario, altruista y con conocimiento de sus consecuencias. Eventualmente, cuando el juez albergue dudas sobre si el acusado ha prestado libremente su conformidad, acordará la continuación del juicio.

En otras palabras, lo que se pretende a través de la ejecución del acuerdo consentido por las partes, es la evitación del juicio oral y público. Asimismo, supone un beneficio penológico para el imputado, a la vez que busca la reparación del daño causado a la víctima en un plazo más breve.

Expuesto el marco general, y más allá de los cuestionamientos que pudieran efectuarse en torno a la negociación de la pena o a la propia garantía de juicio justo, intentaré abordar el caso que nos convoca desde una triple perspectiva: 1. La inconveniencia de arribar a un acuerdo de juicio abreviado en

el caso “Chubut”; 2. La cuestión de género y 3. La necesidad restaurativa.

### II. La inconveniencia de un acuerdo de juicio abreviado en el caso “Chubut”

El relato de los acontecimientos, tal y como fueran expuestos públicamente, permitirían subsumir jurídicamente los hechos, como constitutivos de un delito de abuso sexual agravado por acceso carnal, por haber sido gravemente ultrajante, debido a la edad de la víctima y por la participación de dos o más personas, todo lo cual conllevaría una pena de prisión que oscila entre los 8 y los 20 años (art. 119 del Cód. Penal).

Dicha calificación, de acuerdo con lo normado por el propio art. 355 del Código de Procedimientos Penal de la Provincia del Chubut, impediría la realización de un juicio abreviado por cuanto, aun cuando mediare acuerdo en las circunstancias exigidas por el imperativo legal, rebasaría la pena en expectativa que no puede superar los 8 años de prisión.

Para mayor ilustración, en el ámbito Europeo, conviene comentar un supuesto de hecho similar y reciente, donde se investigaba una agresión sexual múltiple a una menor de 14 años, en una masía aislada de Pineda de Mar, Barcelona, España. En el caso, lejos de acordarse una sentencia de conformidad, la Fiscalía de la Audiencia de Barcelona requirió una condena de 81 años y medio de pena de prisión para uno de los acusados y de 43, para el otro (2).

Por su parte, la sección décima de la Audiencia de Barcelona, por sentencia de fecha 30 de junio del corriente año, condenó a los acusados a la pena de 14 años y tres meses de prisión efectiva (3). Naturalmente,

la sentencia recoge una serie de preceptos consolidados en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español y que estimo extrapolables al caso “Chubut”.

En primer término, conviene señalar que el pronunciamiento de la Audiencia Provincial recoge diversas sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en las que se reconoce la necesidad de armonizar la presencia de menores víctimas de delitos contra la libertad sexual, en juicio oral y público (4).

En efecto, es sabido que el daño causado a la víctima no concluye con el delito (victimización primaria), sino que continúa y a menudo aumenta en el recorrido procesal, agravando el mal inicialmente causado, originando victimización secundaria, que se favorece frente a la reiteración del relato (en sede policial, ante el órgano instructor y el de juicio) (5).

A propósito, ya en términos procedimentales, sería deseable la utilización de la Cámara Gesell (6), de acuerdo con los protocolos y recomendaciones previstas para víctimas menores de edad (7). En ese sentido, conviene practicar prueba preconstituida evitando declaraciones sucesivas.

Por tanto, vale mencionar que la práctica de prueba preconstituida no significa, en modo alguno, desconocer la importancia del principio constitucional de la presunción de inocencia. Así, tal y como lo explica Huertas, la regla general según la cual solo la prueba practicada en juicio oral puede ser valorada a efectos de hacer decaer la presunción de inocencia, no puede ser entendida de forma tan radical que lleve a negar toda eficacia probatoria potencial a otras diligencias (8).

### DOCTRINA

El caso “La Manada de Chubut” desde una perspectiva europea

Alejandro Olivera Iriarte ..... 1

La reforma del Código Procesal Penal de La Pampa

José Mario Aguerrido ..... 4

### NOTA A FALLO

Compensación económica y plazo de caducidad. Juzgar con perspectiva de género. Análisis a partir de un fallo

Gabriela Yuba ..... 6

### JURISPRUDENCIA

COMPENSACIÓN ECONÓMICA EN LA UNIÓN CONVIVENCIAL. Caducidad. Comienzo del

cómputo del plazo. Discriminación indirecta. Inconstitucionalidad del apartado 3 del art. 525 del Cód. Civil y Comercial. Pautas para la determinación del monto. Perspectiva de género (CApel. Esquel) ..... 6

### ANÁLISIS NORMATIVO

Comentario a la Ley de Defensa del Consumidor de la provincia de Río Negro

Carlos E. Tambussi ..... 8

### ACTUALIDAD

Actualidad en Derecho Civil

Alejandro J. E. Moldes y Ana L. Giménez Mehdi ..... 10

### ÚLTIMA INSTANCIA

..... 12

En efecto, la propia doctrina del Tribunal Constitucional español reconoce excepciones a la regla general. De este modo, se ha pronunciado la STC 68/2010, de 18 de octubre, al exigir que se constaten para su admisión unos presupuestos a) Materiales: que exista una causa legítima que impida reproducir la declaración en el juicio oral; b) Subjetivos: la necesaria intervención del Juez de Instrucción; c) Objetivos: que se garantice la posibilidad de contradicción (convocatoria al abogado del imputado); y d) Formales: la introducción del contenido de la declaración a través de la lectura del acta en que se documenta, lo que posibilita que su contenido acceda al debate procesal público.

En definitiva, será admisible la prueba preconstituida cuando concurra una causa legítima, esto es, cuando se acredite la inconveniencia de la presencia de la víctima en el acto de juicio y el daño psicológico que, para aquella, podría ocasionar su comparecencia (9).

En el mismo sentido, la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo de Europa, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal (en virtud de la cual se conmina a los Estados a que brinden un trato específico a las víctimas especialmente vulnerables) y la Directiva 2012/29/UE, de 25 de octubre de 2012, que protege el derecho de la víctima a evitar el contacto con el infractor.

Otro aspecto que introduce la Audiencia de Barcelona, inspirada en la sentencia del Tribunal Supremo Español, conocida públicamente como “la manada” (STS 344/2019, de 4 de julio de 2019) es la noción de *intimidación ambiental*.

Ciertamente, la intimidación ambiental comporta una serie de circunstancias externas que resultan idóneas para anular tanto la capacidad de resistencia de la víctima, como de cualquier persona que se hubiera encontrado en su situación. En definitiva, se produce una auténtica anulación de la víctima que, sin capacidad de reacción, por el miedo, la sensación de angustia, el intenso agobio y el desasosiego, es sometida a actos de naturaleza sexual no consentida e impuestos por más de una persona (en “grupo”).

Al respecto, la jurisprudencia española ha puntualizado que se constata intimidación ambiental en supuestos de: agresión perpetrada por varios individuos, aquellas que se producen en lugares aislados y las llevadas a cabo por autores de una complejidad superior a la de la víctima, entre otras.

Ahora bien, en el caso “Chubut”, vale describir una serie de elementos que per-

mitirían verificar *a priori*, la intimidación ambiental señalada por la jurisprudencia comparada. Así, la edad de la víctima al momento de los hechos (menor de 16 años), las características del lugar (una casa en la localidad de Playa Unión), el número de personas (al menos seis), el contexto en que se produjo la agresión (fiesta y percepción de la víctima), así como la pérdida de conciencia de la mujer, permitirían inferir una conducta penal más propia de una agresión sexual (con intimidación) que de un abuso sexual simple, tal y como lo postula la acusación.

Sobre el particular, enseña la doctrina más autorizada, que la coautoría estaría fundada no tanto en el acuerdo previo, sino fundamentalmente en la colaboración eficaz para el objetivo antijurídico. Concretamente, en el caso, la víctima indicó que mientras uno de los acusados sostenía la puerta de la habitación, los otros la agredían sexualmente (entiéndase bien, la violaban).

A propósito, la conjunción de estos elementos permite inferir el carácter particularmente degradante o vejatorio de la violencia o la intimidación empleada a la víctima (10). En efecto, la menor fue dispuesta como objeto de placer durante un espacio de tiempo, en la que los acusados habrían participado en grupo, lo que revela una particular degradación y vejación de la víctima.

En esta inteligencia, la STS 714/2017, de 30 de octubre de 2017, establece que la exigencia legal de que la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio, presupone dos matices: a) Que constituye un grado de violencia o intimidación superior al que pueda entenderse como necesario para vencer la negativa de las víctimas; b) Que, además, dicha violencia o intimidación ha de conllevar un trato humillante, envilecedor o de innecesario maltrato o padecimiento. En definitiva, una manifestación de jactancia, ostentación y alarde, por la actuación que está realizando, con desprecio y afrenta a la dignidad de la víctima.

Con todo, afortunadamente, va imponiéndose la idea de que, si una persona no tiene capacidad para dar su consentimiento, nos encontramos frente a un supuesto de violación.

Por otro lado, y a efectos de evaluar los términos del acuerdo alcanzado por las partes, no pueden dejar de meritarse en mi opinión, las circunstancias personales de los acusados por cuanto pertenecerían a familias influyentes de la ciudad de Puerto Madryn.

Concluyentemente, bien por la calificación jurídica provisoria que *a priori* no lo

permite, bien por las circunstancias del hecho, bien por su gravedad intrínseca, la resolución del caso en juicio abreviado resultaría cuanto menos, inconveniente.

### III. La cuestión de género

Una aproximación a Europa obliga a examinar el Convenio de Estambul sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica, por su carácter vinculante con los Estados miembros de la Unión Europea (11). En efecto, el Convenio pone de relieve la necesidad de evitar creencias sobre los atributos personales de hombres y mujeres (estereotipos de género) contrarios a los Derechos Humanos (12).

Así, p. ej., se pone de relieve la necesidad de promover la igualdad sustantiva y de trabajar en la desigual relación de poder entre hombres y mujeres, en las diversas estructuras sociales y culturales, que a menudo coadyuvan a elaborar una errónea noción de inferioridad de la mujer, respecto del varón.

De hecho, conviene subrayar que, el art. 3.a) del Convenio de Estambul, define que; “por violencia contra la mujer se deberá entender una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y se designarán todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada”.

Al mismo tiempo, el Convenio estipula una serie de principios de obligado cumplimiento para los Estados miembro de la Unión Europea. De este modo, se dispone la necesidad de prevenir, investigar, sancionar y reparar los actos de violencia contra la mujer (diligencia debida). Además, se establece un enfoque centrado en la víctima (con especial hincapié en la atención que merecen las mujeres menores de edad) que deberán ser tratadas con respeto y sensibilidad durante todo el proceso judicial.

Asimismo, Estambul crea un mecanismo de seguimiento específico basado en la prevención (enfocada en desterrar estereotipos), la protección (en relación con la necesidad de obtener a una respuesta rápida por parte del Estado), la persecución (relativa a la efectiva tipificación de estos delitos) y en la ineludible obligación de implementar políticas públicas integradas y coordinadas (con el objetivo de asignar los recursos de la manera más eficiente posible).

Así las cosas, los Estados tienen la obligación de adecuar sus sistemas de justicia pe-

nal a los preceptos fijados por el Convenio. Consecuentemente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso “M.C. c. Bulgaria” (2003), condenó al Estado y enfatizó en la obligación positiva de los países de enjuiciar eficazmente cualquier acto sexual no consentido, aunque no se haya constatado la resistencia física de la víctima. Sintetizando, el elemento esencial para el Tribunal Europeo, lo constituye la falta de consentimiento de la víctima (13).

De igual manera, se pronunció el TEDH en el asunto “Opuz c. Turquía” (2009), condenando al Estado, al establecer que la violencia de género constituye una forma de discriminación que afecta principalmente a las mujeres.

En el mismo sentido, se expidió la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el precedente “Campo Algodonero” (2009), instituyendo una serie de reglas para conducir eficazmente el proceso penal en los delitos de género (14).

Por otro lado, y en relación con la disponibilidad de acción penal, el Convenio establece que los supuestos de delitos contra la integridad sexual deberán investigarse de oficio, resultando que no puede exigirse denuncia de la víctima. En la misma línea, la jurisprudencia del Tribunal Supremo español por cuanto es conteste en afirmar que la víctima no posee disponibilidad de la pena (STS 667/2019, de 14 de enero de 2020).

Asimismo, es doctrina consolidada del más alto Tribunal español, que cualquier acción que implique un contacto corporal sin consentimiento, con significación sexual y con el propósito de obtener una satisfacción a costa de otro (tocamientos), debe interpretarse siempre como un ataque a la libertad sexual. En consecuencia, la calificación jurídica que corresponde efectuar en estos supuestos es la de un delito de abuso sexual simple.

Concluyentemente, una resolución del caso “Chubut” con perspectiva de género, evaluada a la luz de la normativa y de la jurisprudencia expuesta, debiera evitar expresiones retrógradas por parte de la administración de justicia, y evaluar un supuesto de hecho subsumible dentro de un tipo penal doblemente agravado (por acceso carnal y por la participación de dos o más personas), más que en un abuso sexual simple.

A su vez, un razonamiento en clave de género debería poner de manifiesto que las violaciones sexuales “en manada”, suelen ser protagonizadas por varones que, en grupo, y aprovechándose del mayor grado de indefensión de sus víctimas, las someten sexualmente. En consecuencia, el plus de antijuridicidad se torna evidente.

(\*) El autor es abogado, magister y profesor de Derecho penal. Doctorando en Derecho por la *Universitat de Barcelona*.

(1) Cfr. Art. 121, CN Argentina. En este sentido, interesante el artículo de Terragni, Marco Antonio, “Sistemas penales de la Nación Argentina y de la Provincia de Santa Fe”, por cuanto describe el proceso histórico citando las “Bases” de ALBERDI.

(2) El art. 76 del Cód. Penal español, dispone que se impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones para su cumplimiento simultáneo o, para el caso de que no fuera posible, cumplimiento en orden sucesivo por la respectiva gravedad.

(3) SAP B 3936/2020, Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 10, de 30 de junio de 2020, ponente: MONTSERRAT COMAS DE ARGEMIR, Cendra.

(4) SSTDH de 20 de diciembre 2001, Caso P.S. contra Alemania; 10 noviembre 2005, Caso Bocos-Cuesta contra Holanda; 7 de julio de 2009, Caso D. contra Finlandia; 28 de septiembre de 2010, Caso A.S. contra Finlandia.

(5) Cfr. HUERTAS MARTÍN, M. I., “La presunción de inocencia en procesos con víctimas especialmente

vulnerables, Protocolos Actuación con Víctimas Especialmente Vulnerables: Una Guía de Buenas Prácticas”, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, p. 53-60.

(6) Aunque escape al objeto del presente, creo de especial interés señalar las propuestas elaboradas por BUENO DE MATA en cuanto a la importancia de utilizar infraestructuras adecuadas, respetar ciertas pautas técnicas de grabación y emplear un lenguaje adaptado a la edad y la situación de la víctima. Cfr. “Propuestas para la configuración de un protocolo de videograbación de la declaración de menores víctimas de violencia de género en Protocolos de Actuación con Víctimas Especialmente Vulnerables: Una Guía de Buenas Prácticas”, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2019, p.115-122. En el mismo sentido, BEGOÑA — HERRERO, IBÁÑEZ — ORTEGA, “Grabación de testificales de víctimas especialmente vulnerables por parte de los operadores jurídicos”, ob. cit. “Protocolos...”, p. 123-130.

(7) Si bien es cierto que, tanto en Catalunya, como en gran parte de la República Argentina, el uso de la Cámara Gesell no es novedoso, aún resta que los diversos ordenamientos procesales recojan la noción de prueba preconstituida tendiente a evitar la revictimización de

menores y víctimas especialmente vulnerables.

(8) *Ibidem*, p. 54.

(9) *Ibidem*, ps. 59-60.

(10) STS 344/2019, de 4 de julio de 2019.

(11) Cfr. CONSEJO DE EUROPA, “Convenio sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica”, Estambul, 2011.

(12) La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), en su art. 1º, establece que debe entenderse por violencia contra la mujer: “Cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en ámbito público como en el privado”. Por su parte, la CEDAW (Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer), en su Recomendación General Nº 19, donde definió GBV (violencia por razones de género) como “violencia dirigida contra la mujer porque es una mujer”. En el ámbito nacional, la ley 26.845 regula que la violencia de género está circunscripta a la violencia contra la mujer, perpetrada por razón de su género.

(13) Por su parte, la Directiva 2011/93/UE define la

“edad de consentimiento sexual” en su art. 2 b) como; “la edad por debajo de la cual, de conformidad con el Derecho nacional, está prohibido realizar actos de carácter sexual con un menor”. En la actualidad, todos los países Europeos cuentan con tales límites de edad.

(14) Corte Interamericana de Derechos Humanos caso González y otras (“Campo Algodonero”) c. México”, 16/11/2009, Cita Online: AR/JUR/77909/2009. El Estado deberá conducir eficazmente el proceso penal en curso conf. a las siguientes directrices: “ (...) i) se deberá remover todos los obstáculos de jure o de facto que impidan la debida investigación de los hechos y el desarrollo de los respectivos procesos judiciales, y usar todos los medios disponibles para hacer que las investigaciones y procesos judiciales sean expeditos a fin de evitar la repetición de hechos iguales o análogos a los del presente caso; ii) la investigación deberá incluir una perspectiva de género; emprender líneas de investigación específicas respecto a violencia sexual, para lo cual se deben involucrar las líneas de investigación sobre los patrones respectivos en la zona; realizarse conf. a protocolos y manuales que cumplan con los lineamientos de esta Sentencia; proveer regularmente

No obstante ello, tampoco resultaría conveniente desoír las manifestaciones de la víctima en torno a su imposibilidad (psicológica) para prestar testimonio en juicio oral y público, así como la sensación de alivio que le produciría llegar a un acuerdo con los acusados por cuanto supondría, al fin, un reconocimiento de los hechos que padeciera.

Evidentemente, estos argumentos no hacen más que poner de relieve la importancia de evitar la victimización secundaria, a la que me refiriera con anterioridad, la vez que encienden alarmas en torno a la necesidad restaurativa del Derecho penal, sobre la que expondré luego.

#### IV. La necesidad restaurativa

Claus Roxin, en el Proyecto Alternativo de reforma al Código Penal Alemán, sugería una visión más humanista del Derecho Penal (15). También, Arthur Kaufmann, en pro de la sobriedad incriminadora, frente y contra la inflación penal proyectada en el Proyecto oficial (16). Igualmente, Jesús-María Silva Sánchez, en favor de un Derecho Penal que no obstaculice la reconciliación (17).

Una sociedad de iguales enseña Silva, necesita recuperar la idea de responsabilidad individual. En efecto, una sociedad corresponsable no puede ser solo punitiva. En mi opinión, debe procurar ser curativa. Así, el Estado no solo debe buscar el restablecimiento de la dimensión jurídico-penal. Debe también, fomentar activamente la reposición del plano existencial (18), lo que resulta posible a través de la implementación de procesos restaurativos (19).

Consecuentemente, y a través de la utilización de herramientas restaurativas complementarias al sistema penal, propongo pensar en la posibilidad de una relación transversal que sea capaz de dar respuesta a las necesidades de las partes involucradas en el conflicto, evitando su privatización. En rigor de verdad, las sociedades evolucionan y el sistema penal debe dar respuesta a las nuevas necesidades (20).

Verdaderamente, la concepción del delito solo como infracción a la norma desatiende el daño causado a la víctima y la ruptura de las relaciones humanas. Ciertamente, la lógica retributiva del mal por mal ha significado la despersonalización del Derecho penal moderno olvidando a la víctima y a la

comunidad en general. Además, la realidad de las cosas demuestra que el problema del delito trasciende la verticalidad de la relación Estado-Infractor.

En pocas palabras, la dificultad viene dada por la ausencia de una respuesta transversal al conflicto. En ese sentido, la dogmática penal, en post de afianzar el sentido de la norma, no debe provocar la desnaturalización del injusto antijurídico y culpable, de modo tal de convertir a la víctima en victimario.

En definitiva, pienso que el Estado sin necesidad de renunciar al *ius puniendi* está obligado a hacer un algo más en la recomposición de la relación horizontal. Y a mi juicio, no basta con no obstruir. Naturalmente, la búsqueda de una mirada transversal implica el castigo al delincuente, la reparación del daño causado y la posibilidad de una mirada a futuro, que promueva el arrepentimiento y la disculpa. Al mismo tiempo, el estigma del delito es revocable mediante la propia acción restaurativa (21).

Concretamente, en el caso bajo estudio, al tiempo que se busca la recomposición vertical, a través de la celebración del debate oral y público (22), deberían arbitrarse los medios para remediar la relación horizontal que, sin género de dudas, redundaría en beneficio directo tanto para las partes, como para la comunidad toda.

En rigor de verdad, los procesos restaurativos pueden instrumentarse complementariamente al procedimiento penal sin necesidad de afectación a la legalidad, a través del principio de oportunidad (23). Es en el proceso penal donde se encuentran y conviven. En ese sentido, la idea de “Robinson” (2003), en torno a que los procesos restaurativos se utilicen para complementar el proceso de justicia penal en lugar de reemplazarlos, goza de pocas oportunidades de distorsionar la Justicia (24).

En similar sentido, “Marshall” (1999), por cuanto concibe la idea de procesos restaurativos complementarios de la vía penal, asumiendo que no pueden ser pensados como dos sistemas independientes, por lo que deberían integrarse a la justicia criminal mejorando su calidad, efectividad y eficiencia (25).

En suma, creo que los procesos restaurativos valen (también) para mitigar el dolor

del Derecho Penal. Y su utilización, es posible tanto en fase de instrucción, como de juicio y ejecución. En efecto, la restauración de la comunicación es viable a través de la adopción de estas herramientas.

A mi juicio, es en el diálogo (restauración comunicacional), donde se consigue reparar el daño causado. Y la comunicación parte del reconocimiento del hecho. Es que, “(...) Sólo a partir del reconocimiento del hecho se inicia un círculo virtuoso en el que el arrepentimiento puede contar, al menos, con la esperanza del perdón, y viceversa, el perdón con la esperanza del arrepentimiento (...)” (26). Por consiguiente, la utilidad de procesos restaurativos que recompongan el vacío comunicativo es innegable.

Así, tal y como lo expresa Silva-Sánchez, solo a través de la restauración de la comunicación puede tener lugar la rehumanización de la víctima (superadora de la cosificación) y del autor (superadora del embrutecimiento). La expiación, abre la vía de la superación del hecho y el hecho punible queda superado no solo en su dimensión jurídico penal (vertical), sino también en la dimensión existencial (transversal). “(...) El autor, distanciado de su hecho y no reducido a él, es acogido por sus iguales en su humanidad doliente (...)” (27).

En esa inteligencia, ha quedado evidenciado que, en supuestos de víctimas especialmente vulnerables necesitadas de especial protección, como en el supuesto de estudio, esa restauración comunicacional no solo es posible, sino que deviene necesaria. A mi juicio, solo una concepción rancia del Derecho Penal puede darle la espalda a este proceso natural.

Precisamente, las declaraciones públicas efectuadas por el equipo de psicólogos, en cuanto a la necesidad de sanación de la víctima, nos hace un llamamiento a explorar otras posibilidades.

Y claro está, así como he argumentado que, en el supuesto de hecho que nos convoca, resultaría inconveniente la realización de un acuerdo en juicio abreviado pienso, sin embargo, que sería deseable (atendiendo a la voluntad de las partes) intentar una vía de recomposición horizontal, la que podría facilitarse con la colaboración de los organismos intermedios de la sociedad.

Después de todo, en fase de ejecución de la pena, el Estado podría articular los medios para que víctima y victimarios en espacios seguros (siempre que exista plena y libre voluntad de las partes) intenten restaurar el vacío comunicativo causado por el delito (28).

En efecto, la propia experiencia española con los etarras arrependidos de ETA que abandonaron la banda terrorista estando en prisión, pidieron perdón a sus víctimas (indirectas) y renunciaron a cualquier tipo de beneficio penitenciario (29), nos demuestra que tal cosa es posible (30). Igualmente, este tipo de procesos de búsqueda de pacificación social es muy habitual en Bélgica, Países Bajos, Reino Unido (31), Finlandia (32) y Alemania. Por lo demás, las necesidades restaurativas se han hecho patentes aun en el genocidio ruandés (33).

#### V. Su prohibición legal

No obstante, lo expuesto, vale apuntar que la posibilidad de acudir a procesos restaurativos se encuentra vedada en España por el art. 44.5 de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, para los delitos relativos a la violencia de género y violencia intrafamiliar en procesos civiles y penales de los que conozca el Juzgado de Violencia contra la Mujer (34).

Igualmente, el art. 48 del Convenio de Estambul, sobre la Prevención y la Lucha contra la Violencia Doméstica, de 11 de mayo de 2011, por cuanto prohíbe el uso de métodos alternativos de resolución de conflictos respecto de los delitos que contempla. De este modo, intenta evitarse tanto la privatización del conflicto, como el riesgo de aceptar un mal acuerdo para las víctimas, cuyo consentimiento puede no ser voluntario.

En este sentido, el fallo “Góngora” (2013) (35), oportunidad en la que el Máximo Tribunal argentino sostuvo que aplicar un método alternativo significaría contradecir lo dispuesto por el art. 7º de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Belem Do Pará) (36).

Justamente, la Corte entendió que en delitos de género corresponde ejercer la acción penal hasta la realización de juicio plenario, no pudiendo interrumpirse. Concluyentemente, el proceso iniciado deberá culminar

de información a los familiares de las víctimas sobre los avances en la investigación y darles pleno acceso a los expedientes, y realizarse por funcionarios altamente capacitados en casos similares y en atención a víctimas de discriminación y violencia por razón de género; iii) deberá asegurarse que los distintos órganos que participen en el procedimiento de investigación y los procesos judiciales cuenten con los recursos humanos y materiales necesarios para desempeñar las tareas de manera adecuada, independiente e imparcial, y que las personas que participen en la investigación cuenten con las debidas garantías de seguridad; y iv) los resultados de los procesos deberán ser públicamente divulgados para que la sociedad mexicana conozca los hechos objeto del presente caso (...).  
(15) *Alternativ-Entwurf*.  
(16) Cfr. KAUFMANN, Arthur, “La filosofía del derecho en la posmodernidad”, Tr. de BORDA L. Bogotá, Ed. Temis, 1992, ps. 67-68.  
(17) “(...) El Estado no puede coaccionar la disculpa, pero debe favorecer las condiciones de superación del hecho delictivo por la víctima y el autor (...)”. Cfr. SILVA SANCHEZ, Jesús-María, “*Malum Passionis* Mitigar el dolor del Derecho penal”, Barcelona, Atelier, 2018, p.228-241.  
(18) “(...) no es infrecuente que la ejecución de la pena agrave el conflicto interpersonal entre autor y víctima (...)”. *Ibidem*, p.227.  
(19) El pasado día 22 de mayo, la UNODC llevó a cabo la presentación (vía telemática) de la segunda edición del Manual de Justicia Restaurativa. Allí Chapman, señaló que la inversión económica en procesos restaura-

tivos se traduce (a mediano y largo plazo) en una vía adecuada para la reducción de costos con menos presos, menos víctimas y menos procesos.

(20) No se trata aquí de buscar el Derecho penal correcto, propio de los idealistas del Derecho penal. Cfr. SILVA SANCHEZ, Jesús-María, ob. cit., “*Malum Passionis...*”, p.43. Más bien, se intenta asumir una actitud de observación frente a fenómenos no resueltos.

(21) Idea de “vergüenza reintegradora” (“reintegration with shaming”) de BRAITHWAITE. El autor australiano defiende la superación del modelo de justicia tradicional que provoca estigmatización, humillación y venganza. La vergüenza reintegradora supone desaprobar el hecho reconociendo lo que hay de bueno en la persona que lo ha cometido. Cfr. BRAITHWAITE, citado VALL RIUS, Anna, en “La Justicia Restaurativa y la Mediación en el ámbito Penal y Penitenciario”.  
(22) Ya hemos puesto de relieve la inconveniencia, por las particularidades del caso, de llegar a un acuerdo en otra etapa del proceso.  
(23) Regulado en España solo para delitos leves perseguibles a instancia de parte. En la Argentina, “(...) La mediación penal constituye una nueva manera de aplicar criterios de oportunidad en la persecución de delitos, pues, según la naturaleza y las particularidades de cada caso (...), permite saltarse el trámite jurisdiccional y busca evitar el desgaste de recursos que implica la normal sustanciación del proceso hasta el dictado de una sentencia de mérito (...)”. Cfr. VAZQUEZ, Marcelo Pablo, “La mediación penal”, *Rev. Institucional de la Defensa Pública*, 2013, ps. 29-46.  
(24) “(...) Where restorative processes are used to

complement the criminal justice process rather than to replace it, such processes have little justice-distorting opportunity. There seems every reason to embrace their use (...)”. Cfr. ROBINSON, P., “The Virtues of Restorative Prozesse, the Vices of Restorative Justice”, *Utah Law Review*, 2003, p. 375 y ss. ROBINSON brinda algunos ejemplos de programas conocidos en: Nueva Gales del Sur y Nueva Zelanda: los procesos restaurativos se utilizan para la disposición de los delinquentes juveniles; Vermont: Los procesos restaurativos operan como una condición de libertad condicional y, por lo tanto, están sujetos a todas las limitaciones en cuanto a qué ofensas pueden recibir una sentencia de libertad condicional y están sujetas a evaluación por parte del juez de sentencia; Delaware: los procesos restaurativos están disponibles solo con la aprobación del fiscal, como con los programas tradicionales de desviación previa al juicio; presumiblemente, los fiscales evalúan los casos según si la disposición de un proceso restaurativo puede hacer justicia y Minnesota: los procesos restaurativos se utilizan de manera informal, en paralelo al proceso de justicia penal, en lugar de sustituirlo.  
(25) Cfr. VALL RIUS, Anna, ob. cit., “La Justicia Restaurativa (...)”, p.3.  
(26) Cfr. SILVA SANCHEZ, Jesús-María, ob. cit., “*Malum Passionis...*”, p. 211.  
(27) *Ibidem*, p.239-241.  
(28) Este tipo de procesos no deberían estar sujetos a un tiempo determinado más bien, incumbiría a las partes establecer el momento (si es que lo hubiera) en el que se encuentran preparadas para afrontarlo. Ade-

más, deben respetarse una serie de garantías que en este espacio, no son posibles de abordar.

(29) Cfr. PASCUAL RODRIGUEZ, Esther, “Los Ojos del Otro: Encuentros Restaurativos entre Víctimas y ex miembros de ETA”, Ed. Salterrae, 2013. También, en el documental de TV3, “El perdó”, disponible en <https://youtu.be/voZHSHmW08>. En Zaragoza, “¿hablamos? primer documental sobre mediación penal entre víctimas e infractores”, en [https://youtu.be/\\_EMMSqITkw](https://youtu.be/_EMMSqITkw).

(30) Igual de interesante e ilustrativa, la experiencia española en “Filosofía entre rejas” disponible en: <https://www.ccma.cat/tv3/alcanta/sense-ficcio-versio-en-castella/filosofia-entre-rejas/video/5563632/>

(31) Conocida como “Diverssion”. Buen ejemplo de esto, en Inglaterra, el documental “Quemando Puentes. Una reunión restaurativa”, disponible en <https://youtu.be/eviIH-pSMPs>.

(32) Muy utilizado en los Países Nórdicos para los supuestos de delinquentes primarios.

(33) Cfr. al respecto: <https://www.elobservador.com.uy/nota/soy-una-mujer-genocida-y-aun-me-persiguen-los-recuerdos-de-lo-que-hice-202075208>.

(34) La Sentencia del TJUE de 15 de septiembre de 2011, avala la posibilidad de limitar los sistemas de justicia restaurativa. Cfr. GONZALEZ CANO, op. cit., “Justicia restaurativa...”, Cap. II.

(35) Cfr. C.S.J.N., G. 61. XLVIII, Causa N° 14.092, “Góngora, Gabriel Arnaldo s/ Recurso de hecho”, 2013. Cita Online: AR/JUR/9194/2013

(36) Cfr. C. BELEM DO PARÁ, 1994.

en un debate oral y público, con una sentencia absolutoria o condenatoria (37).

Sin embargo, a mi juicio, nada impide el uso de procesos comunicativos en este tipo de supuestos. En efecto, considero que la prohibición debiera ser revisada, siempre que exista libre consentimiento, confidencialidad y garantía de seguridad para la mujer (38). Naturalmente, deberá valorarse individualmente el caso concreto, siempre evitando victimizaciones secundarias.

Al respecto, en el marco del XVI Simposio Internacional de la Sociedad Mundial de Victimología, celebrado en la Universidad de la Ciudad de Hong Kong, entre los días 10 al 14 de junio de 2018, bajo el título “Víctimas y Victimización: hacia una Victimología Internacional”, la Profesora Fonseca Rosenblatt aludió a un proyecto de investigación encargado por el Consejo Nacional de Justicia de Brasil, y centrado en las posibilidades de justicia restaurativa para víctimas de violencia de género (39).

En síntesis, argumentaba la profesora que se documentaron experiencias de victimización secundaria en el proceso penal tradicional. Como resultado, las víctimas dijeron sentirse incomprendidas, sin posibilidad de relatar en sus palabras lo sucedido ni de ser escuchadas. Además, las mujeres indicaron haber tenido que tolerar situaciones de sexismo por parte de profesionales no formados adecuadamente. También, afirmaron que el sistema de justicia solo lidiaba con los síntomas, más sin entender cómo responder mejor a sus causas y patrones. Finalmente, se constató que las intervenciones judiciales podrían incrementar los problemas para las víctimas que, poco a poco, se van tornando

más desconfiadas respecto de las instituciones.

Ciertamente, la prohibición legal en materia de género no hace más que reproducir el argumento *machista* en virtud del cual se cree que la mujer no es capaz (voluntariamente) de asumir procesos restaurativos, lo podría suponer otorgarles un trato desigual ¿discriminatorio? (40)

Por su parte, las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad (41), aprobadas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana (2008) estipulan que se impulsarán las formas alternativas de resolución de conflictos en aquellos supuestos en que resulte apropiado, tanto antes del inicio del proceso como durante la tramitación de este (42).

A propósito, nótese que las Reglas están pensadas para dar especial atención a “(...) aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico (...)”. Concluyentemente, es dable observar que Brasilia impulsa el reconocimiento de víctimas especialmente vulnerables necesitadas de especial protección, para las que se promueve la resolución alternativa de conflictos (43).

En efecto, la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, acaba de publicar la Segunda Edición del Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa (2020), donde se indica que los procesos restaurativos pueden ser beneficiosos en situaciones

que involucran delitos graves, como complemento del sistema de justicia penal (44).

Más aún, Naciones Unidas indica que, las herramientas restaurativas, serían aún más poderosas en situaciones que involucran delitos serios, donde se ha observado que la experiencia de empoderamiento de la víctima asociada con la justicia restaurativa, incluso en casos de violencia grave, puede contrarrestar la humillación, falta de información y pérdida de control que tiende a resultar del sistema de justicia convencional (45).

En esa inteligencia, la exclusión de este tipo de procesos comunicativos (debido a la gravedad de determinados injustos típicos) podría significar una contradicción evidente con los propósitos establecidos por la propia normativa, para este colectivo de víctimas especialmente vulnerables.

Por otro lado, ha quedado en evidencia que el intento de instalar la idea que propugna que los procesos restaurativos solo pueden servir para los delitos menores, nada como el salmón, contra la corriente. Al contrario, según los resultados empíricos que informan Heather Strang y Lawrence Shernlan, puede ser que las técnicas restaurativas tengan su mayor beneficio, en los casos más graves (46).

En suma, estimo conveniente repensar la prohibición legal y explorar los nuevos estudios en la materia que indican beneficios significativos, también en estos supuestos (47).

## VI. Conclusiones

1. Una correcta calificación jurídica de los hechos investigados, de acuerdo con el propio ordenamiento provincial, impide la rea-

lización de un acuerdo de juicio abreviado. Además, un análisis desde el Derecho comparado, aunado a las particularidades del hecho y de sus autores, permite colegir que un procedimiento abreviado resultaría cuanto menos, inconveniente.

2. El Convenio de Estambul y la jurisprudencia Europea, ponen de relieve la necesidad de evitar estereotipos de género contrarios a los Derechos Humanos. Concluyentemente, una resolución del caso con perspectiva de género debiera evitar vocablos desacertados y evaluar el caso subsumible dentro de un tipo penal doblemente agravado, más que en un delito de abuso sexual simple.

3. La concepción del delito solo como infracción a la norma desatiende el daño causado a la víctima y la ruptura de las relaciones humanas. Se propone, en cambio, una mirada transversal que incorpore procedimientos restaurativos, complementarios al punitivo.

4. A la luz de los últimos trabajos de Naciones Unidas en la materia, la prohibición legal de este tipo de procedimientos restaurativos en casos graves debiera ser revisada. Al mismo tiempo, su impedimento por motivos de género podría suponer otorgar un trato discriminatorio a la mujer.

5. En definitiva, el caso “La Manada de Chubut” nos invita a reflexionar en torno a la necesidad de recomponer el vacío comunicacional, re humanizando el Derecho penal. Después de todo, los bienes jurídicos que protegen los tipos penales incumben a personas de piel y hueso, a menudo olvidadas entre el papel.

Cita on line: AR/DOC/3263/2020

(37) La Corte asimiló el término “juicio” de la Convención, a “la etapa final de procedimiento criminal”. “Únicamente de allí se puede derivar el pronunciamiento definitivo sobre la culpabilidad o inocencia del imputado, es decir, verificarse la posibilidad de sancionar esta clase de hechos exigida por la Convención”. Asimismo, el Tribunal expresó que “el desarrollo del debate es de trascendencia capital a efectos de posibilitar que la víctima asuma la facultad de comparecer para efectivizar el “acceso efectivo” (cfr. Art. 7 de la Convención).

(38) En la República Argentina la Ley Nacional 26.485, Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, prohíbe a través de su art. 28, la mediación o conciliación para este tipo de situaciones. Cita Online: AR/LCON/34Y1.

(39) Cfr. VARONA, Gema — FARIDE REYNA, Peña, ob. cit., “Una panorámica internacional del estado de la Victimología a través del 16º Simposio Internacional de la Sociedad Mundial de Victimología”, Rev. de Victimología, ISSN 2385-779X, N. 7”, 2018, ps. 157-162.

(40) En su “Plan de Implementación de Sistemas de Justicia Penal para Prevenir y Responder a la Violencia

contra Mujeres”, la UNODC alienta a los Estados Miembros a desarrollar directrices sobre el uso de restauradores procesos de justicia en el contexto de la violencia contra la mujer. Asimismo, “(...) no parece haberse demostrado que el empleo de una política punitivista y claramente intervencionista siguiendo un determinado modelo de justicia penal tradicional como la nuestra tenga mayor operatividad para luchar contra esta realidad (...)”. Cfr. VILLACAMPA, Carlolina, “Justicia Restaurativa aplicada a supuestos de violencia de género”, Rev. Penal, ISSN 1138-9168, 2012, p.177-216.

(41) Cfr. CUMBRE JUDICIAL IBEROAMERICANA, “Reglas de Brasilia”, 2008. En un sentido similar, el art. 5º de las Reglas de Tokio: “(...) Cuando así proceda y sea compatible con el ordenamiento jurídico, la policía, la fiscalía u otros organismos que se ocupen de casos penales deberán estar facultados para retirar los cargos contra el delincuente si consideran que la protección de la sociedad, la prevención del delito o la promoción del respeto a la ley y los derechos de las víctimas no exigen llevar adelante el caso (...)”.

(42) *Ibidem*; “(...) Se impulsarán las formas alternativas de resolución de conflictos en aquellos supuestos en los que resulte apropiado, tanto antes del inicio del

proceso como durante la tramitación del mismo. La mediación, la conciliación, el arbitraje y otros medios que no impliquen la resolución del conflicto por un tribunal, pueden contribuir a mejorar las condiciones de acceso a la justicia de determinados grupos de personas en condición de vulnerabilidad, así como a descongestionar el funcionamiento de los servicios formales de justicia (...) En todo caso, antes de iniciar la utilización de una forma alternativa en un conflicto concreto, se tomarán en consideración las circunstancias particulares de cada una de las personas afectadas, especialmente si se encuentran en alguna de las condiciones o situaciones de vulnerabilidad contempladas en estas Reglas. Se fomentará la capacitación de los mediadores, árbitros y otras personas que intervengan en la resolución del conflicto (...)”. Nótese que las Reglas incorporan diversos medios alternativos de resolución de conflictos (mediación, conciliación, arbitraje y otros medios). A propósito, no se comprende por qué el legislador argentino del 2014 (al sancionar la ley 27.063) no utilizó esta misma fórmula.

(43) El Código de Procedimientos Penal de la Provincia de Chubut, prevé esta posibilidad en los arts. 44, inc. 1º, 47 y 48, respectivamente.

(44) El propio ejemplo Etarra, vale para demostrar

que no hay restricción de tipo de injusto para acceder a prácticas restaurativas. La nueva edición del Manual de Naciones Unidas hace referencia expresa a delitos como la violencia de pareja, el homicidio, agresiones violentas graves, agresiones sexuales, crímenes de odio y violencia contra los niños. Cfr. UNODC, “Second Edition of...”, disponible en: [https://www.unodc.org/documents/justiceandprisonreform/2001146\\_Handbook\\_on\\_Restorative\\_Justice\\_Programmes.pdf](https://www.unodc.org/documents/justiceandprisonreform/2001146_Handbook_on_Restorative_Justice_Programmes.pdf).

(45) *Ibidem*. La justicia restaurativa también puede ser bastante efectiva para los delincuentes que tienen patrones arraigados de cometer delitos graves.

(46) “(...) According to the empirical results Heather Strang and Lawrence Shernlan report, it may be that restorative processes have their greatest benefit in the most serious (...)”, Cfr. ROBINSON, P., “The Virtues of Restorative Processes, the Vices of Restorative Justice”, en Utah Law Review, p. 375 y ss.

(47) Recientemente, Nueva Zelanda publicó estándares de justicia restaurativa para casos involucrando violencia familiar y violencia sexual (ONU 2020). Además, ha mantenido un sistema de justicia restaurativa que ha tratado casos de violencia de género durante aproximadamente veinte años.

# La reforma del Código Procesal Penal de La Pampa

José Mario Aguerri (\*)

Desde el 9 de febrero del corriente año, rige en la Provincia de La Pampa un nuevo Código Procesal Penal, aunque en rigor de verdad, habría que precisar los alcances de la cuestión, ya que en realidad no podríamos hablar exactamente de un nuevo Código, sino de una reforma parcial del Código merced al progreso tecnológico por una

parte y también, a partir de las experiencias y cuestiones que fue generando el Código que se encontraba vigente desde 2011 (ley 2287).

En efecto, en el año 2011 —La Pampa— sí, realmente generó una nueva legislación procesal, pasando de un procedimiento inquisi-

tivo a un procedimiento de tipo acusatorio-adversarial, donde el juez se erigía como un verdadero tercero ajeno a la controversia que se plantea entre acusación (pública y/o privada) y defensa.

Ya con el nuevo Código se siguió en el mismo ámbito acusatorio adversarial, pero

a partir, en especial, de la experiencia y de cuestiones tecnológicas se generaron las modificaciones que dieron lugar a la nueva norma.

Así se modificó en el ámbito de la reforma lo relativo a criterio de oportunidad, conversión de la acción, suspensión del juicio a



prueba, competencia de Juez de Control y Tribunal de Impugnación, lo relativo a derechos de la víctima, el procedimiento intermedio, el juicio abreviado, el juicio directo, lo relativo a ejecución penal y lo vinculado con costas procesales.

No se modificó el Código según ley 2287, en lo relativo a las relaciones jurisdiccionales, en medios de prueba, coerción personal, actos del debate, delitos de acción privada y tampoco nada en materia de recursos con excepción de lo resuelto en materia de medidas de coerción que son directamente impugnables con un trámite especial al efecto (reducido en sus tiempos).

Está claro que cuando hablo de modificaciones refiere a cambios sustanciales, ya que, p. ej., en materia de prueba si bien no hubo variaciones de importancia en cuanto al procedimiento ya establecido sí se agregaron nuevas normas y se modificaron otras.

Así en un resumen, si se quiere estadístico, se modificaron 97 artículos del Código vigente (ley 2287), se generaron 58 nuevos artículos; y a las normas del Código vigente, se le hicieron agregados en diez artículos (arts. 114, 117, 216, entre otros).

Como notas características de la reforma, podemos indicar, que:

— Esta tiende a la oralización plena del proceso en todas sus etapas, incluso las cuestiones incidentales, todo se resolverá en audiencia en términos generales;

— La posibilidad de conversión de la acción pública en privada, en los supuestos en que el Ministerio Público Fiscal (MPF) decida no continuar con la acción. El querellante particular en ejercicio de la acción privada tendrá las mismas facultades que el fiscal, a excepción del uso de la fuerza pública, las instrucciones a la policía en función judicial y la disposición de medidas de coerción, para lo que deberá requerir autorización expresa al juez de control (art. 16);

— El tratamiento de la víctima para la recepción de su testimonio (al respecto, ya no se trata de recibir el testimonio de menores de 16 años, sino que se contemplan situaciones de víctimas entre 16 y 18 años y los más importante de personas en estado de vulnerabilidad sea por cuestiones de edad, género, victimización o discapacidad entre otras circunstancias (art. 94);

— Se mantiene la función fedante del funcionario labrando un acta, pero se autoriza expresamente el uso y la utilización de documentos electrónicos, documentos digitalizados, firmas electrónicas, firmas digitales, comunicaciones y domicilios electrónicos (art. 112);

— Se autoriza la firma digital o electrónica para todos los actos que no tengan exigencia de protocolización (art. 117);

— Consagra expresamente la notificación electrónica (art. 137);

— Una de las grandes modificaciones, fue la previsión específica de la duración razonable del proceso, que se estableció en cuatro años que se encuentran desde el inicio de la Investigación Fiscal Preparatoria (IFP) hasta la primera sentencia de revisión integral (de impugnación) (art. 147);

— Se establecen tiempos para las diferentes etapas procesales y el cumplimiento de los términos fijados en el Código habilita al

pedido de sobreseimiento por insubsistencia de la acción penal (arts. 148-9);

— Se fija en dos años el plazo máximo de la prisión preventiva a computar desde la detención hasta el dictado de la primera sentencia condenatoria (art. 150);

— No existen grandes modificaciones en la cuestión de medios de prueba (inspección judicial, reconstrucción del hecho, registro domiciliario o requisita personal) incorporándose la figura de la evidencia digital (art. 183);

— Como novedad en materia probatoria, también se autoriza incorporar en la IFP informe de expertos con posibilidad de acceder a actuaciones con autorización del fiscal y de asistir a determinados actos procesales (arts. 198 a 201);

— En materia de reconocimientos, se elimina la invalidez del reconocimiento de alguien ya visto o conocido, debiendo ser el juez quien valore la credibilidad de la información que surja del reconocimiento realizado en esas circunstancias (art. 216).

— Se autoriza expresamente la denuncia con firma electrónica (art. 271);

— Se prevén situaciones especiales para la recepción de denuncias a mayores de 70 años o discapacitados, con impedimento de concurrir ante el fiscal o la Policía (art. 276);

— Se modifica todo el procedimiento intermedio que se genera a la finalización de la IFP, con un procedimiento de acusación e intervención de la defensa, donde las partes acusadoras deben poner a disposición de la defensa la lista de pruebas que van a utilizar en debate. La defensa debe actuar en igual sentido, para resolver todo en audiencia por el Juez de control. En la audiencia se explicará la acusación y la defensa podrá objetar sustancial y formalmente esta, procediéndose en esta audiencia a analizar los ofrecimientos de prueba.

— Se prevé la libertad probatoria incluso mediante medios no previstos en el Código, con la salvedad de que no afecten derechos ni garantías constitucionales. Se admiten convenciones probatorias y se pueden fijar (por las partes) hechos que no podrán ser discutidos en el juicio (arts. 288-99).

La audiencia termina en una resolución, donde luego de escuchar a todas las partes el juez resuelve sobre la acusación y sobre la prueba que se permitirá en el debate, pudiendo admitir o rechazar las convenciones probatorias, generando una resolución irrecurrible (art. 298).

— No hay grandes modificaciones en lo relativo al juicio, estableciéndose nuevas reglas (art. 321) y fijando pautas para los interrogatorios y contra exámenes (art. 329), estableciéndose reglas especiales para los testimonios en el juicio (arts. 332 a 335). Se amplía plazo para el dictado de sentencia y pasa de cinco a diez días desde el cierre del debate;

— En lo relativo al juicio abreviado, se han incorporado modificaciones, en primer término, admitiéndolo para hechos con una pena de hasta doce años (art. 364). En este trámite, la existencia de varios acusados no obstará, a que se conceda el juicio abreviado a uno solo de ellos, salvo que comprometa la verdad jurídica objetiva lo que será resuelto por el juez de manera fundada (art. 367). Interviene, en el procedimiento la víctima

(puede o no ser querellante) o querellante y su opinión no resulta vinculante.

Se puede acordar por la absolución y el juez debe absolver, salvo oposición de parte querellante, en cuyo caso el juez debe resolver o por la absolución o por la continuación del procedimiento de acuerdo con la conversión de la acción si correspondiere (art. 371).

Se prevé expresamente desde el rechazo del acuerdo, hasta la aceptación o rechazo del contenido del acuerdo (arts. 367-9);

— En materia recursiva no introduce grandes modificaciones.

Una de las modificaciones de importancia, es en relación con el carácter suspensivo de los recursos. En tal sentido, se prevé la falta de efecto suspensivo en los recursos extraordinario, a saber, casación, recurso extraordinario y revisión (art. 381).

Esta norma, lejos de ser perjudicial para la situación de los justiciables (como puede interpretarse *a priori*) y en orden a que confirmada la sentencia condenatoria en el ámbito del recurso de impugnación, la condena de prisión puede hacerse efectiva directamente—salvo excepción ordenada en el trámite de admisibilidad de los recursos extraordinarios— entiendo que eleva y prioriza realmente la garantía del doble conforme de toda sentencia condenatoria y en la medida que real y no solo dogmáticamente, el Tribunal de Impugnación Penal asuma la verdadera importancia que tiene en el sistema no solo procesal, sino también convencional y constitucional.

Se agregan como decisiones impugnables las del juez de ejecución penal.

Consagra un recurso horizontal en el trámite ante el Tribunal de Impugnación y para el supuesto de que la condena absoluta, sea en ese ámbito condenatoria (o imponga otra calificación jurídica o pena más grave) para el Tribunal de Impugnación. En tal caso, la sentencia será revisada directamente por otra sala del mismo Tribunal de Impugnación (art. 33, inc. 2º).

— En materia de ejecución de pena, oraliza todas las cuestiones a su respecto, con intervención necesaria de la víctima, autorizando expresamente en esa etapa a intervenir al querellante (modificación expresa del texto anterior que vedaba esta posibilidad) (arts. 422, 423, 425).

— En materia de costas impone el concepto del principio objetivo de la derrota, imponiendo estas a la parte vencida (art. 445). Determina cinco etapas del proceso a los fines de la regulación de honorarios (art. 447). Plantea la cuestión de la libertad absoluta en materia de honorarios, debiendo regularse solo cuando existe petición al respecto (art. 446) o en los casos de absolución del imputado, que ha recibido acusación adhesiva o autónoma del querellante, en cuyo caso, se imponen las costas a la parte querellante (pago del defensor del imputado). En tal caso, deberá haber regulación haya habido o no petición al respecto (art. 449).

Se analizan los supuestos de legajos con y sin contenido económico, se prevén distintos momentos de regulación y distintos medios de regulación (sentencia o auto), estableciéndose también la ejecutabilidad de las resoluciones sobre honorarios (art. 453).

Las resoluciones sobre costas y honorarios podrán ser objeto de impugnación, sin necesidad de que se impugne lo relativo a la cuestión principal (art. 454).

Se establece a la propia ley como pauta de interpretación en materia de honorarios en el proceso penal, declarándose expresamen-

te la supletoriedad de la ley provincial 1007, que regula lo atinente a honorarios de abogados y procuradores de la Provincia (en procesos civiles, comerciales, laborales y de familia) (art. 456).

Aun cuando no lo dice expresamente, de hecho, el Código en esta parte deroga tácitamente lo que surge de los arts. 45 y 46 de la ley 1007 en lo relativo a honorarios en procesos penales, sean estos de naturaleza criminal o correccional.

En legajos con contenido económico se autoriza tomar las pautas de los arts. 6º y 7º de la Ley Provincial 1007, autorizándose para tener en cuenta para la regulación el monto del asunto si fuera susceptible de apreciación pecuniaria; la naturaleza y complejidad del tema, la actuación profesional en relación con los tiempos del proceso y analizada en cuanto a calidad, eficacia y extensión. En los legajos sin contenido económico, el profesional (abogado o perito) deberá formular una estimación fundada que no será vinculante para el juez (arts. 450, 457).

Se autoriza a los peritos a solicitar anticipo de gastos, con cargo de rendición de cuentas, que le podrá ser requerida por el juez o las partes.

La reforma así reafirma el carácter acusatorio adversarial del proceso penal en la Provincia de La Pampa, tratando de adecuar convencionalmente la regulación del proceso en la Provincia y de acuerdo con lo que dispone y prevén los arts. 8º de la CADH; XXIV de la DADDH; 9º y 14 del PIDCP; 37 de la Convención del Derechos del Niño, incorporando también el denominado recurso ordinario horizontal y de acuerdo con la doctrina de fallos de la Corte (precedente “P., S. M.”, CSJ 5207/2014, Fallos 337:901).

Así también, la reforma consagra los principios de que el proceso tiene un director: El juez, en tanto que la investigación también tiene un director, a saber: El fiscal.

Sin menguar los derechos del imputado, no tengo dudas de que el Código atiende particularmente a la víctima en general y también atiende a determinadas víctimas, al agregar como eventual sujeto procesal a aquellas personas en estado de vulnerabilidad, sea por cuestión de género, de victimización propiamente dicha, de incapacidad o discapacidad o solo por resultar mayores de edad.

Más allá de que la representación del Colegio de Abogados en la Comisión Reformadora a mi cargo, objetó o formuló reserva a su respecto, se previó la conversión de la acción pública en privada en determinados supuestos y con determinadas exigencias para el acusador privado, lo que sin dudas refiere a un nuevo derecho para las víctimas en el ámbito del proceso penal.

—Las salidas alternativas del proceso penal también han sido materia de reforma, de modo tal, que la aplicación de un principio de oportunidad (art. 15) determinara la resolución judicial de sobreseimiento (que antes no reimponía), incorporando al proceso en este aspecto y también en el ámbito de la suspensión del juicio a prueba, la posibilidad de requerir la presentación de la aseguradora (del imputado) o la posibilidad de que exista un afianzamiento en relación con la reparación del perjuicio.

Se aclaró definitivamente la procedencia de la *probation* (art. 27), excluyendo expresamente de tal posibilidad en caso de accidentes o hechos por conducción de vehículos automotores con resultado muerte o lesiones gravísimas o leves o graves en las circunstancias de punición previstas por el art. 84 bis del Cód. Penal.

(\*) Abogado del Colegio de Abogados y Procuradores de la Provincia de La Pampa con treinta y ocho años de ejercicio de la profesión. Recibido en la Universidad Nacional del Litoral el 28 de agosto de 1982. Integró el

Colegio de Abogados y Procuradores de la Provincia de La Pampa y en calidad de miembro titular, la Comisión Reformadora del Código Procesal Penal de la Provincia de La Pampa.

Se consideró necesaria la incorporación al ámbito del tratamiento de salidas alternativas para la resolución de la problemática penal, a medios de afianzamiento suficientes o a la comparecencia de la aseguradora del requerido (imputado) por un hecho determinado y que debe reparar (o asegurar la reparación) el perjuicio ocasionado para la procedencia de la salida alternativa.

Entendemos que se han balanceado debidamente los derechos de los imputados en función de los derechos de las víctimas, que a partir de ahora tendrán intervención en el proceso de ejecución penal, lo que no obsta a los beneficios que los imputados puedan alcanzar en esa etapa del proceso.

La previsión expresa de los medios electrónicos y la evidencia digital en el ámbito de una investigación de naturaleza criminal, despeja toda duda respecto de su validez probatoria, siempre sujeta al análisis de aprobación constitucional, tanto de su contenido como de su forma de incorporación al proceso.

En materia del plazo razonable se pasó a una determinación expresa cuantitativa de

lo que se entiende como duración razonable del proceso, avanzando más allá en este concepto, que generalmente determinaba planteos en relación con determinados procedimientos, estableciéndose una norma de tipo general y absolutamente aclaratoria.

La reforma —como dije— tuvo en cuenta la aparición e incorporación en la tramitación de los procesos de medios tecnológicos, especialmente en todo lo relativo a la digitalización e informatización del proceso (ya existía el acuerdo 3563 del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del 29/05/2018), avanzando en la solución de cuestiones de planteos habituales que extendían y demoraban los procesos (casos de la suspensión del juicio a prueba y el plazo razonable por ejemplo), todo en función de la experiencia cotidiana que fue generando día el procedimiento penal a partir de la incorporación del proceso acusatorio adversarial.

Se ha creado con el nuevo procedimiento intermedio una herramienta que exigirá una actuación proactiva de los jueces de control, que serán un verdadero filtro, no solo para casos que deban llegar a debate, sino también para la prueba que se pueda reproducir

en ese ámbito, generándose una audiencia que tendrá realmente el carácter de audiencia previa a la eventual efectivización de la audiencia de debate oral.

Deviene a partir de la reforma la cuestión en cuanto a la rápida fecha de entrada en vigencia de esta y la discusión que generara seguramente el acuerdo del Superior Tribunal (acuerdo 3685 del 12 de febrero de 2020) respecto de su aplicación (a causas en trámite) y el concepto de ley más benigna, especialmente por el agravamiento de determinados términos que surgían del código anterior en relación con el nuevo Código. Al respecto, entiendo que el concepto de ley más benigna no puede proceder de una norma reglamentaria generada en el ámbito de superintendencia reglamentaria del Superior Tribunal, con el agravante —a mi criterio— que, en la acordada para la aplicación del Código, no intervino la comisión reformadora.

No desconozco la facultad reglamentaria del máximo organismo judicial de la Provincia a la que remite el mismo Código Procesal, pero si entiendo que, en la reglamentación de la ley, más allá de la generación

en ese ámbito de la reglamentación, debió darse intervención a la Comisión Reformadora. La cuestión de la validez sustancial, formal y constitucional de la nueva norma procesal y en su caso de normas reglamentarias de la misma se verá con el paso del tiempo y la aparición de planteos en un sentido u otro.

Claro está que es imposible generar una ley a prueba de planteos vinculados con su constitucionalidad y/o convencionalidad, más allá del extenso y profundo trabajo que entiendo en el caso llevo adelante la Comisión Reformadora oportunamente creada por el Poder Ejecutivo de la Provincia, con la participación plena de todos los sectores interesados en la operatividad de la norma (profesionales, jueces, Ministerio Público, y Universidad Nacional de La Pampa a través de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Pampa).

(Entre paréntesis se consignan los artículos del Código según ley 3192).

Cita on line: AR/DOC/850/2020



## NOTA A FALLO

### Compensación económica en la unión convivencial

**Caducidad. Comienzo del cómputo del plazo. Discriminación indirecta. Inconstitucionalidad del apartado 3 del art. 525 del Cód. Civil y Comercial. Pautas para la determinación del monto. Perspectiva de género.**

- 1.- Resulta inconstitucional el plazo de caducidad semestral previsto en el art. 525 del Cód. Civil y Comercial para iniciar la acción de compensación, cuando su cómputo comienza en la ruptura del vínculo, pues ello implica un impacto dispar, perjudicial para las parejas unidas convivencialmente en comparación con las unidas en matrimonio. [I]
- 2.- A los fines de iniciar la acción de compensación en las uniones convivencia-

les, el cómputo del plazo de caducidad previsto en el art. 525 del del Cód. Civil y Comercial tiene la instantaneidad de lo fáctico —desde la ruptura—, por eso siempre implica una desventaja y una discriminación indirecta en comparación con la sentencia de divorcio.

- 3.- El instituto de la compensación económica, tal como fue redactado, hace cargar al juzgador con la tarea de establecer una suma en dinero que será siempre discrecional. No hay una fór-

mula matemática, sino que se trata por un lado de compensar la situación en que quedó el cónyuge desventajado pero, a la vez, hay que ser cuidadoso para no imponer al otro cónyuge una carga excesivamente gravosa.

- 4.- Para determinar el monto de la compensación económica, habrá que detraer los bienes que fueron productos de liberalidades hechas a cada uno de los convivientes cuando fueran de tal naturaleza y proporción; lo contrario no sería com-

# Compensación económica y plazo de caducidad

## JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO. ANÁLISIS A PARTIR DE UN FALLO

Gabriela Yuba (\*)

**SUMARIO:** I. Introducción.— II. El fallo de Primera Instancia. Análisis del contexto.— III. Perspectiva de género. Análisis de los recaudos de la compensación económica y sobre el plazo de caducidad.— IV. Palabras finales.

### I. Introducción

La Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut, en Esquel, el 11 de agosto de 2020 en estos autos “S. E. Y. c. L. J. D. s/ determinación de compensación económica”, (1) declaró la inconstitucionalidad del plazo de caducidad previsto en el art. 525 tercer párrafo del Cód. Civ. y Com., modificando además el monto de la compensación económica inicialmente fijada por la instancia de grado.

Resultan interesantes las consideraciones efectuadas por la Cámara en torno a la valoración de la causa conforme la perspectiva de género y sobre la declaración de inconstitucionalidad del plazo de caduci-

dad previsto por el art. 525 tercer párrafo del Código de fondo respecto de las uniones convivenciales.

### II. El fallo de Primera Instancia. Análisis del contexto

La actora demandó la fijación de compensación económica, habiendo ya fenecido el plazo de caducidad y planteó la inconstitucionalidad de este, en comparación con el plazo de caducidad previsto para los matrimonios.

Argumentó además que su retraso en la demanda de compensación se debió a que estaba ocupada en actuaciones judiciales penales contra el demandado, en busca de

trabajo y en recomponerse de la separación. Reclamó la suma de \$ 3.600.000 (un porcentaje de los bienes que detalla).

El demandado contestó rechazando la petición.

La sentencia de primera instancia hizo lugar al reclamo de la actora, donde señaló que la demandante se retiró de la vivienda en un “estado emocional” difícil de superar y que fue probada la violencia ejercida por el demandado. En ese sentido, fijó una compensación económica de \$ 1.333.000 (un tercio del patrimonio).

El demandado apeló la sentencia, expresando agravios. Consideró que nunca se probaron los hechos de violencia, que la causa de cese de la unión convivencial fue el inicio de una nueva unión por parte de la actora y que, para la determinación del monto de la compensación económica, se consideraron la vivienda familiar y un camión que fueron objeto de una liberalidad de su padre, siendo bienes propios, proponiendo una suma menor.

La actora por su parte contestó, oponiéndose al progreso del recurso y sostuvo la inconstitucionalidad del plazo de caducidad.

### III. Perspectiva de género. Análisis de los recaudos de la compensación económica y sobre el plazo de caducidad

La Cámara de Apelaciones al avocarse al estudio del recurso planteado, señaló que la causa debe ser juzgada conforme la perspectiva de género y el principio de no discriminación, principios estos que estuvieron ausentes en la sentencia de grado.

Esta afirmación es avalada por un análisis integrado de la Cámara sobre el caso y las pruebas producidas.

Sobre la perspectiva de género, expresa muy claramente que es necesario analizar el caso en cuestión (compensación económica), si existía un desequilibrio económico, su entidad y afirma que la “...perspectiva de género no legitima estereotipos de ninguna clase, aun aquellos que empírica-

(\*) Abogada egresada de la Facultad de Derecho, UBA y Magíster en Minoridad - Universidad Notarial Argentina. Ex Jueza de Familia y Minoridad del Juzgado nro. 1 de Ushuaia, Tierra del Fuego. Autora de

numerosos artículos y comentarios sobre Derecho de Familia y juvenil. Co autora de libros sobre la temática y Código Civil y Comercial Comentado. Dicta conferencias en ámbito nacional e internacional. Columnista

jurídica en el programa radial “Mañanas Diferentes”, LRA RADIO NACIONAL USHUAIA y TV PÚBLICA CANAL 11 USHUAIA, en “Código TDF”. Miembro de la Red Mujeres para la Justicia. Representante por Ar-

gentina del Consejo Consultivo Regional Latinoamericano de la AIMJF (Asociación Internacional de Magistrados de la Juventud y de la Familia). Titular de la Cátedra de Derecho Internacional Privado. UCES- U-

pensar, sino enriquecer sin causa y no es esa la finalidad del instituto.

- 5.- La perspectiva de género no legitima estereotipos de ninguna clase, aun aquellos que empíricamente parezcan beneficiosos para la mujer. Crear presunciones absolutas en atención al género de las partes, omitiendo valorar las circunstancias individuales del caso, implica no solo claudicar de los deberes propios de la jurisdicción, sino incurrir en un prejuicio discriminatorio y eso afecta no solo a la parte derrotada sino también, a la larga, a la triunfadora y a la sociedad en su conjunto.
- 6.- Presumir que la exconviviente padecía una limitación para accionar en el plazo del art. 525 del Cód. Civil y Comercial y que ello ocurría solo por

su adscripción al género, como lo expone la jueza de grado, es crear un estereotipo de debilidad contrario al art. 6° de la Convención de Belém do Pará; y los arts. 2.c, 15.1, 15.2 y 16 de la CEDAW. Aun cuando el estereotipo parezca beneficiar a una mujer particular, a la larga perjudica a todos pues prorroga la subordinación, aunque aparente aliviarla.

- 7.- Es notorio que estamos frente a normas aparentemente neutras pero que generan un impacto dispar contra las parejas en uniones convivenciales respecto a otras unidas en matrimonio. Las normas que determinan el plazo de caducidad del pedido de compensación económica son contrarias al art. 16 de la Constitución Nacional y a los diferentes tratados que

integran el ámbito de constitucionalidad y deben ser declaradas inconstitucionales (del voto del Dr. Petris).

- 8.- Al tratarse el instituto de la compensación económica de una herramienta destinada a lograr un equilibrio patrimonial, es necesario realizar un análisis comparativo de la situación patrimonial de cada uno de los cónyuges o convivientes al inicio del vínculo y al momento de producirse la ruptura, esto es, obtener una fotografía del estado patrimonial de cada uno de ellos, y ante un eventual desequilibrio proceder a su recomposición (del voto del Dr. Petris).

CApel. Esquel, 11/08/2020. - S., E. Y. c. L., J. D. s/ Determinación de Compensación Económica.

[Cita on line: AR/JUR/32308/2020]

**JURISPRUDENCIA VINCULADA**

[1] Ver también. Entre otros: Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y Minería de Neuquén Sala I, 06/07/2018, M., F. C. c. C., J. L. s/ compensación económica, AR/JUR/39399/2018.

**COSTAS**

Por su orden.

**CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD**

Se declara la inconstitucionalidad del ap.3 del art. 525 del Código Civil y Comercial.

mente parezcan beneficiosos para la mujer...".

En este sentido, sostiene que "...crear presunciones absolutas en atención al género de las partes, omitiendo valorar las circunstancias individuales del caso, implica no solo claudicar de los deberes propios de la jurisdicción, sino incurrir en un prejuicio discriminatorio...".

Es decir: que pensar, actuar, juzgar con perspectiva de género, es apuntar a la igualdad y no discriminación para todas las partes, en igualdad de condiciones.

En el caso concreto, aduce la Cámara que en Primera Instancia se debió acreditar la existencia de los recaudos que tornaban procedente la compensación económica: si existió un desequilibrio económico, si es manifiesto, grave, si su causa radica en el cese de la unión, es decir, analizar el caso puntualmente a la luz de los requisitos dispuestos en el Código de fondo.

Por otra parte, agrega que, en este caso, presumir que la actora padecía una limitación en su accionar solo por su adscripción al género, es crear un estereotipo de debilidad contrario a lo normado por la Convención de Belém do Pará y CEDAW. A nuestro entender, este es un punto importante, dado que justamente la perspectiva de género constituye un principio y un paradigma que apunta a la igualdad y no discriminación de las personas, analizando el impacto diferenciado que una práctica, norma, o ley tiene sobre las mujeres y sobre los hombres, evitando la reproducción de patrones estereotipados que provoquen desigualdad.

Por ello, es necesario analizar cada situación en particular y desde una perspectiva transversal de derechos humanos.

A entender de la Cámara, la Jueza de Primera Instancia soslayó pruebas esenciales que desvirtúan todos sus argumentos.

De esta manera, la Cámara sostuvo que no hubo circunstancias emocionales que obstaculizaran a la actora a iniciar su reclamo, que no se probó violencia alguna por parte del demandado, que durante el plazo de caducidad la actora realizó un viaje de placer a Cuba con su nueva pareja (suceso este no considerado por la Jueza de grado), sumando a ello, la única jurisprudencia citada en la que se basó la sentencia atacada,

que nada tiene que ver con el hecho cuestionado en autos.

Con todo esto, la Alzada sostuvo que se debería modificar la sentencia de Primera Instancia y declarar caduco el plazo para reclamar la compensación prevista en el art. 525 del Cód. Civ. y Com.

Hasta aquí, el análisis del Tribunal, con las pruebas producidas en autos.

Es importante señalar, que las consideraciones que efectúa la Cámara sobre la perspectiva de género justamente reposan en la finalidad de lograr la igualdad y no discriminación para todas las personas (hombres y mujeres).

La perspectiva de género constituye un enfoque imprescindible frente a las desigualdades entre hombres y mujeres que ponen en jaque a la igualdad como valor esencial y que hace a la dignidad humana.

La perspectiva de género es una herramienta esencial para eliminar desigualdades: es una categoría de análisis que sostiene que las diferencias entre varones y mujeres se explican a partir de las condiciones sociales, culturales, políticas, económicas y jurídicas, históricamente creadas a partir de su sexo biológico.

Tal como refiere la Cámara, hay que analizar las circunstancias que rodean al caso y así determinar si la actora sufrió o no algún desequilibrio económico grave o factor de vulneración.

En un primer análisis, la Alzada sostuvo que debería haberse declarado caduco el plazo para demandar la compensación económica, pero ante el reclamo de inconstitucionalidad del plazo de caducidad planteado por la actora, se avocó al tratamiento de este, teniendo en cuenta que dicha declaración es excepcional.

Y es así como en un análisis global y comparativo de las normas de la compensación económica del matrimonio y la unión convivencial, concluye que existe una discriminación indirecta respecto de las personas vinculadas por la unión convivencial.

Desde la doctrina se ha sostenido que el plazo de seis meses (tanto para el caso de tratarse de un matrimonio o unión convivencial) es un plazo breve, exiguo.

Ahora bien, en el análisis del cómputo del plazo de caducidad a partir de la ruptura, se advierte una diferencia entre el matrimonio y la unión convivencial, que, traducida en términos de derechos humanos, deviene discriminatoria y desigual para las personas que optan por un sistema familiar u otro (matrimonial y unión convivencial).

Así, la acción para reclamar la compensación económica caduca a los seis meses tanto para el matrimonio como para la unión convivencial. Pero la diferencia existe en cuanto a partir de cuándo se computa dicho plazo.

Para el matrimonio, caduca a los seis meses de haberse dictado sentencia de divorcio (art. 442, Cód. Civ. y Com.). En este punto coinciden doctrina y jurisprudencia, que el cómputo debe realizarse a partir de que la sentencia adquiere firmeza (2).

Respecto de la unión convivencial, el plazo caduca a los seis meses de haberse producido cualquiera de las causas de finalización de la convivencia previstas en el art. 523 del Cód. Civ. y Com.

El problema en este caso es la dificultad probatoria de la fecha del cese de la unión convivencial y los problemas que se relacionan con la determinación de esa fecha, salvo p. ej. por muerte de uno de los convivientes o matrimonio, donde la fecha es precisa.

La diferencia entre un modelo familiar y otro (matrimonial y unión convivencial) es que la finalización del matrimonio, con el dictado de la sentencia de divorcio forzadamente involucra un asesoramiento y patrocinio jurídico y la ruptura o cese de la unión convivencial, es un hecho fáctico que es instantáneo y que no es seguido (3) de un patrocinio letrado o asesoramiento jurídico, ya que al ser un evento fáctico en sí mismo no lo requiere. Esto lleva a una orfandad de asesoramiento jurídico que deriva en una discriminación indirecta. Una norma neutra desde el punto de vista de la igualdad y no discriminación, pero que, en la práctica, genera efectos contrarios.

Esto ha sido valorado por la Cámara al fundar la discriminación indirecta que pesa sobre las mujeres. Aquí con una mirada con perspectiva de género, según expresa el Tribunal, se agrega otro elemento valorativo: las mujeres generalmente son las que

reclaman dicha compensación económica debido a la estructuración y distribución de los roles familiares que históricamente marcan las conformaciones de las familias.

Esa diferencia en el comienzo del cómputo del plazo de caducidad en matrimonios y uniones convivenciales pone en evidencia una situación de desventaja respecto de estas últimas, que deviene en una discriminación indirecta, que atenta contra la normativa constitucional, convencional.

Así desemboca la Cámara en la declaración de inconstitucionalidad del plazo de caducidad previsto en el art. 525 del Código de fondo.

Sobre la noción de discriminación indirecta, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en varios fallos ya se ha expedido, señalando que "...el derecho internacional de los derechos humanos no sólo prohíbe políticas y prácticas deliberadamente discriminatorias, sino también aquellas cuyo impacto sea discriminatorio contra ciertas categorías de personas, aun cuando no se pueda probar la intención discriminatoria...". ("Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana". Sentencia de 28/8/2014) (4).

Según la Corte regional, existe una clara violación al derecho a la igualdad y no discriminación también frente a prácticas o normas neutrales en apariencia pero que en la realidad impactan negativamente sobre determinados grupos de personas (en el fallo objeto de comentario, respecto de las personas con unión convivencial).

Este concepto también fue abordado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, según el cual, cuando una política general o medida tiene un efecto desproporcionado, perjudicial en un grupo particular, puede ser considerada discriminatoria aun si no fue dirigida específicamente a ese grupo (5).

La Corte IDH también considera que el concepto de impacto desproporcionado está ligado al de discriminación indirecta (6).

Desde el Derecho Internacional de DD.HH., los Comités de Derechos Humanos, contra la Discriminación Racial, para la Eliminación de la Discriminación contra la mujer y de los derechos económicos, so-

huai. Tierra del Fuego. Asesora Legislativa.

(1) Capel. Esquel, "S., E. Y. c. L. J. D. s/ determinación de compensación económica, 11/8/2020, CITA ONLINE: AR/JUR/3208/2020.

(2) VELOSO, Sandra F., "Comentario art. 442 del

Código Civil y Comercial Comentado", Directores: RIVERA, Julio César y MEDINA, Graciela, T. II, Ed. Thomson Reuters - LA LEY, Buenos Aires, octubre 2014. También, SOLARI, Néstor E., "El plazo de caducidad en la compensación económica", Publicado en

RDFyP, Ed. Thomson Reuters - LA LEY, Provincia de Buenos Aires, noviembre 2017, p. 8.

(3) En líneas generales.

(4) <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo14.pdf> Fecha de consulta: 17/9/2020.

Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 14: Igualdad y no discriminación, Párr. 234.

(5) *Ibidem*, párr. 235.

(6) Corte IDH caso "Artavia Murillo y otros (Fecun-

ciales y culturales, han abordado y reconstruido el concepto de discriminación indirecta.

Así p. ej., la Observación General nro. 20 sobre la no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales del Comité DESC, considera que "...La discriminación indirecta hace referencia a leyes, políticas o prácticas en apariencia neutras pero que influyen de manera desproporcionada en los derechos del Pacto afectados por los motivos prohibidos de discriminación..."

También en la Recomendación General nro. 25 sobre Medidas Especiales de Carácter Temporal (párr. 1 del art. 4 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer)<sup>(7)</sup> el Comité CEDAW, expresa que "...Puede haber discriminación indirecta contra la mujer cuando las leyes, las políticas y los programas se basan en criterios que aparentemente son neutros desde el punto de vista del género pero que, de hecho, repercuten negativamente en la mujer. Las leyes, las políticas y los programas que son neutros desde el punto de vista del género pueden, sin proponérselo, perpetuar las consecuencias de la discriminación pasada. Pueden elaborarse tomando como ejemplo, de manera inadvertida, estilos de vida masculinos y así no tener en cuenta aspectos de la vida de la mujer que pueden diferir de los del hombre. Estas diferencias pueden existir como consecuencia de expectativas, actitudes y comportamientos estereotípicos hacia la mujer que se basan en las diferencias biológicas entre los sexos. También pueden deberse a la subordinación generalizada de la mujer al hombre..."<sup>(8)</sup>.

Completando el panorama regional, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), también ha establecido "...que el exa-

men de normas y políticas sobre la base del principio de igualdad efectiva y la no discriminación abarca también el posible impacto discriminatorio de estas medidas, aun cuando parezcan neutras en su formulación, o se trate de medidas de alcance general y no diferenciado..."<sup>(9)</sup>.

Toda vez que la discriminación y la desigualdad dificultan el acceso y ejercicio de los derechos humanos y que los principios de igualdad y no discriminación hacen a la dignidad humana, deviene impostergable la adopción de medidas de acción afirmativas, tendientes a asegurar el completo y equitativo goce de derechos humanos y libertades fundamentales de grupos que ven desventajados. En este sentido, sería contradictorio que, en función de la autonomía de la libertad, uno elija conformar su familia de acuerdo con su convicción, creencias e ideas personales en un marco de libertad, pero que esa libre determinación (como elegir unirse en matrimonio o en unión convivencial), traiga consecuencias negativas en términos de discriminación indirecta. Tengamos en cuenta que se trata de dos institutos diferentes (matrimonio y unión convivencial), pero en cuanto al cómputo del plazo de caducidad, la norma pertinente introduce elementos que provocan una discriminación indirecta, que es necesario superar.

Sobre este punto, podemos mencionar un ejemplo de acción positiva o afirmativa, que apunta a remediar la discriminación indirecta que atraviesa a las partes vulnerables, constituyendo un instrumento legítimo para reducir las desigualdades que se evidencian y evitar así perpetuar preconceptos y patrones de discriminación y exclusión.

Nos referimos al proyecto presentado en la Cámara de Diputados, sobre modificación del plazo de caducidad para reclamar

la compensación económica, (Proyecto nro. 1493-D-2020),<sup>(10)</sup> que propone la modificación de los arts. 442 y 525 en torno a este tema<sup>(11)</sup>.

El proyecto propone frente a la brevedad del plazo de la caducidad, en el art. 442 del Cód. Civ. y Com., que la acción para reclamar la compensación económica caduque si transcurre un año desde la sentencia firme de divorcio. El proyecto agrega aquí la consideración doctrinaria sobre la sentencia de divorcio disipando dudas u otras interpretaciones. Se trata de una *sentencia firme*.

Sobre el art. 525 expresamente el proyecto propone: "La acción para reclamar la compensación económica caduca si transcurre un [1] año de haberse producido cualquiera de las causas de cese de la unión convivencial enumeradas en el art. 523.

"Si el cese de la unión convivencial se produce en un contexto de violencia de género, la acción caduca al año del vencimiento de las medidas preventivas urgentes dispuestas por el juez de conformidad con las leyes nacionales 24.417 y 26.485; y las normas provinciales aplicables. En los casos en los que no se hayan dictado medidas preventivas urgentes, la acción caduca al año de la denuncia de violencia de género.

"Se debe aplicar siempre el plazo más favorable a la persona víctima de violencia".

Es decir: el plazo de caducidad es de un año y prevé también qué ocurre en los supuestos de cese de unión convivencial por violencia de género o en contexto de dicha violencia, distinguiendo si se tomaron medidas preventivas urgentes o no. En caso de duda, especifica que siempre se aplicará el plazo *más favorable a la persona víctima de violencia*. Se advierte una aplicación

transversal de derechos humanos, con preeminencia del principio *pro homine* (pro persona), apuntando a la dignidad humana e igualdad y no discriminación.

Este proyecto, viene a subsanar, fundándose en la perspectiva de género y solidaridad familiar, las prácticas discriminatorias que aparecen en la realidad, ante un caso concreto y en un contexto determinado, provocando una discriminación indirecta derivadas de una norma del Código Civil y Comercial, cuya finalidad no era justamente profundizar desigualdades.

#### IV. Palabras finales

Atento lo expuesto anteriormente, la Cámara resolvió modificar la sentencia de grado parcialmente, declarando la inconstitucionalidad del art. 525, párr. 3 del Cód. Civ. y Com. y modificó el *quantum* de la compensación económica, teniendo en cuenta que se encontró probado el carácter propio (liberalidad) de los bienes considerados en el cómputo para el cálculo de dicha compensación, incidiendo en la valoración de la situación patrimonial familiar, evitando una apreciación desacertada e injusta del desequilibrio económico a evaluar.

La situación de excepción de la inconstitucionalidad de la norma en cuestión, es producto de una interpretación realizada de modo coherente e integral con el ordenamiento vigente, teniendo en cuenta el "diálogo de fuentes" y a un fundamento transversal de derechos humanos<sup>(12)</sup>.

La Cámara en este caso, desde una acción positiva en el marco de su competencia, se expidió conforme un enfoque de derechos humanos.

Cita on line: AR/DOC/3262/2020

dación *in vitro* vs. Costa Rica", Sentencia 28/11/2012, cit., párr. 287.

(7) [https://conf-ts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos\\_hum\\_Base/CEDAW/00\\_4\\_obs\\_grales\\_CEDAW.html](https://conf-ts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CEDAW/00_4_obs_grales_CEDAW.html) fecha de consulta: 1/7/2020

(8) *Ibidem*, Nota 34.

(9) <file:///C:/Users/Usuario/Documents/ASESORIA%20VICTORIA%20VUOTO/MATERIAL/Compendio-IgualdadNoDiscriminacion.pdf> fecha de consulta: 17/9/2020 Compendio Igualdad y no discrimina-

ción. Estándares interamericanos. CIDH. (12/2/2019)

(10) Frente para la Victoria. P.J. Diputadas: Rach Quiroga, Santillán, Macha, Carol, Masin, Alvarez Rodríguez, Sorraire, Estévez.

(11) [https://www.diputados.gob.ar/proyectos/pro-](https://www.diputados.gob.ar/proyectos/proyecto.jsp?exp=1493-D-2019)

yecto.jsp?exp=1493-D-2019 fecha de consulta: 14/9/2020.

(12) YUBA, Gabriela, "Transversalidad de derechos humanos en el Cód. Civil y Comercial. Construcción de un nuevo paradigma", Publicado en: SJA 13/12/2017, 5 - Cita Online: AR/DOC/4248/2017.



## ANÁLISIS NORMATIVO

# Comentario a la Ley de Defensa del Consumidor de la provincia de Río Negro

Carlos E. Tambussi (\*)

Comentamos en este caso la normativa provincial de Río Negro (ley 5414), relativa a defensa del consumidor como norma integral. Hemos dicho en otros trabajos que la ley nacional 24.240 tiene el carácter de legislación común en términos del art. 75, inc. 12 de la CN y abarca el nivel marco de protección de estos derechos, sobre el cual se puede innovar en su mayor desarrollo en las legislaciones provinciales, nunca otorgando un resguardo en menor grado o extendiendo las restricciones más allá de lo que el presu-

puesto mínimo establece (art. 65, ley 24.240, extensible al conjunto de normas integrativas de protección que menciona el art. 3º de la ley, junto a las normativas de defensa de la competencia y lealtad comercial)<sup>(1)</sup>.

La Corte Suprema ha dicho: "El carácter de orden público de la ley nacional de protección al consumidor (art. 65, ley 24.240) no impide que las provincias e incluso las municipalidades, dentro de sus atribuciones naturales, dicten normas que tutelen los de-

rechos de los usuarios y consumidores, en la medida que no los alteren, supriman o modifiquen en detrimento de lo regulado en la norma nacional (del dictamen del Procurador Fiscal subrogante que la Corte hace suyo)"<sup>(2)</sup>. En este supuesto se reafirma el carácter de norma nacional como piso mínimo de protección, sobre el cual la normativa local tanto procesal como de fondo puede innovar solamente en el sentido del aumento de los niveles protectorios y por esa razón, los Estados provinciales han legislado en materia de derecho de usuarios y consumidores, ampliando y particularizando la protección consagrada en la Constitución y el estatuto especial (garantías, contratos en especial, aspectos particulares del trato equitativo y digno, cambios y devoluciones, servicio técnico, entre otros).

En esa línea, el primer artículo de la norma que comentamos manifiesta su finalidad de regular derechos, principios, reglas en materia de políticas públicas y también en materia procesal administrativa y judicial, citando a tales objetivos y tal como

hemos señalado, la mejor implementación y efectividad de los derechos consagrados en la Constitución Nacional y leyes nacionales (24.240 y Código Civil y Comercial), las normas provinciales constitucionales y legales y la preceptiva complementaria. El dictado de normas de implementación, al menos desde el *nomen*, es el que han seguido tanto la Ciudad Autónoma de Buenos Aires —ley 757— como la provincia de Buenos Aires —ley 13.133—, a los fines de precisar el objetivo legislativo de poner en práctica, facilitar, extender, aclarar, precisar, ampliar protecciones y criterios.

Comenzamos con una curiosa estrategia institucional de dotar a una Agencia de Recaudación Tributaria del carácter de autoridad de aplicación en materia de consumo. Hemos sostenido como nuevo paradigma, al redactar el Proyecto de Ley de Reforma a la Ley de Defensa del Consumidor<sup>(3)</sup>, la autarquía de la autoridad de aplicación, fuera de los organigramas de la administración central, a los efectos de preservar la independencia de criterio de la autoridad de consu-

(\*) Abogado (UBA). Secretario de Juzgado del Fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA. Profesor adjunto regular. Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho. Docente en seminarios y cursos de posgrado sobre Derechos de Consumidores y Usuarios. Codirector del Programa de Actualización en Derecho

del Consumo (Convenio AABA-UBA). Presidente de la Comisión de Derecho del Consumidor de la Asociación de Abogados de Buenos Aires. Autor de libros y artículos sobre derecho del consumidor en publicaciones nacionales y extranjeras.

(1) Véase TAMBUSI, Carlos, "Reglamentación de la

ley de esperas en Santa Fe (dec.1892/2019)", ADLA 2019-11, 114 Cita Online: AR/DOC/2540/2019.

(2) CS, "Edelar SA c. SE y M. Res. 41/2001 - ENRE - Res. 1576/1998 (ex. 3638/1997)"; 08/05/2007, Fallos 330:2081.

(3) Arts. 124 y ss. del proyecto elaborado por la Comi-

sión formada por la iniciativa de los Ministerios de Justicia y de Producción y Trabajo de la Nación, que trabajó durante más de un año, integrada con un sentido federal y desde los distintos enfoques de la disciplina (académicos, autoridad de aplicación, magistrados, abogados de la matrícula provenientes de distintas provincias). La in-

mo, que muchas veces tiene que controlar al propio Estado. Esta implicancia tiene también consecuencias, dentro del enfoque que también hemos cuestionado al sancionarse el Código Civil y Comercial, consecuencias respecto a las facultades para poder aplicar la figura del daño directo. También hemos sostenido que aun cuando se encuentra dentro de la administración central la autoridad de aplicación de consumo, no era conveniente su encuadre dentro de áreas económicas, atento que en muchos casos las provincias la ubican dentro de las competencias de los ministerios de Comercio, Producción, o denominaciones similares, en la inteligencia que resulta más adecuada su inserción en las áreas de justicia o de derechos humanos, más acorde a la naturaleza de los derechos, a la finalidad protectoria, al formato de las políticas que desde allí se generen. En este caso, resulta una novedad que no creemos beneficiosa, otorgar las competencias de autoridad de aplicación de consumo a una agencia cuyo objeto es fiscalizar y recaudar tributos. No nos parece nada feliz, y agregamos que no arroja claridad alguna esta determinación, “sin perjuicio de las funciones de los demás organismos de la provincia que persigan la protección y defensa del consumidor o de problemáticas afines a las establecidas por esta ley” (art. 2º). Es dable atreverse a señalar que la normativa podría seriamente generar inoperancia administrativa tanto por agregarle una competencia postiza a un ente de materia fiscal, como por superponerse con otras dependencias sin delimitaciones claras.

El art. 3º fija políticas públicas establecidas en cinco objetivos que replican en general los derechos que tienen consagración constitucional nacional en el art. 42, incorporando en el inc. 5º la facultad de presentarse “ante las autoridades nacionales competentes” para formular denuncias de casos que afecten la libre competencia o de abuso de posición dominante conforme la ley 27.442 en su art. 34.

Los restantes cuatro incisos refieren a asociaciones de consumidores, procedimientos eficaces, prevención de malas prácticas empresarias y consumo sustentable, todos ellos comprendidos en las normativas nacionales (DNU 274/2019).

Una extraña técnica legislativa la lleva a regular en cuatro artículos las asociaciones de consumidores. El art. 4º no aporta novedades en cuanto a las funciones de estas (educativas, informativas, representación de los consumidores, asesoramiento, investigación, estadística, conciencia ambiental). Contempla el deber de fomentar su constitución, fomentar su funcionamiento e instar a la participación —art. 5º—, culminando con una breve referencia al registro provincial remitiendo a los requisitos de la ley nacional y a los que por reglamentación de establezcan —arts. 6º y 7º—.

Quien quiera hacer una lectura metodológica se verá en problemas porque el texto lo va a llevar seguidamente a un capítulo “Derechos y obligaciones en la relación de consumo en la provincia de Río Negro”, que en el art. 8º no consagra más que la tautología de afirmar que los consumidores rionegrinos gozan de los derechos de la Constitución Nacional, Provincial, Código Civil y Comercial, leyes provinciales y complementarias y modificatorias —art. 8º—, se remite el art. 9º a la protección de la salud y seguridad consagrada en el art. 5º de la ley nacional y un último art. 10 obliga a que los productos y servicios cumplan con las normas de calidad nacionales y provinciales.

El capítulo siguiente se titula “de la protección de las relaciones de consumo en particular”. Y trata —arts. 11 a 24—:

a) La regulación de las esperas a través de la pauta nacional de límite en treinta

minutos incluyendo ventanillas, cajeros automáticos, cobranzas de impuestos o servicios, pago de haberes a jubilados o sueldos de activos, estableciendo las prioridades de atención a discapacitados, mayores de edad y embarazadas, con obligación de informar de estos derechos por parte de las entidades comprendidas, implementar registro de entradas y salidas, y libro de denuncias, que debe ser girado a la autoridad de aplicación.

b) La garantía extendida: estableciendo la obligación de informar en los lugares en que se ofrezca, que se trata de un contrato celebrado con una empresa aseguradora, sobre la cual debe informar el vendedor del producto, como así también, respecto de su domicilio y sistema de reclamos.

c) Talles: esta norma deroga la ley provincial 4806 y condensa en el art. 14 escuetamente la obligación a las empresas de indumentaria de confeccionar todos los talles necesarios para cubrir las medidas antropométricas. De esta manera a la par que se pierde la mayor claridad de la norma derogada, se mantiene el problema de la falta de una ley nacional hace que los distintos criterios existentes en las provincias provoquen las quejas de los comerciantes que deben adaptarse a lo previsto en cada distrito y se plantea la problemática de los comercios pequeños y su limitada capacidad de amplias compras de talles que no tienen la misma “salida” que otros. Mientras tanto, casi de acuerdo con nuestra tradición de soluciones anárquicas para varios temas, el derecho a obtener vestimenta es tratado diferente según las jurisdicciones, a la vez que se patentiza en nuestra vida diaria (donde podemos observar que las normativas sobre este tema no se cumplen) la gran dificultad de control e inspección que el problema a atender importa.

d) Medicina prepaga (incluye obras sociales con sucursales en la Provincia) deben informar acerca de las prestaciones obligatorias consignadas en el Plan Médico Obligatorio mediante cartel visible.

e) Playas de estacionamiento: prohíbe la instalación de leyendas o carteles que afirmen que la empresa no se responsabiliza por daños, robos o hurtos a los vehículos.

f) Servicios públicos: obliga a las empresas que sean monopólicas establecer “cláusulas contractuales y condiciones de utilización sin intervención de la autoridad de aplicación”. Replica el principio de igualdad de trato de la ley nacional (art. 26, ley 24.240), la intervención en la verificación de los instrumentos de medición (art. 29 misma norma), e introduce en los sistemas de distribución directa la existencia de mecanismos de medición en el domicilio del consumidor a los que este pueda tener acceso para controlar por sí.

g) Ventas domiciliarias: remite al art. 32 de la ley nacional. No se introducen normas relativas al comercio electrónico.

h) Contratos de adhesión: remite a la prohibición de cláusulas abusivas, replica que la aprobación administrativa de los contratos no obsta a la revisión de sus estipulaciones conforme art. 122, inc. a) del Cód. Civ. y Com.

i) Servicios educativos: establece que el ofrecimiento público de estos, debe ser realizado previa autorización de la autoridad educativa, salvo para entidades oficiales o adheridas.

j) Viviendas prefabricadas: introduce la obligación de exhibir planos, calidad de materiales e informarlo mediante carteles.

Reflexionamos aquí respecto a la reiteración de la herramienta de carteles avisadores como herramienta informativa, de dudosa efectividad, atento su multiplicidad y la

siempre advertida dificultad de fiscalización de su colocación.

El capítulo séptimo aborda la prevención y solución de conflictos en el ámbito administrativo, encomendando a la autoridad de aplicación el control y la vigilancia del régimen legal de consumo (art. 25, complementando o más bien reiterando la regla del art. 2º), cuyas notas novedosas son —art. 26—:

a) La facultad de la autoridad de aplicación de ejercer acciones individuales o colectivas en defensa de los consumidores, tanto judiciales o administrativas, lo que nos ofrece reparos en materia individual.

b) El dictado de normas de “recomendación” para organismos y entidades públicas y privadas, dado el carácter imperativo y de orden público del derecho de usuarios y consumidores.

c) Ejercer la facultad del art. 3º de la ley 20.680, fijando precios máximos en el ámbito provincial.

d) Aplicar a pedido de parte el daño directo “atento la especialización técnica, independencia e imparcialidad que reviste la autoridad de aplicación” —inc. 7º—. Sin perjuicio de lo que hemos holgadamente escrito respecto al daño directo, nos aparece como difícil comprender la especialización técnica de una agencia tributaria en materia de consumo.

e) Se completa el articulado con la delegación en municipios, celebración de convenios, actualización del registro de asociaciones, promover soluciones de conflictos, homologar acuerdos, mantener registro de infractores, entre otros, que suelen ser las atribuciones que figuran en las leyes que determinan las competencias de las autoridades de aplicación.

Las normas del procedimiento administrativo específico están en el capítulo octavo. Advertimos aquí una errónea remisión del art. 27 al procedimiento de la ley 24.240 que para los casos de denuncia hoy no existe y está derivado al COPREC por la ley 26.993. Para los casos de lealtad comercial hay una derivación a la ley 22.802 y sus modificatorias, por lo que resultan de aplicación las normas del DNU 274/2019. Esta norma en su art. 27, establece el criterio de atribuir a los gobiernos provinciales y de la CABA, el control y vigilancia de los hechos ocurridos en su jurisdicción (indicando las facultades que pueden ejercer), quienes a su vez: a) podrán delegar en los municipios solamente los casos relativos a exhibición de precios, resguardando la competencia concurrente de la autoridad nacional en los mismos casos —lo que motivara la necesidad de que se adapten muchas leyes locales, como la ley 757 de la CABA—; y b) deberán remitir las actuaciones a la autoridad nacional cuando la cuestión afecte el comercio interjurisdiccional.

Prevé la iniciación de oficio mediante actividad inspectiva, consignando el contenido del acta y determinando que esta hace plena fe de su contenido. Regula las comprobaciones técnicas derivando a la reglamentación y atribuyendo su costo al proveedor investigado.

Para el caso de denuncias, los requisitos formales son los de práctica contemplándose el domicilio electrónico constituido, la petición de daño directo, y regulándose un sistema de ratificación para los casos de formulario electrónico sin firma digital. Aparece aquí el extraño dato que la norma del art. 33 impone a todo formulario que emita la autoridad, el deber de advertir sobre denuncias maliciosas.

Se contempla la utilización del expediente electrónico, el principio de gratuidad, el *in dubio pro consumidor*, la aplicación de la nor-

ma más favorable y la no obligatoriedad de patrocinio letrado, aclarándose —también llamativamente— que en ningún caso la autoridad de aplicación regulará honorarios, sin perjuicio de los pactos que puedan hacer las partes con sus letrados.

Todas las omisiones subsanables lo son previa intimación, cuya inobservancia es el archivo del expediente.

Se pondera la instancia conciliatoria, pero esta se implementa a criterio de la autoridad en cuanto esta determina su convocatoria o no. En caso afirmativo, se establece la notificación cinco días antes de la convocatoria, y en la realización de esta, de no ser posible el acuerdo, el descargo debe presentarse en ese acto.

Se consigna la novedad de registrar la audiencia en forma audiovisual y/o su realización por el sistema de teleconferencias, de gran importancia para consumidores distantes de los espacios de atención de la autoridad de aplicación. Esto convive con el archivo de las actuaciones en caso de incomparecencia injustificada del consumidor a la audiencia de conciliación y con multa al proveedor en el mismo caso, más, el agregado de pérdida de derecho a ofrecer prueba y presentar descargo.

La conciliación homologada y cumplida culmina las actuaciones salvo que la autoridad entienda compromiso en el interés colectivo o derechos individuales homogéneos y decida continuar con el sumario. El incumplimiento de acuerdo es infracción a la ley y ejecutable judicialmente. Las conciliaciones sobre derechos de incidencia colectiva pueden ser invocadas por todos los consumidores involucrados, aunque no hayan participado del procedimiento, pero no puede serles opuesto por el proveedor denunciado.

De decidir la autoridad no abrir etapa conciliatoria, se notifica la denuncia al proveedor y emplaza a presentar descargo con las características y consecuencias habituales.

Se regula el domicilio electrónico, su constitución y multa en caso de falta de constitución debidamente intimado el proveedor. Para ello, se prevé un Registro de Domicilios Electrónicos para proveedores. En el caso del consumidor, tiene obligación de constituir domicilio electrónico en su primera presentación y su incumplimiento debidamente intimado ocasiona el archivo. Las notificaciones por esta vía surten efecto: a) cuando se abra el documento digital que contiene la notificación o el día siguiente hábil si fuese feriado; o b) los lunes inmediatos posteriores a la fecha en que las notificaciones estén disponibles en dicho domicilio, esto a los fines de fomentar el control periódico de notificaciones electrónicas por las partes. Todo lo dicho no releva de constituir domicilio dentro del radio de la autoridad y de denunciar el real.

La prueba se produce en veinte días, regulándose de estilo respecto a su admisión, a la prueba documental, testimonial (siendo obligatorio acompañar interrogatorio), informativa y pericial, esta última en carácter excepcional, a costa de quien la ofrezca y consignando los puntos de pericia.

La autoridad puede dictar medidas preventivas para la defensa de los derechos de los consumidores en cualquier estado del proceso, que son revisables judicialmente.

El plazo para el dictado de definitiva es de excesivos noventa días hábiles desde que la causa se encuentra en condiciones, lo que consideramos negativo. Se consigna la revisión judicial de las sanciones por recurso ante la Cámara de Apelaciones Civil Comercial y de Minería en relación y con efecto devolutivo, salvo denegatorias de prueba que ameritan

su concesión libremente. La autoridad eleva las actuaciones a la justicia pudiendo incluir un informe para el tribunal sobre los agravios formulados. Puede apelar el denunciante cuando pidió daño directo y le fuera rechazado. La resolución de Cámara es recurrible ante el Superior Tribunal de Justicia tanto por la autoridad como por el proveedor.

Se establece el *solve et repete* para la sanción de multa (4) que, si bien ha sido receptado en varias leyes nacionales y provinciales, principalmente en materia de tributos, y que la Corte Suprema ha aceptado en reiteradas veces su constitucionalidad (5), también existen pronunciamientos jurisdiccionales que lo han declarado inconstitucional o excepcional a casos concretos.

Las sanciones y sus criterios de graduación son los de la ley nacional. En lo relativo a la contrapublicidad se faculta a la autoridad a establecer las pautas, con base en que la rectificación es a costa del responsable y en

la misma “forma, frecuencia y dimensión, y preferentemente por el mismo medio, lugar, espacio y horario”.

La publicación de la condena es también a costa del infractor se contempla, además, del diario de circulación general el uso de Internet. Se establece el deber de llevar estadísticas y divulgarlas, incluyendo las inasistencias a instancias conciliatorias e incumplimiento de acuerdos logrados.

El extraño art. 66 establece que las multas firmes no abonadas establecen un “interés moratorio diario” fijado por la autoridad y se ejecutan por la vía del apremio, o ejecución fiscal, siendo, además, la resolución sancionatoria título ejecutivo para hacer valer el daño directo firme.

Las normas finales de este capítulo señalan:

- El uso de la fuerza pública por la autoridad de aplicación.

- La supletoriedad de las normas del proceso penal.

- El no goce de inmunidad alguna por parte de las entidades estatales proveedoras.

- La prescripción de acciones y penas en cinco años.

- La posibilidad de planes de facilidades.

- El destino de las multas al presupuesto de la autoridad de aplicación.

Un capítulo final faculta a delegar en los municipios la recepción de denuncias, las conciliaciones, asesoramiento, educación, fomento de asociaciones, fiscalización y sistema de coparticipación de multas recaudadas.

Como ya hemos dicho, se deroga la ley del talle 4806 y la ley 2307 “Plan Provincial de Defensa del Consumidor” del año 2007,

la ley 2817 que contenía normas y principios divergentes a la ley nacional, y el anterior procedimiento administrativo de la ley 4139.

A modo de conclusión para este comentario breve, entendemos que el margen de la legislación provincial sobre consumo, a los efectos de reiterar principios y normas del plexo normativo general, no representa gran utilidad ya que todos los operadores jurídicos e intérpretes de los componentes de la federación están obligados a seguir las líneas de la Constitución y la legislación nacional. Hemos entendido siempre a las normas de implementación en el sentido expresado en este trabajo: garantías, procedimientos, mecanismos y profundización de derechos. La norma analizada representa un leve adelanto en este sentido.

Cita on line: AR/DOC/396/2020

tegran Gabriel Stiglitz, Fernando Blanco Muiño, Carlos Hernández, Belén Japaze, Leonardo Lepiscopo, Gonzalo Sozzo, Federico Ossola, Roberto Vázquez Ferreyra, María Eugenia D'Archivo, Javier Wajtraub, Sebastián Picasso y quien esto escribe. Fue presentada como Anteproyecto en la ciudad de La Plata a fines de 2018 y discutida en audiencias públicas en varias provincias e institucionales, para transformarse en un Proyecto presentado al Parlamento y en trámite ante la Comisión de Derechos y Garantías por expte. 2576/19 del Honorable

Senado de la Nación.

(4) Su traducción es “pague y repita”.

(5) La doctrina ha analizado cómo fue evolucionando la jurisprudencia de la Corte Suprema con relación a la exigencia del pago previo del tributo o la multa y como se ha ido flexibilizando a lo largo del tiempo, pudiendo los contribuyentes sortearlo cuando: 1) sea desproporcionada la magnitud del monto a pagar en relación con su concreta capacidad económica; 2) exista falta comprobada e inculpa de recursos económicos para poder hacer

frente a su pago; 3) su efectivización importe un verdadero despropio o revele en forma inequívoca, propósitos persecutorios o configure la doctrina de desviación del poder; 4) se afiance en forma suficientes el monto del litigio. (BEHM, Leonardo - MAMMONI, Gustavo A., “El solve et repete y la transformación del pague y repita en ‘afiance y discuta’, su incidencia en la provincia de Buenos Aires” citado por Emiliano D. LEYTON en El Solve et repete y sus particularidades. Su regulación en la Provincia de Buenos Aires, Infojus DACFI50454). En

igual sentido se ha dicho: “... [J]amás puede aplicarse el principio solve et repete a las multas y otras sanciones de carácter pecuniario. Para nosotros, la aplicación de ese principio atenta contra el derecho a la tutela judicial efectiva receptado en los instrumentos internacionales incorporado por vía del art. 75, inc. 22 de la CN. En todo caso su aplicación solo se justifica —matices medianamente—, en materia impositiva en pos de la regularidad fiscal” (BUTELER, Alfonso, “Límites de la potestad sancionatoria de la administración”, LA LEY del 30/12/2010, 1).

## ACTUALIDAD

# Actualidad en Derecho Civil

Alejandro J. E. Moldes (\*) y Ana L. Giménez Mehdi (\*\*)

**I. Amparo. Emergencia Sanitaria. Poder Judicial. Facultades. Santa Rosa. La Pampa**

Autos: “Díaz Javier Horacio c. Superior Tribunal de Justicia de La Pampa s/Amparo” (Expte. N° 142453 — 21405 S/ AMPARO)

Fecha: 18/6/2020

Cita Online AR/JUR/30305/2020

El 18 de junio de 2020 la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la ciudad de Santa Rosa, Prov. de La Pampa, resolvió confirmar la sentencia de Primera Instancia que había rechazado in limine la acción de amparo interpuesta por un abogado contra la acordada N° 3705/2020 dictada por el Superior Tribunal de Justicia que prorrogó la feria judicial extraordinaria hasta el 17 de mayo pasado y resolvió que desde el día siguiente la prestación del servicio de justicia se realizaría conforme a las “Pautas para el funcionamiento de los organismos del Poder Judicial en el período de máxima emergencia sanitaria” y las “Medidas y recomendaciones” especificadas en los anexos.

La decisión recurrida se fundó en la ausencia de ilegalidad o arbitrariedad manifiestas de la acordada cuestionada por tratarse de una regulación dictada por el Superior Tribunal de Justicia en ejercicio

de facultades propias por cuanto constituye una reglamentación permitida en términos de adecuación entre los fines perseguidos y los medios utilizados para lograrlos.

El apelante cuestionó el rechazo de la acción por considerar que esa decisión debía ser ejercida con suma prudencia y en supuestos en que la inadmisibilidad apareciera en forma manifiesta, lo que solo acontecía cuando la demanda no se ajustaba a los recaudos expresamente establecidos en el art. 313 del Cód. Procesal Civil y Comercial o en el supuesto de que exista otro medio judicial más idóneo.

En la Cámara, las señoras juezas Dras. Adriana Gómez Luna y Fabiana Berardi coincidieron en la decisión y entre otros argumentos, sostuvieron que el control de admisibilidad de la acción de amparo y el posible rechazo liminar de esta cuando no lo supera fue considerado por el Superior Tribunal de Justicia —en su actual composición— en la causa “Juanel S.A. c. Dirección General de Rentas de la Provincia de La Pampa sobre amparo” donde se expresó que “Si bien, en principio, la pertinencia y la fundamentación de la vía intentada corresponde que sea formulada por quien demanda (cfr.: Prodelco, 5 Fallos: 321:1252; voto del Dr. Fayt), el juez de la causa tiene facultad suficiente para resolver la inadmisibilidad de la acción procesal —o su

rechazó in limine— o para la reconducción de la postulación, pues el Código Procesal confiere al juez una efectiva intervención en el examen de oficio de la existencia de los presupuestos procesales, facultad que debe ser ejercida con la prudencia jurídica suficiente para no cercenar el derecho de acción vinculada con el derecho constitucional de petición (art. 14, CN)” y recordaron también “que el amparo tiene presupuestos sustanciales de admisibilidad que son indisponibles para las partes, esto es, el interesado está inhabilitado para omitir o soslayar el incumplimiento de alguno de estos presupuestos procesales...”.

Reseñaron, luego, que el magistrado de la instancia anterior había encarado el análisis de la pretensión bajo tales premisas y concluido que en el caso no se verificaba ilegalidad ni arbitrariedad manifiesta en las decisiones tomadas por el Superior Tribunal para habilitar y organizar la prestación del servicio de justicia en el contexto de una emergencia sanitaria extrema motivada por una pandemia de coronavirus pues para arribar a esa conclusión había entendido que tales decisiones fueron tomadas dentro del marco de competencia del Superior Tribunal en tanto implicaron el ejercicio de facultades de superintendencia que le son propias por mandato constitucional y delegación legal.

De su parte en la Alzada también señaló que la apelación no rebatía eficazmente ese punto, en tanto no brindaba argumentos que persuadieran de que las decisiones adoptadas exorbitaran las facultades propias de la superintendencia. Resulta atinente recordar, se dijo, como lo hace Sagüés, que “La Corte Suprema ha dicho que el art. 113 de la Const. Nacional, en cuanto la faculta a dictar su reglamento interno, tiene por objeto asegurar la autonomía que le corresponde como Poder Judicial y en la medida que lo considera indispensable para hacerla efectiva y mantener su independencia (“Bercaitz y Biale”, Fallos 291:549, citado por Sagüés, Néstor Pedro, “Elementos de Derecho Constitu-

cional”, t. 1, p. 667, Astrea, 2001, Buenos Aires). El art. 97 de la Constitución Provincial confiere a nuestro Superior Tribunal idéntica facultad que el art. 113 a la Corte Nacional para dictar su reglamento interno y en igual sentido cabe interpretarlo. De seguirse el razonamiento del apelante en relación con las facultades del Superior Tribunal, resultaría que el máximo tribunal provincial podría suspender la prestación del servicio de justicia mediante el decreto de una feria extraordinaria —como lo ha hecho durante las primeras fases del aislamiento—, pero carecería de atribuciones para tomar medidas de menor impacto en términos de paralización del servicio, tales como organizar su prestación con sujeción a los estándares sanitarios que la emergencia que vivimos obliga a respetar.

También se indicó por la Cámara que en definitiva las medidas preventivas adoptadas en la acordada impugnada fueron receptadas de las normativas fijadas a nivel nacional y provincial, tendientes a paliar la crisis sanitaria instalada y que la propia Corte de Justicia de la Nación mediante el dictado de la acordada 19/20 —remitiendo a las 14 y 17— mantiene las amplias facultades de superintendencia que ha concedido a aquellas autoridades para adoptar, en el ámbito de sus propios fueros o jurisdicciones, las acciones pertinentes a fin de que su actuación se cumpla de acuerdo a las previsiones dispuestas por el Poder Ejecutivo nacional y por las autoridades locales y para adecuar el funcionamiento de los tribunales de forma de garantizar la prestación del servicio de justicia, arbitrando las medidas que tiendan a la protección de la salud del personal. De allí que, se expresó, la acordada 3705 y sus anexos cuestionada, en modo alguno han sido dictadas invadiendo las competencias de los Poderes Legislativo ni Ejecutivo, no resultan vulnerados los arts. 1° y 5° de la CN, ni se han limitado los derechos y garantías del amparista.

Por todo ello la Cámara de Apelaciones confirmó la sentencia de grado en cuanto rechazaba el amparo presentado, sin cos-

(\*) Abogado egresado de la Universidad de Buenos Aires. Ex Fiscal Federal. Ex Juez de la Provincia de Río Negro. Docente Universidad Nacional del Comahue.

(\*\*) Abogada egresada de la Universidad Nacional del Comahue. Prosecretaría Electoral Nacional, Distrito Neuquén.

tas, en virtud de que el profesional accionante actuaba en causa propia.

## II. Daños y perjuicios. Derechos del consumidor. Deber de información. Viedma. Provincia de Río Negro

*Autos: “Hidalgo Ángel Luis c. Auto Zero S.A. y otro S/ daños y perjuicios” (Sumarísimo), Expediente N° B-IVI-322-C2018”*

*Fecha: 02/06/2020*

*Cita Online: AR/JUR/30031/2020*

El 2 de junio de 2020 la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de la primera Circunscripción Judicial de Río Negro, con asiento en la ciudad de Viedma, confirmó la sentencia de primera instancia y desestimó los agravios expuestos por una de las demandadas.

La sentencia de grado hizo lugar parcialmente a la demanda interpuesta por el Sr. Ángel Luis Hidalgo y condenó solidariamente a las firmas Auto Zero SA y FCA S.A. de Ahorro para Fines Determinados a abonar al actor una suma en concepto de daño moral y otra suma en carácter de daño punitivo, con más la devolución del dinero aportado por el actor.

Contra dicha sentencia FCA SA de Ahorro para Fines Determinados interpuso recurso de apelación. En su primer agravio criticó que la decisión de grado reconozca al actor el carácter de consumidor; en segundo lugar, afirmó que era desacertado imputar a la empresa el no haber notificado al ahorrista el cambio de modelo del vehículo objeto del contrato y por ello la falta de provisión de información, ya que era dable pensar que el accionante tomó conocimiento de esa circunstancia a través de algunas de las campañas publicitarias empleadas con esa finalidad, y que la notificación fehaciente al contratante solo se hubiera impuesto si la diferencia de valor entre ambos patrones supera el 20%; y finalmente esgrimió que no existía incumplimiento o conducta antijurídica de su parte, negando la configuración del daño.

La Dra. María Luján Ignazi fue quien emitió el primer voto. Detalló que, conforme dijo la sentencia de grado y no se encontraba controvertido, el actor suscribió una Solicitud de Adhesión, con el objeto de adquirir un automotor marca Fiat, Modelo Toro Freedom 2.0 16V 2x4 con caja manual, pero luego la empresa, SA de Ahorro para Fines Determinados substituyó el vehículo pretendido por una Fiat Toro 2.0 16V 4x4 con caja automática. Todo ello, sin notificación de por medio al actor.

La magistrada señaló que el actor en su condición de solicitante, y más allá del conocimiento de las obligaciones asumidas, resultaba merecedor de una notificación expresa en el caso de un cambio de modelo o versión del bien. Ello, por presentarse esa situación dependiente de la decisión de un tercero a su respecto (el fabricante), y porque sólo así la información a brindar lograría llenar los presupuestos de certeza, objetividad, veracidad, detalle, eficacia y suficiencia previstos legalmente —en especial cuando el vehículo pasa de ser una camioneta de caja manual 2x4 a una de caja automática 4x4—. En consecuencia, la magistrada consideró incumplido el deber de informar y exigible el deber de reparar el daño provocado. Por ello, entendió que FCA, SA de Ahorro para Fines Determinados excedió las facultades contractuales comprometidas en detrimento del deber de información, y propuso no hacer lugar al recurso de apelación intentado.

En el segundo voto de la sentencia, la Dra. Sandra Filipuzzi de Vázquez adhirió

al voto ponente de la Dra. Ignazi y comparó sus argumentos. El Dr. Ariel Gallinger, finalmente, fundado en la coincidencia de criterios de los votos que lo precedieron, se abstuvo de sufragar.

En consecuencia, la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de la primera Circunscripción Judicial de Río Negro, con asiento en la ciudad de Viedma, confirmó la sentencia de grado, con costas.

## III. Unión convivencial. Compensación económica. Plazo. Caducidad. Inconstitucionalidad. Esquel. Chubut

*Autos “S., E. Y. c/ L., J. D. s/ Determinación de Compensación Económica” (Expte. N°: 193 — Año: 2019 CANO)*

*Fecha: 11/08/2020*

*Cita Online: AR/JUR/32308/2020*

El 11/08/2020 la Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut, con el voto de los Dres. Claudio Alejandro Petris y Günther Enrique Flass, modificó parcialmente la sentencia de Primera Instancia y declaró la inconstitucionalidad del apart. 3° del art. 525 del CCCN y determinó el monto de la compensación económica que entendió correspondía a la actora, imponiendo las costas de ambas instancias en el orden causado.

La sentencia de grado entendió que la actora se había visto impedida de accionar durante todo el plazo de caducidad, ello fundado en que la estructura familiar fue de naturaleza patriarcal, la ruptura había dejado a la actora en un estado emocional obstructivo, el estado emocional obstructivo había persistido durante todo el plazo de caducidad y se había visto agravado con la violencia ejercida por el demandado y explicó que el resultado hubiera sido diferente si no hubieran existido episodios de violencia y amedrentamiento. En base a ello y otros argumentos entendió que la acción estaba vigente y según las pruebas arrojadas al proceso determinó una compensación económica a favor de la actora.

Apeló el demandado indicando entre otras cuestiones que no se probaron las condiciones de sometimiento durante el matrimonio, que la causa de la ruptura fue la nueva unión convivencial de la actora con otra persona, que nunca se probaron los hechos de violencia y que la novedad del instituto no es pretexto cuando se tiene patrocinio letrado.

Llegados los autos a la Alzada, se analizaron las distintas cuestiones planteadas y se fue refiriendo que la salida de la actora del domicilio no había sido ni intempestiva ni violenta, que según el relato de la propia actora lo había decidido durante un viaje de visita a su hija, y que, llegado el momento, primero le pidió al demandado que se fuera y como él no quiso optó por irse ella.

Asimismo, la Cámara señaló que la sentencia no tuvo en cuenta que durante el plazo de caducidad la actora logró realizar un viaje de placer a Cuba con su nueva pareja, que según los testigos se la veía muy bien y feliz al volver de ese viaje, por lo que no parecía razonable afirmar que para aquella época la actora hubiera padecido un estado emocional que le hubiera impedido reclamar su derecho. A su vez, adujeron que tampoco parecía razonable la hipótesis de grado según la cual la ruptura había dejado a la actora en un estado emocional impeditivo de accionar, pero, aunque así hubiera sido, ese estado impeditivo debió haber durado todo el plazo de caducidad y no fue así. Y también que el sentido común indica que quien puede irse de vacaciones a Cuba con su nueva pareja, bien puede iniciar reclamo de compensación económica contra su anterior pareja.

Por lo cual estimaron que resultaba adecuado modificar la sentencia de grado y

declarar caduco el plazo para reclamar la compensación del art. 525.

Sin embargo, como la actora había invocado la inconstitucionalidad del plazo de caducidad debido a que colocaba a las uniones convivenciales en desventaja respecto a los matrimonios, debía ello analizarse, para lo cual expresaron que la declaración de inconstitucionalidad es excepcional, pero como bien dijo la CSJN al analizar otro caso de discriminación indirecta “...aquí no se trata de una hipótesis de aplicación irrazonable de una norma ... un caso *contra legem* en el que no se implementa lo que la norma prevé; de ser así este Tribunal ha explicado que no estaría justificada su declaración de inconstitucionalidad, en tanto la norma no es inválida, sino que lo que resulta objetable es la aplicación ilegal que de ella se efectúa... Por el contrario, en el *sub lite*... se está en presencia de una norma irrazonable por contener una discriminación encubierta”.

La Cámara, seguidamente, recurrió a la teoría del “disparate impact” que surgió en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos y, con el tiempo, se incorporó a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea bajo el nombre de discriminación indirecta y que en concreto se advertía que ciertos criterios de clasificación, aparentemente neutros, resultaban igualmente discriminatorios por los efectos negativos que producían contra los individuos de ciertos grupos humanos.

Se referenció luego que haciendo una interpretación de los arts. 441, 442, 523 y 525 del CCyC surgía que el derecho a exigir compensación económica caduca en ambos a los seis meses, ya se trate de divorcio o ruptura de convivencia, que el plazo es exiguo pero ello responde a una decisión de política legislativa que no es objetable judicialmente y que debe ser respetado hasta tanto se modifique la norma y que respecto al inicio del cómputo del plazo se ha seguido un criterio uniforme: en ambos casos comienza a correr desde la ruptura. Es decir, desde la separación en la unión hecho y desde la sentencia de divorcio, en el caso del matrimonio.

Sin embargo, luego dijeron que tal como están redactados los arts. 524 y 525 producen una discriminación indirecta en contra de las parejas unidas en uniones convivenciales cuando se las compara con las parejas unidas en matrimonio; y agregaron que si bien el cómputo comienza en las oportunidades previstas en el art. 523 ello implica un impacto dispar, perjudicial para las parejas unidas convivencialmente en comparación con las unidas en matrimonio.

Indicaron posteriormente que, aun cuando no se habían arrojado estadísticas al expediente, se podía afirmar que el plazo de caducidad afectaba a un porcentaje mayor de mujeres que de varones, produciéndose así una discriminación.

Por todo ello, declararon la inconstitucionalidad del apart. 3° del art. 525 del CCCN y determinaron el monto de la compensación económica, modificando el que fuera establecido en la instancia anterior al realizar un modo de cómputo económico diferente.

En conclusión, con ese alcance modificaron la sentencia de Primera Instancia e impusieron las costas en el orden causado.

## IV. Derecho Civil. Interpretación de los contratos. Expropiación. Río Grande. Tierra del Fuego

*Autos: “Pole Fueguina SA c. Provincia de Tierra del Fuego s/ cobro de pesos” (Expediente N° 8896/2018).*

*Fecha: 02/07/2020.*

*Cita Online: AR/JUR/33063/2020*

El 2 de julio de 2020 Sala Civil, Comercial y del Trabajo de la Cámara de Apelaciones del Distrito Judicial Norte, con asiento en la ciudad de Río Grande, Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, confirmó la sentencia definitiva de grado, que rechazó la demanda.

La actora promovió la acción reclamando el cumplimiento de un contrato de avenimiento celebrado con la provincia de Tierra del Fuego con motivo de una expropiación de un terrero sancionada mediante una ley provincial. El actor pretendió el cobro de una suma de dinero en concepto de primera cuota del convenio, lo que la demandada controvertió.

La parte actora apeló la sentencia de grado. En primer lugar, argumentó que el sentenciante realizó una equivocada interpretación del convenio, entendiendo que las obligaciones que nacían del mismo resultaban recíprocas, pero no simultáneas y que por ello no resultaba de aplicación el art. 1201 del Cód. Civil. Indicó que el pago de la segunda cuota se encontraba sujeto al previo cumplimiento de las obligaciones a cargo de la parte actora, mas no la primera cuota y que la misma resultaba exigible. En segundo lugar, expuso como agravio la absurda valoración de la prueba por parte del sentenciante alegando que, aun cuando no eran exigibles para la percepción de la primera cuota, sino que lo eran para la segunda, las obligaciones a su cargo ya se encontraban cumplidas. En tercer lugar, se agravio por la errónea aplicación del derecho, indicando que el juez de grado hizo aplicación del art. 1201 del Código Civil, cuando no se encontraban previstos los requisitos para su procedencia. En cuarto lugar, expuso que el demandado no opuso la excepción de incumplimiento —al contrario, consideró extinto el convenio de pleno derecho por una de sus cláusulas— y que por ello el magistrado ha violado el principio de congruencia.

Corrido el traslado de ley, la demandada contestó los agravios. Expuso que el sentenciante no acudió a la figura de la excepción de incumplimiento contractual, que el fallo no aseveró que se trataran de obligaciones simultáneas y que la sentencia se fundó en el entendimiento que el derecho de la parte actora se encontraba sujeto a una condición suspensiva —afectar una parcela del terreno expropiado como espacio verde y desinteresarse económicamente a cesionarios de derechos sobre la tierra expropiada— cuya materialización no fue demostrada en autos.

El primer voto fue desarrollado por la jueza Dra. Josefa Haydé Martín. La magistrada, preliminarmente, expuso basta doctrina sobre la interpretación de los contratos y luego transcribió las cláusulas convenidas por las partes en el contrato que motivó el pleito. Según su interpretación, las partes previeron en la cláusula 10 la hipótesis que daría fin al contrato automáticamente —concretamente: la imposibilidad de otorgarse la escritura traslativa de dominio del terrero en el plazo otorgado— y ello resultaba un elemento integrante del negocio. La magistrada concluyó, entonces, que el contrato había quedado extinguido, en armonía con lo que las partes han consagrado al momento de su construcción, y por ello no correspondía atomizar lo estipulado y pretender un pago que ya no conservaba vigencia.

El segundo voto fue desarrollado por el Dr. Justo Francisco de la Torre, quien adherió a la solución propuesta, pero no compartió la construcción argumental desarrollada para fundar su voto. Expuso el juez que el decisorio apelado constituyó una

derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa y compartió la conclusión del voto de la Dra. Martín, pero detalló que resultaba claro que mediante la cláusula octava del convenio la partes sujetaron

la eficacia del negocio jurídico a un hecho condicional futuro e incierto que dependía exclusivamente de la conducta de la actora (es decir, afectar una parcela como espacio verde y desinteresarse económicamente eventuales derechos de terceros sobre los

predios expropiados) y que por ello la recurrente formuló una interpretación parcial del acuerdo.

Finalmente, el juez Ernesto Adrián Löffler adhirió al voto del Dr. de la Torre, y

la Cámara de Apelaciones del Distrito Judicial Norte, con asiento en la ciudad de Río Grande, confirmó la sentencia de grado.

Cita on line: AR/DOC/3261/2020



## ÚLTIMA INSTANCIA

### Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut

#### Movilidad del haber previsional

El art. 9 de la ley 469 del Chubut impuso para el personal retirado un distinto método de pago del adicional que para los activos, asignándole carácter no remunerativo al “adicional por zona”. Tal circunstancia, evidencia las diferencias entre unos y otros que permiten validar el agravio apuntado en orden a la ausencia de la movilidad jubilatoria.

#### ST Chubut, B., J. J. y Otros c. Instituto de Seguridad Social y Seguros y Provincia del Chubut s/ Demanda Contencioso Administrativa.

Cita on line: AR/JUR/21583/2020

### Superior Tribunal de Justicia de La Pampa

#### Delito continuado y principio de consunción

Como el delito continuado es una construcción dogmática que vincula una pluralidad de movimientos a partir de una unidad de finalidad, pero que requiere una tipificación única, resulta aplicable el principio de consunción dado que un tipo penal —abuso sexual con acceso carnal— encierra al otro tipo penal —abuso sexual simple—.

#### ST La Pampa, L. B., G. s/ recurso de casación, 10/06/2020.

Cita on line: AR/JUR/22364/2020

### Tribunal Superior de Justicia de la Provincia del Neuquén

#### Nulidad de la concesión de la prisión domiciliaria. Delitos contra la integridad sexual. Pandemia

Es nula de sentencia que concedió la prisión domiciliaria a un condenado por delitos contra la integridad sexual. Los jueces pusieron en cabeza de la Jueza de Ejecución el verificar que la hermana de aquel mantenga su decisión de hacerse cargo, emocional y económicamente de su hermano, y también de controlar, dentro de sus posibilidades, que el condenado no tenga contacto con nadie. Resulta difícil de imaginar (y los magistrados tampoco lo explicitan) de qué manera un magistrado puede controlar a distancia las interacciones que vayan surgiendo entre el condenado, su hermana y el grupo familiar de esta última. Bajo los términos literales en que fue pronunciada esa manda, se exhibe como una orden irrazonable y de cumplimiento imposible.

#### TS Neuquén, V. W. O. A. s/ Abuso sexual, 08/05/2020.

Cita on line: AR/JUR/21546/2020

### Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro

#### Derecho a la salud. Obligaciones de las obras sociales

Ha quedado acreditada la necesidad de la amparista —con diagnóstico de car-

cinoma de mama izquierda— de contar con el tratamiento solicitado, en tanto el informe médico dispuso que posponer su inicio implica, mayor riesgo de recidiva local, sin que la obra social haya expuesto argumentos científicos que demuestren que en el caso concreto tal indicación resulta errónea o injustificada.

#### ST Río Negro, L., E. F. c. Unión Personal s/ amparo s/ apelación (originarias), 22/06/2020.

Cita on line: AR/JUR/22853/2020

#### Criterio de la “solución habitacional”

Si bien no corresponde, en el marco procesal del amparo, cuestionar la política habitacional del Instituto de Planificación y Promoción de la Vivienda Provincial y las normas que regulan el acceso a planes, cuando se está en presencia de una situación de carácter extremo, ante la acreditación de urgencia y lesión actual e inminente, es aplicable el criterio de la “solución habitacional”, lo cual no necesariamente importa la construcción y/o asignación de una nueva casa, sino que puede consistir en otras alternativas acorde a las necesidades de salud del amparista y su hija, que le permitan el alojamiento en condiciones edilicias adecuadas a las patologías que presenta. El Estado provincial a través del IPPV debe articular transversalmente sus políticas y acciones conducentes a fin de idear y concretar en forma coordinada la respuesta a su situación.

#### ST Río Negro, 03/03/2020, P., A. R. c. IPPV s/ amparo s/ apelación

Cita on line: AR/JUR/4694/2020

### Superior Tribunal de Justicia de Tierra del Fuego

#### Habilitación para instalar una agencia. Nulidad de los actos administrativos denegatorios

Son nulos los actos administrativos que denegaron el pedido de habilitación formulado por una cooperativa para instalar una agencia de remis por vicios en su causa y en su motivación, pues los actos no se fundaron en los antecedentes de hecho a tener en cuenta para su emisión, al no contar con el soporte de los estudios de mercado exigidos por la norma que justificarían la decisión administrativa que se adopta. Dicha exigencia, independientemente de quién sea la encargada de su realización, debe constituir en definitiva el basamento de la decisión administrativa que se adopte en relación con el pedido de habilitación formulado y a futuras solicitudes que se realicen en idéntico sentido.

#### ST Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, Cooperativa de Provisión de Servicios para Transportistas “La Central” Limitada c. Municipalidad de Ushuaia s/ contencioso administrativo, 05/05/2020.

Cita on line: AR/JUR/34124/2020

Cita on line: AR/DOC/3319/2020