

## Doctrina

# El universo de sujetos legitimados en los procesos colectivos



**Germán González Campaña**

Abogado (UNLP) y candidato doctoral (UBA). Master en Leyes (Harvard Law School - Fulbright Scholar). Admitido para la práctica de la profesión en Buenos Aires y Nueva York. Miembro del New York State Bar Association y de la American Bar Association.

**SUMARIO:** I. Planteo.— II. Los legitimados activos.— III. Reflexiones finales.

### I. Planteo

El principio republicano de separación de poderes implica, en términos muy simples, que el Poder Legislativo es el encargado de dictar las normas generales, el Poder Ejecutivo de aplicarlas mediante actos administrativos y el Poder Judicial de dirimir las controversias que se susciten en los casos específicos que le fueren sometidos, sea porque dichas normas resulten inconstitucionales o porque los actos de la administración vayan en contra de las leyes o de la Constitución. No obstante la claridad de esos postulados, los poderes son propensos a excederse de sus ámbitos de actuación e invadir los ajenos: el Ejecutivo tiene una tendencia natural a legislar mediante decretos, el Legislativo a administrar y a juzgar en comisiones especiales, y el Poder Judicial a dictar normas de alcance general, por medio de fallos, resoluciones y acordadas, sea en un caso o fuera de él. De esto último, exclusivamente, habré de ocuparme en este artículo.

Para que exista un caso o causa judicial se requiere una demanda formulada por una persona agraviada por un acto de otro particular o de la administración o afectada por lo dispuesto en una ley, por lo que la acreditación del gravamen sufrido constituye la piedra angular de la actuación del Poder Judicial. En otras palabras, para que la acción de la Justicia sea válida, debe ocurrir dentro de un caso, y este solo se origina ante un reclamo de una parte interesada, siendo que su interés está dado por el daño que le provoca el acto u omisión de que se trate. El perjuicio que el accionante debe demostrar es lo que surte la legitimación procesal; y debe ser directo, concreto y actual, pues la Justicia no está para hacer declaraciones generales ni para responder consultas hipotéticas o abstractas.

**¿Qué tiene que ver todo esto con los procesos colectivos? En Argentina, a partir de la década de 1990, se ha ido ampliando el universo de sujetos legitimados en los juicios**

donde se discuten derechos de incidencia colectiva, tales como el ambiente, la salud, los derechos de los usuarios y consumidores, los derechos humanos en general y hasta la defensa de la democracia y las instituciones republicanas, al punto de prescindirse del requisito de gravamen directo, bastando que las asociaciones constituidas para la defensa de esos derechos prevean en los estatutos por ellas redactados tales fines genéricos. Ello, que puede parecer en principio como algo bueno y positivo, e incluso saludable para la democracia, ha dado lugar a algunos excesos, que más adelante expondré. Y a la vez, ha ahondado una patología ostensible en este tiempo, como es la judicialización de todos los asuntos públicos, pues, al no requerirse la demostración del daño, cualquier ciudadano u asociación, como guardián de la ley, puede cuestionar ante la Justicia una ley, decreto u ordenanza, por más que no le genere ningún perjuicio individual y concreto, con lo cual el Poder Judicial ha perdido ese dique de contención que significa la obligación de actuar dentro de un caso. O, dicho de otra forma, el concepto de *causa* o *caso* ha quedado tan dilatado, que no requiere la demostración de un daño específico para originarse. Todo asunto puede ser llevado ante los tribunales, a los que, además de inundar con expedientes que tardan años o décadas en resolverse, se les transfiere la decisión sobre delicados temas sociales, económicos o políticos, siempre opinables y discutibles, sin que los jueces sean responsables ante el electorado por sus resultados.

Se trata de un fenómeno relativamente reciente, que se ha consolidado desde 1990 a la fecha, a la par que ganaban presencia los llamados *intereses difusos* o *derechos de incidencia colectiva*, primero en la Ley de Defensa del Consumidor y del Usuario de 1993, que se plasmaron en la Constitución al año siguiente (nótese lo abrupto del cambio). En esa reforma se incorporó un capítulo a la parte primera de la Constitución (“Nuevos derechos y garantías”), que incluyó el derecho al ambiente sano (art. 41) y a la protección de

los usuarios y consumidores, previéndose la necesaria participación de las asociaciones que los protegen en los organismos de control (art. 42). Asimismo, se reconoció, expresamente, la garantía de amparo “*en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización*” (art. 43, segundo párrafo).

Lo que no se sabía entonces era que ese reconocimiento constitucional del amparo, no ya solo en su faz individual, como lo había hecho antes la jurisprudencia y luego la ley, sino en su dimensión colectiva, sería la puerta de entrada para que operase una transformación en el funcionamiento del Poder Judicial: es la propia Constitución la que legitima a las asociaciones a accionar en defensa de los derechos de incidencia colectiva en general (concepto vago e indeterminado), con lo cual basta con que aquellas cumplan ciertos requisitos burocráticos y que presenten sus estatutos para la homologación en la reparación correspondiente, para que puedan accionar contra el Estado o empresas particulares por lo que fuere.

Esta generosa legitimación colectiva ha llevado, en las últimas décadas, a que se tramiten procesos en los que no se requiere acreditación de daño alguno, más bien todo lo contrario: cuando alguna asociación profesional ha llevado reclamos eminentemente patrimoniales, los han echado de mala manera diciendo que corresponde sean hechos por los afectados individualmente; lo mismo pasó cuando el Defensor del Pueblo —cuyo cargo se encuentra vacante hace más de una década— pretendió que todos los reclamos atinentes al “corralito bancario” fueran resueltos en un único proceso colectivo, en lugar de hacerlo en las más de 300 mil acciones de amparo que abarrotaban los tribunales, como de hecho sucedía; idéntica suerte co-

rrió ese funcionario cuando quiso extender *erga omnes* la justa sentencia de la Corte en el caso *Badaro* al resto de los jubilados en idéntica situación, lo que hubiera llevado al desfallo del sistema previsional. Así, la Corte ha ido perfilando el proceso colectivo como un litigio en el cual se debaten desinteresada y altruistamente derechos de incidencia general, no asuntos pecuniarios, cuyo reclamo corresponde a cada interesado, salvo que el monto en juego sea tan insignificante que no justifique la realización de demandas aisladas, con lo cual el proceso colectivo aparece como un medio para facilitar el acceso a la justicia. Y todo ello ha llevado a una situación paradójica: el “afectado” ha pasado a ser, prácticamente, un convidado de piedra, ya que nadie es dueño del ambiente ni único comprador de un producto, ni usuario exclusivo del sistema financiero, y, por lo tanto, mal puede representar al resto, que ni siquiera conoce. Dichos fines son puestos en cabeza de las asociaciones, que las hay buenas y malas, pero siempre tienen su propia agenda, responden a sus intereses, los que pueden ser genuinos o no.

Este reconocimiento amplio de la legitimación de las asociaciones, y a la larga del simple ciudadano o mero elector, no tiene base constitucional. Es cierto que el art. 43 de la Constitución otorga legitimación procesal al afectado, defensor del pueblo y a las asociaciones que propendan a la defensa del ambiente, del usuario y del consumidor y de los derechos de incidencia en general, pero la supedita a la ley “que determinará los requisitos y formas de su organización”, es decir, no a cualquiera, sino a la que cumpla los recaudos legales. En modo alguno se pensó en 1994 en modificar los pilares sobre los que se asienta el sistema judicial argentino: la limitación de la actuación del Poder Judicial a la existencia de un caso, asunto o causa contencioso (arts. 116 y 117 de la Constitución, la ley 48, en todo su ajeño articulado, y en especial el art. 2º de la ley 27, vigente desde 1862, que establece que la Justicia “solo ejerce jurisdicción en los casos contencio-

### Nota a fallo

#### Prescripción de la acción penal

Actos interruptivos. Fallo del tribunal casatorio. Interpretación de la Corte Suprema en causa análoga. CS, 17/05/2022. - López, Ricardo Francisco Julio s/incidente de recurso extraordinario. **7**

#### Doctrina judicial obligatoria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

La aplicación reciente del *leading case* “Farina”

Sergio M. Barotto

#### Jurisprudencia

#### Daños y perjuicios

Prótesis mamarias. Rotura de implante. Montos indemnizatorios. Daño moral.

CNCiv., sala B, 20/05/2022. - C., M. S. de F. c. Allergan Productos Farmacéuticos S.A. s/ daños y perjuicios. **10**

#### 8 Diferencias salariales

Discriminación salarial. Carga del empleador de demostrar la justa causa de la fijación del salario. Improcedencia del reclamo por daño moral.

CNTrab., sala VI, 23/03/2022. - Kohler Presas, Eliana Soledad c. Teletech Argentina S.A. s/ Despido. **11**

sos en que es requerida a instancia de parte”) (1). Criterio, por otro lado, repetido hasta el cansancio por la Corte durante más de un siglo (2) y mantenido recientemente al señalar que “la ampliación de la legitimación derivada de la reforma constitucional del año 1994 no ha modificado la necesidad de que los tribunales de justicia comprueben la existencia de un ‘caso’, pues no se admite una acción que persiga el control de la mera legalidad de una disposición” (3). El tema pasa, entonces, por la definición del “caso”, cuya ambigüedad y laxitud permite interpretaciones variopintas.

Llevada esta discusión teórica al terreno de los hechos, significa que si cualquiera asociación, legislador opositor o ciudadano de a pie puede plantear un caso judicial, pese a no estar afectado directamente por la norma o acto que impugnen, la decisión que los jueces hayan de tomar ya no estará referida a la situación particular de fulano o mengano, sino que equivaldrá a una declaración general, emitida *urbi et orbi*. Se dirá que tal o cual ley es inconstitucional y habrá perdido todo valor legal; se pondrá al lado un asterisco que diga “ley declarada inaplicable por la Corte Suprema” y con ello bastará para que haya dejado de existir en el firmamento jurídico. Eso, perfectamente factible en otros sistemas legales con un modelo concentrado de control de constitucionalidad, resulta contrario a la Constitución que rige en este país. La Corte Suprema ha reafirmado desde una sentencia tan antigua como la publicada en el tomo 2 de la colección “Fallos”, que “no compete a los jueces hacer declaraciones generales o abstractas, porque es de la esencia del Poder Judicial decidir colisiones efectivas de derechos” (4). Y lo mismo señaló en una resolución registrada en el tomo 1 de esa misma colección, donde negó que estuviese en la órbita del Poder Judicial de la Nación la facultad de expedirse en forma general sobre la constitucionalidad de las normas emitidas por los poderes Legislativo y Ejecutivo (5). Es decir, doctrina arraigada durante más de 150 años, en las que ha pasado de todo, pero siempre se sostuvo lo mismo.

**Pero, como bien dice el refrán popular, las cosas son como son, hasta que dejan de serlo. Prueba de ello es la opinión emitida por la Corte Suprema ante la consulta realizada por la presidente del Senado de la Nación, en el momento más crítico y acuciante de la pandemia del COVID-19. La pregunta estaba bien formulada, porque básicamente lo que la titular del Senado le decía a la Corte era que, atento a que el Poder Ejecutivo no puede dictar decretos de necesidad y urgencia en materia tributaria porque está prohibido por la Constitución, era vital saber si el Congreso podía sesionar remotamente sin afectarse la seguridad jurídica (es decir, respecto de leyes que “se aprobarían” en el futuro, así, en modo potencial o condicional). La Corte, en lugar de limitarse a rechazar la demanda por no encontrarse frente a un caso o causa judicial, dejando al pasar algunos párrafos, a manera de *obiter dicta*, con guiños al Poder Legislativo, evacuó la consulta lisa y llanamente; y así lo dejó plasmado en la parte dispositiva (6). Cabe suponer que se trató de una respuesta excepcional en el marco de una gravísima e inédita emergencia sanitaria; y que la próxima vez que un poder constituido le formule una pregunta hipotética la Corte volverá a su**

**tradicional receta, que tan buenos frutos le rindió durante un siglo y medio.**

Dicho ello, me he de centrar ahora en los sujetos habilitados para plantear demandas colectivas, tratando de exhibir las incongruencias de la jurisprudencia elaborada por la Corte Suprema en las últimas dos décadas, y en demostrar por qué es conveniente volver a los principios que rigieron pacíficamente durante siglos; claro que modernizando los instrumentos para hacerlos acordes con estos tiempos.

## II. Los legitimados activos

La Constitución nacional, al receptar la acción de amparo en el art. 43, expresamente faculta a su interposición al afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones “que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización”. En teoría, no debería haber mayores inconvenientes con que estos tres sujetos constitucionalmente habilitados a accionar lo hagan, en tanto demuestren un interés concreto para ello. Sin embargo, la realidad siempre sobrepasa las previsiones normativas; y así, rara vez una acción colectiva es iniciada por una persona afectada por un acto o una ley o reglamento y, cuando ello sucede, suele ser un abogado particular o un legislador de la oposición al gobierno de turno que plantea la invalidez general de una norma, en su condición de simple ciudadano o de diputado, y en defensa de la mera legalidad. Y qué decir del defensor del pueblo, que las veces que se presentó en tribunales —cuando todavía había uno— le cerraron la puerta airadamente, con excusas de todo tipo. Y las asociaciones son un universo en sí mismo, las hay serias y respetadas, conocidas por su fuerte compromiso con la defensa de los derechos humanos, los derechos civiles o la protección de los consumidores, usuarios y del medioambiente, en tanto que otras aparecen creadas de la noche a la mañana para accionar contra determinada ley o política pública, no siendo más que una cáscara vacía detrás de la cual subyacen intereses alternos.

### II.1. El defensor del pueblo

El defensor del pueblo ha sido, desde sus inicios, una figura extraña a la tradición jurídica argentina y su asimilación ha sido por demás dificultosa. En el año 1992 se sancionó la Ley de Defensa del Consumidor y del Usuario, que facultaba a los consumidores, usuarios y a las asociaciones que los agrupan a entablar acciones judiciales. A los pocos meses, con el frenesí de las privatizaciones, se creó la figura del *defensor del pueblo*, en el ámbito del Poder Legislativo, para controlar el funcionamiento de la administración pública, al que se le otorgó amplias facultades para intervenir en asuntos que “afecten intereses difusos o colectivos.” Al año siguiente se incorporó todo ello a la Constitución nacional, pese a que aún no se contaba con experiencia suficiente, al punto de que ni siquiera había asumido el primer defensor del pueblo. De allí que, cuando se le dio jerarquía constitucional a este novedoso instituto parlamentario, lo único que se sabía de él era lo bien que funcionaba en Escandinavia, lo cual no debe llamarnos la atención, pues allá todo anda bien. El problema es Argentina, donde las cosas rara vez funcionan bien o no fun-

cionan a secas. Prueba de ello es que tan solo se designó a un único reemplazante de aquel funcionario original, que, al renunciar para asumir como diputado, dejó vacante su cargo, y esto ya hace más de una década, sin que a los sucesivos gobiernos les interese demasiado nombrar a la persona que ha de molestarlos pidiendo límites al ajuste de las tarifas o quejarse por el atraso de las jubilaciones.

Este injerto del derecho continental europeo en la estructura constitucional argentina, tomada del modelo norteamericano, ha exigido denodados esfuerzos interpretativos en torno de la legitimación de este funcionario que representa y defiende a esa entelequia llamada *pueblo*. Ello, pues, si como dice la ley reglamentaria, el *ombudsman* puede iniciar o proseguir de oficio o a instancia de parte “cualquier investigación conducente al esclarecimiento de los actos, hechos u omisiones de la administración pública nacional y sus agentes, que impliquen el ejercicio ilegítimo, defectuoso, irregular, abusivo, arbitrario, discriminatorio, negligente, gravemente inconveniente o inoportuno de sus funciones, incluyendo aquellos capaces de afectar los intereses difusos o colectivos” (art. 14 de la ley 24.284), básicamente no quedaría rincón del mundo donde no pueda meter sus narices. Más aún con la redacción del art. 86 de la Constitución, que le encomienda la delicada misión de la “defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración; y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas”. Es decir, de todo. Un superfuncionario, capaz de controlar el recto funcionamiento de la administración pública y el desempeño puntual de sus agentes, que tiene además la elevada misión de velar por la vigencia de la Constitución y los derechos humanos, en lo que es una superposición con la tarea del Ministerio Público, pero en el caso de aquel, dentro de la órbita del Poder Legislativo y con una designación acotada a cinco años.

**Naturalmente, más allá de lo que diga la Constitución, no se iba a permitir que el nórdico funcionario pudiera quejarse ante la justicia, en nombre de todos, por la mala prestación de los servicios públicos, lo caro de las tarifas o la falta de actualización de los haberes jubilatorios, pues hacerlo significaría entronizar a aquel en la cima del poder público, desde donde todo lo controlaría como una suerte de capataz de estancia. De allí que tan pronto se presentó en tribunales, comenzó su penosa odisea.**

Y así fue como, ni bien el primer defensor del pueblo pidió ser parte en un pleito, la Corte por unanimidad lo echó; y de la peor manera. El caso “Frías Molina”, de 1996, es peculiar por muchas cosas: se trató de la primera vez que llegaba una petición del novel funcionario a la Corte, lo que sin duda exigía un análisis concienzudo de sus atribuciones, tanto a la luz de la ley que lo instituyó, como de los artículos de la Constitución que refieren a él, además de las fuentes de derecho extranjero donde se inspiró el constituyente. Sin embargo, nada de eso hizo el alto tribunal, al que le bastó poco más de una carilla, escrita de corrido en escuetos párrafos, para advertirle que no vuelva a presentarse en tribunales, pues su función se limitaba a la de contro-

lar el funcionamiento de la administración y no la de hacer presentaciones judiciales. Tan poca entidad le dio al tema, que la sentencia ni siquiera figura publicada en la colección oficial “Fallos”, donde se recopilan miles de resoluciones y acordadas, muchas de ellas de menor trascendencia que lo resuelto en este caso.

Los ocho magistrados señalaron al unísono que “*el Defensor del Pueblo no está legalmente autorizado en su competencia para investigar la actividad concreta del Poder Judicial, con lo que menos aún estaría legalmente autorizado para promover acciones o formular peticiones ante el órgano jurisdiccional respecto a actuaciones de cualquier tipo desarrolladas en el ámbito de dicho poder*”. Para decidir con tanta liviandad, los jueces citaron el art. 16 de la ley 24.284, que exceptúa de la actuación del defensor del pueblo los ámbitos del Poder Judicial y del Poder Legislativo. Claro que era una ley anterior a la reforma y que por lo tanto podía perfectamente haber devenido inconstitucional a tenor del art. 86, que expresamente le reconoció “legitimación procesal”, frase inequívoca que la Corte pasó por alto en su módico fallo. En cambio, sí mencionaron el art. 43 de la Constitución, que faculta al defensor a entablar la acción de amparo en defensa de intereses difusos o colectivos, diciendo con razón que un reclamo jubilatorio no se encasillaba en dicha etérea y amorfa categoría. La legitimación, en tal caso, la tendrían cada uno de los jubilados por su cuenta, sin necesidad que nadie los defienda (7). Ahora bien, si la Constitución reformada en 1994 le reconoce expresamente “legitimación procesal” al defensor del pueblo e incluso lo faculta a presentar acciones de amparo en defensa de intereses colectivos, carece de sentido decir, como hizo la Corte, que el funcionario está impedido de hacer presentaciones ante órganos jurisdiccionales de cualquier tipo y tenor. ¿Para qué sería, entonces, la legitimación procesal? ¿Para hacer gestiones administrativas?

Las cosas no cambiaron con la renovación de la integración de la Corte en el 2003. A fines de 2001 el Defensor del Pueblo de la Nación entabló un amparo colectivo, con el objeto que se declarara la inconstitucionalidad de diversos decretos del Poder Ejecutivo que instauraron el *Corralito* y su posterior ampliación (el “*Corralón*”), así como de las resoluciones del Ministerio de Economía que dispusieron la reprogramación de la devolución de los depósitos, pretendiendo que a través de un solo proceso se canalizaran todas las demandas y que, una vez resuelta la cuestión de derecho (la inconstitucionalidad de las normas), se estableciera un sistema para que cada ahorrista acreditara su tenencia y recuperara los dólares que le pertenecían. Algo sumamente lógico.

Tanto el juez de primera instancia como la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal hicieron lugar a la acción de amparo, declararon la inconstitucionalidad de los decs. 1570/2001 y 214/2002 y de las resoluciones ministeriales, y dispusieron que cada afectado debía concurrir ante los tribunales que correspondan —según su jurisdicción—, a fin de justificar su reclamo patrimonial (8). Es decir, una auténtica acción de clase, con la certificación de sus miembros y la posterior etapa de acre-

### Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) Ello lo decía con toda claridad el título preliminar del Código de Comercio, redactado por Vélez Sarsfield y Acevedo en 1857, que rigió el derecho mercantil en nuestro país hasta el año 2015, y que disponía en el apartado III: “Se prohíbe a los jueces expedir disposiciones generales o reglamentarias, debiendo limitarse siempre al caso especial de que concierne” Pese a la sabiduría de ese concepto, el mismo no fue mantenido en el actual Código Civil y Comercial, elaborado por la comisión presidida por el juez Ricardo Lorenzetti, pese a contar con un título preliminar mucho más extenso, compuesto de cuatro capítulos y decenas de artículos.

(2) Procurador fiscal de la sección del Uruguay, sobre

desalojo de ocupantes de la Colonia Yervá, Fallos: 109:106 (1908).

(3) Afirmación realizada en “Halabi”, Fallos 332:111, de 2009, y reiterada luego en “Federación Argentina de Entidades Empresarias del Autotransporte de Cargas c/ Estado Nacional - Ministerio del Interior (DNY) y otro s/ proceso de conocimiento”, del 15 de octubre de 2020, Fallos: 343:1259.

(4) Fallos: 2:253; 24:248; 94:444; 94:51; 130:157; 243:177; 256:103; 263:397 y muchos otros.

(5) Fallos: 1:27 y 292; 12:372; 95:51 y 115:163.

(6) El voto de la mayoría, compuesta por los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco y Maqueda, resolvió: “Por ello... se resuelve que el Senado de la Nación tiene todas

las atribuciones constitucionales para interpretar su propio reglamento en cuanto a la manera virtual o remota de sesionar, sin recurrir a la Corte Suprema de Justicia de la Nación; por lo cual se rechaza la acción incoada” (lo que es una flagrante contradicción). En su voto concordante el juez Rosatti rechazó la demanda por falta de caso, pero dejó asentadas unas recomendaciones o *tips* como “colaboración entre poderes”. En cambio, el juez Rosenkrantz, directamente rechazó la acción por falta de caso, sin contemplación alguna. *In re*: “Fernández de Kirchner, Cristina en carácter de Presidenta del Honorable Senado de la Nación s/ acción declarativa de certeza”, del 24 de abril de 2020, Fallos: 343:195. Pueden verse los excelentes artícu-

los de Jorge A. Diegues: “La Corte rechazó la acción. La Presidenta del Senado consiguió la certeza”, LA LEY del 28 de mayo de 2020, p. 10; y de Emilio Ibarlucía: “La existencia de un ‘caso’ judicial y un peligroso precedente”, en ese mismo suplemento especial, p. 15.

(7) CS, “Frías Molina, Nélica y otros c/ INPS s/ reajuste por movilidad”, 12/09/1996, cons. 4º y 5º. Véase: QUIROGA LAVIÉ, Humberto, “El Defensor del Pueblo ante los estrados de la Justicia”, LA LEY, 1995-D, 1058. También, del mismo autor: “Requiem al amparo colectivo”, LA LEY, 1998-C, 1337.

(8) El expediente 29.255/01 tramitó ante el Juzgado Contencioso Administrativo Federal n° 9, siendo confirma-

ditación y cuantificación del daño concreto sufrido. En términos de economía procesal hubiera significado un gran ahorro de energía, tiempo y dinero para el Estado, pues los tribunales no estaban siquiera preparados ediliciamente para abastecer semejante demanda de atención al público, con colas de abogados y damnificados que colmaban los pasillos y daban vueltas a la manzana.

El Procurador General de la Nación, Nicolás Becerra, dictaminó en julio de 2003 en contra de la acción de amparo, en el entendimiento que correspondía ser realizada por cada ahorrista individualmente” (9). Sin embargo, la Corte tenía una idea distinta para enfrentar el problema del *corralito*, que consistía en ir resolviendo caso por caso, dejando así también que el tiempo actuara con su efecto sanador. Todo lo contrario a lo que quería el Defensor del Pueblo, quien pretendía resolver todo de golpe, quedando pendiente únicamente el reclamo individual de cada afectado para la restitución de sus ahorros en su respectiva jurisdicción. Por eso, no es de extrañar que la Corte se tomara cuatro años para decir exactamente lo mismo que el Procurador. Claro que, cuando dictó la sentencia —en julio de 2007—, no solo su integración era otra, sino que el problema de la pesificación ya había sido *encaminado* con los casos *Bustos* (2004) y *Massa* (2006) (10).

La Corte dijo que el proceso colectivo —en su versión criolla— no es un mecanismo para hacer demandas patrimoniales, sino para litigar por los derechos de incidencia colectiva como los de los consumidores y usuarios (que si bien tienen contenido económico, son iniciadas por asociaciones en defensa y representación de aquellos), el ambiente y la no-discriminación en general. En ese sentido, el tribunal reiteró que “la ampliación del universo de los sujetos legitimados para accionar tras la reforma constitucional de 1994 —entre los que se encuentra el Defensor del Pueblo de la Nación— no se ha dado para la defensa de todo derecho, sino como medio para proteger derechos de incidencia colectiva”. Agregando que “queda exceptuada de la legitimación del Defensor del Pueblo... la protección de los derechos que son de carácter patrimonial, puramente individuales, cuyo ejercicio y tutela corresponde exclusivamente a cada uno de los potenciales afectados”. Y que la pretensión de declaración de inconstitucionalidad de los decretos de emergencia constituía “un reclamo que tiene por finalidad la defensa del derecho que cada depositante tiene sobre sus depósitos y no de un derecho de incidencia colectiva en los términos del art. 43 de la Ley Fundamental” (11).

Queda claro así que, para la Corte, el proceso colectivo se vislumbra como un mecanismo de tutela para derechos “supraindividuales, indivisibles y no fraccionables en cuotas de cada uno de sus titulares”. El énfasis en el carácter plurindividual del daño y en la indivisibilidad del derecho —un derecho que es de muchos o de todos, pero de nadie a la vez— deja afuera las demandas patrimoniales (salvo las de escaso significado económico), que son la razón de ser de las acciones de clase en los Estados Unidos, modelo que la Corte dijo seguir en el caso “*Halabi*”, y con el

que poco y nada tiene que ver el perfil del proceso judicial criollo (12).

## II.2. Las asociaciones civiles

Las asociaciones civiles han sido las primeras en litigar en defensa de los intereses difusos, especialmente en tutela de los derechos de los consumidores y usuarios de servicios públicos, con el *boom* del consumo y la privatización de las empresas estatales que se dio en la década del ‘90. En ese contexto, la Ley de Defensa del Consumidor de 1993 reconoció legitimación al comprador del producto o usuario del servicio, a las asociaciones que agrupan a los mismos, junto con la novel figura del defensor del pueblo (que aún no existía).

El problema que se planteó desde un principio continúa al día de hoy: si una asociación se presenta a reclamar contra una cuestión general vinculada al consumo, como puede ser la “ley del etiquetado frontal”, la publicidad engañosa o el redondeo de las tarifas (en épocas que las cosas todavía se pagaban con monedas); no cabe duda de que estaba autorizada a ello. En cambio, si lo que pretende es puramente económico, entonces el reclamo lo debería formular el consumidor o usuario individualmente (el afectado). Después de tres décadas, la jurisprudencia sigue girando en torno del mismo tema. Muestra de ello son dos fallos opuestos dictados por la Corte Suprema en el lapso de un año respecto de las cláusulas de los contratos de adhesión, un típico asunto del derecho de consumo.

En “PADEC c/ Swiss Medica” (2013) la Corte consideró que una asociación se encontraba legitimada para cuestionar las cláusulas contenidas en los contratos de adhesión que la empresa de medicina prepaga hacía firmar a sus afiliados y que la autorizaban a disponer unilateralmente aumentos en las cuotas mensuales que aquellos abonaban. El máximo tribunal afirmó que se encontraba frente a un derecho de incidencia colectiva que involucraba derechos individuales homogéneos, siguiendo la tortuosa clasificación establecida en *Halabi*. La Corte afirmó que “de no reconocerse legitimación procesal, se produciría una clara vulneración del acceso a la justicia, ya que no aparece justificado que cada uno de los afectados del colectivo involucrado promueva su propia demanda puesto que la escasa significación económica individual de las sumas involucradas permite suponer que el costo que insumiría a cada usuario accionar en forma particular resultaría muy superior a los beneficios que derivarían de un eventual pronunciamiento favorable” (13). Razonamiento sumamente correcto, pues al permitir la acumulación de miles de reclamos en un litigio colectivo, sin duda se facilita el acceso a la justicia de muchos consumidores y usuarios que no demandarían por sí mismos, atento a que el monto en juego seguramente no compensa los gastos del proceso (aunque se garantice su gratuidad), que comienzan con la contratación de un abogado que se ocupe del tema.

Meses más tarde, ante un caso prácticamente idéntico, la Corte sostuvo exactamente lo contrario en una sentencia suscripta por

los mismos jueces que, pese a su trascendencia, no se encuentra publicada en la colección oficial de “Fallos”. En *Consumidores Financieros Asociación Civil c/ Prudencia Cía. Argentina de Seguros* (2014), el tribunal rechazó la legitimación de la accionante, que pretendía que se declararan nulas ciertas cláusulas de adhesión de los contratos de seguros que la demandada hacía firmar a los asegurados. En decir, a simple vista, un caso casi igual al anterior, a tal punto que la Procuradora directamente remitió a lo resuelto en él (14). Sin embargo, para la Corte había algo distinto: los demandantes no eran sectores desprotegidos ni se advertía un fuerte interés social en la acción, todos requisitos que no surgen de la Constitución ni de la ley y que fueron agregados por la jurisprudencia. En palabras del tribunal: “no corresponde reconocer legitimación a la asociación actora para iniciar la acción colectiva, pues no se advierte que la promoción de acciones individuales respecto de la cuestión planteada resulte inviable o de muy difícil concreción ni que la naturaleza del derecho involucrado en el *sub examine* revista una trascendencia social que exceda el interés de las partes a quienes se refieren las cláusulas o que estas afecten a un grupo tradicionalmente postergado o débilmente protegido” (15).

Así en “PADEC” la asociación defensora de consumidores y usuarios tenía legitimación procesal, porque la escasa significación económica hacía inviable que cada asegurado realizara su propio reclamo respecto de las cláusulas de los contratos de adhesión, en tanto que en “Consumidores Financieros” entendió que el derecho involucrado (abusos de las compañías aseguradoras en las cláusulas de los contratos de adhesión) no tenía “trascendencia social que exceda el interés de las partes”, porque no se trataba de “grupos postergados o débilmente protegidos”. Es decir que, a criterio de la Corte, no es tanto la *materia* la que surte legitimación colectiva sino la *persona*: si se trata de sectores vulnerables, la asociación que los representa tendrá un rol tuitivo respecto de ellos; en tanto que si fueran personas comunes y corrientes, podrán defenderse perfectamente por ellas mismas, sin necesidad de que nadie las asista. En el caso de “Consumidores Financieros” la Corte advirtió que las demandas involucraban importantes sumas en juego, sobre todo en atención a los múltiples reclamos por el estilo que enfrentaban las aseguradoras, por lo que constituía una litigación colectiva, sino una corriente y tradicional.

Poco tiempo después, en “CEPIS” (2016), la Corte revocó las resoluciones administrativas que habían dispuesto los incrementos tarifarios, pero acotó sus efectos a los usuarios residenciales, dejando afuera los comerciales e industriales, ya que tan solo respecto de los primeros “involucra un supuesto en el que se encuentra comprometido el acceso a la justicia, en tanto solo en relación a dicho colectivo cabe presumir una posición de mayor vulnerabilidad frente al efectivo cumplimiento de la garantía constitucional” (16). Es decir, nuevamente se advierte el argumento del acceso a la justicia y la protección de los sectores desventajados de la sociedad como fundamento del proceso colectivo.

En fin, el proceso colectivo, en su construcción pretoriana de la Corte, aparece como un mecanismo para defender a los sectores vulnerables, no para realizar reclamos patrimoniales (salvo los de escasa significación individual), los que deben ser hechos aisladamente por cada afectado, como se hizo históricamente. Básicamente, lo contrario a lo que sucede en los Estados Unidos, Europa y los países del Commonwealth, donde las acciones de clase sirven como un formidable vehículo para agrupar a miles, cientos de miles o incluso millones de personas afectadas por el mismo hecho dañoso, causado por la industria tabacalera, farmacéutica, aeronáutica, automotriz, etc., en procura de llegar a un cuantioso acuerdo económico (de cientos de millones o miles de millones de dólares) y que, una vez aprobado por la vasta mayoría y homologado judicialmente, vinculará a todos ellos, hayan participado o no del juicio (salvo que hubiesen expresamente optado por retirarse).

## II.3. Las asociaciones de derechos humanos

Las asociaciones que tienen por fin la protección de los derechos humanos se encuentran legitimadas para defender los intereses de la sociedad o de un sector de ella, actuando también en el campo del derecho penal. En primer lugar, porque la propia Constitución autoriza a “cualquier persona” a interponer un *habeas corpus* cuando la libertad de una persona se encuentre ilegítimamente restringida o amenazada, como también respecto del “agravamiento de las condiciones de detención.” Seguramente el constituyente del ‘94 pensó en situaciones de torturas, vejámenes u otro tipo de maltratos, que están prohibidos por la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, a la que se le dio jerarquía constitucional ese año. Ahora bien, el concepto es tan amplio que ha dado lugar a planteos respecto de las condiciones generales de detención, en temas tan variados como el hacinamiento, la separación de procesados de condenados, las visitas sexuales, las requisas personales, el acceso a la educación superior, etc., lo cual no está nada mal, pues ciertamente son temas que afectan, y de qué manera, a la comunidad carcelaria. El problema es el instrumento escogido para solucionarlos; el cual es claramente inadecuado.

Si el amparo colectivo nació con el derecho de rectificación o réplica, el *habeas corpus* colectivo dio a luz con dos sentencias de la Corte dictadas en acciones entabladas por el Centro de Estudio Legales y Sociales (CELS). La primera de ellas (*Mignone*, de 2002), bajo la figura del amparo, que logró que se reconociera el derecho al sufragio a los detenidos con prisión preventiva sin condena firme, y que la Corte recondujo *ex officio* a la forma del *habeas corpus* colectivo y correctivo, pues lo que se buscaba era hacer cesar una forma de agravamiento de las condiciones de detención, como era la privación de los derechos políticos (17).

En la segunda de ellas (*Verbitsky*, de 2005) se trataba de un *habeas corpus* en favor de todos los detenidos en comisarías de la Provincia de Buenos Aires, iniciado por el CELS en el

da la sentencia por la Sala V de la Cámara en lo Contencioso Administrativo el 13 de septiembre de 2002. Ver los detalles en el informe anual del Defensor del Pueblo: <http://www.dpn.gob.ar/documentos/anauales/ianual2002.pdf>

(9) Defensor del Pueblo de la Nación - inc. dto. 1316/02 c/E.N. - P.E.N. - dtos. 1570/01 y 1606/01 s/amparo ley 16.986, D. 2080. XXXVIII y D. 2113. XXXVIII, dictamen del Procuración General de la Nación, 08/07/2003, cons. IV.

(10) CS, “Bustos, Alberto Roque y otros c/Estado Nacional y otros”, 26/10/2004, Fallos: 327:4495; “Massa, Juan Agustín c/Poder Ejecutivo Nacional”, 27/12/2006, Fallos: 329:5913.

(11) CS, “Defensor del Pueblo de la Nación c/Estado Nacional - Poder Ejecutivo Nacional s/Amparo”, 26/06/2007,

Fallos: 330:2800. Conformaron la mayoría los jueces Highton de Nolasco, Argibay, Maqueda y Fayt (aunque con votos separados). El Dr. Petracchi, como ya dije se excusó de intervenir en temas del Corralito, en tanto que los jueces Lorenzetti y Zaffaroni se abstuvieron de votar.

(12) CS, “Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - ley 25.873 - dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986”, 24/02/2009, Fallos: 332:111, la Corte sostuvo ante el supuesto retraso del Poder Legislativo de regular las acciones de clase (que no es tal), correspondía adoptar “una acción colectiva con análogas características y efectos a la existente en el derecho norteamericano”. He criticado esta afirmación en mi artículo “Las acciones de clase en Estados Unidos y los procesos colectivos en Argentina: Dos modelos antagónicos”, en ROSALES CUELLO, Ramiro (dir.), *Constitución y proceso*. Parte II, J.A.

2018-I, fasc. 6, págs. 38/55.

(13) CS, “PADEC c/Swiss Medical s/ nulidad de cláusulas contractuales”, 21/08/2013, Fallos: 336:1236, suscripta por los jueces Lorenzetti, Highton, Maqueda, Fayt, y por Petracchi y Argibay, según sus propios fundamentos.

(14) Consumidores Financieros Asociación Civil p/su Defensa c/ Prudencia Cía. Argentina de Seguros Generales. S.A. s/ordinario, dictamen del 23/12/2013, que remite a la opinión emitida en los autos: Consumidores Financieros Asoc. Civil para su Defensa c/ Citibank NA s/ ordinario, C. 434, L. XLVII.

(15) CS, “Consumidores Financieros Asociación Civil p/su Defensa c/ Prudencia Cía. Argentina de Seguros Grales. S.A. s/ordinario”, C. 161. XLIX. REX, 27/11/2014, suscripta por los doctores Highton, Maqueda, Lorenzetti, Fayt y Za-

ffaroni, es decir, los mismos que un año antes firmaran el fallo PADEC. No obstante ello, en otros fallos posteriores admitió la legitimación de esta asociación civil para reclamar por cuestiones de seguros: “Consumidores Financieros Asociación Civil p/ su defensa c/ La Meridional Compañía Argentina de Seguros S.A.”, Fallos: 337:762, y Consumidores Financieros Asociación Civil p/ su defensa c/ Prudencia Cía. Argentina de Seguros Generales S.A. s/ ordinario, 26/12/2017, Fallos: 340:1969.

(16) CS, “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad c/Ministerio de Energía y Minería s/amparo colectivo”, 18/08/2016, Fallos: 339:1077, firmado por los jueces Lorenzetti, Highton, Maqueda y Rosatti.

(17) CS, “Mignone, Emilio Fermín s/ Acción de amparo”, 09/04/2002, Fallos: 325:524.

2002 ante el Tribunal de Casación. En la presentación se señalaba que había más de 6000 presos en las comisarías y alcaldías, cuando no había más que 3000 camas, por lo que aquellos debían dormir en el piso, con baños compartidos, encerrados en celdas poco ventiladas, con riesgo de asfixia por incendio, de contagio de enfermedades y de violencia física y sexual entre los internos.

Los hechos constatados y no controvertidos eran de una gravedad inusitada, y requerían que la Corte nacional interviniera en un asunto exclusivamente local, cosa que hizo al amparo de la eventual responsabilidad internacional que le podía haber al Estado Nacional. La Corte afirmó sobre las medidas que cada uno de los reclamos tramitara ante el respectivo juez de ejecución, en lugar de hacerlo a través de una acción colectiva, desconocía la razón de ser de esta última, máxime cuando todas las partes estaban de acuerdo en la deplorable situación de los calabozos bonaerenses. Por ello, luego de convocar a audiencias públicas, de recabar opiniones de *amici curiae*, ordenó numerosas medidas y dio precisas instrucciones a la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, fijando plazos de 60 días para que informe sobre las medidas dispuestas y los resultados obtenidos (18).

El fallo de la Corte es célebre por tratarse de la primera “sentencia exhortativa”, en la acertada caracterización de Sagüés, que constituye un tipo de resoluciones en las que el tribunal no se limita a decir que tal o cual norma es inválida en el caso concreto, sino que realiza apreciaciones generales y exhorta al Poder Legislativo (en este caso provincial) a modificar ciertas leyes para hacerlas compatibles con los criterios sentados en el fallo, y al Ejecutivo a solucionar el problema en cuestión (19).

Al principio los logros fueron prometedores, el ministro de seguridad, entonces a cargo, prohibió el alojamiento de detenidos en comisarías y dispuso su traslado a centros penitenciarios, cosa que progresivamente se fue haciendo. Pero luego vinieron sucesivos gobiernos que hicieron gala de la cantidad de delincuentes que encerraban, como muestra del éxito de la política contra el delito, con lo que el número de presos en alcaldías, lejos de reducirse, aumentó un 500% en una década (20).

Ante la falta de resultados, el hábeas corpus de Verbitsky volvió a la Corte, que en el 2021 —dos décadas después de entablada esta acción supuestamente “rápida y expedita”—, falló nuevamente a favor del CELS, ordenando que se tomasen medidas urgentes para mejorar la situación carcelaria (21). Tras veinte años de tramitación del hábeas corpus la situación de los presos bonaerenses no solo no ha mejorado, sino que ha empeorado según todos los indicadores, lo que genera serias dudas de la utilidad de las llamadas *sentencias exhortativas*, así como del hábeas corpus colectivo y correctivo. Me explico: el hábeas corpus es un instituto con siglos de antigüedad, usado para dar con el paradero

de una persona detenida ilegalmente, obtener su liberación o para dejar en evidencia su desaparición (por algo proviene del latín: “*que tengas tu cuerpo*”) (22). De allí que la Constitución al aceptarlo expresamente en el art. 43, establezca que “el juez resolverá inmediatamente”; y lo mismo hacen las leyes que lo reglamentan, que fijan plazos penitenciosos de 12 o 24 horas para su sustanciación y resolución (23). Pretender atender un problema estructural como el hacinamiento carcelario o demás condiciones generales de detención con una herramienta prevista para resolver cuestiones puntuales y urgentes lleva a tener expedientes abiertos *in eternum* sin resultados a la vista, a la vez que daña la autoridad de los fallos de la Corte Suprema.

Una segunda faceta, desconocida hasta hace poco, constituye la facultad reconocida a las asociaciones y fundaciones de derechos humanos a constituirse en parte querrelante en procesos en que se investiguen crímenes de lesa humanidad o graves violaciones a los derechos humanos, incorporada como art. 82 bis al Código Procesal Penal bajo el título “intereses colectivos” por la ley 26.550, de 2009. Se buscó con esa reforma que las asociaciones puedan presentarse en los juicios que se llevan a cabo contra los exmilitares a partir de la declaración de nulidad de las leyes de amnistía e indultos y la reapertura de los juicios de lesa humanidad ocurridos desde el caso *Simón* (2005) (24).

Se incorporó expresamente tal autorización legal, pues en materia penal solo la persona “*particularmente* ofendida por un delito” puede constituirse en querrelante particular (art. 82, Cód. Proc. Penal), en la inteligencia de que la víctima que ha sufrido un daño tiene un interés directo y concreto en participar en el proceso, de manera coadyuvante con el fiscal. El resto de la ciudadanía se encuentra representada por este último, que ejerce de forma cuasimonopólica la *vindicta pública* “en defensa de la legalidad y los intereses generales de la sociedad”, y que tiene por misión fundamental “velar por la efectiva vigencia de la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales de derechos humanos en los que la República sea parte y procurar el acceso a la justicia de todos los habitantes” (art. 1º Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal).

**La admisión de asociaciones como querrelantes en los procesos penales, en principio en causas que se investiguen “crímenes de lesa humanidad y graves violaciones a los derechos humanos” (tal la letra de la ley), se extendió rápidamente, por analogía, a las organizaciones de protección del ambiente y a las que defienden algo tan amplio como los principios republicanos, los valores democráticos o la lucha contra la corrupción. Ello ha llevado a multiplicar las partes de los procesos penales, todas las cuales pueden recusar, plantear excepciones, ofrecer prueba y apelar, lo que no hace sino ralentizar la tramitación de los expedientes, que de por sí insume décadas, con la consiguiente frustración de la confianza en la justicia. Fuera del caso de los juicios por crímenes de lesa humanidad,**

**que han sido llevados con cierta velocidad (actualmente hay más de mil condenados por tales delitos), el resto del proceso penal luce como un aparato pesado y costoso, que rara vez termina con sentencias condenatorias firmes y cumplidas efectivamente.**

*II.4. Los legisladores de la oposición o disidentes*

La Corte siempre ha negado legitimación procesal a los legisladores para cuestionar en la Justicia una ley aprobada en el Congreso, por más arbitraria, equivocada o inconstitucional que sea, o irregular su procedimiento de sanción. Es que, si un diputado pudiera presentarse en tribunales a impugnar una norma que votó en contra o que se abstuvo de hacerlo, y consiguiera una medida cautelar que suspendiera sus efectos en todo el país, el sistema democrático en su conjunto se desmoronaría por completo. Bastaría así que un solo diputado o senador, de los más de trescientos que componen el Parlamento, volviera a su provincia natal, donde ejerce natural influencia, y lograra que un juez dispusiera una medida de no innovar, bajo una simple caución juratoria, para neutralizar una decisión perdida en la arena política, como una suerte de poder de veto. La Justicia no debería entrar en ese juego, sino solo intervenir para frenar los abusos de poder y reparar los daños efectivamente sufridos por los afectados.

Un ejemplo paradigmático en ese sentido fue el conocido caso “Dromi”, donde la Corte admitió un insólito pedido de avocación (no regulado entonces) presentado por el entonces Ministro de Obras Públicas en un expediente iniciado por un legislador que cuestionaba la privatización de la empresa estatal Aerolíneas Argentinas. El escrito tuvo acogida inmediata por el tribunal, que en cuestión de horas dictó sentencia con la firma de seis de sus ministros, suspendiendo los efectos de la decisión ante la marcada gravedad institucional del tema, pese a que no se había deducido recurso extraordinario ni de queja que habilitase su intervención (25). Esa fue, a mi entender, una decisión muy cuestionable, pues nada impedía seguir los trámites regulares. La otra sentencia, dictada dos meses más tarde, me parece inobjetable: la revocación de la resolución del juez de primera instancia, por notoria ausencia de legitimación procesal del accionante. La Corte señaló que “la invocada ‘representación del pueblo’ con base en la calidad de diputado nacional no concede legitimación para reclamar la intervención de los jueces. Esto es así, pues el ejercicio de la mencionada representación encuentra su quicio en el ámbito del Poder Legislativo, para cuya integración en una de sus cámaras fue electo, y en el terreno de las atribuciones dadas a ese Poder y a sus componentes por la Constitución Nacional y los reglamentos del Congreso” (26).

El mismo principio aplicó la Corte, con esa integración, en el caso *Polino* (1994), en el cual confirmó el rechazo de la acción de amparo iniciada por dos legisladores socialistas, en sus condiciones de ciudadanos y de dipu-

tados nacionales, contra la ley que declaró la necesidad de reforma constitucional, por haberse transgredido el procedimiento previsto en la Constitución nacional para ello. El tribunal, por amplia mayoría, repitió el criterio que la condición de ciudadano “es de una generalidad tal que no permite, en el caso, tener por configurado el interés concreto, inmediato y sustancial que lleve a considerar la presente como una ‘causa’, ‘caso’ o ‘controversia’, único supuesto en que la mentada función puede ser ejercida” (27).

Dicha doctrina fue aplicada nuevamente por la Corte, décadas más tarde, con motivo de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual. Apenas fue sancionada la ley 26.522, un diputado nacional disidente, Enrique Thomas, acudió a su provincia natal y obtuvo que un juez federal le otorgase una inédita medida cautelar consistente en la suspensión de los efectos de la Ley de Medios en todo el país, alegando que se habían visto cercenadas sus facultades en la deliberación previa a la sesión en que se aprobó la norma. El juez reconoció legitimación al voluntario legislador y suspendió *urbi et orbi* la ley, un despropósito que, sin embargo, fue ratificado por la Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza, bajo el argumento de que existiría un derecho de incidencia colectiva de todos los ciudadanos a ser regidos por leyes dictadas de conformidad con las disposiciones constitucionales. Ese razonamiento implicaba la eliminación lisa y llana del requisito de gravamen concreto y directo, base de la existencia de un caso judicial a lo largo de los siglos de (sana) interpretación constitucional.

Lo decidido por el tribunal me parece irrefutable: primero, que la medida cautelar con efectos *erga omnes* constituía un exceso jurisdiccional que afectaba el principio de la división de poderes; y segundo, que “un legislador no tendría legitimación activa cuando lo que trae a consideración de un tribunal de justicia es la reedición de un debate que ha perdido en el seno del Poder Legislativo por el juego de las mayorías y minorías respectivas y, por el contrario, dicha legitimación podría eventualmente resultar admisible cuando se trata de la afectación de un interés concreto y directo a su respecto” (28).

El problema de la legitimación procesal de los legisladores se planteó nuevamente a raíz de reclamos iniciados por diversos diputados de la oposición contra los aumentos a las tarifas de electricidad dispuestos por el presidente Macri. El caso llegó a la Corte luego de que la Cámara Federal de La Plata dictara una medida cautelar que suspendía los incrementos tarifarios por tres meses, con efectos limitados para el territorio bonaerense. En *Abarca* la Corte puso las cosas en su lugar, con el voto unánime de sus cinco miembros, al revocar la sentencia por la falta de legitimación de los diputados provinciales. Señaló que la acreditación del perjuicio sufrido continuaba siendo esencial para la demostración del interés en la causa, aclarando que “la sentencia dictada por la Corte en el precedente “*Halabi*” no ha mutado la esencia del control de

(18) CS, “Verbitsky, Horacio s/ hábeas corpus”, 03/05/2005, Fallos: 328:1146, opinión mayoritaria de los jueces Petracchi, Maqueda, Zaffaroni, Lorenzetti y Highton de Nolasco. En disidencia votó el juez Boggiano, quien, pese a reconocer la gravedad del tema, postuló el rechazo de la acción, en tanto que los jueces Fayt y Argibay discrepan puntualmente sobre los alcances de la facultad de la Corte Suprema de darte órdenes al gobernador, a la Legislatura y a la Suprema Corte locales para que a su vez esta baje línea a los jueces respectivos.

(19) Ver: SAGÜÉS, Néstor P., “Las sentencias constitucionales exhortativas (“apelativas” o “con aviso”), y su recepción en Argentina”, LA LEY, 2005-F, 1461.

(20) Ver estadísticas y gráficos en la página del CELS: <https://www.cels.org.ar/web/2021/05/la-cs-jn-le-orden-a-la-suprema-corte-bonaerense-que-tome-medidas-de-fondo-contra-el-hacinamiento-en-el-sistema-de-encierro/>

(21) CS, “Verbitsky, Horacio s/ Hábeas corpus”, 13/05/2021, Fallos: 344:1102, opinión de los jueces Lorenzetti, Maqueda y Highton de Nolasco, y de Rosatti, con voto propio. El juez Rosenkrantz votó en disidencia.

(22) El *writ of habeas corpus* rige desde la época de la colonia en Estados Unidos, por aplicación de la legislación inglesa, donde rige desde hace siglos para cuestionar todo tipo de detenciones. Ampliar: SAGÜÉS, Néstor P., “Derecho Procesal Constitucional”, Astrea, 2008, 4ª ed., t. 4, Hábeas corpus, ps. 34/49.

(23) Ley 23.098, a nivel nacional, fija términos de 24 horas para producir la prueba, llamar a audiencias, dictar sentencia, recurrir la decisión, y para que la Cámara la revise. El Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires establece que el hábeas corpus puede ser presentado a cualquier hora, por escrito u oralmente, ante juez de cualquier instancia, debiendo evacuarse el informe en 12 horas, producirse la prueba en 24 horas, y en el mismo plazo dictarse

la resolución (arts. 406/415). Incluso considera falta grave del magistrado no resolver la petición de forma inmediata (art. 420).

(24) CS, “Simón Julio Héctor s/ privación ilegítima de la libertad etc.”, 14/06/2005, Fallos: 328:2056.

(25) CS, “Dromi, José Roberto (Ministro de Obras y Servicios Públicos de la Nación) s/ avocación en autos: “Fontenla, Moisés Eduardo c/Estado Nacional”, 13/07/1990, Fallos: 313:630, suscripta por los jueces Levene (h.), Cavagna Martínez, Petracchi, Belluscio, Barra y Nazareno.

(26) CS, “José Roberto Dromi (Ministro de Obras y Servicios Públicos) s/solicita avocación en los autos: Fontenla, Moisés c/Estado Nacional”, 06/09/1990, Fallos: 318:863, cons. 13. La resolución fue suscripta por los jueces Ricardo Levene (h.), Mariano Augusto Cavagna Martínez, Rodolfo Barra y Enrique Petracchi, y con votos propios por los doctores Julio Nazareno y Eduardo Moliné O’Connor. Solo votó en disidencia el Dr. Fayt, quien luego

de un concienzudo estudio del derecho norteamericano, llegó a la conclusión que el *per saltum* no se hallaba previsto en nuestra legislación, por lo que su admisión por la Corte afectaba las garantías del debido proceso y del juez natural.

(27) CS, “Polino, Héctor y otro c/Poder Ejecutivo (Exp. FERIA 5/94) s/amparo”, 07/04/1994, Fallos: 317:335, voto de los doctores Belluscio, Petracchi, Levene (h.), Nazareno y Moliné O’Connor. En disidencia firmaron los jueces Fayt y Boggiano, aunque este último aclaró que la invalidez de la ley que convocó a la convención constituyente no implicaba la nulidad del “Núcleo de Coincidencias Básico”, pues los legisladores accionantes carecían de legitimación para reclamarla.

(28) CS, “Thomas, Enrique c/ E.N.A. s/ amparo”, 15/06/2010, Fallos: 333:1023. Suscribieron el fallo los jueces Zaffaroni, Highton, Lorenzetti, Maqueda, Argibay y Petracchi.

constitucionalidad que la Ley Suprema encomienda al Poder Judicial de la Nación para convertirlo en un recurso abstracto orientado a la depuración objetiva del ordenamiento jurídico que es ostensiblemente extraño al diseño institucional de la República” (29).

**No obstante coincidir con el criterio del fallo, la Corte pasó por alto que tanto los legisladores como los demás presentantes acreditaron la calidad de usuarios de los servicios eléctricos, es decir, de afectados por el aumento tarifario tachado de ilegal. Es decir, no solo alegaron un derecho difuso, sino también un derecho subjetivo. Y aquí es donde queda claro que, en nuestro país, el proceso colectivo es entendido como medio para proteger derechos de incidencia general y no para la tutela de derechos individuales. Con ese criterio, un consumidor o usuario aislado no podría plantear una demanda colectiva, sino que quedaría reservada —paradójicamente— para las asociaciones que los agrupan y el defensor del pueblo (de haberlo).**

Recientemente, en un durísimo fallo, la Corte Suprema anuló todo lo actuado por un juez federal de Paraná que había dispuesto una medida cautelar solicitada por el amparista, en su doble condición de ciudadano y diputado provincial, y logrado dejar sin efecto lo resuelto por el máximo Tribunal del país, que privó de valor legal la ley de reforma del Consejo de la Magistratura y puso en vigor una norma derogada por el Congreso, algo por cierto inédito. Lo resuelto por el magistrado de primera instancia constituía un serio alzamiento contra el máximo tribunal, por fuera de un caso judicial y sin justificación de su competencia. La Corte hizo lugar al pedido de avocación *per saltum* y en cuestión de horas deshizo todo lo actuado y dispuso sin más el archivo del expediente, además de denunciar al juez por mal desempeño. Además, agregó con durísimo tono que “este Tribunal no puede dejar de advertir que el magistrado actuante —con una *notoria ignorancia del derecho vigente y de los precedentes* de este Tribunal— ha dado trámite a una acción promovida por quien manifiestamente carece de legitimación activa tanto en su carácter de ciudadano... como en el de diputado nacional... y, en consecuencia, se ha pronunciado fuera de un caso contencioso que pueda autorizar la intervención del Poder Judicial” (30).

De todos estos casos se ve, como común denominador, la presentación de acciones de amparo con solicitudes de medidas cautelares por parte de legisladores, rápidamente adoptadas por magistrados nacionales o del interior del país, por los cuales suspendieron los efectos de leyes a los que aquellos se oponían y respecto de las cuales trataron sin éxito impedir su sanción en el recinto. Ello sucedió con la ley que dispuso la privatización de Aerolíneas Argentinas a comienzo de los '90 (pedido de avocación del ministro Dromi en los autos *Fontenla*); y la convocatoria a una reforma constitucional (*Polino*); y lo mismo sucedió más tarde con la medida cautelar contra la Ley de Medios (*Thomas*); la suspensión de los aumentos tarifarios dispuestos durante el gobierno de Macri (*Acosta*), y el *summum del summum*, con la insólita medida dispuesta por un juez federal que ordenaba al Congreso a abstenerse de enviar sus representantes al Consejo de la Magistratura en cumplimiento de un fallo la Corte Suprema (*Casaretto*). En todos estos casos, más allá de lo que cada cual opine, se ve un claro intento de judicializar asuntos polémicos,

extendiendo a los tribunales la pelea perdida en la arena política.

### II.5. El ciudadano (o abogado particular)

La Corte siempre mantuvo el requisito de interés directo para considerar la existencia de una causa judicial y descartar así los planteos formulados por ciudadanos en condición de tales o de simples electores, que perseguían la declaración general de invalidez de las normas, mecanismo completamente ajeno al sistema de control judicial de constitucionalidad argentino. Sin embargo, ese muro ha comenzado a ceder últimamente, con una interpretación que puede parecer más democrática a primera vista (cualquier ciudadano puede cuestionar cualquier acto público en tribunales), pero que en los hechos resulta anti-republicana (todas las decisiones políticas se transfieren a la justicia y en última instancia a una mayoría circunstancial de la Corte Suprema, hoy conformada con tres votos).

El caso más célebre es *Baeza*, de 1984, con motivo de la consulta popular no vinculante respecto del canal del Beagle, un diferendo territorial con Chile, que poco tiempo antes había llevado al borde de la guerra a los dos países vecinos. Tan pronto se publicó en el Boletín Oficial el decreto que convocaba al referéndum, un abogado, el Dr. Aníbal Roque Baeza, presentó una acción de amparo tendiente a que se “[haga] saber al Ministerio del Interior que deberá abstenerse de ejecutar o dictar actos tendientes a la realización de la consulta promovida”. Sostenía que, habiendo sido designado presidente de mesa en las elecciones de octubre de 1983 —en las que triunfó Alfonsín—, era factible que en la próxima consulta se viese obligado a desempeñar la misma u otra función. Pretendía así el letrado saltar el obstáculo patente de que la consulta era de participación voluntaria y que, por lo tanto, mal podía agravarse de tener que intervenir en algo a lo que no estaba obligado. A lo que se oponía, claramente, era a la celebración del plebiscito en sí y a la posibilidad de que por su resultado final se diera lugar a una cesión de soberanía territorial, como de hecho sucedió. La Corte señaló que el agravio alegado era meramente conjetural e hipotético, agregando que el accionante “no ha solicitado la tutela específica del supuesto derecho que invoca, pero, de todos modos, aunque la hubiese petitionado, no mediaría un interés suficientemente concreto que lo legitimara para reclamarla”. Finalmente, la consulta popular se realizó, con un abrumador apoyo al “sí”, firmándose el Tratado de Paz y Amistad entre Chile y Argentina en el Vaticano, bajo la mediación papal, cuatro días más tarde. Lo que tampoco obstó para que otros letrados se presentaran en tribunales planteando la nulidad del acuerdo, corriendo la misma suerte que Baeza (31).

Ese criterio siguió en el caso *Gascón Cotti* (1990), cuando confirmó una sentencia de la Suprema Corte de Buenos Aires que había denegado legitimación al abogado accionante, en su condición de simple elector, para cuestionar la convocatoria a un plebiscito para reformar la Constitución provincial. El alto tribunal reiteró las “causas de carácter contencioso” a las que alude el art. 2º de la ley 27, son “aquellas en las que se persigue en concreto la determinación del derecho debatido entre partes adversas”, que no se da “cuando se procura la declaración general y directa de inconstitucionalidad de las normas o actos de los otros poderes” (32).

grave alzamiento contra una sentencia de la Corte, e Dr. Lorenzetti se abstuvo de votar.

(31) CS, “Constantino, Lorenzo c/Nación Argentina”, 12/12/1985, Fallos: 307:2384 y “Zaratiegui, Horacio c/Estado Nacional”, 06/12/1988.

(32) CS, “Gascón Cotti, Alfredo J. y otros s/ inconstitucionalidad ley 10.859 y decreto 5766/89”, 06/07/1990, Fallos: 313:594, suscripta por los doctores Levene (h.), Belluscio, Petracchi, Barra, Nazareno, Oyhanarte, con la disi-

La misma postura adoptó en *Monner Sans* (2014), frente a una demanda de amparo presentada por el abogado, quien había alegado su condición de ciudadano y de usuario del sistema judicial para alegar un interés en el pleito, en el que perseguía la declaración de invalidez de la ley que reformó la composición del Consejo de la Magistratura de la Nación, dando preponderancia a los sectores políticos sobre los académicos y profesionales. La Corte, por unanimidad, negó legitimación al actor, quien no había demostrado “la existencia de un interés especial, directo o inmediato, concreto o sustancial, criterio que resulta extensible a la alegada condición de abogado y de usuario del sistema de justicia” (33). En cambio, sí reconoció legitimación al Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, que había adherido a la demanda, por cuanto es el órgano público al que la ley le asigna la responsabilidad de llevar adelante la elección de los representantes de los abogados capitalinos que conforman uno de los estamentos del Consejo de la Magistratura de la Nación. Razonamiento absolutamente correcto, que deslinda bien lo que constituye la afectación de un interés directo que surte legitimación procesal, de la mera declamación de un derecho colectivo como “usuario del sistema judicial”.

Otro caso, esta vez con ribetes asombrosos, se dio con un intento de un abogado de obtener la liberación de Milagro Sala, militante de la Provincia de Jujuy, detenida en el marco de varias causas judiciales tras el cambio de gobierno producido a fines de 2015 en esa provincia. El abogado Emiliano Villar promovió un recurso por salto de instancia contra la “omisión de tratamiento” de un planteo suyo supuestamente efectuado ante la justicia federal de Jujuy con el objeto de obtener el cese de la prisión preventiva dispuesta sobre la dirigente social. La Corte rechazó *in limine* el *per saltum* interpuesto por el letrado, quien se había presentado alegando la condición de “operador jurídico de la Constitución”, lo que el tribunal consideró insuficiente para constituir al peticionario en calidad de parte legitimada, “pues dada su notable generalidad, se confunde con la simple condición de ciudadano”, que no faculta a intervenir en un pleito, máxime en una causa penal. La Corte no se quedó ahí, sino que claramente ofusca con la actitud del presentante, lo reprendió por haber planteado un recurso que no se dirigía contra una resolución judicial, sino contra la falta de su dictado, “desconociendo elementales reglas procesales que regulan —desde hace un siglo— la competencia extraordinaria del Tribunal”. Agregando que la presentación “meramente testimonial (*sic*) parece orientada a incorporarla a la agenda de esta Corte Suprema para satisfacer una finalidad meramente personal del peticionario”. Tras ese duro señalamiento, puso en conocimiento la situación ante el Colegio Público de Abogados (34). Desconozco la suerte de la denuncia; de haber litigado en los Estados Unidos, la Corte Suprema lo hubiera eliminado de la lista de abogados autorizados para actuar ante ella (lo que es conocido como *disbarment*, que se aplica asiduamente para depurar la matrícula).

También fue técnicamente correcta en “*Acosta*” (2017), cuando revocó la sentencia que había hecho lugar a la impugnación presentada por un elector contra la candidatura del expresidente Carlos Menem, quien pretendía renovar su banca de senador, pese a estar condenado por el tráfico de armas a

Croacia y Ecuador. Unas semanas antes de las elecciones primarias del año 2017, la Cámara Nacional Electoral había admitido la tachadura formulada por un apoderado de un partido de izquierda, por la falta de idoneidad moral de Menem. La Corte, por unanimidad, anuló la sentencia bajo un argumento que me parece irreprochable: la Cámara había omitido analizar “si a luz de la ley 26.571 en esta etapa del cronograma electoral la actora estaba legitimada para impugnar una precandidatura de otra agrupación política”, examen que debía hacerse de oficio, pues es un presupuesto necesario para que exista un caso judicial (35).

Sabido es que toda regla tiene excepciones, y la jurisprudencia de la Corte no es inmune a dicho principio. Aunque, en rigor, más que excepciones son contradicciones o incoherencias disimuladas bajo el ropaje de las características propias de los casos, que de excepcionales no tienen nada, aunque sí de curiosas o llamativas.

El primero de ellos, es el fallo *Ekmekdjian c. Sofovich* (1992), donde la Corte no dejó norma ni principio jurídico alguno por pasar por alto en su afán de defender los valores cristianos ultrajados en un popular programa de entretenimiento conducido por el demandado, Gerardo Sofovich. Ante el escándalo público que se generó por los polémicos dichos de un invitado en el show “La noche del sábado”, el abogado Miguel Ángel Ekmekdjian, profesor de derecho constitucional de la Universidad de Buenos Aires, demandó al conductor y al canal para que los condenara a leer en vivo la extensa carta documento que le mandara en ejercicio del derecho de réplica, consagrado en el Pacto de Costa Rica y hasta entonces nunca aplicado.

La Corte admitió la acción, por una ajustada mayoría de cinco a cuatro, dejando de lado claros principios jurídicos anclados en reiterados precedentes, incluso uno del propio tribunal dictado cuatro años antes en una demanda idéntica presentada por el mismo abogado por los dichos de otro invitado en una emisión televisiva que tampoco habían sido de su agrado (36). La Corte hizo malabares para desdecirse de lo afirmado poco tiempo antes, con grandes discursos de teoría política y de derecho comparado, que poco y nada tenían que ver con el caso, y justificar así la legitimación de un simple televidente para refutar los comentarios que no le gustaban de un programa político, de entretenimiento o de la farándula, en los cuales no había sido aludido personalmente.

**Si bien en el considerando 25 del extenso fallo la mayoría le dedicó dos módicos párrafos al tema de la legitimación (eje de la sentencia recurrida). Y lo hizo de la forma más llamativa, reconociendo un “derecho subjetivo de carácter especial y excepcional” al profesor Ekmekdjian, y para evitar que el resto de los televidentes ofendidos reclamara también su minuto de aire, instituyó una suerte de representación promiscua del primero en quejarse, que actuaría como una especie de gestor de negocios ajenos. Dijo que “a diferencia de quien ejerce la rectificación o respuesta en defensa de un derecho propio y exclusivo, en los casos como el presente quien replica asume una suerte de representación colectiva, que lleva a cabo en virtud de una preferencia temporal” (37). Así, el Tribunal creó una suerte de “acción colectiva”, adjudicando la representación del “grupo de afectados” al primero en**

(29) CS, “Abarca, Walter y otros c/Estado Nacional - Ministerio de Energía y Minería y otro s/Amparo Ley 16.986”, 06/09/2016, Fallos: 339:1223, suscripta por los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda, Rosenkrantz y Rosatti.

(30) CS, “Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires s/ avocación en autos: Casaretto, Marcelo Pablo c/ Cámara de Diputados Nacionales y otro s/ amparo ley 16.986”, CSJ 684/2022/CS1 PVA, 18/04/2022, suscripta por los jueces Rosatti, Rosenkrantz y Maqueda. Pese al

dencia del juez Fayt.

(33) CS, “Monner Sans, Ricardo c/ Estado Nacional - Secretaría General de la Presidencia y otros s/ amparo”, 06/03/2014, Fallos: 337:166, suscripta por los jueces Maqueda, Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt y Petracchi, y los jueces Zaffaroni y Argibay con sus propios votos.

(34) CS, “N. N. s/ averiguación de delito (Milagro Sala)”, 19/04/2016, Fallos: 339:477.

(35) CS, “Acosta, Leonel Ignacio s/ Impugnación de pre-

candidatos elecciones primarias - Frente Justicialista Riojano”, 22/08/2017, Fallos: 340:1084, suscripta por los jueces Lorenzetti, Highton, Maqueda, Rosatti y Rosenkrantz.

(36) CS, “Ekmekdjian, Miguel Ángel c/Neustadt, Bernardo y otro s/ amparo”, 01/12/1988, Fallos: 311: 2498. Conformaron la mayoría los doctores Petracchi, Bacqué y el Dr. Belluscio, este último con su propio voto.

(37) CS, “Ekmekdjian, Miguel A. c/Sofovich, Gerardo y otros”, 07/07/1992, Fallos: 315:1492, voto de la mayoría,

quejarse, debiendo los demás conformarse con lo que este hubiese dicho, para bien o para mal. Algo absurdo, y para colmo de males, de escasos efectos prácticos (la sentencia fue dictada cuatro años más tarde de la emisión televisiva, cuando se transmitía por otro canal, y ya no tenía el mismo rating).

Una década más tarde llegó al máximo Tribunal otra demanda atípica. En el año 2003, el presidente Néstor Kirchner postuló a Raúl Zaffaroni como juez de la Corte Suprema, y después de superada la etapa de impugnaciones de su candidatura, y que el Senado le otorgara el acuerdo, la designación fue objetada por el abogado Miguel Padilla, también profesor de derecho constitucional de la Universidad de Buenos Aires, desde el lugar menos pensado: la doble nacionalidad argentino-italiana del recién asumido ministro.

Tanto en primera como en segunda instancia la acción fue rechazada por motivos de fondo. Apelada la sentencia, el Procurador General sostuvo que el actor carecía de legitimación, pues, de acuerdo al propio texto del Código Electoral Nacional “...El impugnante podrá tomar conocimiento de las actuaciones posteriores y será notificado en todos los casos de la resolución definitiva, pero no tendrá participación en la sustanciación de la información que se tramitará con vista al agente fiscal” (art. 28, *in fine*). La defensa del orden jurídico corresponde al Ministerio Público Fiscal, que “...tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad...” (art. 120 CN) (38).

Llegado el caso a la Corte, intervinieron conjuces de las cámaras federales por excusación de los jueces titulares, quienes confirmaron la sentencia apelada por idénticos fundamentos —el concepto de *nacionalidad* y el alcance del tratado de doble ciudadanía con Italia—, haciendo caso omiso al óbice procesal señalado por el Procurador (39). Es decir, que se permitió que un ciudadano (un abogado) objetara ante la justicia la designación de un juez de la Corte Suprema, cuando este había superado la etapa de objeciones en la audiencia pública de postulación que se llevó a cabo a esos fines y obtenido el acuerdo del Senado. Un verdadero dislate.

No incluyo aquí el más famoso de los procesos colectivos, el iniciado por el abogado Ernesto Halabi con el objeto que se declare la inconstitucionalidad de la ley 25.873, que en sus escuetos tres artículos imponía la obligación de las prestatarias de servicios de comunicaciones de captar y conservar durante diez años los datos filiatorios y domiciliarios de sus usuarios y el registro del tráfico de sus llamadas para su consulta por el Poder Judicial o el Ministerio Público; y del dec. 1563/2004, que encomendaba como órgano de ejecución de las intercepciones a la Dirección de Observaciones Judiciales, de la Secretaría de Inteligencia del Poder Ejecutivo. Ello, pues el amparista no invocaba un derecho de incidencia colectiva sino una violación de sus derechos a la privacidad y a la intimidad, en su condición de usuario del servicio telefónico, a la par de una afectación al privilegio de confidenciali-

dad que, como abogado, gozaban las comunicaciones con sus clientes (arts. 6º y 7º de la ley 23.187). Es decir, derechos subjetivos, comunes por cierto a todas las personas que se encontraban en la misma situación. La Corte hizo un extenso desarrollo de las acciones de clase, lo que resultaba innecesario e inconducente para resolver el planteo. A tal punto, que apenas se ocupó del meollo de la cuestión en los últimos dos considerandos del fallo, donde señaló que la asignación de la captura de las comunicaciones a la ex-SIDE no había surgido con el suspendido decreto del 2004, sino de una ley de 1992, que al privatizar la empresa de telefonía estatal (ENTel) transfirió dicha función al Poder Ejecutivo (40).

Todos estos casos —salvo el de *Halabi*, por lo que acabo de señalar— tienen en común presentaciones de abogados que pretendieron trasladar a la justicia decisiones políticas no compartidas por ellos, tales como la realización de un referéndum no vinculante por un conflicto limítrofe internacional (*Baeza*); la convocatoria a elecciones de convencionales constituyentes (*Gascón Cotti*); la reforma de la integración del Consejo de la Magistratura (*Monner Sans*); la admisión de la candidatura a senador de un expresidente condenado por graves delitos (*Acosta*); la designación de un juez de la Corte Suprema que no comulgaba con las ideas del denunciante (*Padilla*); el pedido para liberar a una dirigente social detenida en el marco de una causa judicial (*Villar por Milagro Sala*); así como también los dichos en un programa de entretenimiento que ofendieron las “profundas creencias religiosas” de un ocasional televidente (*Ekmejdjian*). Los motivos que llevaron a los letrados a realizar estas peticiones pueden ser muchos, desde genuinos deseos de mejorar las instituciones republicanas, hasta intereses políticos o de acaparar la atención pública. Cualquiera sea la verdadera razón, lo cierto es que los abogados, por más que tengan granjeado el acceso a los tribunales por la profesión que practican, no tienen mayor legitimación que cualquier persona y, por lo tanto, deben también acreditar la afectación concreta y directa de un derecho individual o colectivo para reclamar tutela judicial.

#### II.6. Los colegios públicos y privados de abogados

Más compleja es la cuestión respecto de los colegios de abogados, a los que se les ha reconocido derechos que se niegan a las restantes asociaciones profesionales, a las cuales la Corte invariablemente les ha negado a la posibilidad de reclamar por intereses propios de sus miembros (41). Posiblemente, la nota que distingue las demandas de las asociaciones de abogados de las que nuclean a otros profesionales es que aquellas han perseguido fines de interés público —principalmente salvaguardar la independencia judicial— en tanto que las restantes agrupaciones han accionado por temas mayormente patrimoniales y que, por lo tanto, fueron reputados exclusivos de cada uno de sus asociados. Ello puede ser así, pero no explica por qué la Corte rechazó, por las mismas razones, el planteo de inconstitucionalidad de una resolución de la AFIP que la autorizaba a trabar embargos sin inter-

vención judicial, pese a que no era un asunto meramente económico, sino que involucraba también un problema institucional, como era la adopción de medidas por la administración que corresponden al Poder Judicial (42).

Esta apertura hacia la legitimación colectiva amplia de los colegios de abogados se dio en dos fallos de la Corte, uno referido a un colegio público, al que la ley provincial le asigna una importante función pública, y otro, de hace pocos meses, respecto del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, una reconocida asociación civil sin fines de lucro, que no cuenta con ningún tipo de estatus legislativo.

En el año 2006 el gobernador de Tucumán logró sancionar una reforma constitucional que acrecentaba las de por sí desmesuradas atribuciones del Poder Ejecutivo, que ya dominaba la Legislatura, y buscaba controlar al Poder Judicial mediante la cooptación del órgano encargado de la selección y remoción de sus miembros. El problema era grave desde el punto de vista institucional, pues se había colocado al órgano asesor del consejo de la magistratura en el ámbito del Ejecutivo. En ese contexto, el Colegio Público de Abogados de Tucumán planteó la inconstitucionalidad de la reforma constitucional, basando su legitimación en una ley provincial que lo califica de “persona jurídica de derecho público con la categoría de organismo de la administración de justicia”, condición bastante para litigar en defensa de sus intereses. Sin embargo, la Corte —al admitir el reclamo— no se ciñó a ponderar esa condición especial que la legislación local le asignó al colegio profesional, sino que fue mucho más allá. De esa manera, apartándose de sus propios precedentes, autorizó la intervención del colegio profesional, considerando que “no se está frente a un problema de legitimación corriente, pues lo que se invoca es la afectación de la fuente misma de toda legitimidad. Por este motivo, la configuración del ‘caso’ resulta diferente a la delineada por el Tribunal en precedentes que involucraban otro tipo de derechos. En estas situaciones excepcionales, en las que se denuncia que han sido lesionadas expresas disposiciones constitucionales que hacen a la esencia de la forma republicana de gobierno, poniendo en jaque los pilares de la arquitectura de la organización del poder diagramada en la Ley Fundamental, la simple condición de ciudadano resultaría suficiente para tener por demostrada la existencia de un interés ‘especial’ o ‘directo’” (43).

El paso dado por la Corte al permitir que, “en situaciones excepcionales”, personas que invocan su mera condición de ciudadanos puedan accionar judicialmente requería algún tipo de tabique que impidiera una avalancha de demandas de todo tipo y color, partiendo de la premisa que cualquier acción de gobierno siempre tendrá sus seguidores y detractores, máxime en una sociedad tan polarizada. Por ello, el Tribunal intentó aclarar que “esta interpretación no debe equipararse a la admisión de la acción popular que legitima a cualquier persona, aunque no titularice un derecho, ni sea afectada, ni sufra perjuicio. En abierta contradicción a ella, la legitimación en este caso presupone que el derecho

o el interés que se alega al iniciar la acción presentan un nexo suficiente con la situación del demandante, y aunque no se requiere que sea suyo exclusivo, resulta evidente que el Colegio —en su carácter de persona jurídica de derecho público con la categoría de organismo de la administración de justicia— será alcanzado por las disposiciones impugnadas a menos que por medio del recurso extraordinario federal se evite el eventual perjuicio denunciado”.

Esta última salvedad de la Corte es de vital importancia, por lo menos para poner un coto a la admisión generalizada de demandas de abogados y de las asociaciones que los agrupan en procura de invalidar leyes que no comparten o de decisiones administrativas a las que se opongan, por los motivos que fueren, valederos o no. Caso contrario, todo límite al concepto de *caso* o *causa judicial* habrá quedado borrado y cualquier asunto podrá ser judicializado, sin más requisito que tener firma y sello del profesional que lo suscribe. La admisión de la Corte de demandas realizadas con “la simple condición de ciudadano”, por más que diga que sucede en “excepcionales circunstancias”, es una contradicción abierta con lo resuelto durante décadas, por lo menos desde el precedente “*Baeza*” (1984), máxime cuando no había necesidad alguna de abrir la puerta de par en par en atención al expreso reconocimiento legislativo de la condición de persona de derecho público “con categoría de organismo de administración de justicia” que ostentaba el Colegio de Abogados provincial, que claramente excedía el rol de simple ciudadano.

Como suele suceder, lo excepcional se estandariza y se termina asumiendo como algo cotidiano, que no llama la atención de nadie. Prueba de ello son los decretos de necesidad y urgencia que, prohibidos tajantemente por la Constitución “salvo en circunstancias excepcionales” (art. 99 inc. 3), son dictados casi a diario para tratar los temas más variados y triviales, como disponer los feriados nacionales, asunto sin la menor necesidad ni urgencia (44). Lo mismo ha pasado con la apertura de la legitimación realizada por la Corte, seguramente con las mejores intenciones, en el caso del Colegio Público de Abogados de Tucumán, que rápidamente fue imitada en numerosas causas iniciadas por el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, pese a que aquella es una institución de derecho público con categoría de órgano de administración de justicia, en tanto esta última es una asociación civil sin fines de lucro, que no tiene rango legal. Así, mediante presentaciones en las que invocaron “excepcionales circunstancias”, dicha asociación civil logró medidas cautelares que suspendieron la designación y el traslado de fiscales y la realización de concursos para suplir las vacancias (45). De la misma forma obtuvieron una cuestionable sentencia que declaró la inconstitucionalidad de la garantía de inamovilidad del Procurador General de la Nación, por lo que —a partir de ese antecedente— la cabeza del Ministerio Público se encuentra a tiro de decreto del Poder Ejecutivo, sin necesidad de juicio político ni de demostración de mal desempeño (46).

compuesta por los jueces Boggiano, Nazareno, Barra, Cavagna Martínez y Fayt, cons. 25 y 26.

(38) Padilla, Miguel s/presentación”, P.1571.L.XI, dictamen del 05/05/2004, suscripto por el Dr. González Warcalde.

(39) CS, “Padilla, Miguel s/presentación”, 10/04/2007, Fallos: 330:1436.

(40) CS, “Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - ley 25.873 - dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986”, 24/02/2009, Fallos: 332:111, voto de los doctores Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni. Highton de Nolasco dejó a salvo su disidencia sobre la legitimación colectiva del defensor del pueblo en asuntos puramente patrimoniales, en tanto que los jueces Petracchi y Argibay, de forma conjunta, y el Dr. Fayt, por separado, coincidieron en confirmar la sentencia, pero se limitaron a analizar sus efectos *erga omnes*, sin

entrar en el tema de las acciones de clase como la hizo —innecesariamente— la mayoría.

(41) CS, “Colegio de Fonoaudiólogos de Entre Ríos c/Estado Nacional s/amparo”, 26/08/2003, Fallos: 326:2998; en el mismo sentido, más recientemente: Federación Argentina de Entidades Empresarias del Autotransporte de Cargas c/ EN - Mº Interior (DNU) y otro s/ proceso de conocimiento, del 20 de octubre de 2020, Fallos: 433:1259.

(42) CS, “Cámara de Comercio, Industria y Producción de Resistencia c/AFIP s/amparo”, 26/08/2003, Fallos: 326:3007. Años más tarde, en “AFIP c/Intercorp S.R.L. s/ ejecución fiscal”, 15/06/2010, Fallos: 333:935, la Corte —por una ajustada mayoría— declaró la inconstitucionalidad de la norma que facultaba a la AFIP a trabar los embargos sin disposición judicial.

(43) CS, “Colegio Público de Abogados de Tucumán c/

Honorable Convención Constituyente de Tucumán y otro s/ inconstitucionalidad”, 14/04/2015, Fallos: 338:249 y 280. Solo suscribieron el fallo tres jueces, los doctores Lorenzetti, Highton y Fayt, en votos separados, absteniéndose el Dr. Maqueda. La mayoría hizo suyo el voto en disidencia del juez Fayt los casos Polino y Gascón Cotti, antes citados.

(44) Hasta el dictado de la ley 27.399 los feriados nacionales eran fijados por DNU del Poder Ejecutivo Nacional. A partir de la sanción de dicha ley, en el 2017, los mismos han quedado establecidos por ella, sin perjuicio de autorizarse al Ejecutivo a agregar tres feriados adicionales para fines de semana largo con fines turísticos (art. 7).

(45) Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal nº 2, “Será Justicia (Asociación Civil) c/ Estado Nacional (Procuración General de la Nación) s/ amparo”, 06/02/2017, del publicada en: <https://www.cij.gov.ar/>

nota-24714-Fallo-suspende-designaciones-y-trasladados-de-fiscales.html, donde el Poder Ejecutivo adhirió al planteo efectuado por la asociación civil afín.

(46) El texto completo del fallo se puede ver en: <https://www.cij.gov.ar/nota-28102-Fallo-declara-inconstitucional-la-ley-que-establece-el-procedimiento-de-juzicio-politico-como-mecanismo-para-remover-al-titular-del-Ministerio-P-blico-Fiscal-de-la-Nacion.html>. De la consulta pública del expediente Nº 24.971/2017, caratulado: “Será Justicia y otra c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ proceso de conocimiento”, se puede ver que la Asociación Civil “Será Justicia” y el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires se presentaron en calidad de asociaciones civiles sin fines de lucro, y lograron que se declarara que el titular de la Procuración General de la Nación puede ser desplazado por decreto del Poder Ejecutivo. El juez de gra-

Lo mismo aconteció con el reciente fallo por el que la Corte declaró la inconstitucionalidad de la ley que reformó la integración del Consejo de la Magistratura nacional, acrecentando la participación de los sectores políticos en desmedro de los otros estamentos, que debían ser completados por representantes de los abogados y de las universidades. Más allá de compartir lo resuelto por la sentencia, hay un punto que no fue tratado, que es, precisamente, la legitimación de la actora. El voto de la mayoría nada dice al respecto, como si la cuestión no hubiese sido propuesta por ninguna de las múltiples partes a las que se les corrió traslado de la demanda, lo cual no deja de sorprenderme. Es que el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires no tiene injerencia alguna en la matrícula profesional en el ámbito de esa ciudad, la que es gobernada exclusivamente por el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, que tiene esa importante función por ley 23.187, que lo erige en la categoría de persona jurídica de derecho público (art. 17). De allí que el representante de los letrados matriculados en el Consejo surge de elecciones que se llevan a cabo en el Colegio Público, sin la menor intervención del otro Colegio, que es una respetable institución privada. En el caso de los letrados del interior, la elección es llevada adelante por la Federación Argentina de Colegios de Abogados (FACA) que, si bien es una asociación civil sin fines de lucro, tiene encomendada esa importante misión. Por todo ello me llama la atención que el tema no haya sido motivo de debate y que solo surja del voto en disidencia del juez Lorenzetti, quien enfatizó que “los colegios de abogados cumplen una función importantísima en la defensa de la Constitución”, sin distinguir si son instituciones públicas o asociaciones privadas y si cuentan con alguna atribución legal (47).

Los casos recién citados ponen en evidencia la necesidad de parte de la Corte de mensurar cuidadosamente el alcance de sus sentencias, pues una decisión sana como fue la de poner coto al avasallamiento del gobernador tucumano sobre la justicia local, luego es imitada por un sector que busca judicializar un asunto que no puede neutralizar en el Congreso o por el propio Poder Ejecutivo, valiéndose de asociaciones afines que hacen planteos, para lo cual, de por sí, se encuentra impedido, los que deberían ser canalizados por los carriles constitucionales correspondientes.

### III. Reflexiones finales

Borges se imaginaba el *Aleph* como una pequeña esfera, de casi intolerable fulgor,

que debía medir no más de dos o tres centímetros, en la cual cabía todo el universo, algo inconcebible para el ojo humano. Esa diminuta esfera tornasolada era la puerta de entrada al infinito cosmos, una hendidura por donde pasaban todos los sucesos de la historia personal y universal, tanto de lo que fue como de lo que será. Pues bien, a mí se me figura que ese *Aleph* en el mundo del derecho, aunque menos poético, lo representan los procesos colectivos elaborados a la manera de *Halabi* por la Corte Suprema, en los que ceden todas las reglas que gobiernan la acción de la justicia, permitiendo que ella actúe por fuera de un caso judicial, entendido este como un conflicto que se da entre dos o más partes, una de las cuales acusa a la otra u otras de haberle causado un daño y exige su reparación (principio que se aplica tanto en el derecho penal como en el civil, en sentido lato). Y ello es así, porque se permite que una persona física o jurídica que no ha sido afectada directamente por acto o norma alguna acuda en procura de tutela judicial y la obtenga. Es también, por así decirlo, otra hendidura por donde pasan todos los reclamos habidos y por haber (salvo que sean estrictamente económicos). Se podrá decir, como hace la Corte, que, en realidad, no se está fuera de una causa judicial, sino que el concepto de esta se ha extendido a los procesos en los que se litigan derechos de incidencia colectiva o, para usar la terminología en boga, derechos plurindividuales homogéneos. Todo lo cual no es más que un juego de palabras. Lo cierto es que las asociaciones, los abogados y los colegios profesionales que los representan pueden demandar por cuestiones de interés público, pese a no haber sido ellos afectados en modo alguno, trasladando los diferendos a los tribunales, lo que no hace sino politizar su actuación. Así, la política jugará el primer tiempo en el Congreso o el Ejecutivo, y el segundo en la Justicia, que es la que tendrá la última palabra. Parafraseando a Von Clausewitz, si la diplomacia es la continuación de la guerra por otros medios, la justicia será entonces la continuación de la política, también por otros medios. No es de extrañar, entonces, las presiones que sufre ni cómo se disputan los cargos y el control de los órganos de control.

A lo largo de este trabajo, y de otros que le precedieron, he pretendido dejar en evidencia la expansión jurisprudencial que se ha ido dando y que ha delineado los contornos del proceso colectivo como un mecanismo

la sentencia.

(47) CS, “Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires y otro c/ EN - ley 26.080 - dto. 816/99- y otros s/ proceso de conocimiento”, 16/12/2021, Fallos: 344:3636, voto

tuitivo de los grupos vulnerables o postergados, destinado a facilitar el acceso a la justicia de los sectores populares desprotegidos, representados y defendidos desinteresadamente por las asociaciones y el defensor del pueblo (de haber uno), en demandas sin un contenido económico. Esa desnaturalización de las acciones de clase ha llevado a reconocer, generosamente, legitimación procesal a las asociaciones y —a veces— al defensor del pueblo en asuntos no-pecuniarios que puedan englobarse dentro del genérico concepto de *intereses difusos*, e incluso —en “situaciones excepcionales”— al ciudadano común en defensa de las instituciones republicanas fundamentales. Ello ha llevado a admitir la acción popular, como medio de defensa de la legalidad, sin necesidad de acreditar un gravamen directo y concreto, base de la existencia de un caso judicial, todo lo que implica una transferencia enorme de poder hacia los tribunales (48).

De esa manera, se ha ido modificando el proceso civil, y el penal también, con jurisprudencia que se ha ido apartando de las bases que sustentaron el proceso judicial durante siglos. Ello no estaría nada mal, si de dicha *evolución* se hubieran obtenido resultados positivos, como ser mayor acceso a la justicia, soluciones más justas y equitativas, y un mejoramiento del funcionamiento del aparato judicial, con economía de recursos que permita dictar mayor número de sentencias en menor tiempo y que estas se cumplan acabadamente. Nada de lo cual acontece en la realidad, más bien, todo lo contrario. La ampliación indiscriminada de la legitimación procesal, con prescindencia de la acreditación de un daño concreto individual o común a toda la clase de afectados, ha llevado a abarrotar de expedientes los tribunales, con juicios que duran años o décadas y que casi nunca llegan a ninguna parte. A diferencia de lo que sucede en Norteamérica o en Europa, aquí jamás se oye hablar de sentencias o acuerdos transaccionales de tal o cual industria farmacéutica, tabacalera o automotriz con miles o cientos de miles de usuarios, por las que hubieran desembolsado millones de dólares (o miles de millones de dólares), como es moneda corriente en los países desarrollados. En Argentina la Corte Suprema, a partir de una clasificación indiscutible elaborada en *Halabi*, ha ido despojando al proceso colectivo de su naturaleza resarcitoria (su razón de ser), para convertirlo en un vehículo en el que se debaten derechos de incidencia colectiva en general, pero sin contenido patrimonial,

de los jueces Rosatti, Rosenkrantz y Maqueda.

(48) Ampliar en: Germán González Campaña: “Del proceso colectivo a la acción popular. Una mirada crítica a la expansión jurisprudencial de la legitimación procesal”, en

y siempre con un fin tuitivo de los sectores desfavorecidos de la sociedad. Así, se lo ha llevado al terreno de lo abstracto y etéreo, como un mecanismo para que las asociaciones (o el defensor del pueblo, cuando había uno) planteen la inconstitucionalidad de leyes o reglamentos y se ordene al Poder Ejecutivo o a las empresas prestatarias de servicios públicos a hacer tal o cual cosa, sin que ello modifique sustancialmente la realidad del ciudadano de a pie.

En fin, al vaciar a los procesos colectivos de su contenido económico, ha quedado en pie un instrumento sin una finalidad práctica, realmente útil. Lo que resta es un artefacto que sirve para discutir judicialmente cuestiones de interés general o de políticas públicas, pero ya no planteadas por el afectado o un grupo de afectados, sino por asociaciones que tienen entre sus fines la defensa de esos vagos y altos intereses o por ciudadanos defensores de la legalidad. Me parece que es tiempo de poner las cosas en su quicio. Los criterios elaborados por la Corte en *Halabi* no están escritos en sánscrito ni provienen de las sagradas escrituras, son tan solo una de las interpretaciones plausibles, de hace poco más de una década, y que pueden ser perfectamente puestos en tela de juicio e incluso dejados de lado por otras ideas superadoras, teniendo en cuenta sus consecuencias prácticas.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/2059/2022

### Más información

Martínez Medrano, Gabriel, “Los procesos colectivos en el Código Procesal de Consumo de la Ciudad de Buenos Aires”, LA LEY 04/08/2021, 1, TR LALEY AR/DOC/2199/2021

Giannini, Leandro J., “Los procesos colectivos en el anteproyecto de Código Procesal y Comercial de la Provincia de Buenos Aires (propuestas iniciales)”, ADLA 2021-12, 17, TR LALEY AR/DOC/3318/2021

### Libro recomendado

#### Procesos Colectivos en Acción

Autores: Pérez Ragone, Álvaro - Arenhart, Sergio Cruz - Osna, Gustavo - Sahián, José

Edición: 2021

Editorial: La Ley, Buenos Aires

Roberto Berizonce y Ramiro Rosales Cuellos (dir.), *El Derecho en evolución (parte I)*. En memoria de Augusto M. Morello, Revista *Jurisprudencia Argentina*, Núm. Especial 2019-1, fasc. 6, del 6 de febrero de 2019, ps. 75/111.

## Nota a fallo

### Prescripción de la acción penal

Actos interruptivos. Fallo del tribunal casatorio. Interpretación de la Corte Suprema en causa análoga.

1. - Es arbitraria la sentencia que rechazó el planteo de extinción de la acción penal por prescripción al entender que el fallo del tribunal casatorio interrumpió su curso, pues se apartó deliberadamente de lo resuelto por la Corte Suprema en el precedente “Farina” (Fallos: 342:2344, TR LALEY AR/JUR/51218/2019), sin esgrimir, frente a la claridad de sus términos, ningún argumento válido para ello cuan-

do la cuestión central objeto de controversia iguala este caso.

2. - La exégesis que le asignó carácter interruptivo de la prescripción de la acción penal a los decisorios confirmatorios de la sentencia condenatoria excede con holgura las posibilidades interpretativas de la cláusula legal del art. 67, inc. e), del Código Penal, en cuanto enumera como último acto de interrupción de la prescripción al dictado de sentencia condenatoria, aunque no se encuentre firme.

3. - El medio para evitar la extinción de la acción penal por prescripción en aquellos delitos sancionados con penas “le-

ves” que, consecuentemente, prevén un plazo menor a los fines de su cómputo, no puede ser el de practicar exégesis normativas que excedan las posibilidades interpretativas de la cláusula legal en juego, sino que la solución estriba en una actuación diligente de parte de los tribunales intervinientes en ese tipo de procesos.

4. - Lo señalado por el *a quo* en relación con las graves consecuencias político-criminales que se derivarían de la aplicación de la doctrina del precedente “Farina” (Fallos: 342:2344, TR LALEY AR/JUR/51218/2019) resulta no solo una afirmación dogmática, carente de todo sustento que la informe,

sino que también olvida que la misión de los jueces es dar pleno efecto a las normas vigentes sin sustituir al legislador ni juzgar sobre el mero acierto o conveniencia de disposiciones adoptadas en el ejercicio de sus propias facultades.

CS, 17/05/2022. - López, Ricardo Francisco Julio s/incidente de recurso extraordinario.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/63346/2022]

# Doctrina judicial obligatoria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

## La aplicación reciente del *leading case* “Farina”



Sergio M. Barotto

Juez del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro. Especialista y Magister en Derechos Humanos y Justicia Constitucional (Univ. de Bologna, Italia). Diplomado en Derecho Constitucional Latinoamericano Comparado (Univ. Austral). Profesor universitario de grado y posgrado.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, a partir de la causa “Farina” (1), estableció la obligatoriedad de seguimiento de su allí emergente doctrina judicial, relativa al alcance que en juicio cabe dar a una norma del Código Penal de la Nación, que dispone sobre causales de interrupción de la prescripción de la acción penal. Se decidió, entonces, “Declarar que la doctrina judicial de esta Corte referida a la interpretación del art. 67, inc. e, del Código Penal es de seguimiento obligatorio para todos los tribunales judiciales del país”.

Comentamos oportunamente el *leading case* “Farina” (2) y, en la sección conclusiva de ese trabajo académico, nos planteamos algunos interrogantes en cuanto a cuál sería la actitud futura de la Corte a partir de aquella trascendental decisión, que adoptase en campo procesal constitucional. Una de las preguntas sugeridas fue la de aventurar acerca de que si el Alto Tribunal persistiría, en venideras oportunidades judiciales, en convertir a sus interpretaciones de normas constitucionales, o de derecho común, en obligatorias para el resto de los tribunales judiciales argentinos.

Pues la respuesta a aquella duda se ha presentado y adelantamos que lo ha sido por la afirmativa. En efecto, en fecha 17/05/2022, en autos “Recurso de hecho deducido por la defensa en la causa López, Ricardo Francisco Julio s/ incidente de recurso extraordinario” (3), la Corte revocó una sentencia dictada por la Sala I de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional por no haber resuelto de acuerdo con la doctrina de “Farina” (4).

Se consideró arbitraria la resolución a la postre dejada sin efecto, en tanto “...la sentencia apelada no constituye una derivación razonada del derecho vigente aplicable a las circunstancias comprobadas de la causa...” (5). Así, la Corte introduce en el molde de las decisiones arbitrarias aquellos pronunciamientos jurisdiccionales que no respeten —injustificadamente— su doctrina judicial, temperamento que ya había exhibido en la causa “Espíndola” (6), en donde, esencialmente, determinó que si no se consideran y aplican sus precedentes a situaciones análogas judicializadas, las sentencias así construidas resultan arbitrarias y, como tales, descalificadas recursivamente (7).

A su turno, especialmente cuando falló en la causa “Viñas” (8), la Corte se ocupó

de listar los requisitos que cualquier órgano jurisdiccional de inferior jerarquía constitucional deberá cumplimentar, si es que necesita apartarse de la doctrina emergente de un precedente de aquella para dar la justa solución en la causa de que se trate. Conforme lo hemos informado en otro *paper* (9), tales condiciones son las siguientes:

Deben aparecer, de manera “clara”, el “error” y/o la “inconveniencia” en cuanto a aplicar en el presente la decisión análoga del pasado. Los fallos de la Corte deben ser respetados, entonces, hasta que de manera evidente o indiscutible se pondere que la solución de antaño, de ser considerada y dispuesta en el caso nuevo, resultará errónea o inconveniente.

Requiere, alternativamente, la presencia de “causas graves que hagan ineludible el cambio de la regla de derecho aplicable”; es decir, motivos trascendentales que lleven a que la única manera de adoptar una solución justa al caso lo sea a través del *overruling* o cambio de la línea doctrinal hasta entonces vigente.

Las “causas graves” premencionadas, a su vez, deben surgir, en las mismas palabras de la Corte, de manera “nítida, inequívoca y concluyente” y, además, ser explicitadas por el magistrado/a mediante una “carga argumentativa calificada”.

Entonces, de evidencia absoluta resulta que el eventual *overruling* solo podrá ser dispuesto en situaciones muy particulares; y mientras aquellos requisitos no se verifiquen, la doctrina del precedente se mantendrá y deberá ser aplicada en los juicios subsiguientes, analogía sustancial medianamente entre los casos comparados.

Ahora bien, en el pronunciamiento aquí en análisis, la Sala I de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional no desconocía, al momento de resolver, la existencia y vigencia de las conceptualizaciones jurídicas dadas por la Corte en “Farina”, a razón de lo cual explicitó los motivos por los cuales se apartaría —en el caso— de aquellas directivas decisorias. Esencialmente fueron estas tres las razones esgrimidas, a saber y en resumen:

1. No habría analogía sustancial entre el precedente de seguimiento obligatorio y la *nova causa*. Ello, porque el transcurso de plazos (vitales al momento de decidir

acerca de prescripción) era mucho menor en “López” que en “Farina”; y porque en la causa actual no se verificaba apartamiento de previas instrucciones decisorias dadas, en el mismo trámite, por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como sí había acontecido en “Farina”.

2. No basta un único pronunciamiento para convertir en obligatoria a la doctrina judicial de la Corte Suprema. Textualmente, la Cámara señaló que “...no luce apropiado extraer una doctrina de un único precedente del Máximo Tribunal...”.

3. La aplicación de “Farina” implicaría, en casos de delitos proclives a ser retribuidos con penas de baja intensidad, que culminen impunes por prescripción, “...producto de las demoras generadas por las diversas y sucesivas instancias recursivas”, agregándose al respecto desde la Cámara de Casación que “la ‘levedad’ de la pena mencionada no importa que los hechos que podrían quedar sin un pronunciamiento judicial definitivo carezcan de entidad para producir conmoción social”, y que aunque “resulta indudable que se encuentra fuera de discusión el derecho al recurso que ampara constitucional y convencionalmente a la persona imputada en una causa penal, [...] también resulta indiscutible la necesidad político-criminal de que estos hechos sean juzgados, se arribe a la verdad y se apliquen las consecuencias jurídicas previstas por el legislador”.

La Corte no validó los precitados razonamientos, es decir, los consideró insuficientes para justificar el apartamiento de la doctrina judicial de “Farina” en que se adentró el tribunal de grado y, como se anticipase, dejó sin efecto el decisorio así construido, por considerar arbitrario el obrar judicial en la especie.

En cuanto a las pretendidas diferencias sustanciales entre uno y otro caso, la Corte se ocupó de hacer notar que lo que une a ambas situaciones judicializadas es la presencia de irrespeto a la garantía constitucional y convencional que tiene la persona de ser sometida a juzgamiento dentro de un plazo razonable, marcando como irrelevante el hecho de que en “Farina” el Alto Tribunal le había indicado a la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, en forma reiterada, la solución que a la postre se ve en la necesidad de imponer (declaración de prescripción de la acción penal).

Explica la Corte que “...la coincidencia en orden a la cuestión central objeto de controversia iguala este caso con “Farina” y, por ello, se ve alcanzado por sus conclusiones” Soluciones iguales para casos iguales; igualdad ante la ley también conlleva igualdad de trato ante la jurisdicción.

La Corte también rechaza que la existencia de un único pronunciamiento suyo debilite la fuerza obligatoria de la doctrina judicial que de allí dimane. Reafirma que la base de apoyo principal de la aplicación judicial de la teoría del precedente es la analogía sustancial entre aquel y el caso posterior sometido a resolución.

En sentido coincidente, y desde hace ya largo tiempo y a esta parte, el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro —por ejemplo—, en punto a su propia doctrina judicial obligatoria (10), ha determinado que “Es bastante un solo precedente. El exhaustivo análisis del tema jurídico desenvuelto en esa oportunidad fija la hermenéutica y deja ya cristalizado, hasta mejores razones, el sentido del derecho que debe aplicarse en supuestos similares” (11).

Respecto de las “graves consecuencias político-criminales” que la Cámara trajo a colación para alargar los plazos de prescripción de una acción penal —en el sentido de que tal efecto liberatorio se produciría con asiduidad en casos de castigados con penas leves, de aplicarse allí la doctrina de “Farina”— las respuestas de la Corte se presentan como previsible, de acuerdo con el detalle siguiente:

Primero, califica a tal entelequia como “afirmación dogmática (12), carente de todo sustento que la informe”, es decir, sin probanza que aporte cimiento objetivo al aserto.

Luego, recuerda, con cita de fallos propios, que la judicatura no tiene como misión ni puede en su ejercicio funcional hacer mérito de las decisiones político-institucionales adoptadas por el legislador —en el caso, decidir que el transcurso del tiempo oficie de causal de prescripción de la acción penal—.

En punto al señalamiento resumido en el párrafo precedente, debe tenerse en cuenta que ha sostenido desde siempre la Corte que es principio del ordenamiento jurídico que rige en la República que,

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) CS, “Recurso de hecho deducido por la defensa en la causa Farina, Haydée Susana s/ homicidio culposo”, CSJ 2148/015/RHI, 26/12/2019, Fallos: 342:2344.

(2) Ver BAROTTO, Sergio M., “La Corte Suprema de Justicia de la Nación instaura la doctrina legal obligatoria para toda la magistratura de grado jerárquico inferior”, TR LALEY AR/DOC/88/2020.

(3) Fallos: 345:331.

(4) Desde lo estrictamente técnico, la Corte consideró arbitraria la decisión de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional que le había

asignado efectos interruptivos de la prescripción a la sentencia confirmatoria de una condena penal, al entender que tal fundamento “excede el límite de la interpretación posible” al texto del art. 67 inc. “e” del Cód. Penal, reafirmando así que, según tal disposición, el último acto de interrupción de la prescripción es el “dictado de sentencia condenatoria, aunque la misma no se encuentre firme”.

(5) Con citas de Fallos: 308:2351, 2456; 311:789; 312:246.

(6) CS, “Espíndola, Juan Gabriel s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de Ley”, CSJ 1381/2018/RH, Fa-

llos: 342:584.

(7) Ver BAROTTO, Sergio M., “Doctrina legal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y arbitrariedad de sentencia”, LA LEY 02/09/2019, Año LXXXIII N° 163.

(8) CS, “Viñas, Pablo c/ EN - M. Justicia y DDHH s/ indemnizaciones - ley 24043 - art. 3”, CAF 47871/2016/CS1-CA1 y otro”, 22/05/2018, Fallos: 341:570.

(9) Ver BAROTTO, Sergio M. - APCARIAN, Ricardo A., “Doctrina legal obligatoria en los ámbitos federal y provincial. El modelo de la Provincia de Río Negro”, LLPatagonia 2019 (abril), 1.

(10) Con sustento en la regla del art. 42 segundo párr. de la Ley Orgánica del Poder Judicial de Río Negro N° 5190.

(11) ST Río Negro, “Alcaraz, Gladys Mabel y otros c/ Consejo de Salud Pública de Río Negro s/ Contencioso Administrativo s/ Inaplicabilidad de Ley”, 27/10/2004.

(12) Presunción de quienes quieren que su doctrina o sus aseveraciones sean tenidas por verdades inconcusas (<https://dle.rae.es>). Visualización del 18/06/2022.

tanto la organización social como la política y económica del país reposan en la ley; y si bien la exégesis de esta expresión no ha de caracterizarla como un concepto exclusivamente formal, debe estimarse excluyente de la creación *ex nihilo* de la norma legal por parte de los órganos específicos de su aplicación (13), agregando que cabe recordar que el ingente papel que en la interpretación y sistematización de las normas infraconstitucionales incumbe a los jueces no llega hasta la facultad de instituir la ley misma (14), siendo entonces la misión más delicada de la justicia la de saberse mantener dentro del ámbito de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que le incumben a los otros poderes (15), a partir de lo cual se infiere que el principio constitucional de separación de poderes no consiente a los magistrados el poder prescindir de lo dispuesto por la ley respecto del caso, so color de desacierto o injusticia (16).

Complementariamente, es doctrina de la Corte que la inconsecuencia o falta de previsión del legislador no se suponen (17), por lo cual las leyes deben interpretarse conforme el sentido propio de las palabras, computando que los términos utilizados no son superfluos sino que han sido empleados con algún propósito, sea de ampliar, limitar o corregir los preceptos (18).

En tercer término, y a modo de respuesta-reproche, recuerda a la anterior instancia que la manera de evitar que una acción penal prescriba —sea cual fuese el plazo de ocurrencia de tal consecuencia— no es otra que “...una actuación diligente de parte de los tribunales en ese tipo de procesos”; en buen romance, un obrar jurisdiccional oportuno, sin demoras. No, como se ha pretendido en el fallo a la postre revocado, recurrir, con el mismo objetivo, a lo que la Corte visualiza como excesos interpretativos de la ley de la materia.

Guarda coherencia la Corte, en el tópico precitado, con anterior jurisprudencia suya, de acuerdo con la cual, para determinar la validez de una interpretación, debe tenerse en cuenta que la primera fuente de exégesis de la ley es su letra (19), a la que no se le debe dar un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, sino el que las concilie y conduzca a una integral armonización de sus preceptos (20). Este propósito no puede ser obviado por los jueces con motivo de las posibles imperfecciones técnicas en la redacción del texto legal, las que deben ser superadas en procura de una aplicación racional (21), cuidando que la inteligencia que se le asigne no pueda llevar a la pérdida de un derecho (22). Pero la observancia de esas reglas generales no agota la tarea de interpretación de las normas penales, puesto que el principio de legalidad (art. 18 de la Constitución Nacional) exige priorizar una exégesis restrictiva dentro del límite

semántico del texto legal, en consonancia con el principio político criminal que caracteriza al derecho penal como la *ultima ratio* del ordenamiento jurídico, y con el principio *pro homine* que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal (23).

Para finalizar, podemos decir que demuestra la Corte la arbitrariedad de la decisión que revoca, en tanto incumplió los parámetros establecidos en la doctrina judicial del precedente “Farina”, a la que la Cámara de Casación hizo referencia —de modo inapropiado, como se explicitase—, soslayando en definitiva su contenido y, en lo que sustancialmente interesa, su correcta aplicación al caso “López”.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/2060/2022

(13) Fallos: 308:1848; 314:1849; 316:2732.

(14) Fallos: 308:1848; 317:1505.

(15) Fallos: 308:2268; 311:2553; 316:2732.

(16) Fallos: 249:425; 306:1472; 314:1849; 318:785;

329:1586; 333: 866; 338:488.

(17) Fallos: 306:721; 307:518; 319:2249; 326:704. Fallos: 200:165; 304:1795;

(18) Fallos: 200:165; 304:1795; 315:1256; 326:2390;

331:2550.

(19) Fallos: 304:1820; 314:1849.

(20) Fallos: 313:1149; 327:769.

(21) Fallos: 306:940; 312:802.

(22) Fallos: 310:937; 312:1484.

(23) CS, ‘Acosta’, 23/04/2008, consid. 6.

Texto completo de fallo de p. 7

Buenos Aires, 17 de mayo de 2022

Considerando:

1º) Que con fecha 6 de agosto de 2020, la Sala I de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de esta ciudad resolvió rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa oficial de Ricardo Francisco Julio López y, en consecuencia, confirmar la resolución del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional nº 54 que había denegado el planteo de extinción de la acción penal por prescripción por entender que el fallo del tribunal casatorio que confirmó la sentencia condenatoria —en orden al delito de lesiones culposas— interrumpió su curso. Contra este decisorio, el recurrente dedujo recurso extraordinario federal en los términos del art. 14 de la ley 48, cuya denegación motivó, a su vez, la presentación de la presente queja.

2º) Que en su impugnación la defensa se agravó, sobre la base de la doctrina de la arbitrariedad, por entender que en la sentencia apelada se llevó a cabo una interpretación irrazonable de la cláusula contenida en el art. 67, inc. e del Código Penal, en contra de lo resuelto por esta Corte Suprema en el precedente “Farina” (Fallos: 342:2344).

3º) Que si bien las cuestiones en torno a la determinación de los actos procesales con naturaleza interruptiva de la acción penal conducen a la evaluación de cuestiones de hecho, prueba y derecho común irrevisables, por regla, en esta instancia extraordinaria, cabe hacer excepción a ese principio cuando —como sucede en el *sub lite*— la sentencia apelada no constituye una derivación razonada del derecho vigente aplicable a las circunstancias comprobadas en la causa (Fallos: 308:2351, 2456; 311:786; 312:246, entre otros), al otorgarle al inciso e del art. 67 del Código Penal un alcance que excede el límite de la interpretación posible de ese texto legal, lo cual la torna irrazonable en términos de la doctrina de la arbitrariedad de sentencias (cfr. lo señalado, *mutatis mutandis* por esta Corte Suprema en Fallos: 337:354, considerando 9º; y 342:2344).

4º) Que en la sentencia apelada, la Sala I recordó, en primer término, que el

hecho objeto de juzgamiento tuvo lugar el 14 de enero de 2011, que se convocó a López a prestar declaración indagatoria el 22 de marzo de 2012, que el acusador privado formuló requerimiento de elevación a juicio por el delito de lesiones culposas —art. 94 del Código Penal— el 12 de mayo de 2014 y lo mismo hizo la agente fiscal el 28 de mayo del mismo año, que se citó a las partes a juicio por decreto de fecha 10 de diciembre de 2014 y que el nombrado resultó condenado, con fecha 11 de julio de 2016, a la pena de seis meses de prisión en suspenso e inhabilitación especial como coautor del delito de lesiones culposas graves, condena que fue confirmada por el tribunal *a quo* el 20 de mayo de 2019, si bien parcialmente, ya que modificó la calificación jurídica asignada a la conducta de López —lesiones culposas en lugar de lesiones culposas graves— y también la pena, que se redujo a tres meses de prisión manteniendo la inhabilitación dispuesta oportunamente.

Sentado ello, el tribunal *a quo* convalidó el argumento esgrimido por el titular del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional nº 54 para rechazar el pedido de extinción de la acción penal en las actuaciones en el sentido de asignarle carácter interruptivo de la prescripción al decisorio del tribunal revisor que confirmó —aun cuando fuera parcialmente— la condena impuesta a López. En esa dirección, el *a quo* destacó que desde el fallo “Maldonado” de esa misma sala —del 7 de julio de 2016— viene sosteniendo que las sentencias confirmatorias de esa cámara tienen la finalidad interruptora que le asigna el art. 67, último párrafo, inc. e del Código Penal ya que, a los efectos de ese inciso, se trata de una sentencia condenatoria.

Al respecto, el tribunal *a quo* reconoció que esta Corte Suprema, recientemente, había examinado la cuestión en el citado precedente “Farina”. Sin embargo, decidió apartarse de su doctrina por entender que “[m]ás allá que el sustento fáctico de aquel caso difiere con el presente y que no luce apropiado extraer una doctrina de un único precedente del Máximo Tribunal”, el aspecto más relevante estaba dado por “...las graves consecuencias político-criminales que implicaría generalizar lo allí decidido; [ya que] muchas —por no decir todas— las causas de delitos con penas ‘leves’ finalizarían con un sobreseimiento por prescrip-

ción producto de las demoras generadas por las diversas y sucesivas instancias recursivas”; aclarando que “[l]a ‘levedad’ de la pena mencionada no importa que los hechos que podrían quedar sin un pronunciamiento judicial definitivo carezcan de entidad para producir conmoción social”. A mayor abundamiento, sostuvo también que, aunque “[r]esulta indudable que se encuentra fuera de discusión el derecho al recurso que ampara constitucional y convencionalmente a la persona imputada en una causa penal, [...] también resulta indiscutible la necesidad político-criminal de que estos hechos sean juzgados, se arribe a la verdad y se apliquen las consecuencias jurídicas previstas por el legislador”. Concluyeron pues, en base a todo ello, que “[l]a interpretación [del art. 67, inc. e, del Código Penal] que surge del mencionado caso ‘Maldonado’ es la que mejor armoniza el derecho al recurso de la persona imputada y la necesidad de asegurar la aplicación del derecho sustantivo emanado del Poder Legislativo”.

5º) Que de la reseña efectuada se desprende claramente que, en el *sub examine*, el tribunal *a quo* se apartó deliberadamente de lo resuelto por esta Corte Suprema en el fallo ya citado (“Farina”).

En dicho orden de ideas, cabe recordar que en esa sentencia este Tribunal explicó que la exégesis que le asigna carácter interruptivo de la prescripción a los decisorios confirmatorios de la sentencia condenatoria “...excede con holgura las posibilidades interpretativas de la cláusula legal invocada —art. 67, inc. e, del Código Penal— en cuanto enumera como último acto de interrupción de la prescripción al ‘...dictado de sentencia condenatoria, aunque la misma no se encuentre firme’. La claridad del texto legal, junto a la distinta naturaleza jurídica de ambos actos, impiden su asimilación” (considerando 11).

6º) Que frente a la claridad de esos términos, y como seguidamente se relevará, el tribunal apelado no esgrimió ningún argumento válido para su apartamiento.

En ese orden de ideas, corresponde desechar, en primer lugar, la alegada diferencia sustancial entre ambos casos. Al procurar establecerlas, el *a quo* afirmó que el plazo de la instancia recursiva había sido sustancialmente menor al de catorce años verificado en “Farina” y

en que no habían existido, en este caso, apartamientos de directivas emanadas de este Tribunal.

Sin embargo, resulta claro que una correcta lectura del mencionado precedente revela que esas circunstancias no fueron valoradas para fundar la censura de la interpretación *contra legem* del art. 67, inc. e del Código Penal, dado que ellas fueron ponderadas con una finalidad argumentativa completamente distinta: la determinación de la violación del denominado plazo razonable y la utilización de la facultad prevista en el art. 16, segunda parte, de la ley 48.

De tal modo se aprecia que, contrariamente a lo sostenido por el tribunal *a quo*, la coincidencia en orden a la cuestión central objeto de controversia iguala este caso con “Farina” y, por ello, se ve alcanzado por sus conclusiones.

Que tampoco resulta conducente para la solución del caso el argumento relacionado con que “no luce apropiado extraer una doctrina de un único precedente del Máximo Tribunal”. Sin perjuicio de que no se trata de un caso aislado —ver las citas del considerando 12 de “Farina”— lo relevante es que la cuestión debatida en este expediente es la misma que en aquel, de modo que se ve alcanzada por su doctrina.

Por último, lo señalado en relación con las “graves consecuencias político-criminales” que se derivarían de la aplicación de la doctrina del precedente de mención, no solo resulta una afirmación dogmática, carente de todo sustento que la informe, sino que también olvida que la misión de los jueces es dar pleno efecto a las normas vigentes sin sustituir al legislador ni juzgar sobre el mero acierto o conveniencia de disposiciones adoptadas por aquel en el ejercicio de sus propias facultades (Fallos: 342:287, considerando 23 y sus citas, entre muchos otros).

Al respecto, este Tribunal cree oportuno precisar que el medio para evitar la extinción de la acción penal por prescripción en aquellos delitos sancionados con penas “leves” que, consecuentemente, prevén un plazo menor a los fines de su cómputo, no puede ser el de practicar exégesis normativas que excedan las posibilidades interpretativas de la cláusula legal en juego, sino

que la solución estriba en una actuación diligente de parte de los tribunales intervinientes en ese tipo de procesos.

7º) Que a partir de lo expuesto, se concluye que el decisorio impugnado no

cumple con la exigencia que demanda que las sentencias constituyan una derivación del derecho vigente, con aplicación a las constancias efectivamente comprobadas en la causa (Fallos: 311:948, 2402 y 2547; 313:559; 315:2969;

316:2718; 319:103 y 321:1909), lo que impone su revocación.

Por ello, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada.

Notifíquese y remítase para su agregación a los autos principales y para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo aquí resuelto. — *Horacio Rosatti*. — *Juan Carlos Maqueda*. — *Ricardo L. Lorenzetti*.

## Jurisprudencia

### Daños y perjuicios

**Prótesis mamarias. Rotura de implante. Montos indemnizatorios. Daño moral.**

1. - Es indudable que la rotura de las prótesis mamarias antes del plazo mínimo de duración esperable, que según el perito médico es de cinco años, le generó a la actora incertidumbre sobre su estado de salud, la necesidad de someterse a estudios y una nueva cirugía, todo lo cual claramente constituye una alteración del ritmo normal y habitual de la vida de una persona, conllevando temores, dolores físicos e inquietudes que hacen procedente una indemnización por daño moral.
2. - El argumento sostenido por la parte actora respecto a que la suma recibida por la empresa de medicina prepaga se corresponde con los gastos médicos del post operatorio resulta inconsistente, pues surge claramente que el porcentaje de ese reintegro se aplicó sobre todos los gastos médicos vinculados a la operación, incluso los sanatoriales hasta su alta médica.

provistos por la demandada, sin mayores contratiempos. En el año 2014 detectó un bulto en la axila izquierda, que la hizo poner en sobre aviso de alguna patología oncológica, por lo que decidió realizar una consulta médica, ante la necesidad de abordar de inmediato el tema. El primer examen fue RMN de ambas mamas con contraste, lo que dio lugar a la primera sospecha de existencia de ruptura del implante, especialmente el izquierdo, y la presencia de silicona en ganglios del axilar izquierdo y en mediastino anterior. Luego de realizar distintos estudios, se llegó a la conclusión médica que la única alternativa era la extracción de los implantes rotos y el reimplante de una nueva prótesis la que finalmente se efectuó el 28 de enero de 2015. Explicó que a consecuencia de la rotura de las prótesis debió necesariamente realizar el gasto de la operación y reposición de aquellas por lo que reclamó se indemnizara como daño patrimonial los \$40.794 que afirmó debió pagar a esos fines y también pretendió el resarcimiento del daño extrapatrimonial. Fundó su reclamo en la aplicación de la ley 24.240 y en la normativa del Cód. Civ. y Com. de la Nación.

De su lado, la demandada contestó la acción en su contra, resistió que la normativa aplicable sea la invocada por la actora y sostuvo que la prótesis mamaria no puede ser considerada una cosa riesgosa o viciosa y que el alegado defecto de fabricación de las prótesis solo se funda en los dichos de la propia actora.

El Sr. Juez de la anterior instancia, luego de valorar las pruebas y encuadrar el caso en una relación de consumo, hizo lugar a la demanda mediante sentencia de fecha 13 de julio de 2021, con costas a la accionada.

II. Contra la referida sentencia, apeló la parte demandada quien expresó agravios en el escrito agregado con fecha 18 de octubre de 2021 cuyo traslado fue contestado con fecha 10 de noviembre de 2021.

Los agravios de la demandada se circunscribieron a las sumas reconocidas para resarcir los daños patrimonial y moral. Con relación al daño patrimonial el agravio se centró en que la sentencia no contempló las sumas reintegradas a la actora por parte de OSDE y en cuanto al plano extrapatrimonial se impugnó la suma reconocida afirmándose que se “dispuso un quantum indemnizatorio sin parámetro alguno” y el agravio se apoyó, centralmente, en que la suma reconocida resultó superior a la pretendida por la parte actora.

III. Con respecto al daño patrimonial, el Sr. Juez de la anterior instancia condenó a Allergan por la suma de \$40.794. Dicha suma comprende, por un lado, el reconocimiento a la factura de \$30.000 pagada por la actora al Dr. M., quien intervino en la segunda operación quirúrgica a la que fue sometida C. (v. f. 8/9) y la suma de \$10.794,12 que la demandante pagara a Medic SA por la compra de las nuevas prótesis (v. f. 3 y 129).

En su agravio, la demandada sostiene que según surgiera de la prueba producida la empresa de medicina prepaga de la

actora le reintegró la suma de \$5578 por los gastos de la operación y solicita que se deduzca dicha suma de la otorgada por la reparación del daño patrimonial.

Al contestar el agravio, la actora sostiene que, si bien tal reintegro obedece a la misma causa médica, no se trata de los mismos conceptos. Esto es, que la suma mencionada de \$5578 no corresponde a reintegros de honorarios médicos y valor del material sino a los gastos médicos del post operatorio.

Considero que el agravio debe prosperar.

Es que a fs. 113 se encuentra agregado el oficio dirigido al gerente de Binaria Seguros de Vida SA (OSDE) requiriendo informe —en lo puntual al tema en análisis— si en sus registros obra constancia de una operación de fecha 28/03/2015 de recambio de prótesis mamarias efectuado a la Sra. C. y si OSDE cubrió la operación en algún porcentaje, e indique en su caso, el monto reintegrado o cubierto a la afiliada, ya sea por la operación en sí misma, gastos y/u honorarios médicos y/o sanatoriales y/o las prótesis mamarias implantadas.

La contestación al pedido de informes agregada a f. 115, remite a la planilla de fs. 114 de la que surge que el reintegro de \$5578 es consecuencia de la extracción de prótesis mamaria y demás rubros allí indicados, a cuya lectura remito. Además, tal reintegro aplicado sobre una factura de \$30.000 coincide con el monto que surge de la acompañada a fs. 8 y que a la vez concuerda con el presupuesto elaborado por el médico interviniente (f. 2) del cual se extrae que la suma de \$30.000 comprendía: \$10.000 de gastos sanatoriales, \$10.000 de honorarios equipo quirúrgico y \$10.000 de colocación de implantes.

El argumento sostenido por la parte actora respecto a que la suma de \$5578 se corresponde con los gastos médicos del post operatorio resulta inconsistente, pues surge claramente que el porcentaje de reintegro efectuado por la empresa de medicina prepaga de la actora (OSDE) se aplicó sobre todos los gastos médicos vinculados a la operación inclusive los sanatoriales hasta su alta médica. Atribuir dicha suma a gastos médicos del post operatorio en forma genérica sin identificarlos evidencia la sin razón de su postura.

De manera que habré de proponer al Acuerdo que se admita el agravio de la parte demandada y de la suma acordada por daño patrimonial (\$40.794) corresponderá restar la de \$5578 correspondiente al reintegro acordado por la medicina prepaga OSDE y en consecuencia propongo reducir el monto en concepto de daño patrimonial a la suma de \$35.216 (pesos treinta y cinco mil doscientos dieciséis).

IV. La demandada cuestiona el monto reconocido pues sostiene que resulta violatoria del principio de congruencia y un enriquecimiento injustificado.

El daño moral se configura cuando se lesionan los sentimientos o afecciones le-

gítimas de una persona, o cuando se le ocasionan perjuicios que se traducen en padecimientos físicos o, en fin, cuando de una manera u otra se han perturbado la tranquilidad y el ritmo normal de vida del damnificado (cfr. esta Cámara, Sala “E”, mi voto, c. 3066/2015 y sus citas).

Dicho de otro modo, “constituye una modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de la capacidad de entender, querer o sentir, por una lesión a un interés no patrimonial, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquel al que se hallaba antes del hecho y anímicamente perjudicial, que debe ser reparado con sentido resarcitorio” (cfr. Pizarro, Ramón, “Daño Moral”, Ed. Hammurabi, 1996, p. 47).

En lo que concierne a la cuantía de esta partida, la Corte Federal ha expresado en diversos pronunciamientos vinculados con infortunios resueltos en el contexto indemnizatorio del código civil anterior, que en lo concerniente a la fijación del daño moral, debe tenerse en cuenta el carácter resarcitorio de este rubro, la índole del hecho generador de la responsabilidad, la entidad del sufrimiento causado, que no tiene necesariamente que guardar relación con el daño material, pues no se trata de un daño accesorio a este (Fallos: 321:111 7; 323: 3614; 325: 1156 Y 334: 376, entre otros), y que “el dolor humano es apreciable y la tarea del juez es realizar la justicia humana; no se trata de una especulación ilícita con los sentimientos sino de darle a la víctima la posibilidad de procurarse satisfacciones equivalentes a lo que ha perdido. Aun cuando el dinero sea un factor muy inadecuado de reparación, puede procurar algunas satisfacciones de orden moral, susceptibles, en cierto grado, de reemplazar en el patrimonio moral el valor que del mismo ha desaparecido” (Fallos: 334:376).

En esa dirección, un sector de la doctrina piensa que los placeres compensatorios es un criterio válido para cuantificar el daño moral (cfr. Mosset Iturraspe, Jorge, “Diez reglas sobre cuantificación del daño moral”, LA LEY, 1994-A, 728). Cabe pues, encontrar causas externas que produzcan placeres y alegrías que logren compensar los padecimientos sufridos: remedios para la tristeza y el dolor. Es razonable bucear, a tal fin, entre distintos placeres posibles, a saber: el descanso, las distracciones, las diversiones, los juegos, escuchar buena música, placeres de la gastronomía, etc. (Iribarne, Héctor P.: “La cuantificación del daño moral”, en Revista de Derecho de Daños N° 6: Daño Moral, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1999, p. 185 y ss.).

De igual manera, en el actual Cód. Civ. y Comercial el art. 1741 refiere a las “satisfacciones sustitutivas y compensatorias” como método para cuantificar el daño moral (ver en esta dirección, esta Cámara, Sala “A”, *in re*, “Dorronzoro, Lorena E. c. Kranevitter, Sergio D. y otros s/ daños y perjuicios” del 31/08/2015; ídem, *id. in re* “Ortiz, Adrián A. c. López, Walter A. y otros s/ daños y perjuicios” del 26/05/2015).

#### Cuantificación del daño

##### El hecho dañoso:

Rotura de prótesis mamarias.

##### Referencias de la víctima:

Sexo: Femenino.

Observaciones: Se reducen los montos otorgados en primera instancia.

##### Componentes del daño:

Daño extrapatrimonial

Daño moral genérico: \$300.000

Daño patrimonial

Daño emergente:

Daño patrimonial: \$35.216

**CNCiv., sala B, 20/05/2022. - C., M. S. de F. c. Allergan Productos Farmacéuticos S.A. s/ daños y perjuicios.**

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/62548/2022]

#### Costas

Se imponen en el orden causado.

**2ª Instancia.**- Buenos Aires, mayo 20 de 2022.

¿Es ajustada a derecho la sentencia apelada?

A la cuestión planteada el doctor *Parrilli* dijo:

I. M. S. d. F. C. demandó a “Allergan Productos Farmacéuticos SA” pretendiendo el resarcimiento de los daños y perjuicios que dijo haber sufrido a causa del vicio de las prótesis mamarias comercializadas por la demandada. Relató que el 22 de mayo de 2010 se sometió a una intervención quirúrgica de colocación de implantes mamarios

Ahora bien, no es fácil traducir en una suma de dinero la valoración de los mencionados sufrimientos o temores padecidos por la víctima.

En el caso, es indudable que la rotura de las prótesis antes del plazo mínimo de duración esperable, que según el perito médico son cinco años, originó a la acora incertidumbre sobre su estado de salud y la necesidad de someterse a estudios y finalmente a una nueva cirugía, todo lo cual claramente constituye una alteración del ritmo normal y habitual de vida de una persona y conlleva temores, dolores físicos e inquietudes que hacen procedente esta partida.

En punto a la cuantía del resarcimiento, si bien tratándose de una deuda de valor y habiendo quedado supeditada la suma a lo que en definitiva surgiera de la prueba producida no se advierte que se vulnera la congruencia al reconocerse una suma mayor a la estimada (ver en este sentido, ver en ese sentido, SCJBA, *in re*, Pacheco, Carlos y otros c. Municipalidad Malvinas Argentinas y otros” del 27/04/2011, publicado en La Ley Online TR LALEY AR/JUR/15820/2011) lo cierto es que esta última es un parámetro a tener en cuenta, como así también el hecho de que según lo informado por el perito médico luego del nuevo implante de mamas realizado la actora no presentaba alteraciones en cuanto a la simetría, morfología, cicatrices o sintomatología y que el estado físico no permite apreciar un menoscabo funcional o estético (ver fs. 136/139). Con base en lo expuesto, considero que la suma reconocida se revela como elevada y he de proponer al Acuerdo reducir la indemnización a la suma de \$300.000 —pesos trescientos mil— que considero equitativa para resarcir el daño causado y brindar satisfacciones que compensen el daño moral.

Por lo hasta aquí expuesto, de compartir mi voto, propongo al Acuerdo: 1) modificar parcialmente la sentencia recurrida en lo que hace a los montos otorgados en concepto de “daño patrimonial” y “daño moral”, los que se fijan en las sumas de pesos \$35.216 (pesos treinta y cinco mil doscientos dieciséis) y pesos \$300.000. 2) imponer las costas de Alzada en el orden causado pues los agravios de la demandada prosperaron parcialmente (art. 68 última parte y 69 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). Los honorarios de esta instancia se regularán una vez determinados los de la anterior. Así lo voto.

La doctora *Maggio* y el doctor *Ramos Feijóo* por análogas razones a las aducidas por el doctor *Parrilli*, votaron en el mismo sentido a la cuestión propuesta.

Por lo que resulta de la votación que instruye el Acuerdo que antecede, se resuelve: 1) modificar parcialmente la sentencia recurrida en lo que hace a los montos otorgados en concepto de “daño patrimonial” y “daño moral”, los que se fijan en las sumas de pesos \$35.216 —pesos treinta y cinco mil doscientos dieciséis— y pesos \$300.000 —pesos trescientos mil—. 2) imponer las costas de Alzada en el orden causado pues los agravios de la demandada prosperaron parcialmente (art. 68 última parte y 69 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). Los honorarios de esta instancia se regularán una vez determinados los de la anterior. Se difiere la regulación de honorarios para una vez que exista liquidación definitiva aprobada y se determinen los correspondientes a la anterior instancia. Regístrese, protocolícese y notifíquese. Oportunamente publíquese (conf. CSJN Acordada 24/2013). Fecho, devuélvase. — *Roberto Parrilli*. — *Lorena F. Maggio*. — *Claudio Ramos Feijóo*.

## Diferencias salariales

**Discriminación salarial. Carga del empleador de demostrar la justa causa de la fijación del salario. Imprudencia del reclamo por daño moral.**

1. - Cuando como en el *sub examine* la trabajadora alega la existencia de un trato discriminatorio en orden a la fijación de su salario (conf. arts. 17 y 81 LCT), ella tiene la carga de aportar indicios razonables de que el acto configuró la existencia de actos u omisiones atentatorios contra el derecho fundamental: igualdad de las partes; y, una vez configurado el cuadro indiciario precitado, recae sobre el empleador la carga de acreditar que su actuación tiene causas reales absolutamente extrañas a la invocada vulneración de derechos fundamentales, así como que aquellas tuvieron entidad suficiente como para adoptar la decisión.

2. - El reclamo del daño moral derivado de la discriminación salarial es improcedente, pues la trabajadora no demostró acabadamente la existencia de un daño ajeno al incumplimiento contractual de la accionada, que resulta reparado con el reconocimiento de las diferencias tanto salariales como indemnizatorias.

**CNTrab., sala VI, 23/03/2022. - Kohler Presas, Eliana Soledad c. Teletech Argentina S.A. s/ Despido.**

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/24493/2022]

**2ª Instancia.** - Buenos Aires, marzo 23 de 2022.

El doctor *Raffaghelli* dijo:

I. La sentencia de primera instancia obrante a fs. 475/481 de autos rechazó la demanda incoada por la actora contra la demandada con costas en el orden causado.

La parte actora apela la sentencia a fs. 483/499 con réplica de su contraria a fs. 501/504.

La sentencia de grado desestimó la pretensión actora en tanto consideró que su planteo no estuvo debidamente fundado respecto de la remuneración denunciada para el reclamo de diferencias sobre la liquidación final por la indemnización por despido sin causa dispuesta por la accionada.

II. La actora se agravia por cuanto considera arbitraria la sentencia al omitir analizar los términos de la demanda, por una errada ponderación de la prueba pericial contable y testimonial. Asimismo, insiste en su petición de condena del rubro daño moral, de la inconstitucionalidad del tope del art. 245 de la LCT y del certificado de trabajo previsto en el art. 80 de la LCT.

1. Analizaré los agravios en el orden planteado.

Señala que su parte fue promovida al cargo de “Manager” (gerente) y directora para reemplazar a personas que se desvincularon de la empresa y nunca le fue remunerado de acuerdo a la nueva posición, categoría y responsabilidades asumidas.

Señala que se le siguió abonando la suma mensual de \$14.228 pero devengó la de \$36.700 en los dos últimos años de la relación laboral que reclamó en demanda.

Agrega que al ser despedida sin causa fue reemplazada por una persona a la que se le asignó el salario por ella reclamado y que se le negó sistemáticamente.

Denuncia la existencia de discriminación salarial con sustento en el art. 14 bis de la CN y de violación del art. 81 de la LCT sobre igualdad de trato.

Basa su pretensión en la prueba pericial contable que su parte ofreció para acreditar la diferencia remuneratoria, señalando que la demandada fue reticente a brindar la información requerida por el experto contable, solicitado por su parte, debiendo primar la presunción del art. 55 de la LCT en su criterio, y que ello surge de los puntos 2, 11 y ccts. de la pericia.

Cita las distintas posiciones de ascenso de su parte, y que quedó probada la promoción a la responsabilidad de gerente y directora, habiéndose probado que la actora ocupó esa posición de “Manager Human Capital” pero con la misma categoría y salario anterior.

Al solicitarse los salarios que perciben las personas con tales responsabilidades la pericia indica que dicha información... no fue suministrada... y lo propio ocurre cuando se solicita se informe sobre el salario de la persona que reemplazó a la actora luego de su desvinculación.

Respecto de la prueba testimonial crítica la decisión del Sr. Juez de grado que consideró innecesario analizar las expresadas en la causa, y que en su criterio demuestran la procedencia de la acción.

Cita la declaración del testigo S. que fue presidente de la demandada, gerente general y vicepresidente para Latinoamérica.

El citado expresó que la actora reportaba a la directora de reclutamiento de Estados Unidos y que al dejar esta persona su puesto la actora la reemplazó, en los períodos coincidentes del reclamo de la Sra. Kohler.

Menciona asimismo la declaración de la testigo M. la que afirmó que a su ingreso en 2011 la actora era gerente de recursos humanos de *Call Center* de la demandada y que al renunciar la directora Stein la actora tomó su posición, reportando a Alicia Fotenos de EU.UU. de la empresa, coincidiendo con los dichos del anterior deponente citado.

Luego refiere los dichos de la testigo M. B. G. que laboró para la accionada desde 1999 a diciembre de 2012, trabajando junto a Kohler en el área de personal y que esta era directora del área de selección de personal, que reportaba a los países de influencia de la demandada, que trabajaban “full time” sin horario fijo no menos de 10 horas diarias.

Señala que otra de las testigos ignoradas por el sentenciante fue N. D. C. que trabajó desde 2004 para la accionada, y que la Sra. Kohler en 2009 cuando la testigo pasó a ser gerente de liquidación de sueldos, la actora comenzó a cumplir funciones de “directora de reclutamiento regional”, desde Argentina a distintos países de América Latina, reportando globalmente.

Luego menciona la declaración de la testigo M. que trabajó con la actora desde 2007 hasta octubre de 2012 y sabe que la actora fue gerente de selección y luego directora, manifestando que los gerentes percibían como remuneración \$16 mil/17 mil pesos y los directores “menos de 40 mil”, que le consta por haber trabajado como “manager de liquidación de sueldos”.

Agrega la apelante que la accionada no aportó ningún elemento probatorio, no de-

clararon los testigos que ofreciera (C., B. y D. M.) y no permitió recabar los datos requeridos.

Adelanto que asiste razón a la queja en esta primera cuestión.

La Ley de Contrato de Trabajo en su art. 81 establece que... “*El empleador debe dispensar a todos los trabajadores igual trato en identidad de situaciones...*” con la excepción de diferencias mayor eficacia, laboriosidad o contracción a sus tareas por parte del trabajador, que no ha sido materia de debate ni prueba por la demandada, ni tampoco ha acreditado la existencia de una diferenciación asentada en bases objetivas.

Ante la omisión de Teletech Argentina SA en proporcionar la información requerida en la prueba pericial contable por la actora, se invierte efectivamente la carga de la prueba sobre las circunstancias de los asientos laborales y se está a la declaración jurada de la trabajadora en los términos del art. 55 de la LCT.

De la prueba testimonial producida por personas de gran calificación y conocimiento de la organización laboral de la demandada, que transitaban conjuntamente tareas con la actora y con cargos jerárquicos importantes surge efectivamente que la Sra. Kohler cumplió tareas de gerente y luego de Directora con alcance internacional siendo remunerada en la suma citada *ut supra*, que no guarda relación con la suma de la responsabilidad asumida, constituyendo el trato desigual en identidad de situaciones, por lo que la accionada debe responder.

Tal como se ha señalado (1) ajustadamente... “La equidad arriba a la LCT en su art. 11, como principio de interpretación y aplicación de la ley”... Agrega que la equidad, estará dada en la justicia material existente en la aplicación de la regla de igualdad, en el tratamiento que el empleador debe dispensar a cada una de las personas que prestan servicios bajo su dirección, que exige trato igual, en igualdad de circunstancias.

El salario justo se asienta según lo señala Juan Carlos Fernández Madrid (2) en dos principios:

a) La relación que debe darse entre las remuneraciones de los cargos superiores e inferiores fuera de convenio y

b) la exclusión de discriminaciones fundadas en causas *no objetivas*.

Si se excluye la exigencia de la fundamentación objetiva del acto del empleador, se arrasa el principio del trato igual, por lo que la motivación razonable del distinto tratamiento deberá ser comprobada si los excluidos de un beneficio piden la igualación.

Según lo tienen establecido distintas Salas de este Tribunal... “queda en cabeza del empleador acreditar que, tales actos tuvieron por causa una motivación distinta y, a su vez excluyente, por su índole, de la alegación de un acto discriminatorio, si median indicios serios y precisos en tal sentido, es el empleador quien debe aportar los elementos convictivos que excluyan la tipificación en un acto discriminatorio. (SD N° 93.623 del 07/07/2005 *in re* “Cresta, Erica V. c. Arcos Dorados SA s/ daños y perjuicios” Sala II. En el Expte. 9343/2016 - “B. C. A. c. D. M. SRL s/ despido” - CN-TRAB - Sala II - 20/12/2018; con igual criterio CNAT, Sala VIII, Sent. N° 34.673 del 30/11/2007, en autos “Cáceres, Orlando N. c. Hipódromo Argentino de Palermo SA s/ juicio sumarísimo”, entre muchos otros).

(1) MANSUETI, Hugo R., “Igualdad salarial y discriminación”, 10/06/2010, ED, Id SAJ: DACF110037.

(2) FERNÁNDEZ MADRID, Juan C. “Tratado Práctico de Derecho del Trabajo”, t. II p. 1067 y ss.

Cuando como en el *sub examine* la trabajadora alega la existencia de un trato discriminatorio en orden a la fijación de su salario (conf. arts. 17 y 81 LCT), ella tiene la carga de aportar indicios razonables de que el acto configuró la existencia de actos u omisiones atentatorios contra el derecho fundamental: igualdad de las partes.

Una vez configurado el cuadro indicia-rio precitado, recae sobre el empleador la carga de acreditar que su actuación tiene causas reales absolutamente extrañas a la invocada vulneración de derechos fundamen-tales, así como que aquellas tuvieron entidad suficiente como para adoptar la decisión, único medio para destruir la apari-encia lesiva creada por los indicios.

En el presente caso quedaron configura-dos esos indicios con la prueba de las tare-as, las remuneraciones y la presunción del art. 55 de la LCT ante la omisión de in-formación para la prueba pericial contable, lo que fuera acreditado con la testimonial referenciada en los párrafos anteriores.

Por tanto, de prosperar mi voto se revo-cará la sentencia de grado, haciendo lugar a la acción por diferencias salariales y su incidencia en los rubros indemnizatorios que prosperan, conforme lo indicaré *infra*.

2. Reclama asimismo la actora el reco-nocimiento de indemnización por daño moral.

En mi criterio este segmento de la queja no tiene piso de marcha en tanto la apelan-te no demuestra acabadamente en su me-morial la existencia de un daño ajeno al in-cumplimiento contractual de la accionada, que resulta reparado con el reconocimien-to de las diferencias tanto salariales como indemnizatorias.

Tal como lo tiene dicho la doctrina de esta Sala la exigencia de que la expresión de agravios contenga esa crítica que se le reclama, no es meramente ritual, puesto que dicho escrito hace las veces de de-manda dirigida al superior por lo que su contenido determina los límites precisos de la actividad revisora (CNAT, Sala VI, 16/11/1987 DT 1988-623).

La CSJN ha dicho que corresponde de-clamar desierto el recurso de apelación... “si el escrito de expresión de agravios no formula una crítica concreta y razonada de los fundamentos desarrollados por el sentenciante de la anterior instancia desde que las razones expuestas en el memorial respectivo deben ser suficientes para refu-

tar los argumentos de hecho y de derecho dados para arribar a la decisión impugnada; no bastando en consecuencia escuetos argumentos que no constituyen más que una mera discrepancia con el criterio sostenido en el fallo recurrido y que distan de contener una crítica concreta y razonada de los argumentos que sostienen aquel” (Fallos: 323:212)."

Así lo voto.

3. Solicita luego la aplicación del cien por ciento del salario devengado a los efectos indemnizatorios para establecer las diferen-cias sobre lo efectivamente percibido, plan-teando la inconstitucionalidad del art. 245 de la LCT y en subsidio la doctrina del pre-cedente “Vizzotti” de la Corte Federal.

El reclamo prospera parcialmente. La inconstitucionalidad pretendida no funda eficazmente una medida tan grave y excep-cional como la solicitada, y que requiere al juez máxime prudencia para aportarse de una ley emanada de la soberanía del pue-blo.

Sin perjuicio de ello resulta adecuado efectuar el cálculo teniendo en cuenta las directivas del caso “Vizzotti, Carlos A. c. AMSA SA s/ despido CSJN (04/09/2004) que limitó el tope del art. 245 de la LCT hasta el 33% de la remuneración computable, solución que propiciaré en este aspecto.

Así lo voto.

4. Solicita se condene a la accionada a la entrega de las certificaciones de trabajo y previsionales previstas en el art. 80 de la LCT conforme los datos emanados de las remuneraciones devengadas que se recep-tan y asimismo se la condene a la indem-nización prevista en la norma citada.

La demandada manifiesta en su réplica haberlas acompañado en su contestación de demanda, pero ello no implica el cabal cumplimiento de los recaudos establecidos en el art. 80 de la LCT (art. 45 Le. 25.345 y su decreto reglamentario: art. 3 decreto 146/2001).

Por tanto, se condena a la accionada a entregar un nuevo certificado de servicios con las remuneraciones establecidas en el presente pronunciamiento dentro del pla-zo de 30 días de notificado, bajo apercibi-miento de fijar astreintes hasta su pleno cumplimiento.

Asimismo, se diferirá a condena la in-demnización del art. 80 de la LCT equi-

valente a tres sueldos de la remuneración mensual tenida por acreditada.

Así lo dejo propuesto.

5. De conformidad a los elementos que surgen del informe pericial contable, inter-pretación del art. 55 LCT, datos de los escri-tos constitutivos del proceso, y elementos probatorios consignados, prospera la ac-ción por los siguientes rubros e importes:

- Indemn. art. 245 LCT (10 Periodos): \$367.000-33%=\$242.220.

- Indemn. art. 232 LCT \$36.700x2=\$73.400.

- SAC s/ rubro anterior: \$6.167.

- Haberes marzo 2013 y art. 233 LCT: \$39.147.

- SAC s/ integración: \$1.715.

- Diferencias salariales (24 per. + SAC): \$465.400.

- Indemn. art. 80 LCT (36.700x3): \$110.100.

- Indemn. art. 2 Ley 25.323: \$141.541.

- Abonado a cuenta por la demandada: \$224.282. Diferencia Total: *Pesos ochocientos cincuenta y cinco mil cuatrocientos ocho (\$855.408)*, suma a la que se adicio-narán intereses desde que fueron debi-das a las tasas surgidas de este Tribunal (Act.2601/14;2630/16 y 2658/17) hasta su efectivo pago, debiendo adicionarse el me-canismo del art. 770 inc. c del Cód. Civ. y Com. de la Nación en caso de mora.

6. Costas y honorarios.

En virtud de las argumentaciones ex-puestas y con arreglo a lo establecido por el art. 279 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, corresponde adecuar la imposi-ción de costas y los honorarios al resultado del pleito que se ha dejado propuesto para resolver la apelación.

En orden a ello, y en función de dicho re-sultado, de acuerdo con el principio gene-ral que emana del art. 68 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, estimo que las costas de ambas instancias deben quedar a cargo de la demandada vencida.

En atención al mérito y extensión de la labor desarrollada por los profesionales que actuaron en estos autos y al nuevo re-

sultado del pleito que he dejado propues-to, de acuerdo con las pautas que emergen del art. 6º y subs. de la ley 21.839, de la ley 24.432, y del art. 38 de la LO y actual-mente contempladas en sentido análogo en el art. 16 de la ley 27.423, estimo que, por las tareas llevadas a cabo en primera instancia, corresponde regular los hono-rarios de la representación y patrocinio letrado de la actora en el 16%, los de la representación y patrocinio letrado de la parte demandada en el 11% y del perito contador en el 6%, porcentajes, estos, que, en la oportunidad prevista en el art. 132 de la LO, deben aplicarse sobre el monto total diferido a condena —capital e intereses—.

A su vez y con arreglo a lo establecido en el art. 30 de la ley 27.423, habida cuenta del mérito y extensión de labor desarrollada en esta instancia por la representación y patrocinio letrado de la actora y de la parte demandada propongo que se regulen los honorarios por esas actuaciones en el 30% y 30%, respectivamente, de lo que corres-ponde, a cada una de ellas, por la totalidad de lo actuado en la instancia anterior.

La doctora *Craig* dijo:

Por análogos fundamentos, adhiero al voto que antecede.

Por lo que resulta del acuerdo que ante-cede (art. 125 de la LO) el Tribunal *resuel-ve*: I) Revocar la sentencia dictada por la sede de origen, hacer lugar a la demanda interpuesta por Eliana Soledad Kohler Pres-as y condenar a Teletech Argentina SA a abonar a la actora la suma de pesos ocho-cientos cincuenta y cinco mil cuatrocientos ocho con 00/100 (\$855.408), suma que lle-vará los intereses conforme lo establecido en el considerando respectivo; II) Imponer las costas de ambas instancias a cargo de la demandada; III) Regular los honorarios de la representación y patrocinio letrado del actor en el 16%, los de la representación y patrocinio letrado de la demandada en el 11%, y los del perito contador en el 6%, porcentajes, estos, que, en la oportunidad prevista en el art. 132 de la LO, deben apli-carse sobre el monto total diferido a con-dena —capital e intereses—; IV) Regular los honorarios de la representación y pa-trocinio letrado del actor y de la demanda-da en el 35% y 35%, respectivamente, de lo que corresponde, a cada una de ellas, por la totalidad de lo actuado en la instancia anterior. Oportunamente, cúmplase con lo dispuesto en el art. 1º de la ley 26.856 y con la Acordada de la CSJN N° 15/2013. Regístrese, notifíquese y vuelvan. —*Luis A. Raffaghelli*. — *Graciela L. Craig*.

## Edictos

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 8, secretaria N° 15, sito en Libertad 731 7º piso de esta ciudad, informa que LUIS MANUEL MOGO-LLO REYES de nacionalidad vene-zolana con DNI 94.698.226 ha in-iciado los trámites tendientes a ob-tener la ciudadanía argentina. Por ello cualquier persona que tuviere conocimiento de algún aconteci-miento que estimara podría obstar a dicha concesión, deberá hacerlo saber a este Juzgado. Publíquese por dos días.  
Buenos Aires, 14 de febrero de 2022

Felipe J. Cortés Funes, sec.  
LA LEY: I. 29/06/22 V. 30/06/22

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 11 a cargo del Dr. Alejandro J. Nobili, Secretaría N° 21 a mi cargo, sito en Libertad 731 7º piso, de esta Capital, hace saber que el/la señor/ra DORYHECT GEORGINA MORA PÉREZ, DNI N° 95.915.331 naci-do/a en Caracas - Venezuela, ha solicitado la ciudadanía argentina. Cualquier persona que conozca algún impedimento para la concesión del beneficio podrá hacerlo saber a

través del Ministerio Público. Publíquese por dos días en un lapso de quince días.

Buenos Aires, 24 de mayo de 2022  
María Victoria Tripiccio, sec.  
LA LEY: I. 29/06/22 V. 29/06/22

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 11 a cargo del Dr. Alejandro Nobili, Secretaría N° 21 a mi cargo, sito en Libertad 731, 7º piso, de esta Capital, hace saber que el/la señor/ra: SALAS TORREZ, IVAN DAVID, DNI N° 95.307.460 nacido/a en LA PAZ, BOLIVIA, ha

solicitado la ciudadanía argenti-na. Cualquier persona que conozca algún impedimento para la con-cesión del beneficio podrá hacerlo saber a través del Ministerio Públi-co. Publíquese por dos días en un lapso de quince días.

Buenos Aires, 31 de mayo de 2022  
María Victoria Tripiccio, sec.  
LA LEY: I. 29/06/22 V. 29/06/22

El Juzgado Nacional de 1ª Inst. en lo Civil y Com. Fed. N° 11, Secre-taría N° 22, sito en Libertad 731, 7º piso, de esta Capital, hace sa-ber que la Sra. MARÍA LORENA

SAYEGH SANKI cuyo DNI es el N°: 95.942.025, de nacionalidad vene-zolana, ha solicitado la ciuda-danía argentina. Quien conozca algún impedimento para la con-cesión del beneficio, podrá comuni-carlo a través del Ministerio Públi-co. Publíquese por dos días, en un lapso de quince días.

Buenos Aires, 18 de abril de 2022  
Laura Gabriela Sendon, sec.  
LA LEY: I. 29/06/22 V. 29/06/22

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Fe-deral N° 8, secretaria N° 15, sito en

Libertad 731 7º piso de esta ciudad, informa que JUAN MANUEL NIEVES RONDON de nacionalidad venezo-lana con DNI 95.833.338 ha in-iciado los trámites tendientes a obtener la ciudadanía argentina. Por ello cualquier persona que tuviere cono-cimiento de algún acontecimiento que estimara podría obstar a dicha concesión deberá hacerlo saber a este Juzgado. Publíquese por dos días.

Buenos Aires, 3 de junio de 2022  
Felipe J. Cortés Funes, sec.  
LA LEY: I. 28/06/22 V. 29/06/22

Director Editorial: Fulvio G. Santarelli  
Jefa de Redacción: Yamila Cagliero

Editores: Nicolás R. Acerbi  
Valderrama  
Florencia Candia

Jonathan A. Linovich  
Elia Reátegui Hehn  
Marlene Slattery

PROPIEDAD DE LA LEY S.A.E. e I.

Administración, Comercialización y Redacción:  
Tucumán 1471 (C. P. 1050 AAC)  
Bs. As. República Argentina  
Impreso en La Ley, Rivadavia 130, Avellaneda,  
Provincia de Buenos Aires.

 Thomsonreuterslaley

 TRLaLey

 linkedin.com/showcase/thomson-reuters-argentina-legal/

 thomsonreuters.com.ar/es/soluciones-legales/blog-legal.html

 Centro de atención al cliente:

0810-266-4444

## ¿Por qué lo publicamos? **Página 1**

### Presentación de la edición



**Demetrio Alejandro Chamatropulos**

Director del suplemento periódico "Innovación & Derecho" de la Revista Jurídica Argentina La Ley. Profesor (UNT). Director de la Diplomatura Internacional en Neurociencias y Derecho (Univ. Austral) Director de la Diplomatura en Derecho & Innovación (UNT). Relator de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Tucumán.

Bienvenidos a la tercera edición de 2022 del Suplemento "Innovación & Derecho" que acompaña periódicamente al Diario La Ley.

En los párrafos que siguen se intentará reseñar el contenido de este volumen, aprovechando la ocasión para darle la bienvenida a los nuevos integrantes de nuestro Comité Consultivo que se amplía: Carlos Amunátegui, Isabel Cornejo Plaza, Lorenzo Cotino Hueso, Cecilia Danesi, Teresa Rodríguez de las Heras Ballell e Idoia Salazar.

En la sección "Página 1" se encuentran tres trabajos.

El primero, firmado por Fernando Varela, aborda la cuestión de la "propiedad intelectual", de las ideas y sus alcances legales. Expresa Fernando: "Los contenidos audiovisuales, en muchos casos, están conformados por obras, que eventualmente podrán estar registradas en el Registro de Derecho de Autor y, como tales, si cumplen con los requisitos que hemos explicado a lo largo del presente trabajo, tendrán la debida protección legal que otorgan las leyes y los tratados respectivos. En todos los demás casos podremos contemplar situaciones anómalas las que frente a la violación de algún derecho, deberán acudir por las vías que corresponden que, claramente, no es la de la protección del derecho de autor".

Luego, desde República Dominicana, Angélica Noboa Pagán y Joan Batista Molina, a partir de la reciente regulación alemana *antitrust*, vigente desde mediados del año 2021, analizan distintos escenarios que se abren para el futuro del derecho de la competencia. Explican que se visualiza la "posibilidad de que la reforma alemana de competencia sea la nueva tendencia de Administración de la Justicia ante el poder monopólico en los países del sistema romano-germánico". Indican que tanto "su diseño integral" como la "inclusión de una nueva categoría de infracción contraria a la competencia, para fiscalizar a las empresas gigantes de la economía digital, son novedades que merecen examen".

Desde la perspectiva notarial, Walter Schmidt indaga sobre las firmas manuscritas en dispositivos electrónicos. Dice allí, que el punto a examinar es "si una firma manuscrita en un dispositivo electrónico se considera o no una firma oló-

Continúa en p. 2

### Las ideas no son protegibles Un cliché muy utilizado y ¿muy cierto?



**Fernando Varela**

Consultor en Allende & Ferrante Abogados, en temas de Derecho del Entretenimiento, Editorial y Propiedad Intelectual. Exdirector de Asuntos Legales de Telefe. ExVP de Asuntos Legales de Viacom Telefe.

**SUMARIO:** I. Introducción.— II. De qué hablamos cuando hablamos de "ideas" y de "obras".— III. ¿A qué nos enfrentamos cuando de contenidos audiovisuales hablamos?— IV. Conclusiones.

Véase el texto completo en p. 2

### La reforma alemana y el futuro derecho de la competencia



**Angélica Noboa Pagán**

Socia de la firma Russin, Vecchi & Heredia Bonetti. República Dominicana.



**Joan Batista Molina**

Asociado Senior de la firma Russin, Vecchi & Heredia Bonetti. República Dominicana.

**SUMARIO:** I. Introducción.— II. Antecedentes.— III. La reapertura del debate.— IV. Vanguardia legislativa alemana.— V. Reflexiones finales.

Véase el texto completo en p. 4

### La firma manuscrita en dispositivo electrónico: ¿ológrafa?



**Walter C. Schmidt**

Magister en Abogacía Digital y Nuevas Tecnologías por la Universidad de Salamanca (España). Abogado y Escribano por la UNLP. Docente de la Universidad Notarial Argentina (UNA) y UNNOBA. Vicepresidente por América de la Comisión de Cooperación Notarial Internacional de la Unión Internacional del Notariado. Presidente del Instituto de Documentación Digital del Colegio de Escribano de la Pcia. de Bs. As. Notario de Vedia (Buenos Aires).

**SUMARIO:** I. Introducción.— II. Ámbito de aplicación e impacto en diferentes institutos.— III. Método de interpretación de la norma en virtud del impacto tecnológico en el ordenamiento jurídico.— IV. Código Civil y Comercial.— V. Concepto de firma ológrafa.— VI. El concepto de documento electrónico.— VII. El concepto de firma digital, junto al carácter de exclusividad y la crítica por su escindibilidad.— VIII. La firma manuscrita estampada en un dispositivo electrónico.— IX. Diferentes posturas doctrinarias.— X. Posturas a favor.— XI. Posturas en contra.— XII. Nuestra posición.— XIII. Conclusión.

Véase el texto completo en p. 6

#### Puntos de vista

**Blockchain, transparencia y propiedad intelectual**

Michelle Azuaje Pirela

10

**Un ensayo de librepensamiento: Avances tecnológicos y derecho civil**

Arturo Caumont

11

**Una "buena yunta": Comunicación integral y responsabilidad social en la Justicia**

María Virginia Fourcade

**El Metaverso: ¿Un "paraíso legal"?**

Jorge J. Vega Iracelay

**Las diez preguntas**

Juan Carlos Hitters

Roberto Gargarella

**Fracasos exitosos**

13 Marina Mariani de Vidal

14 Roland Arazi

18 Laura Monti

**Entrevistas**

15 **Telecomunicaciones, brecha digital e innovación**

17 Elena Estavillo

17

18

18

19

## Demetrio Alejandro Chamatropulos

Viene de p. 1

grafa". Asimismo, si es posible considerar firmado a un documento electrónico mediante esta clase de firma, en el caso que se la considerara firma ológrafa".

En la sección "Puntos de vista" se observan contribuciones sobre temas de distinta naturaleza.

La autora chilena Michelle Azuaje Pirela, al examinar las potencialidades del *blockchain*, advierte que "de forma similar a lo que ha ocurrido con otras tecnologías emergentes como la IA, *Blockchain* tiene un gran potencial para transformar diversos campos de la

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

## Fernando Varela

Viene de p. 1

### I. Introducción

Cientes y personas allegadas consultan muchas veces sobre situaciones en las que desean avanzar con la creación de contenidos audiovisuales y en otros de contenidos de obras literarias en el cual la historia pende de una idea que quieren llevar al nivel de registro. Manifiestan con insistencia la necesidad de hacerlo.

Frente a esta situación, la típica frase "las ideas no se registran" aparece como el título que debemos desarrollar ante nuestro entrevistado y si bien esta es un cliché muy utilizado y cierto, me resulta interesante adentrarme en el análisis de este y ver qué hay de nuevo.

### II. De qué hablamos cuando hablamos de "ideas" y de "obras"

George Polti (1) realizó una especie de inventario que había comenzado el dramaturgo Carlo Gozzi (1720-1806) sobre la totalidad de las situaciones dramáticas existentes tanto en el teatro como en la literatura. Gozzi sostenía que solo hay 36 situaciones dramáticas y por ende son solo 36 tramas posibles las que pueden llevarse a cabo. El listado se perdió y recién un siglo después el francés Polti, luego de revisar exhaustivamente la literatura clásica, confeccionó el inventario. Polti sostuvo que toda historia está contada a través de esas 36 situaciones y que además son 36 las emociones básicas. Más allá de la discusión que dicha tipología acarreo a lo largo de los años como por ejemplo que muchas de las situaciones mencionadas no eran sino estados de ánimos, aquellas tuvieron un cierto grado de acatamiento. A saber, de algunas: 1. *Súplica*: Elementos: Un perseguidor, uno que suplica, una autoridad de dudosas decisiones; 2. *Rescate*: Elementos: Uno que amenaza, un desdichado, un salvador que rescata; 3. *El crimen perseguido por venganza*; 4. *Venganza de parientes sobre parientes*; 5. *Persecución*; 31. *Conflicto con Dios*.

El listado es extenso y puede consultarse en la obra de Polti, pero lo más importante es: si estas ideas son las reconocidas como disparadores o puntos de partida para esta-

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) POLTI, George, "Les Trente-six-Situations dramatiques", Paris, *Mercur de France*, 1924.

(2) SATANOWSKY, Isidro, "Derecho Intelectual", Tipográfica Editora Argentina, 1954, T. I, II.

sociedad actual que van más allá del sector financiero en el cual tuvo su origen", destacando que "en ese contexto, algunas de sus características se vislumbran como oportunidades para mejorar la gestión y protección de los activos intangibles, y, por tanto, para mejorar el sistema de Propiedad Intelectual".

El profesor uruguayo Arturo Caumont reflexiona sobre aquellos pilares del derecho civil que considera que no serán afectados sustancialmente por la innovación tecnológica. Manifiesta Arturo que "parece ser una constante, vale decir, siempre el cambio que se pueda suscitar en un determinado ámbito acarreará consecuencias o externalidades valiosas para quienes lo propugnan, pero no necesariamente para otros a quienes, incluso, puede perjudicar".

María Virginia Fourcade pone el foco en el fenómeno de la comunicación ju-

blecer los lazos de una historia, ¿cómo puede pensarse que resulta posible dar protección legal basada en la legislación no solo de nuestro país sino de casi todo el mundo a meras ideas que emanen de este tipo de situaciones?

La respuesta a este interrogante es la que vamos a desarrollar en el presente trabajo. Debo decir que tampoco resultaría viable que quien desarrolla un mero sistema, o cálculos o esquemas explicativos de cualquier tipo, pretenda que no sean utilizados por terceros, y busquen la protección legal de estos.

Lo que sí está protegida, como veremos más adelante, es la obra donde aquellos cálculos, esquemas explicativos o sistemas estuvieran representados.

Nuestros tratadistas han definido estos conceptos de manera indubitable. Así Satanowsky en su gran "Tratado sobre los Derechos Intelectuales" (2), ha dicho que las ideas son libres. Yendo más al punto en cuestión, sostuvo: "La idea general no constituye una obra intelectual, ni una creación completa. Es una sugestión, una indicación del tema sujeto o asunto general sobre el cual versará la obra. Por carecer de forma, la idea pertenece al dominio público, pues se ha tomado del haber común del conocimiento. El principio de que las ideas son y deben ser libres es fundamental y sin él no puede existir ninguna actividad creadora... El autor de la idea general no goza de protección alguna..." (3).

Delia Lipszyc, en su reconocida obra "Derechos de autor y derechos conexos", sostuvo: "Las ideas no son obras, y, por ende, su uso es libre. No se puede adquirir sobre ellas protección o propiedad alguna, aun cuando sean novedosas. El derecho de autor propugna la creación de obras. Si se otorgaran derechos exclusivos sobre las ideas consideradas en sí mismas, se obstaculizaría su difusión y con ello se impediría el desenvolvimiento de la creatividad intelectual, se trabaría, como dice Villalba, la creación de una ilimitada cantidad de obras diferentes..." (4).

Así lo sostuvo Miguel Ángel Emery: "El objeto de la propiedad intelectual no es la idea abstracta sino la forma original que el autor ha adoptado para expresarla. Esta es una premisa fundamental en materia

(3) SATANOWSKY, Isidro, ob. cit., p. 156.

(4) LIPSZYC, Delia, "Derecho de autor y derechos conexos", Ediciones UNESCO/ CERALC, ZAVALLIA, Buenos Aires, 1993, ps. 62 y ss.

(5) EMERY, Miguel Ángel, "Propiedad intelectual.

dicial y sus desafíos actuales. Afirma que "la comunicación judicial integral, como realizadora y expresión de la Responsabilidad Social Judicial, colabora con varios de los principios contenidos en la 'Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible', aprobada en el año 2015 por las Naciones Unidas (ONU)". Precisa que "allí se definen 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), para erradicar la pobreza, proteger el planeta y asegurar la prosperidad", por lo que "muchos de estos objetivos deberían ser parte de la agenda de las organizaciones judiciales".

Jorge Vega Iracelay plantea las dificultades que trae la noción de metaverso para el derecho. Así, se pregunta si "¿existirá un mundo virtual libre de leyes, un *paraíso legal* donde la ficción supera y trasciende a la realidad y a sus normas?".

de derechos intelectuales, no obstante, lo cual, como sucede con muchos aspectos de nuestro tema, no está lo suficientemente difundida, al punto de que los fallos jurisprudenciales han protegido ideas, confundiendo con "obras protegidas" (5).

Parece, al menos claro en doctrina, que las "ideas" consideradas como el puntapié inicial de lo que luego puede transformarse en una obra no es protegible. Afirmo que, al comenzar este artículo, coincido plenamente con los doctrinarios citados y que admitir la registración de las ideas seguramente nos llevaría a la conclusión de que habría muchas menos obras de las que se generan habitualmente en todos los campos y terrenos.

Al margen de lo expuesto, resulta interesante analizar los criterios adoptados por algunos jueces para sostener que las ideas como tal, abstractas, individuales, solas como una isla en el océano, pueden ser consideradas protegibles. Desmenuzando esos conceptos quizá podamos llegar a entender qué los llevó a tal conclusión.

Sin perjuicio de que, no deja de ser menos importante el análisis de lo que sucede actualmente con el mercado audiovisual, y cuál es el impacto que la pretendida registración de las ideas pudiera tener en este.

II.1. ¿Pueden las ideas ser registrables en alguna instancia? El caso "Pantano, Juan c. Jockey Club Buenos Aires"

Es una pregunta que aun hoy algunos se siguen haciendo y, en algún caso, utilizando el fundamento que algún fallo jurisprudencial le ha otorgado a este criterio.

No hay duda de que la idea en sí misma, no debería tener "protección legal" por la simple razón de que sería una forma de coartar la utilización de esa idea a otra, u otras personas. Las ideas están en el dominio público, están ahí listas para que las tomemos y les demos forma, expresión y las convirtamos en una obra al final del camino. El art. 1º de la ley 11.723 lo expresa con claridad, cuando establece: "...La protección del derecho de autor abarcará la expresión de ideas, procedimientos, métodos de operación y conceptos matemáticos, pero no esas ideas, procedimientos, métodos y conceptos en sí..."

Ley 11.723", Ed. Astrea, 2019, ps. 24 y ss.

(6) CNCiv., Sala C, "Pantano, Juan c. Jockey Club de Buenos Aires", 18/04/1974, ED, t. 55, p. 456.

(7) Apostar a "place" no es otra cosa que apostar a que un caballo a que saldrá en los primeros lugares.

En las secciones "Las diez preguntas" y "Fracasos exitosos", Juan Carlos Hitters, Roberto Gargarella, Marina Mariani de Vidal, Roland Arazi y Laura Monti nos entregan íntimas opiniones y vivencias que nos ayudan a conocerlos de "entrecasa".

Finalmente, la mexicana Elena Estavillo responde un cuestionario sobre distintos tópicos vinculados a las telecomunicaciones en el siglo XXI y cuestiones atinentes a la brecha digital.

Esperamos que pueda disfrutar del contenido de esta edición tanto como nosotros.

¡Hasta la próxima!

Cita on line: AR/DOC/2056/2022

En definitiva, la legislación intentó darle una vuelta de tuerca sin necesidad de la especificidad o la determinación expresa de sostener que las ideas no son "registrables *per se*". Pero, dado que nuestra Ley de Propiedad Intelectual es digna de ser complementada con las interpretaciones jurisdiccionales que se haga de ella, resulta imperioso entender que llevó a algunos jueces a sostener que si podían ser protegibles las ideas sin decirlo también expresamente.

El caso (6) "Pantano, Juan c. Jockey Club" fue uno de esos juicios en los cuales la doctrina emanada de este se transformó en una especie de agujero negro de dudas e interrogantes por la forma en la que fue encarado por la Sala Civil que entendió en él. La doctrina ha criticado duramente el fallo y no es para menos, porque es como abrir la puerta y permitir que las ideas ingresen para hacer su juego libremente y obtengan una indebida protección. Más aún cuando en el caso citado existía, a mi entender, otra forma de otorgarle al actor la consabida "compensación" o "indemnización" por la utilización de lo aportado por el Sr. Juan Pantano.

En el caso en particular, el Sr. Juan Pantano había ideado una forma para que el "place" (7) tuviese lugar en la apuesta triple que ya era de utilización habitual en las carreras de los hipódromos. En primer lugar, llevó su propuesta ante la Dirección de Hipódromos y Loterías, esta última la reenvió al Jockey Club, que luego de estudiar el sistema, la puso directamente en práctica.

El fallo sostuvo: "La originalidad y el carácter novedoso del sistema 'Pantano' reside en haber concebido por primera vez que se tenga noticia de la posibilidad de que tanto el hipódromo que explota el juego de carreras de caballos como el apostador, afronten un cambio en el régimen de apuestas a que sería debidamente beneficioso para ambos..."

Los jueces consideraron que el actor había creado un sistema novedoso y original, que este debía ser protegible por la ley 11.723 y por lo tanto la utilización de aquel por parte de los hipódromos había redundado en un beneficio a costa del "creador" generando un daño y un lucro cesante que debía ser reparado.

Sin embargo, luego de leer el fallo en reiteradas oportunidades me surgen algunas dudas, aun después de tantos años de dictado este. La primera es que si el sistema, la idea o como queramos llamar a lo "diseñado" por Pantano fuese una obra, en

ningún caso el fallo contempló una orden para evitar que esa “obra” —en teoría— cuyo uso no fue autorizada por el autor dejase de ser utilizada por los hipódromos en este caso. Es decir, es entendible que el fallo haya adoptado una postura inclinada hacia la reparación de un daño ya que en principio pareciera cierto que existió un aprovechamiento de un sistema o una idea, o una concatenación de eventos ya existentes por parte de un tercero quien presentó este a las autoridades pertinentes. Sin mediar consentimiento alguno, dicho sistema comenzó a utilizarse generando, entendemos, ganancias para los usuarios y por ende también para los hipódromos.

Ahora bien, la existencia de un daño y la necesidad de una reparación por parte del “deudor” no implica bajo ningún punto de vista que se deba llegar a la conclusión de que lo adjuntado y registrado por Pantano fuese una obra, similar a la que tantas veces fue definida e interpretada en los distintos fallos jurisprudenciales a lo largo de los años. Lo presentado por Pantano es una síntesis, una mera idea de combinación de situaciones existentes o una mera descripción de algo que ya estaba en funcionamiento y no una creación o construcción de la mente de carácter completo, integral y unitario sumado a los criterios de autonomía integral y originalidad, características sostenidas por la doctrina con relación a una obra (8).

Los jueces camaristas hicieron ingentes esfuerzos en intentar demostrar que el trabajo presentado por Pantano no era una simple idea vaga o difusa como la parte demandada pretendía demostrar, sino que era una idea original, creativa, individualizada y exteriorizada en un sistema que constituye una obra autónoma y original (9).

Pero obsérvese que tanto el juez de primera instancia como los jueces camaristas sostuvieron en reiteradas oportunidades que lo que Pantano había registrado era una “idea”. Así sostuvo el juez y es replicado por el fallo de la Sala: “Reitera que Pantano nunca se ha arrogado la atribución o facultad de modificar el reglamento de carreras del Jockey Club; lo que ha hecho es sugerir una idea o un sistema para una modificación simple pero revolucionaria del sistema de apuestas... De lo que se trata es que Pantano ha aportado una idea que ha significado un beneficio, esa idea debe ser retribuida. Lo contrario importaría sentar el principio de que el concesionario del juego puede apropiarse de todas las ideas y creaciones intelectuales que fueran beneficiosas a su actividad sin derecho a reclamo por el autor...” (10).

Como podemos observar, además del reconocimiento de lo que Pantano aportó era una idea, sostienen el principio general de que todo daño debe ser indemnizado, lo cual sí o sí era la solución a la que se debería haber arribado en el fallo sin la necesidad de crear una protección legal donde no debía existir.

Por lo tanto, los jueces emitieron sus votos en el convencimiento absoluto de que las ideas pueden ser consideradas protegibles a la luz de la ley 11.723.

Es notable también que, al momento de abrir el sobre depositado en el Registro

de Propiedad Intelectual, lo que surgió a todas luces no es una obra, y deja al descubierto el erróneo criterio interpretativo que tuvieron los jueces (11): “Memoria descriptiva de aplicación comercial... Buenos Aires... enero de 1963... El señor Juan Pantano con domicilio en la calle Tandil 2809 de esta Capital le manifiesta esta idea que será para el bien del público apostador y de los hipódromos de Palermo y San Isidro, es lo siguiente, poner en práctica. El *place* en las apuestas denominadas Triple, de la siguiente manera que detalló, para el caballo ganador el 70% y para el caballo que figure segundo el 30%. Comparación si gana el número 5 el pagador paga por dicho Vale el 70% y el número 7 que figure segundo el 30%. Digo el bien del público es lo siguiente si su trabajo entra segundo poco o mucho cobra en cambio no puedo hacerlo ahora porque hay un solo ganador. Por ejemplo, en las carreras comunes el público puede jugar a *place* en las carreras donde figuren más de 6 caballos pero en la última apuesta triple no puede jugarse a *place* ya que la reglamentación es acertar al ganador. Quiere decir que si el caballo con 3000 ganadores entra segundo con el *place* en la última apuesta triple el apostador tiene más chance como así también puede pagar más el caballo que figure segundo que el caballo que figure primero...”. El mismo Pantano al final de su presentación ante el Registro de Propiedad Intelectual sostiene “También puedo explicar más detallado esta idea personalmente si así lo desean como también espero que tenga aceptación esta idea”.

No hay dudas de cuál pareció ser la intención de Pantano y qué fue lo que quiso proponer, pero esa carta, nota o documento registrado, a la luz de lo que hemos visto no puede considerarse una “obra” y tener la protección que la ley les otorga.

Concluyendo, entiendo que este fallo generó en la doctrina a lo largo de los años cierta confusión que por suerte luego fue corregida con la interpretación que la doctrina mayoritaria le ha dado al concepto de obra. Es así como Ernesto O’Farrell, en el comentario a otro fallo, sostuvo en clara referencia al caso Pantano: “...que la sola posibilidad de considerar a una idea protegible como sería este caso, podría generar que por ejemplo un nuevo método para recaudar impuestos pudiera tener derecho a participar de los beneficios que el mismo le produjera al fisco” (12).

Otro caso interesante es el que llevó a la Cámara Civil (13) a rechazar la demanda, pero a dejar entrever ciertos criterios similares a los que se sostuvieron en el caso “Pantano”. En el fallo citado, aparentemente el Canal de Televisión demandado había utilizado algunas ideas presentadas por el actor y el Canal de Televisión plasmó estas en un programa. Por tal razón, el actor demandó al Canal requiriendo una retribución basada en la ley 11.723.

Los jueces intervinientes si bien rechazaron la demanda por considerar que no había originalidad y que por lo tanto lo presentado no podía ser protegibles de acuerdo con los criterios de la ley sostuvieron que “...la idea puede estar protegida si tiene la suficiente originalidad y novedad y se corporice en una manifestación concreta...” (14).

Como podemos observar, la jueza de Cámara confunde a mi criterio una idea con una obra ya que precisamente la definición y explicación que otorga va más allá de una idea, y es precisamente lo que la ley contempla en su art. 1° cuando expresamente dice la *expresión de las ideas* (la bastardilla es mía).

La idea, bajo ningún punto de vista, puede ser apropiada por alguien, las ideas están en el dominio público y así deben seguir. El derecho no protege ni tiene la intención de proteger las ideas, sino más bien la materialización de ellas en un *corpus* original, autónomo, novedoso y producto de la creación del espíritu.

De lo contrario hay que considerar que la idea de cualquier persona debe ser protegible a la luz de la normativa existente, sería un contrasentido y una clara mala interpretación de la legislación vigente tanto nacional como internacional. Emery ha citado un fallo que deja absolutamente clara la situación que venimos comentando: “El principio legal de que la idea no es protegible se aplica cuando dos autores desarrollan con originalidad la misma idea, pues el desarrollo novedoso no constituye plagio. En este sentido cabe recordar la doctrina de un fallo donde, en ilustradísimo voto del doctor Escuti Pizarro, se niega la existencia de la posibilidad de plagio cuando una misma idea se desarrolla en dos formas originales y novedosas. Como sostiene mayoritariamente la doctrina, el plagio no existe cuando en una obra solo se apropian las ideas, pensamientos o sujetos generales de otra creación, desde que puede existir similitud y hasta identidad de esos elementos, sin que exista plagio, ello así por cuanto la idea no tiene autor, a nadie pertenece en exclusividad ni persona alguna puede ejercer monopolio sobre ella. Por lo tanto, si en el caso las obras del actor y la demandada tienen elementos comunes, pero existen diferencias sustanciales entre sí, no cabe tener por configurado el plagio, debiendo rechazarse la pretensión ejercida por el accionante...” (15).

Ahora bien, no hay dudas de cuál fue el espíritu del legislador argentino en materia de propiedad intelectual cuando planificó y escribió la ley 11.723, incluso muchos años después cuando esta sufrió algunos agregados (ley 25.036) fue siempre considerar a las ideas como bienes no protegibles. Precisamente son eso, ideas, de las cuales cualquiera puede apropiarse y utilizarlas; y, si fuese el caso, combinarlas de una manera original e ingeniosa, para que de esta forma puedan convertirse en la obra que la ley sí protege. Pero para eso el ingenio debe ir más allá de una idea simple y sencilla aun cuando creativa. La idea debe tener un sentido, debe ir hacia algún lado concreto para materializarse y encontrar ahí su protección. Como ha dicho Lipszyc: “...El derecho de autor está destinado a proteger la forma representativa, la exteriorización de su desarrollo en obra concretas aptas para ser reproducidas, representadas, ejecutadas, exhibidas, radiodifundidas etc., según el género al cual pertenecen y a regular su utilización” (16).

### III. ¿A qué nos enfrentamos cuando de contenidos audiovisuales hablamos?

Habiendo hecho una descripción del tema de las ideas y su pretendida regis-

tración vamos a adentrarnos en el análisis de qué sucede a la hora de la creación de contenidos que luego se transforman en audiovisuales. A modo de ejemplo todos hemos visto una eternidad de programas de preguntas y respuestas con características determinadas, con vestimentas distintas, con tipo de preguntas sobre temáticas especiales, con tiempo y sin tiempo para responder. Haciendo una similitud con las 36 situaciones dramáticas inventariadas por Polti, creo que en este tipo de programas no hay mucho más para descubrir y pretender registrar una “idea” que solo contenga un programa que se base en preguntas y respuestas da la sensación de que esto no tendría andamiaje legal y así debería ser comunicado al cliente. En estos casos, siempre es importante la recomendación sobre la combinación de factores, la creatividad y por sobre todas las cosas la originalidad que debe tener esa combinación de “ideas” que, aunque usadas en otros programas pueden conformar una obra nueva pasible de protección.

En materia de formatos televisivos hay una abundante jurisprudencia que marca el camino sobre la delgada línea que puede esclarecer la existencia de un plagio o no, lo que no implica bajo ningún punto de vista que estemos frente a casos de “ideas registradas” (17), sino más bien en algunos casos frente a contenidos que copiaron el espíritu que otros habían creado antes.

El formato televisivo como tal en caso de ser una creación integral humanamente perceptible y completa y que posea originalidad y novedad (18) estará amparada por el derecho de autor. Ahora bien, la conjunción de ideas tomadas al azar, mezcladas entre sí, sin estos requisitos que mencionamos, no podrían conformar una obra y por lo tanto ese “pseudo formato” que surge de esa combinación podría ser atacado por aquellos que se sientan afectados en la violación del derecho de autor.

Si bien es cierto que en materia de formato audiovisual, el panorama nunca es blanco o negro y arriesgo a decir que como todo en la materia de propiedad intelectual genera un gran debate, en estos terrenos, así como en las nuevas tecnologías que van surgiendo, el derecho intelectual es algo que cobra fuerza y resulta imperioso su análisis para entender dónde estamos parados respecto al derecho de autor.

Si partimos de la base de que las ideas están en el dominio público y por lo tanto no existe posibilidad alguna de que alguien pueda monopolizar estas de forma tal de crearse o sentirse titular del derecho de autor sobre ellas, nos encontramos frente a situaciones “límites” en materia de formatos televisivos. Esto es debido a los criterios jurisprudenciales y doctrinarios existentes sobre la imposibilidad de obtener protección en materia de formatos, a saber, por ejemplo, los de entretenimientos. Algunos jueces en este tipo de casos (19) sostuvieron que ese tipo de programas no poseen los elementos de creación personal y de originalidad necesarios para ser considerados una obra pues los juegos y las ideas eran comunes a otros programas que habían servido de antecedente.

Con esto, advertimos, en correlación con lo expuesto en la primera parte de este trabajo, que la única forma de que las

(8) SATANOWSKY, Isidro, “Derecho Intelectual”, ob. cit., T. I, II.

(9) Del voto de Salvador Bauza al fallo CNCiv., Sala C, “Pantano, Juan c. Jockey Club de Buenos Aires”, 18/04/1974, ED, t. 55, p. 457.

(10) CNCiv., Sala C, “Pantano, Juan c. Jockey Club de Buenos Aires”, ob. cit.

(11) CNCiv., Sala C, “Pantano, Juan c. Jockey Club de

Buenos Aires”, ob. cit.

(12) O’FARRELL, Ernesto, “La apropiación de las ideas en la ley 11.723”. LA LEY, 1989-C, 250.

(13) CNCiv., Sala B, “Martínez, Atilio D. c. ATC Canal 7 TV LS 82”, 28/10/1988, LA LEY, 1989-C, 250.

(14) Del voto de la Dra. Estévez Brasa en “Martínez, Atilio D. c. ATC Canal 7 TV LS 82”, 28/10/1988, LA LEY, 1989-C, 250.

(15) CNCiv., Sala A, 31/12/1989, ED, 136-154.

(16) LIPSZYC, Delia, “Derecho de autor y derechos conexos”, Ediciones UNESCO/ CERLALC, ZAVALIA, Buenos Aires, 1993, ps. 62 y ss.

(17) “Green vs Corporation of New Zealand” (<https://www.civil.law.cam.ac.uk/virtual-museum/green-vs-broadcasting-corp-nz-1989-2-all-er-10560>); “Medcalf vs Mardel y otros” (<https://www.bailii.org/uk/cases/>

UKHL/2002/27.html); “Metcalf vs Bochco” (<https://caselaw.findlaw.com/us-9th-circuit/1372795.html>).

(18) SATANOWSKY, Isidro, “Derecho Intelectual”, Tipográfica Editora Argentina, 1954, T. I, p. 153.

(19) CNCiv., Sala E, “Rosental Pedro c. Romay Alejandro s/ daños y perjuicios”, 27/4/1993, Expte. 115.625 (inédito) citado por EMERY Miguel Ángel en “Propiedad Intelectual”, Ed. Astrea, p. 57.

ideas tengan protección es cuando estas se transforman y se combinan producto de la originalidad y de la creación intelectual de su creador, por lo tanto, es allí cuando el concepto de obra nace y obtiene la posibilidad de ser protegible.

Ahora bien, la existencia de ideas creativas que día a día son presentadas ante los distintos productores, programadores y creativos de los canales de televisión y productoras son loables y muchas veces dichas ideas pueden transformarse a futuro en una obra a la cual se le aplicará el derecho de autor. Pero mientras la idea solo sea esto, la relación de su “creador” si podemos permitirnos llamarlo así, con la persona o la empresa que valore y analice esta, no es bajo ningún punto de vista una relación de autor y productor, o de autor y director, sino es el “creador” de una idea que podrá negociar su utilización a través

(20) SATANOWSKY, Isidro, “Derecho Intelectual”, ob. cit., p. 159.

## Angélica Noboa Pagán - Joan Batista Molina

Viene de p. 1

### I. Introducción

La solución de los conflictos de justicia distributiva que aborda el derecho de la competencia se ha asomado a la regulación en varias etapas de la historia económica, en algunas ocasiones como normas de derecho mercantil y en otras de derecho público.

La nueva reforma alemana a su Ley Contra las Restricciones de la Competencia, puesta en vigencia el 9 de julio de 2021, podría ser uno de esos puntos de inflexión en la evolución normativa de la disciplina.

Motiva este trabajo la posibilidad de que la reforma alemana de competencia sea la nueva tendencia de Administración de la Justicia ante el poder monopólico en los países del sistema romano-germánico. Tanto su diseño integral como la inclusión de una nueva categoría de infracción contraria a la competencia, para fiscalizar a las empresas gigantes de la economía digital, son novedades que merecen examen.

De acuerdo con la nueva ley (1), la agencia de competencia alemana, conocida como la *Bundeskartellamt*, puede declarar a un agente económico *Empresa de Importancia Suprema para la Competencia entre Mercados*. A partir de esa declaratoria, la ley dispone nuevos ilícitos anticompetitivos y potestades de fiscalización a sus actuaciones a fin de detectarlos y controlarlos.

Esta es una innovación del derecho de la competencia. Desde hace largas décadas el catálogo tradicional de medidas para prevenir o sancionar conductas anticompetitivas es el siguiente: Acuerdos prohibidos, prácticas concertadas, abuso de posición dominante, control de fusiones, actos de competencia desleal y tratamiento de ayu-

de un contrato y obtener la debida contraprestación por la utilización de esta o por la combinación que de ella se haga con otras. Pero, la idea de por sí y aun la idea aplicada y utilizada no da derecho al reclamo basado en derecho autoral, si al derecho de compensación por lucro cesante, o por violación de confidencialidad si esta hubiese sido entregada en un convenio con cláusulas *ad hoc*. Pero intentar el ingreso por la ventana pretendiendo invocar un derecho de autor inexistente y poner en marcha la parafernalia judicial haciéndose pasar por autor de algo sobre lo cual no puede adquirirse tal calidad no puede encontrar otra solución que el rechazo de la demanda.

Satanowsky (20) dejó una vez más con su claridad meridiana la definición de cuál es el objeto del derecho de autor y este es sin duda la “obra”. “El derecho de autor no atribuye ninguna exclusividad acerca del ‘contenido de la obra’ ni en el campo abstracto, ni en el de la aplicación práctica. Una exclusividad en estos campos no podría concebirse sino

de manera preponderante, se encuentran en las leyes contemporáneas.

También es interesante observar en el nuevo estatuto legal alemán, la conjunción de las medidas regulatorias y las de persecución bajo una misma ley. Alemania no ve la necesidad de segregar en categorías jurídicas distintas las potestades reglamentarias, autorizadoras, fiscalizadoras o persecutorias. Tanto las medidas *ex ante* y *ex post*, conforman una visión única y todo ello es derecho de la competencia.

Más recientemente, en el presente año, la Unión Europea ha dictado una nueva Ley de Mercados Digitales. Conocido el *efecto Bruselas*, esto es, la capacidad de la Unión Europea de crear una norma común de gran influencia en los países en desarrollo en los cinco continentes, la ley alemana previene a las jurisdicciones de nuestra región y sistema jurídico, respeto de reformas a leyes nacionales, que pudiesen cambiar el panorama mundial en la materia.

### II. Antecedentes

Con mecanismos de solución de conflictos más rudimentarios o derivados del poder estamental, es posible encontrar claros principios activos de esta disciplina en la jurisprudencia británica del siglo XVI (2), en la Enciclopedia o Diccionario Francés de Artes y Oficios (3), e incluso, en el derecho romano. Para muchos autores, el *crimen annonae* de la *Lex Iulia de annonae*, aproximadamente del año 50 a. C., es la primera medida de orden público económico con providencias de derecho de la competencia.

A partir de la Revolución Industrial el derecho público devino el ámbito adecuado para organizar su régimen protectorio. Las primeras instituciones del derecho de la competencia en la Ley Federal estadounidense conocida como Ley Sherman de 1890 (*Sherman Antitrust Act*) se caracterizaron por proteger los mercados de las distorsiones a la libre y leal competencia.

por las ideas que en la obra se expresan y estas ‘ideas’ no son el objeto de la exclusividad de explotación reservada al autor...”

En este sentido, es importante también dejar mencionado que los tratados internacionales han reflejado las ideas que en este trabajo hemos expuesto. El Acuerdo sobre los Aspectos de la Propiedad Intelectual referidos al Comercio (ADPIC) de la Organización Mundial del Comercio (OMC), que fue aprobado por la ley 24.425, en su artículo 9.2 reza: “La protección del derecho de autor abarcará las expresiones, pero no las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí” [en este sentido el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor al que conocemos como “Toda” (art. 2º)].

### IV. Conclusiones

A modo de conclusión y a tono con lo expuesto toda idea puede ser objeto del comercio, es decir que el “creador” de esta, si fuese el caso, puede negociar, ofrecer, ven-

der o explotar la misma, a cambio de una contraprestación o no, lo que él quiera. Lo que no puede hacer, es pretender que su utilización esté recubierta del halo de protección del derecho de autor y frente a un caso de utilización indebida de esta, se pretenda el accionar vía Ley de Propiedad Intelectual.

Los contenidos audiovisuales, en muchos casos, están conformados por obras que eventualmente podrán estar registradas en el Registro de Derecho de Autor y, como tales, si cumplen con los requisitos que hemos explicado a lo largo del presente trabajo, tendrán la debida protección legal que otorgan las leyes y los tratados respectivos. En todos los demás casos podremos contemplar situaciones anómalas las que frente a la violación de algún derecho deberán acudir por las vías que corresponden que, claramente, no es la de la protección del derecho de autor.

En el comentado ensayo publicado por Lina Khan (5) en el año 2017, la hoy comisionada de la Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos, destaca que: “La historia legislativa revela que la idea de que el Congreso diseñó la Ley Sherman como una prescripción del bienestar del consumidor (6) es errada. El congreso aprobó las leyes antimonopolios para regir sobre los poderes industriales de los *trust* y la organización de los grandes negocios, que habían emergido al final del siglo XIX. Para responder al poder concentrado, las medidas antimonopolios perseguían distribuirlo. En ese mismo sentido, fue ‘guiado por principios’ (7). La ley era ‘para diversificar y acceder a los mercados; fue hecha contra la alta concentración y los abusos de poder’ (8).

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/1896/2022

Con la vuelta del siglo, los Estados Unidos y posteriormente los países europeos, organizaron instituciones públicas encargadas de formular las acusaciones antimonopólicas para la defensa del interés general y se establecieron por ley otras medidas *ex ante* y *ex post*.

En el caso de la tradición jurídica alemana, basada en los principios políticos del ordoliberalismo, la ley de competencia actúa como un sistema de protección a la competencia, y, por tanto, a la libertad de elección de los consumidores en el mercado (4).

### III. La reapertura del debate

Los Estados han desarrollado normas para crear las bases de una competencia sana. Sin embargo, en la visión del movimiento neoestructuralista, las figuras clásicas en esa materia no se ajustan a las necesidades actuales para la protección de los mercados.

En la actualidad, el vertiginoso crecimiento de las grandes empresas tecnológicas está generando gran interés de los Estados en adaptar las regulaciones para proteger sus mercados y este escenario ha resucitado el debate sobre cuál debe ser el alcance de su participación.

En Estados Unidos, durante el período inicial entre finales del siglo XIX y principios del siglo XX, la finalidad del conjunto de leyes antimonopolios estadounidenses respondía a finalidades diferentes a las que,

Desde su origen, la finalidad de las leyes de competencia ha sido el tema de discusión si sus normas deben ir más allá de la protección de los intereses de los consumidores o pueden sus leyes integrar otros propósitos.

Con el *antitrust question*, nombre dado a ese prolongado debate en el mencionado período, se deliberó principalmente en los Estados Unidos, quiénes deben ser los sujetos beneficiarios de la tutela de la libre y leal competencia.

Khan explica que la Escuela Chicago parece haber prevalecido en el sistema estadounidense (9). En la legislación dominicana de defensa a la competencia, como ocurre en las leyes de distintos países latinoamericanos, ese es también el criterio rector (10).

Con independencia de los avances tecnológicos, y, en consecuencia, los modelos de negocio de la organización industrial, las leyes de competencia suelen tener el proceso competitivo en sí, como el bien jurídico tutelado (11). Mientras que los beneficiarios únicos, normalmente recono-

orden público, promover y defender la competencia efectiva para incrementar la eficiencia económica en los mercados de bienes y servicios, a fin de generar beneficio y valor en favor de los consumidores y usuarios de estos bienes y servicios en el territorio nacional”.

(11) En la Unión Europea la meta de mercado único.

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) Artículo 19a [1].

(2) Ver LETWIN, William L., “The English common law concerning monopolies” de <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2832&context=ucprev> (Consultado el 25 de abril de 2022).

(3) Provee definición jurídica de la competencia.

(4) BEHRENS (2014), citado en “EU Competition

Law under Ordoliberalism, A case study of Excessive Pricing in Pharmaceutical Sector”, de Ngoc Nha Tinh Tran, p. 13. <https://mau.diva-portal.org/smash/get/diva2:1483789/FULLTEXT01.pdf> (Consultado el 25 de abril de 2022).

(5) KHAN, Lina M., “Amazon’s Antitrust Paradox”, *Journal de Universidad de Yale*, 2017, p. 739. [https://www.yalelawjournal.org/pdf/e.710.Khan.805\\_zuvfyeh.pdf](https://www.yalelawjournal.org/pdf/e.710.Khan.805_zuvfyeh.pdf) (Consultado el 25 de abril de 2022).

(6) “Reiter v. Sonotone Corp.”, 442 U.S. 330, 343 (1979), citado por KHAN, p. 739.

(7) Eleanor Fox, *Against Goals*, 81 *Fordham L. rev.* 2158, 2158 (2013), citada por KHAN, p. 740.

(8) *Ibid.*

(9) KHAN, ob. cit., p. 717.

(10) Ley núm. 42-08, General de Defensa a la Competencia de la República Dominicana, “Artículo 1. Objeto. La presente ley tiene por objeto, con carácter de

cidos, sea por estatutos de ley o por la jurisprudencia, son los consumidores, esto es, la legitimación del derecho a precios y calidad óptimos.

Sin embargo, a raíz de las grandes transformaciones derivadas del fenómeno expansivo de la globalización de la economía, acelerado por la Cuarta Revolución Industrial, el neoestructuralismo ha puesto de manifiesto que la visión conductual de la Escuela de Chicago es insuficiente para proteger efectivamente al consumidor. Más que eso, el movimiento estima que, en el largo plazo, el enfoque subvierte el desarrollo (12).

Es, por ello que la reforma alemana a su ley de competencia, es quizá la primera concreción de la visión revisionista del rol político-regulatorio en una jurisdicción de derecho escrito. El nuevo régimen de ley, cuenta con nuevos mecanismos identificatorios para controlar el desequilibrio que pueden generar ciertas actuaciones de corporaciones interesadas en acaparar la mayor cuota posible de su demanda en vista de su suprema dominancia.

Por un lado, la postura neoestructuralista “recomienda la adopción de medidas destinadas a disolver las empresas tecnológicas que tengan un dominio estructural. La disolución de las empresas tecnológicas dispersaría su poder económico y político, mejoraría la calidad y promovería la innovación. El apoyo a esta posición se basa esencialmente en las pruebas aportadas por los casos anti-monopolio del pasado” (13).

Khan se decanta por esa corriente con este examen: “He bosquejado en la historia para encontrar cómo la visión de la competencia basada en la estructura ha sido reemplazada por la teoría del precio y he explorado cómo este cambio ha jugado un rol en los cambios de la doctrina y la persecución. En general, la economía estructuralista descansa en la idea de que los mercados concentrados promueven conductas de modalidad anticompetitiva (14). Esta visión sostiene que los mercados dominados por un pequeño grupo de compañías grandes probablemente sean menos competitivos que los mercados poblados por muchas compañías pequeñas y medianas. Esto en vista de que: 1) Los mercados con estructuras monopólicas y oligopólicas permiten a los actores coordinar con mayor facilidad, y, en consecuencia, facilitar las conductas de fijación de precios, división de mercados y colusión tácita. 2) Las empresas monopólicas y oligopólicas pueden utilizar su dominancia existente para bloquear a los nuevos entrantes; y, 3) Las empresas monopólicas tienen un mayor poder de negociación contra los consumidores, los suplidores y los empleados, lo que permite subir precios y degradar la calidad de los servicios mientras mantienen ganancias” (15).

Del otro lado, los defensores del Bienestar de los Consumidores o *Consumer Welfare*, entienden que esta postura “en esencia cumple dos funciones muy diferentes e importantes. En primer lugar, deja claro que las proscripciones enunciadas en las normas antimonopolio se refieren a conductas que reducen o pueden reducir el bienestar económico y no pretenden evitar daños no económicos, como el daño al proceso político, o servir a otros objetivos sociales. En segundo lugar, el Bienestar de los Consumidores proporciona un criterio para guiar la formulación y la aplicación caso por caso de las normas específicas que

se utilizan para identificar la conducta anticompetitiva prohibida” (16) Robert H. Bork y Richard Posner de la Escuela de Chicago han representado la visión que Khan cuestiona en su citado ensayo.

A juicio de Nicolas Petit, profesor de Derecho de la Competencia en el Instituto Universitario Europeo de Florencia, en su obra publicada en el año 2020, titulada *Big Tech & the Digital Economy. The Moligopoly Scenario*, la postura del Bienestar de los Consumidores se aplica en los Estados Unidos en todos los ámbitos de la legislación antimonopolio desde finales de los años 70. En el caso *Reiter v Sonotone* del año 1979 (17), el Tribunal Supremo caracterizó la Ley Sherman como una “prescripción de bienestar del consumidor”.

El mismo autor sostiene, que, en la Unión Europea, el reconocimiento del Bienestar de los Consumidores como objetivo de la legislación antimonopolio ha sido más lento, pero la tendencia a basarse en la norma de esta postura es indiscutible (18).

#### IV. Vanguardia legislativa alemana

La República Federal Alemana ha asumido un papel de liderazgo dando un paso trascendental en la regulación económica de los Estados frente a los denominados gigantes tecnológicos, al aprobar el 9 de julio de 2021 una modificación a su Ley Contra las Restricciones de la Competencia.

Esa pieza legislativa incorpora interesantes novedades en la materia, incluyendo la creación de una nueva categoría denominada *Conductas Abusivas de Empresas de Importancia Suprema para la Competencia entre Mercados*, orientada a perseguir las distorsiones anticompetitivas que solo un gigante digital podría realizar. En su sección 19ª, se especifica que esa conducta tiene cinco elementos o requisitos de comprobación:

1. La empresa debe tener la posición dominante en varios mercados.
2. Contar con fortaleza financiera o con el acceso a otras fuentes.
3. Tener integración vertical y actividades relacionadas en otros mercados.
4. Tener acceso a datos relevantes de sus competidores.
5. Sus actividades deben tener relevancia en el acceso de las terceras partes al suministro y venta en el mercado e influir sobre los negocios de las terceras partes.

En caso de emitirse una declaración afirmativa contra una empresa que cumpla con esas características, el *Bundeskartellamt*, como autoridad alemana, responsable de la regulación de la competencia y de los derechos de los consumidores, puede prohibir a dicha empresa lo siguiente:

1. Favorecer sus propias ofertas frente a las ofertas de sus competidores al mediar en el acceso a los mercados de suministro y venta, en particular:
  - a) Presentar sus propias ofertas de forma más favorable;
  - b) Preinstalar exclusivamente sus propias ofertas en los dispositivos o integrarlas de

cualquier otro modo en las ofertas proporcionadas por la empresa.

2. Adoptar medidas que impidan a otras empresas realizar sus actividades comerciales en los mercados de suministro o de venta cuando las actividades de la empresa sean relevantes para acceder a dichos mercados, en particular:

- a) Adoptar medidas que den lugar a la preinstalación o integración exclusiva de las ofertas proporcionadas por la empresa;

- b) Impedir que otras empresas anuncien sus propias ofertas o lleguen a sus compradores a través de otros canales además de los proporcionados o mediados por la empresa, o dificultando que otras empresas lo hagan.

3. Obstaculizar directa o indirectamente a los competidores en un mercado en el que la empresa puede ampliar rápidamente su posición incluso sin ser dominante, en particular:

- a) Vincular la utilización de una oferta proporcionada por la empresa a la utilización automática de otra oferta proporcionada por la empresa que no es necesaria para la utilización de la primera oferta, sin dar al usuario de la oferta la posibilidad de elegir suficientemente si debe utilizar la otra oferta y cómo debe hacerlo;

- b) Condicionar el uso de una oferta, proporcionada por la empresa a la utilización de otra oferta proporcionada por la empresa.

4. Crear o aumentar sensiblemente las barreras de entrada al mercado o dificultar de otro modo a otras empresas mediante el tratamiento de datos relevantes para la competencia que hayan sido recogidos por la empresa, o exigir condiciones que permitan dicho tratamiento, en particular:

- a) Condicionar la utilización de los servicios a que el usuario acepte el tratamiento de los datos de otros servicios de la empresa o de un tercer proveedor sin dar al usuario la posibilidad de elegir suficientemente si se tratan dichos datos, cómo y con qué finalidad;

- b) El tratamiento de datos relevantes para la competencia recibidos de otras empresas para fines distintos de los necesarios para la prestación de sus propios servicios a estas empresas, sin dar a estas la posibilidad de elegir suficientemente si se tratan dichos datos, cómo y con qué finalidad.

5. Negar la interoperabilidad de los productos o servicios, o la portabilidad de los datos, o dificultarla, obstaculizando así la competencia.

6. Proporcionar a otras empresas información insuficiente sobre el alcance, la calidad o el éxito del servicio prestado o encargado, o dificultar de otro modo que dichas empresas evalúen el valor de este servicio.

7. Exigir beneficios por la gestión de las ofertas de otra empresa que sean desproporcionados con respecto a las razones de la demanda, en particular:

- a) Exigir la cesión de datos o derechos que no sean absolutamente necesarios para la presentación de estas ofertas;

- b) Condicionar la calidad en la que se presentan estas ofertas a la transferencia de datos o derechos que no son razonablemente necesarios para este fin.

#### V. Reflexiones finales

A pesar de que esa figura no hace referencia a mercados digitales, de la lectura de sus condiciones para ser declaradas *Conductas Abusivas de Empresas de Importancia Suprema para la Competencia entre Mercados* y por las consecuencias que conlleva esa declaración, es evidente que esa modificación legislativa fue creada para dirigirse principalmente a las GAFAM, que es el acrónimo ideado por la prensa para referirse a la vez a Google, Amazon, Facebook, Apple y Microsoft.

También se aplicaría a cualquier otra gigante digital que, en el futuro, a través de los desarrollos tecnológicos existentes o futuros, pueda desafiar el concepto tradicional de barrera de entrada proveniente del modelo legislativo conductual.

Preciso es recordar que la Unión Europea ha agotado procesos en contra de algunos de estos gigantes tecnológicos en materia antimonopolio; y, por citar un ejemplo, encontramos que, en el año 2018, la Comisión Europea impuso a Google una multa de cerca de 4,34 miles de millones de euros por prácticas ilegales en relación con los dispositivos móviles Android para reforzar la posición dominante del motor de búsqueda de Google (19).

Destacamos que estos procesos administrativos sancionadores fueron perseguidos en virtud de las disposiciones contenidas en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo que prohíben el abuso de posición dominante.

Ahora bien, la tendencia actual probablemente estará en seguir la novedosa referida legislación alemana, creando figuras dirigidas específicamente a los Mercados Digitales. En ese sentido, la Unión Europea aprobó en el mes de marzo del año 2022, el texto de la ley que busca sentar las bases para regular las actividades económicas de los denominados gigantes tecnológicos en procura de incentivar la innovación en los nuevos competidores, proteger los datos personales de los usuarios y defender la competencia en los mercados digitales.

En leyes de competencia como la dominicana este concepto jurídico de *Conductas Abusivas de Empresas de Importancia Suprema para la Competencia entre Mercados* no existe, mientras la definición de barrera de entrada difícilmente sea útil para recoger las posibilidades de bloqueo identificadas por el estatuto alemán.

Esta y otras reformas legislativas innovadoras de la reforma alemana invitan a profundizar un estudio sobre la posibilidad de adaptar estas soluciones al ordenamiento de las leyes latinoamericanas de competencia, especialmente las replicadas por la Unión Europea en su reciente reforma.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/1898/2022

(12) Ver Orden Ejecutiva para Promover la Competencia en la Economía Americana de la Administración Biden <https://mau.diva-portal.org/smash/get/diva2:1483789/FULLTEXT01.pdf> (Consultado el 25 de abril de 2022).

(13) PETIT, Nicolás, “Big Tech & the Digital Economy”. *The Moligopoly Scenario*, Oxford, 2020, p. 17.

(14) “Ver, por ejemplo, BAIN, Joe S., “Industrial Organization” (Segunda ed. 1968); TURNER, Donald F. - KAYSEN, Carl, “Antitrust policy: an economic and legal analysis” (1959), BAIN, Joe S., “Workable Competition in Oligopoly”: Theoretical Considerations and Some Empirical Evidence, 40 AM. Econ. Rev. 35, 36-38 (1950). Los institucionalistas, académicos que enfatizaron la impor-

tancia de las reglas y organizaciones sociales, estaban también influenciados por esa corriente Ver, por ejemplo, Commons, John R., “Legal foundations of capitalism (1924)” según cita de KHAN, ob. cit., p. 718.

(15) KHAN, ob. cit., p. 718.

(16) PETIT, Nicolás, ob. cit., p. 20.

(17) “Reiter v. Sonotone Corp.”, 442 U.S. 330

(1979), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/442/330/> (Consultado el 25 de abril de 2022).

(18) Ídem, p. 19.

(19) [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP\\_18\\_4581](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP_18_4581). (Consultado el 25 de abril de 2022).

Walter C. Schmidt

Viene de p. 1

## I. Introducción

Hemos mencionado anteriormente que el ordenamiento jurídico ha sido impactado por todos los avances tecnológicos que se han generado en los últimos trece años, lo que nos ha llevado a considerar la posibilidad de hablar de una recodificación del ordenamiento jurídico o de una digitalización del derecho que genera una reconceptualización de muchos de los institutos jurídicos a la luz de estos avances (1).

En este sentido, ha discutido la doctrina respecto de la firma digital y de la firma electrónica, su validez, vigencia, valor probatorio y su vinculación con los instrumentos particulares. Las posturas doctrinarias se dividen en una tesis amplia que acepta la validez de la firma electrónica y considera que un documento firmado electrónicamente, si luego es reconocida judicialmente la firma electrónica, el documento tendrá el mismo valor probatorio que un instrumento privado; mientras que la tesis restrictiva, sostenida por la doctrina mayoritaria (2), la justicia (3) e incluso normas administrativas (4) coinciden que un instrumento firmado electrónicamente es un instrumento particular no firmado.

Adhiriendo a la tesis restrictiva, hemos sostenido anteriormente que ambas corrientes doctrinarias no son antagónicas sino, más bien, complementarias puesto que la tesis amplia analiza a la firma desde el derecho probatorio mientras que la tesis restrictiva lo hace desde el derecho de fondo y a la luz de la teoría del acto jurídico por lo que los puntos de análisis se efectúan desde distintos ángulos.

El tema que hemos de desarrollar se refiere al art. 288 del Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) y al concepto de firma, pero desde otro ángulo. Nos importa analizar hoy, si una firma manuscrita en un dispositivo electrónico se considera o no una firma ológrafa. También nos proponemos analizar si es posible considerar firmado a un documento electrónico mediante esta clase de firma, en el caso que se la considere firma ológrafa.

## II. Ámbito de aplicación e impacto en diferentes institutos

Con la sanción de la ley 25.506 (5) —complementaria del Código Civil en anterior vigencia—, se incorpora al ordenamiento jurídico la noción de documento digital, firma digital, firma electrónica, y lo que es

aún más relevante: *la equiparación de los efectos jurídicos de la firma digital con la firma ológrafa* (art. 3º). Con el dictado de la ley 25.506 teníamos instrumentos públicos y privados, firmados ológrafamente, documentos electrónicos firmados con firma digital o con firma electrónica. Un documento electrónico era reconocido como instrumento privado cuando estuviera firmado electrónicamente o digitalmente (6). Es importante destacar que hasta la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, una firma electrónica era considerada firma y un documento firmado electrónicamente era un instrumento privado. Lo mencionamos porque al momento de analizar las posturas que aceptan que una firma manuscrita en un dispositivo electrónico es una firma ológrafa sostienen parcialmente su postura en la aceptación de una firma electrónica como firma, sin advertir que el Código Civil y Comercial de la Nación generó un cambio de criterio.

Actualmente se reconoce como firma —en el mundo analógico o en soporte papel o físico— a la firma ológrafa y en los documentos electrónicos se reconoce como firma a la firma digital. El ordenamiento reconoce la categoría de documentos en soporte papel o físico, y también reconoce al documento electrónico. Los documentos ya sean físicos o en soporte papel y los electrónicos que se encuentren firmados se considerarían instrumentos privados, mientras que los documentos que no se encuentren firmados se considerarían instrumentos particulares no firmados. En consecuencia, si se considera que un instrumento electrónico podría ser firmado ológrafamente y si una firma manuscrita en un dispositivo electrónico es considerada una firma ológrafa, todos los documentos electrónicos firmados mediante este procedimiento serían instrumentos privados. Mientras que si no se considerara a esta firma como una firma ológrafa sería un instrumento particular no firmado. La diferencia es sustancial no solo desde el punto de vista de la ubicación de esta clase de instrumentos dentro de la teoría del acto jurídico sino además del valor probatorio de esta. Por otra parte, desde el aspecto de la forma de los actos jurídicos, un instrumento firmado mediante este procedimiento podría carecer de la forma impuesta dependiendo la postura que se adopte.

Desde una visión notarial también reviste importancia su determinación como firma o no, ya que la actuación notarial de certificación de firmas podría darse si se considera a esta modalidad una firma ológrafa, ya que si no se considerara firma ológrafa el notario no podría certificar esa actuación como certificación de firmas. Podría llegar a certificar esa suscripción electrónica —si su normativa provincial le permite— como una certifi-

cación diferente a la certificación de firmas, dejando en claro a la sociedad que la actuación no implica una certificación de firmas sino una actuación diferente.

En virtud de lo mencionado para poder avanzar en el análisis de la viabilidad o no de considerar a la firma manuscrita en un dispositivo electrónico como una firma ológrafa, es necesario analizar:

-Método de interpretación de la norma en virtud del impacto tecnológico en el ordenamiento jurídico.

-El ámbito de aplicación normativo de la firma ológrafa y la firma digital mediante lo establecido en el art. 288 del CCCN.

-El concepto de firma ológrafa y sus características de personalísima, inescindible, intransmisible y original.

-El concepto de documento electrónico.

-El concepto de firma digital, junto al carácter de exclusividad y la crítica por su escindibilidad.

-La firma manuscrita estampada en un dispositivo electrónico.

## III. Método de interpretación de la norma en virtud del impacto tecnológico en el ordenamiento jurídico (7)

Enseña Ricardo Lorenzetti que el Título Preliminar es concebido como una *puerta de entrada al Código Civil y Comercial* y también al resto del sistema jurídico (8). Todos sus artículos presentan un gran significado *valorativo*; por ello un título preliminar presenta una notable utilidad en el campo de la interpretación jurídica —o criterio de argumentación jurídica razonable—.

El nuevo cuerpo legal “distingue el derecho de la ley”, y es este un cambio esencial respecto de toda la tradición jurídica anterior (9). De ahí entonces que desde los fundamentos esgrimidos por la Comisión Redactora, se asuma que “hay que distinguir entre derecho como sistema y la ley, que es una fuente, principal, pero no la única” (10).

Es posible interpretar algún vocablo que ofrezca dudas debido a su vaguedad, de su ambigüedad, de la textura abierta que este proyecta. Lo que no es posible de ninguna manera, es hacer decir a la ley lo que la ley no dice. La coherencia (art. 2º), la razonabilidad (art. 3º), la prudencia (art. 1725) y la responsabilidad (art. 1708), el deber de información (art. 1100) y el consentimiento informado (arts. 58 y 59) son las características esenciales del derecho en la actualidad, normativizadas en el *Código Civil y Comercial*

*de la Nación* y sobre estas bases se deberá interpretar la viabilidad o no de la aplicación de nuevas herramientas tecnológicas en el ordenamiento jurídico, pero en todos los casos, además, la interpretación del lenguaje tiene que ser *pro homine*, porque no puede utilizarse la excusa de la interpretación para generar instituciones que ya consolidadas en la ley, son claras tanto en sus definiciones como en sus alcances (11).

## IV. Código Civil y Comercial

El art. 288 del CCCN establece el concepto de firma: “La firma prueba la autoría de la declaración de voluntad expresada en el texto al cual corresponde. Debe consistir en el nombre del firmante o en un signo.

”En los instrumentos generados por medios electrónicos, el requisito de la firma de una persona queda satisfecho si se utiliza una firma digital, que asegure indubitablemente la autoría e integridad del instrumento”.

El artículo plantea dos escenarios con dos ámbitos de aplicación diferentes, cada uno de ellos separados y evidenciados en la redacción de este (12).

Un primer escenario circunscripto a los documentos en soporte físico en el cual la declaración de voluntad de una persona se prueba mediante la firma ológrafa.

Un segundo escenario circunscripto a los documentos electrónicos donde, aplicando el principio de equivalencia, solamente una firma digital equivale a una firma ológrafa.

La aplicación de la firma manuscrita en un dispositivo electrónico se encuentra dentro de los documentos electrónicos, por lo que en este ámbito solo sería aceptable la utilización de la firma digital para invocar el principio de equivalencia funcional.

Se sostiene, y estamos de acuerdo, que este artículo es producto de una expresa y clara postura adoptada por el legislador para no reconocer a otra tecnología que no sea la tecnología criptográfica asimétrica o de clave pública, denominada en nuestra legislación como firma digital, como la única tecnología asimilable a la firma ológrafa. Se fundamenta esta opinión en que el artículo del Código Civil y Comercial de la Nación reconoce su fuente en el art. 266 del Anteproyecto de Unificación del Código Civil y Comercial de la Nación del año 1998 (13) que establecía que “...el requisito de la firma de una persona queda satisfecho si se utiliza *un método* para identificarla; y ese método asegura razonablemente la autoría e inalterabilidad del instrumento”. Al cambiar “un método” por el texto “una firma digital” adoptó claramente una posición.

### Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) COSOLA, Sebastián J. - SCHMIDT, Walter C., “Desafíos jurídicos del mundo digital La reelaboración del derecho civil y la actuación notarial”, Ed. Júpiter, *Academia Nacional del Notariado*, LXXVI Seminario Laureano Moreira, noviembre 2018.

(2) GRANERO, Horacio, “Validez —o no— de los documentos electrónicos sin firma digital en el Código Civil y Comercial de la Nación” eDial.com - DC1FAD. Publicado el 25/08/2015. BENAVENTE, María Isabel, comentario al artículo 288 en [http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC\\_Comentado\\_Tomo\\_1%20\(arts.%201%20a%20400\).pdf](http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC_Comentado_Tomo_1%20(arts.%201%20a%20400).pdf) Último acceso 27/01/2020. LAMBER, Néstor D., “Los bienes digitales en la herencia”, Cita Online: TR LALEY AR/DOC/1495/2019. También en “Reconocimiento automático de validez y eficacia del documento electrónico por la interoperabilidad en los sistemas de gestión documental de los poderes del Estado”, ADLA, 19/01/2020. Cita Online: TR LALEY AR/DOC/2768/2019. BRANCIFORTE, Fernando O., “Las nuevas tecnologías y el derecho”, LA LEY, 2019-D, 794, TR LALEY AR/DOC/2232/2019. Ver también 33 Jornadas Notariales Argentinas, cele-

bradas en Bariloche el 20-22 de septiembre de 2018, Conclusiones del Tema 1. <http://colegionotariarn.org/rionegro/wp-content/uploads/2018/09/Conclusiones-Final-Tema-1-JNA-2018.pdf>. Último acceso 26/01/2020. Y 41 Jornadas Notariales Bonaerenses, celebradas en Tandil el 2-5-2019. Despacho Tema 1, punto 3. <http://www.jnb.org.ar/41/images/41-despachos/41JNB-DESPACHO-T1.pdf>. Último acceso 26/10/2021. SCBA, Resolución 2135 del 24/10/2018. Ver también Fallo CCiv. y Com. de Azul, Sala II, 01/10/2018, “Giammatolo, Nilda Gladys c. Sanatorio Azul SA s/ daños y perjuicios”, Rubinzal Online; 63142 RCJ81111/18. QUADRI, Gabriel H., “Reglamento para presentaciones por medios electrónicos. Indefiniciones y vaivenes en el sendero hacia el expediente digital”. LA LEY, LLBA, 2018 (abril), 5. Cita Online: TR LALEY AR/DOC/659/2018. MORA, Santiago J., “Análisis de las disposiciones sobre firmas digitales, firmas electrónicas y documentos digitales en el acceso al crédito y la inclusión financiera. Varios aciertos y un desacierto”. Sup. Esp. - Decreto de desburocratización y simplificación 2018 (febrero), 28/02/2018, 205. Cita Online: TR LALEY AR/DOC/412/2018.

(3) Juzgado Nacional de 1ra. Instancia en lo Comercial nº

23,14/02/2020, “Wenance SA c. Gamboa, Sonia Alejandra s/ ejecutivo”. Cita Online: TR LALEY AR/JUR/135/2020. Fallo “Wenance SA c. Melgarejo, Sandra”. Juzgado Nacional de 1era. Instancia en lo Comercial 24,13/02/2020.

(4) Resolución General 17/2020 de fecha 22 de abril de 2020 correspondiente a la Inspección General de Justicia por la cual manifiesta que todas aquellas SAS que hayan sido firmadas electrónicamente tienen un plazo de 90 días para subsanar el error de la falta de firma.

(5) Sancionada el 14 de noviembre de 2001 y promulgada de hecho el 11 de diciembre de 2001. Boletín Oficial del 14 de diciembre de 2001

(6) Así lo hemos expresado en IV Foro Internacional celebrado en New Orleans entre el 27 y 30 de mayo de 2008 sobre notaría electrónica, apostillas electrónicas y evidencia digital, organizado por la *National Notary Association*, la Unión Internacional del Notariado Latino y la Convención de La Haya.

(7) Para ampliar este tema: COSOLA, Sebastián J., “El título preliminar del Código Civil y Comercial de la Nación y la función notarial (tesis sobre la argumentación notarial del derecho)”, RN nº 982, La Plata, 2016, ps. 745-782.

(8) Cfr. LORENZETTI, Ricardo L., “Título preliminar”, en Lorenzetti, Ricardo L. (Director), *Código Civil y Comercial de La Nación Comentado*, t. I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, p. 25.

(9) *Ibidem*.

(10) *Ibidem*.

(11) COSOLA, Sebastián J. - SCHMIDT, Walter C., “El Derecho y la Tecnología”, Thomson Reuters, La Ley, Buenos Aires, 2021, Tomo I, Parte General, p. 177.

(12) ABDELNABE VILA, María Carolina, “Naturaleza jurídica de la firma digitalizada”. Sup. Esp. LegalTech 2018 (noviembre), 05/11/2018. Cita Online: TR LALEY AR/DOC/2370/2018.

(13) El artículo decía “La firma prueba la declaración de voluntad expresada en el texto al cual corresponde. Debe ser manuscrita y consistir en el nombre del firmante, o en un signo, escritos del modo en que habitualmente lo hace a tal efecto. En los instrumentos generados por medios electrónicos, el requisito de la firma de una persona queda satisfecho si se utiliza un método para identificarla; y ese método asegura razonablemente la autoría e inalterabilidad del instrumento”.

Siguiendo esta línea de pensamiento y delimitando el ámbito de aplicación de las firmas a escenarios diferentes creemos que no es posible aplicar el concepto de firma ológrafa en los documentos electrónicos, por lo menos, hasta tanto no haya una modificación normativa que así lo habilite. Todo ello sin perjuicio de analizar si la firma manuscrita en un dispositivo electrónico puede considerarse firma ológrafa.

### V. Concepto de firma ológrafa

Desde la pericia documentológica se estudia y se menciona que el acto de escribir en forma manuscrita y por ende firmar es extremadamente complejo en el que confluyen tres elementos principales para la realización de este como son: Cuerpo, alma y soporte sobre el cual se escribe y firma (14). El acto de la escritura es fruto del estado anímico y somático de quien lo realiza y es por ello por lo que cada escrito tiene una fisonomía distinta una de la otra aun perteneciendo a la misma persona. Parafraseando a Heráclito en su concepción de cambio, así como no es posible bañarnos dos veces en el mismo río, la persona que firma en un momento determinado nunca será la misma que firme más temprano o más tarde ya que el ser humano siempre se ve afectado por factores internos y externos que lo condicionan y lo definen para ese momento determinado (15).

En virtud de ello y a pesar de que la firma ológrafa es la firma puesta de puño y letra de una persona y puede ser el modo habitual que tiene esa persona de escribir su nombre y apellido con la finalidad de manifestar su voluntad de adhesión al texto que suscribe (16), esa firma es única e irrepitible. Las distintas veces que esa persona vuelva a firmar la hará en forma distinta.

Sin embargo, esa firma mantendrá ciertos caracteres gráficos propios del firmante que hacen que en una pericia se determine que esas diferentes firmas pertenecen a una misma persona (17). Comprender que a pesar de que una firma ológrafa pueda pertenecer a la misma persona, siempre una va a ser distinta a la otra en virtud de lo expresado, hace al carácter de originalidad, unicidad e irrepitibilidad que tiene la firma ológrafa, así como también la vinculación de la firma con el texto suscripto. Características que debemos de ver si es posible mantener en la firma manuscrita escrita en un dispositivo electrónico.

La firma ológrafa posee las siguientes características:

#### Manifestación de la individualidad de la persona

-*Exclusiva y personalísima.* Porque refiere a esa única persona que ha adoptado dicha forma.

-*Expresión de la voluntad.* La manera en la que se firma debe representar la manifes-

tación de su individualidad para expresar la adhesión a algo.

-*Inescindible.* La firma ológrafa solo procede del individuo que suscribe y por lo tanto es intransmisible (18).

La firma ológrafa, como declaración de voluntad del texto sobre el cual se presta, se estampa en este por lo cual tiene la característica de la inmediatez de la declaración y del texto al cual accede dicha declaración. Se podría decir que dicha declaración es inescindible del texto sobre la cual se ha estampado. El carácter de inescindibilidad tiene dos vertientes:

1. Vista desde la propia persona por cuanto no es posible separar a la firma del firmante (19), y

2. Vista a partir de la necesidad de analizar la inmediatez y la imprescindible vinculación del texto a firmar con la firma (20).

Es importante destacar esta característica ya que en el caso de la firma manuscrita estampada en un dispositivo electrónico no se estampa directamente al final del texto sobre el cual se presta su consentimiento y adhesión, sino que se estampa en forma separada y tecnológicamente se las vincula, por lo que no cumpliría con el principio de inmediatez.

-*Original y única para ese momento.* No hay una firma igual a otra, aunque sea la misma persona. Cada firma representa el estado de ánimo de la persona en el mismo momento que la está realizando y ese estado es único e irrepitible.

### VI. El concepto de documento electrónico

El documento electrónico es el creado en un ordenador, conformado por un conjunto de campos magnéticos, que son grabados en un soporte informático que permite su posterior reproducción (21). Desde este se proyecta la materialización de una representación ordenada que respeta un código determinado, que, decodificado, se traduce a un formato que es comprensible a simple vista (22). En nuestro país, la Ley de Firma Digital 25.506/2001 otorga validez y eficacia jurídica tanto a los documentos electrónicos, como a la firma electrónica y a la firma digital. A nivel jurisprudencial, no existen dudas en reconocer que, a partir de la sanción de la ley en referencia, *los documentos electrónicos conforman un medio de prueba documental que reconocen suficiente y acabado sustento normativo* (23).

### VII. El concepto de firma digital, junto al carácter de exclusividad y la crítica por su escindibilidad

Podríamos definir a la *firma digital* como un conjunto de datos asociados a un mensaje digital que permite garantizar la identidad del firmante y la integridad del mensaje.

La ley 25.506 en su art. 2º define a la firma digital como "... al resultado de aplicar a un

documento digital un procedimiento matemático que requiere información de exclusivo conocimiento del firmante, encontrándose esta bajo su absoluto control..." Es muy importante aclarar que en virtud del principio de equivalencia funcional de la firma digital con la firma ológrafa, la ley exige y requiere del titular de la firma digital que la clave privada de la persona esté bajo el absoluto control del titular, lo que define además la característica de exclusividad de la firma digital (24), carácter que también se repite en la firma ológrafa y que pareciera repetirse en la firma manuscrita en un dispositivo electrónico, pero que a partir de la posible captura y guarda de la firma en un dispositivo electrónico ajeno al titular de la firma por lo menos debe ponerse en duda el cumplimiento de esta característica.

La firma digital en un documento también posee el carácter de única para ese documento. Esta característica de unicidad se obtiene a raíz de la función *hash* de un documento. Al igual que en la firma ológrafa la firma digital posee esta característica de original y de inescindible en su segunda vertiente, es decir que la firma digital no puede separarse del documento al cual accede, característica que podría no cumplir la firma manuscrita en un dispositivo electrónico a raíz de la posible captura, guarda y réplica de la firma en otros instrumentos.

Desde el notariado se ha resaltado la relevante importancia que significa la diferencia existente entre el carácter de escindibilidad de la firma digital y el carácter de inescindibilidad de la firma ológrafa (25). A partir de esta diferencia y en virtud de la escindibilidad de la firma digital en todas las leyes que regulan esta tecnología surge la presunción legal de que toda firma digital pertenece al titular del certificado digital (26). Como veremos, la firma manuscrita en un dispositivo electrónico no cumple con el carácter de inescindibilidad, en sus dos vertientes, que posee la firma ológrafa ya que es posible separar a la firma de la persona mediante la captura y guarda de esta en el dispositivo electrónico, como tampoco se cumple que la firma se realiza al final del texto que se pretende firmar, sino que se hace en un dispositivo separado que luego, mediante el *software*, supuestamente (27) se inserta la firma en el texto sobre el cual se prestó a declaración de voluntad.

### VIII. La firma manuscrita estampada en un dispositivo electrónico

La firma manuscrita en un dispositivo electrónico —denominado *pad* de firma— posee distintas denominaciones. Algunos de los autores la identifican como "firma digitalizada" (28), "firma electrónica escrita" (29) "firma con lápiz óptico en pizarra electrónica" (30), "firmas manuscritas electrónicas" (31) o "firmas manuscritas digitalizadas" (32). Independientemente de la denominación que cada uno adopte nos referimos al producto resultante del proce-

dimiento tecnológico mediante el cual una firma manuscrita es capturada a medida que se va firmando a través del uso de un *hardware* y *software* específico.

A diferencia de los escáner —que trabajan sobre una imagen estática— esta tecnología lo hace a medida que el trazo de la persona se va realizando.

Un estudio pormenorizado de la temática exigiría el desarrollo y la comparación de las diferentes características de las tecnologías existentes para la captura de la firma ya que es de suma importancia para la realización de una pericia. Sin embargo, para el objeto de estudio del presente trabajo no nos obstaculiza dejar a un lado su consideración (33).

La tecnología intenta colaborar en varios procesos para la suscripción de documentos, aunque no persiga una valoración jurídica similar a sus documentos en el mundo analógico o incluso un principio de equivalencia funcional. Solo intenta crear y, a veces, acelerar algunos procesos que físicamente eran complejos o incluso obligaban a archivos papelizados difícil de administrar. La digitalización de muchos de los procesos, junto a las bondades que significa el manejo de bases de datos y la interoperabilidad de estas exigen de algunas modificaciones al proceso físico para que digitalmente se intente acercar a un resultado similar en cuanto a valoración jurídica, pero sin alcanzar una equivalencia funcional.

El procedimiento para la suscripción de un documento mediante esta tecnología es el siguiente: Una persona lee un documento en una pantalla y al momento de proceder a la firma del documento se le acerca un dispositivo sobre el cual debe de firmar. Pero este dispositivo que se le acerca a la persona es diferente ya sea en *hardware* y/o *software*. La persona que ha de estampar su firma manuscrita lo hace sobre un *pad* que va a registrar su firma, pero no lo hace debajo del documento. Tecnológicamente se vincularía la captura de la firma al documento leído pero ese procedimiento es transparente para el firmante, es decir, el firmante no firma abajo del documento, sino que lo hace en un dispositivo que luego se vincularía con el documento previamente leído y sobre el cual ese firmante quiere prestar su conformidad y adhesión (34).

En virtud de ello, creemos que no hay intermediación entre la firma y el documento sino intermediación entre ambos. En este punto la firma manuscrita puesta en un dispositivo electrónico no cumpliría con el carácter de inescindibilidad de la firma ológrafa, en su segunda vertiente de análisis antes realizado.

El mundo tecnológico se maneja con distintas reglas a las del mundo analógico. Muchos de los problemas que existen en este no se replican en aquel, mientras que la tecnología nos plantea distintos, diversos y diferentes desafíos que no eran posible

(14) LOPEZ, Hernán O., "Firma electrónica escrita ¿Es útil para el estudio comparativo?", Revista "La justicia en manos de la Ciencia", Skopein número 3, marzo 2014.

(15) *Ibidem*.

(16) RIVERA, Julio César - CROVI, Luis Daniel, "Derecho Civil y Comercial". Julio C. Rivera y Graciela Medina (Directos). Abeledo Perrot, Buenos Aires, Parte General, 2017.

(17) LÓPEZ, Hernán O., "Firma electrónica escrita...", ob. cit.

(18) PÉREZ, Eduardo A., "Instrumentos electrónicos: ¿Es equivalente la firma digital a la firma ológrafa certificada?". ADLA, 2020-1. Cita Online: TR LALEY AR/DOC/3954/2019.

(19) *Ibidem*.

(20) No desconocemos la posibilidad de la firma del documento firmado en blanco conforme lo establece el art. 315 del CCCN, sin embargo, una cosa es la manifes-

ción de voluntad que surge al firmar un texto en blanco y otra muy diferente es la que surge de querer prestar conformidad a un texto específico y puntual.

(21) Cfr. BIELLI, Gastón E. - ORDOÑEZ, Carlos J., "La prueba electrónica", Thomson Reuters-La Ley, Buenos Aires, 2019, p. 56.

(22) *Ibidem*.

(23) *Ídem*, p. 57.

(24) CLARA, Bibiana Luz, "Firma electrónica y documento electrónico", Nova Tesis, Rosario, 2006, p. 38.

(25) RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, "Firma y documento electrónicos", Ensayos de Actualidad de Escritura Pública, Consejo General del Notariado, Madrid, 2004. GARCÍA MAS, Francisco Javier, "Regreso al futuro: seguridad jurídica y nuevas tecnologías". *El Blockchain y otras cuestiones digitales. La función notarial*. Revista Jurídica del Notariado Número 106, Madrid, 2018 ps. 153-238.

(26) FALBO, Santiago - DI CASTELNUOVO, Franco, "Nuevas tecnologías aplicadas a la función notarial", Di Lalla, 2019, p. 78.

(27) Decimos supuestamente porque al ser la inserción en forma informática, cabe la posibilidad que la misma se inserte en otro texto y no sobre el cual se quiso adherir mediante la declaración de voluntad. Hay que tener en cuenta que en la suscripción de estos documentos puede no haber ninguna autoridad que controle la válida vinculación entre firma y texto.

(28) ALTERINI, Ignacio E. - ALTERINI, Francisco J., "El instrumento ante las nuevas tecnologías". Quid de la firma digitalizada. La Ley 05/08/2020, 05/08/2020. Cita Online: TR LALEY AR/DOC/2392/2020.

(29) LOPEZ, Hernán O., "Firma electrónica escrita...", ob. cit.

(30) CAMARA LARGO, Antonio Octavio, "La firma

de contratos en pizarra digital como firma manuscrita". <https://vlex.es/vid/firma-pizarra-digital-manuscrita-468242194>.

(31) <https://www.viafirma.com/faq/es/firma-digitalizada-o-biometrica/>

(32) ANGUIANO JIMENEZ, José María, "Validez probatoria de las firmas manuscritas digitalizadas", Diario La Ley número 50, Sección Ciberderechos, 10/05/2021. *Wolters Kluwer*.

(33) Para ampliar sobre las diferentes características que terminan siendo de importancia en la pericia ver LOPEZ, Hernán O., "Firma electrónica escrita...", ob. cit.

(34) GARCÍA, Angélica, "Los peligros de firmar en una pantalla". <https://lasotrasnoticias.com/peligros-firmar-pantalla/>.

imaginar en el escenario físico o analógico. En este caso la firma manuscrita estampada en un dispositivo electrónico puede ser susceptible de ser capturada por el *software* del dispositivo sobre el cual se firma y, a partir de su captura, puede ser replicable en otros documentos como si el firmante los hubiese firmado, algo imposible en el mundo analógico o físico. Es por ello por lo que creemos que esta característica de originalidad y única para ese momento, podría verse vulnerado.

En el caso de la firma digital, el propio concepto de firma digital y la ley 25.506 exige del titular del certificado digital que para el uso de este se requiera información de exclusivo conocimiento del firmante, encontrándose incluso bajo su absoluto control (35). La exigencia del absoluto control y dominio del poseedor de la clave deviene a partir de la presunción legal de autría y el principio de equivalencia de esta tecnología con la firma ológrafa. Esta exigencia normativa en el caso de una firma manuscrita realizada en un dispositivo electrónico no se cumple desde el momento que la firma puede ser capturada por el dispositivo y luego reproducida permanentemente con los riesgos que ello conlleva en una equivalencia a la firma ológrafa por cuanto será el trazo, la grafía, presión de la lapicera, rapidez y demás elementos ya que es la firma del firmante.

En virtud de ello, si la firma manuscrita estampada en un dispositivo electrónico puede ser capturada por un dispositivo y luego ser replicada tantas veces se quiera en otros instrumentos, con la particularidad que una pericia caligráfica de esta dará por válida y suscripto por la persona dicho instrumento, esta tecnología podría no cumplir con el carácter de original de la firma.

El riesgo de tomar esa firma como ológrafa por crear instrumentos privados que luego pueden dejar desprotegida a las personas, lo que nos hace dudar de la equivalencia de ambas firmas.

#### IX. Diferentes posturas doctrinarias

La doctrina nacional e internacional se encuentra dividida entre aquellos que sostienen que una firma estampada en un dispositivo electrónico sería una firma ológrafa, y aquellos que sostienen que no lo es. Con las diferencias normativas de diferentes ordenamientos jurídicos y tratando de enunciar ambas posiciones, enunciaremos cada una de ellas para luego dar nuestra posición.

#### X. Posturas a favor

En el ámbito nacional se ha sostenido que teniendo en cuenta que una de las formas de la manifestación de la voluntad es la escrita y que el Código no distingue el soporte sobre el cual puede darse la misma, esas consideraciones pueden trasladarse y aplicarse a la firma manuscrita en soporte electrónico. Por lo tanto, si esta modalidad de firma no deja de ser escrita es considerada ológrafa (36). De esta forma afirman que "...lo concluyente para que la firma se califique como ológrafa o manuscrita es que se lleve a cabo 'por la mano' de su otorgante —de acuerdo con la fraseología del art. 2477, CCCN—, sin que sea relevante el soporte donde ella se con-

crete. En consecuencia, ya sea que se trate de una especie u de otra, los efectos son los mismos" (37).

Asimismo, dicha postura sostiene que diferentes normas antes y después del dictado del Código Civil y Comercial de la Nación han habilitado el uso de esta modalidad de firma. En este sentido, mencionan el dec. 1501/2009 que autorizó "la utilización de tecnologías digitales en la identificación de los ciudadanos nacionales y extranjeros como así también en la emisión del Documento Nacional de Identidad"; así como también el dec. 261/2011 le confirió eficacia a la firma digitalizada del titular [art. 8º, inc. e)] para la expedición del "Pasaporte Ordinario para Argentinos, el Documento de Viaje para Apátridas o Refugiados y el Pasaporte Excepcional para Extranjeros". Si bien es correcta la argumentación no hay que olvidar que en esos momentos regía plenamente la ley 25.506 donde la firma electrónica era considerada firma y cualquier instrumento firmado electrónicamente era un instrumento privado.

Sostiene esta postura también que la ley 27.444 sobre "Simplificación y desburocratización para el desarrollo productivo de la Nación", sustituyó el art. 6º de ley 25.065 de "Tarjetas de créditos"; a los arts. 8º, 14, 27, 33, 76 y 101 del dec.-ley 5965/1963 sobre "Letras de Cambio y Pagarés"; a los arts. 2º, 14, 52 y 54 del Anexo I de la "Ley 24.452 de Cheques"; donde se incluyó en sus respectivos ámbitos de funcionamiento la siguiente fórmula: "Si el instrumento fuese generado por medios electrónicos, el requisito de la firma quedará satisfecho si se utiliza cualquier método que asegure indubitablemente la exteriorización de la voluntad (...) y la integridad del instrumento".

Concluyendo que "del plexo normativo aludido se advierte que lo que busca el legislador es que el 'método' para llenar el requisito de la firma de los instrumentos electrónicos asegure razonablemente la autría e integridad del instrumento, sin necesidad de que la firma sea ineludiblemente una digital, en el sentido técnico de la ley 25.506" (38).

En el ámbito internacional se ha sostenido que la firma "...es el mismo gesto humano indisoluble del firmante el que produce la firma (...). La sentencia de 30 de julio de 1996 (rec. 3876/1992) reconoce expresamente que las firmas enviadas por *fax* son firmas manuscritas con todos sus efectos, y lo hace extensivo *obiter dicta* a otros medios como el télex o el correo electrónico. Dado que el *fax* no hace otra cosa que digitalizar la firma para luego transmitirla telemáticamente, no parece que haya motivo alguno para hacer distinción en el caso que nos ocupa, en el que la firma también se digitaliza, pero queda vinculada a otro documento electrónico (en vez de al papel de impresión del *fax* receptor) (...) La estampación de la firma en pizarra electrónica es firma manuscrita en cuanto que solo puede hacerse con la propia mano y que necesariamente requiere la presencia del firmante (...). Dado, además, la gran utilidad probatoria de la firma autógrafa, nada debe impedirnos considerarla, como tal, aunque sea estampada con lápiz óptico" (39).

#### XI. Posturas en contra

En el ámbito nacional se sostiene que "...la segunda parte del art. 288 del Cód. Civ. y Com. indica que en los documentos generados por medios electrónicos (tal podría ser el caso del documento en el cual se coloca la firma utilizando un *sign pad*) el requisito de firma se considerará cumplido, si se utiliza una firma digital. Por tal motivo, y siendo que la firma colocada utilizando un *sign pad* no es una firma digital (...) el referido documento electrónico podría ser interpretado como un documento no firmado. (...) el mencionado precepto legal exige para los documentos electrónicos la firma digital para dar por satisfecho el requisito de firma, poniendo foco de esta forma en el sustrato material en que se plasma la firma sin otorgarle trascendencia jurídica a si la firma es ológrafa o enteramente electrónica (...). Así, por aplicación del principio fijado en el propio Cód. Civ. y Com. (art. 2º) 'la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras' y dado que 'la inconsecuencia del legislador no se presume' podría sostenerse que en los documentos electrónicos para que se consideren firmados se requiere que se utilice una firma digital (40).

"En los comentarios al artículo 288 del Código Civil y Comercial de la Nación se sostiene que 'la parte final del artículo se refiere a la firma digital utilizada en los instrumentos generados por medios electrónicos' (41), como así también y en el mismo sentido se ha mencionado en otro comentario al mismo artículo que 'la última parte se refiere a la firma en los instrumentos generados por medios electrónicos; para esos casos establece que el requisito de la firma queda satisfecho si se utiliza la firma digital en los términos que establece la ley 25.506' (42).

"Otros autores si bien no han tratado el tema en forma específica dejan traslucir que identifican a estas firmas manuscritas realizadas en soporte un dispositivo electrónico como firmas electrónicas al mencionar que 'la Ley 27.444 trata de establecer una serie de excepciones especiales para el comercio electrónico, como en el contrato de tarjeta de crédito, admitiendo la firma digitalizada (*sign pad*), y, para los títulos cartulares y cheque electrónico, la opción entre la firma electrónica que asegure indubitablemente la autría e integridad y la digital, pero no da una satisfactoria solución a la dificultad de determinar cuándo una firma electrónica es lo suficientemente avanzada para satisfacer tales características..." (43).

En el ámbito internacional en posturas que no consideran a esta modalidad de firma como una firma ológrafa se sostiene que "es evidente que una firma realizada sobre una tableta o terminal digitalizadora no es una firma original o de las llamadas de 'puño y letra' por ser la que puede hallarse sobre un documento en soporte papel, simplemente (es) una reconstrucción digital de la estampada sobre la digitalizadora" (44).

Otros autores remarcan el carácter escindible de la firma realizada en un dispositivo electrónico para negarle identidad de ológrafa y sostienen que "...la firma podría invalidarse al no ser explícita ni implementarse directamente y de puño y letra en el documento. El sistema actual, con todas las me-

didias de seguridad que puedan implantarse, no deja de ser un 'corta y pega' electrónico de la firma, que además no se ha realizado sobre un soporte fijo y permanente, sino que se ha realizado sobre una plataforma que simplemente es un reflejo de esta" (45).

Desde un análisis legal de la normativa europea se sostiene que si una firma se realiza en una tableta gráfica o la pantalla táctil como la de un dispositivo móvil, pero solo se captura el trazo —habitualmente es la firma que se realiza con él—, sería una firma electrónica simple, con débil capacidad probatoria, mientras que si la firma se realiza en una tableta gráfica capturando y almacenando más de un datos biométrico (trazo, velocidad, presión), en virtud de la seguridad tecnológica empleada algunos sostienen que se podría considerar como una firma electrónica avanzada (46), aunque existe cierta jurisprudencia le ha negado ese carácter (47) pero no ológrafa.

#### XII. Nuestra posición

Durante el desarrollo del trabajo se puede apreciar que somos contestes con aquellas posturas que sostienen que no es posible considerar a la firma manuscrita en dispositivo electrónico como una firma ológrafa por las razones anteriormente expuestas por otros autores, así como algunas más que hemos de agregar, lo que nos llevan a ratificar nuestra postura.

Los argumentos por los cuales sostenemos nuestra posición pueden resumirse en los siguientes puntos:

1. El art. 288 del Código Civil y Comercial de la Nación que sostiene: "La firma prueba la autría de la declaración de voluntad expresada en el texto al cual corresponde. Debe consistir en el nombre del firmante o en un signo.

"En los instrumentos generados por medios electrónicos, el requisito de la firma de una persona queda satisfecho si se utiliza una firma digital, que asegure indubitablemente la autría e integridad del instrumento".

El artículo consta de dos párrafos, lo cual evidencia una primera distinción respecto de la aplicabilidad del concepto de firma siendo coherente con la adopción y reconocimientos de diferentes clases de documentos que se pueden dar en la actualidad, los documentos en soporte físico o en soporte papel y documentos en soporte intangibles como los documentos electrónicos. El primer párrafo del artículo se refiere a la función de la firma, donde claramente alude a la firma ológrafa y circunscribe su ámbito de aplicación a los documentos en soporte físico, siendo el más utilizado el soporte papel. Mientras que en el segundo párrafo, menciona que dentro del ámbito de los documentos electrónicos solo se admite la firma digital como principio de equivalencia a la firma ológrafa.

Teniendo en cuenta que los documentos con firma manuscrita mediante un dispositivo electrónico es un documento electrónico, *creemos que no es posible la asimilación de una firma manuscrita en dispositivo electrónico a la firma ológrafa ni considerar a los documentos electrónicos suscriptos mediante*

(35) Artículo 2 de la Ley 25.506.

(36) ALTERINI, Ignacio E. - ALTERINI, Francisco J., "El instrumento ante las nuevas tecnologías. Quid de la firma digitalizada...", ob. cit.

(37) *Ibidem*.

(38) *Ibidem*.

(39) CAMARA LARGO, Antonio Octavio, "La firma de contratos en pizarra digital como firma manuscrita", ob. cit.

(40) ABDELNABE VILA, María Carolina, "Naturaleza

jurídica de la firma digitalizada", ob. cit.

(41) RIVERA, Julio César, "Código Civil y Comercial de la Nación comentado", ps. 660-661.

(42) BENAVENTE, María Isabel, "Código Civil y Comercial Comentado", Directs. Marisa Herrera, Gustavo Caramelo y Sebastián Picasso. [http://www.saij.gov.ar/docs/f/codigo-comentado/CCyC\\_Comentado\\_Tomo\\_I%20\(arts.%201%20a%20400\).pdf](http://www.saij.gov.ar/docs/f/codigo-comentado/CCyC_Comentado_Tomo_I%20(arts.%201%20a%20400).pdf), p. 469.

(43) LAMBER, Néstor Daniel, "Una adecuada distinción entre la firma electrónica y digital y el rol funcional

de la forma en sus aspectos probatorio y de titularización". Revista del Notariado 937. <http://www.revista-notariado.org.ar/2020/06/una-adeuada-distincion-entre-la-forma-electronica-y-digital-y-el-rol-funcional-de-la-forma-en-sus-aspectos-probatorio-y-de-titularizacion/>.

(44) BUIXEDA, Josep Juan, "Proyecto Ofipol y firmas en tabletas digitalizadoras". <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5580778>. Último acceso 20/11/2021.

(45) GALLO, Gontzal, "Validez jurídica de una firma en tableta". Entre Códigos Civil y Androides. <https://gontzalgallo.com/2013/07/10/validez-juridica-de-una-firma-en-tableta/>. Último acceso 20/11/2021.

(46) Aspectos legales de la firma digitalizada con captura biométrica. <https://www.viafirma.com/faq/es/firma-digitalizada-o-biometrica/>

(47) Sentencia de la Audiencia Provincia de Lleida, España, número 74 del 29 de enero de 2021.

este mecanismo como instrumentos firmados.

Entendemos que esta primera apreciación de inaplicabilidad de esta clase de firma deviene de una interpretación de la norma en la que se puede o no coincidir con esta. Suponiendo que no se aceptara la interpretación realizada sobre el art. 288 del CCCN, debemos analizar la posibilidad de considerar a la firma manuscrita en un dispositivo electrónico como firma ológrafa o no. Para ello es necesario desmembrar el concepto y la función de la firma ológrafa y compararlo con el de la firma estampada en un dispositivo electrónico.

2. Hemos dicho que una de las características de la firma es su inescindibilidad del texto al cual accede. El propio texto del art. 288 sostiene esta interpretación cuando dice: “La firma prueba la autoría de la declaración de voluntad expresada en el texto al cual corresponde...” Lo importante no es la firma en sí, sino el contenido al cual se asocia esa manifestación de la voluntad (48). En virtud de ello la firma tiene una necesaria vinculación con el texto del cual se pretende expresar la declaración de voluntad. Esta inmediatez con el texto y el carácter de inescindibilidad con este debería de ser una condición necesaria para tratar de sostener que la firma manuscrita en un dispositivo electrónico es una firma ológrafa.

Sin embargo, como hemos mencionado, esto no ocurre en el momento de la suscripción del documento mediante una firma manuscrita en dispositivo electrónico. En esta modalidad, la persona que ha de estampar su firma manuscrita lo hace sobre un dispositivo electrónico —que es un *pad*, un móvil o una *Tablet*— cuya función es la de capturar y registrar su firma, pero no lo hace debajo del documento, sino que lo hace en forma separada. Posterior y tecnológicamente se vincula la firma al documento.

En virtud de ello el procedimiento que se utiliza para firmar un documento mediante una firma manuscrita en un dispositivo electrónico no cumple con las características de inescindibilidad de la firma con el documento, ni tampoco con la inmediatez de la firma con el texto ya que la firma es “colocada” en el instrumento. Este último no es firmado, sino que se firma en un lugar separado del instrumento y posteriormente se inserta la firma en el documento. La vinculación se da tecnológicamente. (Adviértase que esto no se da en los documentos firmados digitalmente donde la firma digital se estampa directamente sobre el documento). Por ello creemos que no es posible la asimilación de una firma manuscrita en dispositivo electrónico a la firma ológrafa.

3. Otra de las características de la firma ológrafa es su originalidad. Cada firma representa el estado de ánimo de la persona en el mismo momento que la está realizando, siendo ese estado único e irreplicable cada firma que haga una persona siempre va a ser diferente a la otra. Esta característica de originalidad debería de ser una condición necesaria para tratar de sostener que la firma manuscrita en un dispositivo electrónico es una firma ológrafa.

Sin embargo, la firma manuscrita estampada en un dispositivo electrónico es susceptible de ser capturada y guardada por el *software* del dispositivo sobre el cual se fir-

ma y, a partir de su captura y guarda, puede ser replicable en otros documentos como si el firmante los hubiese firmado. Es por ello por lo que creemos que esta característica de originalidad y única para ese momento, podría verse vulnerada, y de acuerdo a los argumentos vertidos al desarrollar esta clase de firmas en dispositivo electrónico, nos lleva a considerar que no es posible la asimilación de una firma manuscrita en dispositivo electrónico a la firma ológrafa.

4. Desde una visión pericial la firma manuscrita en soporte digital, a pesar de que algunos aspectos de las firmas no se pueden periciar (49), ello no obsta a la posibilidad de realizar una pericia válida (50). Creemos que no es posible sostener una asimilación a la firma ológrafa solo porque la firma es de puño y letra de la persona y es posible periciarla. Si bien la visión del perito calígrafo se circunscribe a analizar la posibilidad de periciar la firma, el análisis para considerar a esta clase de firma como una firma ológrafa es mucho más amplio, abarcativo y exige una apreciación holística de las características de la firma ológrafa en el mundo físico y las características y propiedades que posee la firma manuscrita en un dispositivo electrónico. La posibilidad de capturar una firma con los signos visibles e invisibles que cada una de ellas posee y poder replicarla en otros instrumentos con la certeza absoluta que una pericia dará por válida esa firma aun cuando el titular de la firma nunca lo hubiese firmado y, más aún, desconociese la existencia de ese instrumento, nos parece cuanto menos peligroso.

No debemos dejar de advertir que recientes investigaciones de la *University College London* (51) permiten la posibilidad de replicar la escritura humana mediante *software*, lo que plantea un cierto y serio riesgo de comenzar a tener circulando documentos falsos escritos mediante *software* que emulen la escritura manuscrita. “El *software* en sí es simplemente un avance tecnológico más. Sin embargo, si combinamos este programa informático con un sistema de impresión en tres dimensiones armado de un bolígrafo, podría convertirse en una herramienta perfecta para realizar falsificaciones. La firma manuscrita era el último nivel de credibilidad en un documento, pero parece que ésta también podría ponerse en duda” (52). Teniendo en cuenta lo dicho y conforme lo expresado al inicio del presente trabajo sobre el método de interpretación de la norma en virtud del impacto tecnológico en el ordenamiento jurídico, creemos que debemos aplicar la coherencia, la razonabilidad, la prudencia y la responsabilidad como características esenciales del derecho en la actualidad, y sostener que una firma manuscrita en un dispositivo electrónico no puede ser considerada una firma ológrafa.

En favor de la validez de la consideración de la firma en un dispositivo electrónico como firma ológrafa se sostiene que la ley 27.444 sustituyó el inc. 6 del art. 2º del Anexo 1 de la ley 24.452 “Ley de Cheques”. En virtud de la reforma la postura que acepta que la firma en un dispositivo electrónico es una firma ológrafa sostiene que el legislador ha ido flexibilizando su postura tratando de buscar alternativas para llenar el requisito de la firma de los instrumentos electrónicos sin necesidad de que la firma sea ineludiblemente una digital, en el sentido técnico de la ley 24.452.

De nuestro lado creemos que es cierto que el legislador ha ido flexibilizando algunas posturas respecto de la exigencia de firma en ciertas y puntuales contrataciones. El ejemplo de la ley 24.452 de “Cheque” para nosotros justamente ratifica la postura que considera que una firma en un dispositivo electrónico no es considerada firma. Desarrollando la fundamentación debemos mencionar que el texto antiguo del art. 2º del anexo I de la ley 24.452 decía: “Artículo 2: El cheque común debe contener: ...6. La firma del librador. Sólo se podrán utilizar sistemas electrónicos o de reproducción cuando expresamente lo autorice el Banco Central de la República Argentina”.

Si se sostiene la postura que la firma ológrafa es posible aplicarla en los documentos electrónicos —en contra de lo que sostenemos porque nosotros decimos que en los documentos electrónicos solo se considera firma una firma digital— y que una firma manuscrita en un dispositivo electrónico es una firma ológrafa, no hubiese sido necesario la modificación del articulado puesto que una firma en un dispositivo electrónico alcanzaba para ser considerado firma ológrafa y considerar al cheque electrónico como firmado.

Sin embargo, el artículo fue modificado y la modificación de este actualmente sostiene: “La firma del librador. Si el instrumento fuese generado por medios electrónicos, el requisito de la firma quedará satisfecho si se utiliza cualquier método que asegure indubitablemente la exteriorización de la voluntad del librador y la integridad del instrumento. *El Banco Central de la República Argentina autorizará el uso de sistemas electrónicos de reproducción de firmas o sus sustitutos para el libramiento de cheques, en la medida que su implementación asegure la confiabilidad de la operación de emisión y autenticación en su conjunto, de acuerdo con la reglamentación que el mismo determine*”.

Creemos que la modificación del artículo implica un doble reconocimiento:

-Los documentos electrónicos solo pueden firmarse con una firma digital.

-Reconocimiento normativo donde la firma manuscrita en un dispositivo o el sistema electrónico de reproducción de firma no se considera firma ológrafa.

En virtud de ello debió modificar el artículo y adoptar una solución más flexible para la celebración de esta clase de contratos a la luz de lo establecido en el art. 288 del CCCN, por lo que consideramos que lo establecido en la ley 24.452 de cheques solo es válido para esta clase de instrumentos, pero no es posible ampliar ni extender por analogía esa solución al resto del ordenamiento jurídico.

Con igual argumentación que en la Ley de Cheque, la postura que sostiene favorablemente la adopción de la firma en un dispositivo electrónico como firma ológrafa sostiene que se modificó el art. 6º, inc. k) de la ley 25.065 de “Tarjetas de créditos”, por el siguiente texto: “Artículo 6: Contenido del contrato de emisión de Tarjeta de Crédito. El contrato de emisión de Tarjeta de Crédito debe contener los siguientes requisitos: ... k) Firma del titular y de personal apoderado de la empresa emisora. Si el instrumento fuese generado por medios electrónicos,

el requisito de la firma quedará satisfecho si se utiliza cualquier método que asegure indubitablemente la exteriorización de la voluntad de las partes y la integridad del instrumento”.

Creemos, al igual que en la Ley de Cheques, que este ejemplo de la ley 25.065 de “Tarjeta de Créditos” ratifica nuevamente la postura que considera que una firma en un dispositivo electrónico no es considerada firma. Argumentando la fundamentación debemos mencionar que el texto antiguo art. 6º, inc. k) de la ley 25.065 decía: “Artículo 6º - Contenido del contrato de emisión de Tarjeta de Crédito. El contrato de emisión de Tarjeta de Crédito debe contener los siguientes requisitos: ...k) Firma del titular y de personal apoderado de la empresa emisora”.

Si se considerara que una firma manuscrita en un dispositivo electrónico es una firma ológrafa, no hubiese sido necesario la modificación del articulado puesto que una firma en un dispositivo electrónico alcanzaba para ser considerado firma ológrafa y considerar al contrato electrónico como firmado.

Lo mismo podríamos decir en la modificación de los arts. 8º, 14, 27, 33, 76 y 101 del dec.-ley 5965/1963 sobre “Letras de Cambio y Pagarés”. En todos ellos se incluyó en sus respectivos ámbitos de funcionamiento la siguiente fórmula: “Si el instrumento fuese generado por medios electrónicos, el requisito de la firma quedará satisfecho si se utiliza cualquier método que asegure indubitablemente la exteriorización de la voluntad (...) y la integridad del instrumento”.

Creemos que, en todos los casos expresados, queda claro que el legislador coincide con la primera interpretación que hemos realizado del art. 288 del CCCN cuando se menciona que en los instrumentos generados por medios electrónicos el requisito de la firma de una persona queda satisfecho si se utiliza una firma digital. Si el legislador quería dar una solución más amplia, adoptando un método que asegure indubitablemente la exteriorización de la voluntad y la integridad del instrumento, lo lógico hubiese sido que se hubiera modificado el art. 288 del CCCN y no una normativa puntual, especial y específica que delimita el campo de aplicación solamente al instrumento o contrato específico (53).

### XIII. Conclusión

En el presente trabajo se presentan dos análisis que pueden llegar a ser excluyentes.

El primer análisis y conclusión surge a partir del ámbito de aplicación del concepto de firma dentro de los dos escenarios que se nos plantea en el art. 288.

Así hemos concluido que este artículo establece dos ámbitos de aplicación diferentes dependientes el soporte de los actos jurídicos. Cuando se realicen en el ámbito analógico será aplicable la firma ológrafa, mientras que cuando los actos se realicen mediante documentos electrónicos solamente se considerará firmado si se lo hace mediante una firma digital.

Si aceptamos esta interpretación, sería indiferente que una firma manuscrita en dispositivo electrónico se considerara o no firma ológrafa puesto que no tendría aptitud legal

(48) GALLO, Gontzal, “Validez jurídica de una firma en tableta”. Entre Códigos Civil y Androides. <https://gontzalgallo.com/2013/07/10/validez-juridica-de-una-firma-en-tableta/>. Último acceso 20/11/2021.

(49) Algunas de las dificultades al momento de periciar una firma en un dispositivo electrónico, de acuerdo a un estudio comparativo realizado, son las siguientes: 1)- Punto final en el primer tiempo de ejecución; 2)- Im-

posibilidad de determinar rasgos de puntos de ataque y rasgos finales de puntos y rasgos supletorios; 3)- En los casos de firmas de gran tamaño el escaso espacio del sensor para desarrollar la firma termina deformándola; 4)- Imposibilidad de determinar rasgos de presión excesiva al ejecutar la firma. LÓPEZ, Hernán O., “Firma electrónica escrita...”, ob. cit.

(50) *Ibidem*.

(51) Los científicos han creado “My Text in Your Handwriting”, un programa que examina semiautomáticamente una muestra de la escritura a mano de una persona, que puede ser pequeña como un párrafo, y genera nuevo texto diciendo lo que el usuario desee, como si el autor lo hubiera escrito. Un trabajo de investigación de ACM Transactions on Graphics. Equipo formado por el Dr. Tom Haines, Oisín Mac Aodha y Gabriel Brostow.

<https://www.ucl.ac.uk/news/2016/aug/new-computer-programme-replicates-handwriting>.

(52) Citando a MAEZTU, David, “Falsificación de firmas una nueva amenaza jurídica”. <https://www.expansion.com/juridico/actualidad-tendencias/2016/09/20/57e16aef22601d1c168b4629.html>.

(53) Cfr. ABDELNABE VILA, María Carolina, “Naturaleza jurídica de la firma digitalizada”, ob. cit.

para considerar a esos documentos como firmados.

Para el caso que no se acepte la interpretación del art. 288 en cuanto a los dos escenarios de aplicación, debemos avanzar en la consideración de la posibilidad de considerar a una firma manuscrita en un dispositivo electrónico como firma ológrafa. Teniendo en cuenta lo expresado en el desarrollo del trabajo y visto que:

-No es posible separar a la firma ológrafa del firmante por su carácter de inescindibilidad, *esta cualidad puede que no se cumpla con la firma manuscrita estampada en un*

dispositivo electrónico ya que esta clase de firma es susceptible de ser capturada y guardada mediante el *software*.

-En la firma ológrafa lo importante no es la firma en sí, sino el contenido al cual se asocia esa manifestación de la voluntad y la imprescindible inmediatez y vinculación de la firma con el texto a firmar, *esta cualidad tampoco se cumple con la firma manuscrita estampada en un dispositivo electrónico ya que no se firma al final del documento, sino que se firma en un ambiente separado, realizándose luego la vinculación tecnológicamente mediante software*.

-La firma ológrafa es única para ese acto ya que cada firma representa el estado de ánimo de la persona en el mismo momento que la está realizando, siendo ese estado único e irrepetible. *La posibilidad de captura guarda y reproducción de la firma manuscrita en un dispositivo electrónico hace que no sea posible cumplir cabalmente con el carácter de originalidad que tiene la firma ológrafa*.

-Que la modificación de la Ley de Cheques cuando se habla de "...el uso de sistemas electrónicos de reproducción de firmas o sus sustitutos para el libramiento de cheques..." implica el reconocimiento que los documen-

tos electrónicos solo pueden firmarse con una firma digital como así también un reconocimiento normativo donde la firma manuscrita en un dispositivo electrónico o el sistema electrónico de reproducción de firma no se considera firma ológrafa ya que si así se lo considerara no hubiese necesitado de ese reconocimiento legal como una firma electrónica.

*Por ello concluimos que no es posible considerar a una firma manuscrita en un dispositivo electrónico como firma ológrafa.*

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/1899/2022

## Puntos de vista

# Blockchain, transparencia y propiedad intelectual



Michelle Azuaje Pirela

Doctora en Derecho, Universidad Autónoma de Chile. Máster en Derecho de la Empresa, Universidad de Alcalá. Abogada, Universidad del Zulia. Coordinadora del Instituto de Investigación en Derecho, Universidad Autónoma de Chile. Coordinadora de Propiedad Intelectual, Universidad Autónoma de Chile. Directora del Grupo de Investigación en Inteligencia Artificial y Derecho: [www.iaderecho.cl](http://www.iaderecho.cl). Este artículo se adscribe al proyecto ANID Fondecyt de Postdoctorado 2021, N° 3210519, "Transparencia algorítmica y propiedad intelectual: propuestas para Chile".

**SUMARIO:** I. Introducción.— II. Blockchain, transparencia y propiedad intelectual.— III. El libro blanco de la OMPI: Una guía completa sobre blockchain y propiedad intelectual.— IV. Conclusiones.

### I. Introducción

Las "tecnologías digitales emergentes", son tecnologías innovadoras con respecto a otras "tradicionales" ya consolidadas, pero que no han alcanzado su máximo nivel de madurez, por lo que se encuentran aún en vías de desarrollo. Desde las perspectivas de la innovación muchas de ellas son al mismo tiempo "disruptivas" o "perturbadoras", en el sentido de que provocan una ruptura en la trayectoria de lo que estaba en uso; porque "no están sostenidas por los mismos conocimientos en los que se apoya la antes dominante, sino que su trayectoria tecnológica parte de un paradigma diferente" (1).

Aunque no siempre queda claro cuántas y cuáles son, hoy en día se refieren especial —pero no exclusivamente— a la Inteligencia Artificial (IA); Internet de las cosas (IoT); Internet de los servicios (IoS); Internet de los cuerpos (IoB); y Blockchain (2). En esta oportunidad, nos referiremos a "blockchain" o cadena de bloques una de las tecnologías emergentes de mayor auge en la Cuarta Revolución Industrial.

En términos sencillos, blockchain es "una base de datos o red de registro de información digital abierta que permite anotar transacciones y hacer su seguimiento, y que, además puede intercambiarse y verificarse en una red entre particulares" (3).

En efecto, uno de sus caracteres disruptivos radica en que ofrece un mecanismo de recopilación de las transacciones realizadas que cualquiera puede ver y verificar. Dichas transacciones se agrupan en

bloques de información encriptada (4) que es distribuida en una red de usuarios descentralizada; por eso frecuentemente se le describe como un mecanismo para "crear confianza".

Tal confianza se funda, por una parte, en que facilita la "transparencia" dado que la información que se distribuye entre todos los usuarios es esta y la autenticidad se logra por consenso, (es decir, todos validan la cadena de bloques); y, por otra parte, en la disponibilidad. Blockchain es una base de datos "distribuida", lo que significa que existen múltiples bases de datos relacionadas, pero situadas en diferentes espacios geográficos; de manera que un usuario puede acceder a cualquiera de los datos de dicha red como si la almacenara de forma local. Además, para almacenar la información se utiliza un sistema de bloques y un sellado de tiempo que implican que, una vez creado y guardado el bloque ya no se puede alterar (5).

Aunque sus principales usos se encuentran en el mundo financiero (es la tecnología base de las criptomonedas como el Bitcoin y el Ethereum) en la actualidad tiene múltiples aplicaciones debido a que sus características han suscitado gran interés entre diversas organizaciones de los sectores público y privado. En efecto, en los últimos años su uso ha aumentado significativamente afectando la forma en la que operan las empresas, y esto, a su vez, ha modificado numerosos aspectos relacionados con la innovación y la creatividad. Por eso comenzaron a explorarse sus aplicaciones e impactos en los ecosistemas de Propiedad Intelectual (en adelante "PI").

### II. Blockchain, transparencia y propiedad intelectual

Sintetizando lo dicho se observa que blockchain es una innovación tecnológica esencialmente segura que sirve para autenticar activos en un ambiente en el cual no hay un ente centralizado y en donde los mismos usuarios se convierten en validadores y "garantes" de la autenticidad de las transacciones. Esto es particularmente interesante para la PI al ser el campo relacionado por excelencia con la tecnología, la innovación, los activos intangibles y su protección.

La tecnología blockchain se vislumbra como una alternativa transparente para la protección de activos de PI en el entorno digital, entre otras cosas, porque ofrece grandes oportunidades, especialmente como medio de prueba de paternidad, autenticidad y origen (para saber quién creó, qué y cuándo); para el registro y gestión de los derechos; control y seguimiento de la distribución de los derechos de PI (registrados o no); para la prueba del uso real y efectivo de las marcas en el comercio (o incluso de su primer uso comercial); para la gestión electrónica de los derechos; para la autenticación y determinación del origen en los procesos de detección o recuperación de mercancías falsificadas, robadas y de importación paralela (control de procedencias), contratos inteligentes, entre otros (6).

Su creciente auge se debe en general a que muchos la consideran "inmutable" y "prácticamente inviolable" porque es muy complejo modificar su contenido en forma fraudulenta (7). Así, blockchain se percibe

como una tecnología que ha venido a certificar de forma fehaciente y transparente el recorrido de la información y los activos digitales desde su origen hasta su destino.

Sin embargo, a la hora de evaluar su implementación no debe perderse de vista que en ocasiones existe un optimismo "exagerado" en torno a blockchain (8) y que su seguridad eventualmente puede verse afectada, por ejemplo, por factores tales como la evolución de nuevas herramientas (9). Y, adicionalmente, que —aunque ciertamente es muy complejo—, pueden existir riesgos relacionados con debilidades en la seguridad de los dispositivos, las redes o las aplicaciones (software), ciberataques, entre otros, que podrían derivar en la pérdida de los activos (10).

Además, considerando que todavía existe mucha confusión, vacíos normativos y desconocimiento es importante evaluar si esta tecnología es realmente la más adecuada frente a determinados contextos o situaciones. Piénsese, por ejemplo, que, aunque una de sus características mejor valoradas se relaciona con que los sellos o certificados generados por blockchain no son emitidos por autoridades (lo que disminuye trámites porque como se ha dicho esta tecnología es descentralizada y se basa en la idea de que no existan intermediarios), desde otro punto de vista esa misma característica puede ser un problema porque podría cuestionarse su validez como medio de prueba en un litigio.

De esta forma, antes de su implementación, como mínimo, es importante entender cómo funciona, cómo puede afectar a una organización, cuáles pueden ser las

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) DOSI, G. (1982). "Technological paradigms and technological trajectories". *Research Policy* 11(3), pp. 147-162. doi: 10.1016/0048-7333(82)90016-6; FERNÁNDEZ, E. - VALLE, S. (2018). "Tecnología disruptiva: la derrota de las empresas establecidas". *Innovar*, 28(70), 9-22. <https://doi.org/10.15446/innovar.v28n70.74404>.

(2) Sin embargo, existen otras estrechamente relacionadas que, aunque no se consideran en este trabajo revisten interés para la PI, tales como las identidades digitales, los contratos inteligentes, las criptomonedas y tokenización; biotecnología, robótica, la impresión

3D/4D, computación cuántica, el 5G, entre otros. LILLÀ MONTAGNANI, M. (2021). "The Interface Between Intellectual Property and Information Technology Law", en *Handbook on Intellectual Property Research*. Irene Calboli - Maria Lillà Montagnani (ed.). *Oxford University Press*. DOI: 10.1093/oso/9780198826743.003.0011; p. 52.

(3) BARRIO ANDRÉS, M. (2020). "Fundamentos del Derecho de Internet". Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; Segunda Edición, pp. 139-143.

(4) Esta función consiste en un algoritmo matemático para almacenar los datos y metadatos de una transacción, compleja y única. Es decir, un conjunto de da-

tos tendrá un único código criptográfico o "hash" y una marca temporal del momento en que se crea.

(5) GARCÍA, V. (2022). "Blockchain, Bitcoin y Ethereum. Una aproximación sencilla y clara a la tecnología que revolucionará el mundo". Madrid: publicación independiente; p. 21.

(6) CLARK, B. (2018). "La tecnología de la cadena de bloques y el Derecho de propiedad intelectual: ¿una pareja perfecta en el criptoespacio?" *Revista de la OMPI* N° 1/2018. Recuperado de: [https://www.wipo.int/wipo\\_magazine/es/2018/01/article\\_0005.html](https://www.wipo.int/wipo_magazine/es/2018/01/article_0005.html).

(7) En ese sentido se expresa, por ejemplo, a MORALES BARROSO, J. (2018). "¿Qué es blockchain?" en *Crip-*

toderecho: la regulación de Blockchain. García Mexía, P. (Dir.). Wolters Kluwer España. <https://elibro.uautonomacl.eologim.com/es/lc/uautonoma/titulos/107187>.

(8) SOBRINO, W. (2020). "Contratos, neurociencias e inteligencia artificial". Buenos Aires: Thomson Reuters-La Ley; p. 258.

(9) BARRIO ANDRÉS, M. (2020). "Fundamentos del Derecho de Internet". Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; segunda edición, pp. 139-143.

(10) GARCÍA MEXÍA, P. - MORALES BARROSO, J. (2020). "Cryptoregulation in a Nutshell. The Basics of Blockchain and Blockchain Regulation". Madrid: Wolters Kluwer; pp. 55-56.

mejores soluciones adaptadas a sus operaciones o a ciertos contextos; y cómo hacer seguimiento a las transacciones y activos a través de ella.

Para apoyar este proceso, producto de diversas actividades (que incluyeron entre otros, seminarios, encuestas y análisis de diversos expertos) (11) en marzo de 2022, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual “OMPI” dio a conocer la versión final de su reporte “Blockchain technologies and IP ecosystems: A WIPO white paper” que busca, por una parte, explorar las oportunidades y desafíos que presentan las tecnologías de *blockchain* para los ecosistemas de PI; y, por otra parte, servir de guía en la identificación de “los desafíos y cuestiones que deben abordarse para determinar la viabilidad y la rentabilidad de utilizar estas tecnologías en beneficio de todas las partes interesadas en la propiedad intelectual” (12).

### III. El libro blanco de la OMPI: Una guía completa sobre *blockchain* y propiedad intelectual

Este *White Paper* consta de 189 páginas que se estructuran a partir de un *resumen ejecutivo*, cuatro *secciones* y cuatro *anexos*. En las *secciones 1 y 2*, se explican los aspectos generales de la “Cuarta Revolución

Industrial” y la nueva “economía digital” haciendo énfasis en su relación con *blockchain*. En ese sentido, entre los aspectos más relevantes se ofrecen algunas definiciones básicas, se explican las características de *blockchain*, su origen, impactos, usos y aplicaciones; y se da cuenta de algunos proyectos, iniciativas y directrices que han llevado a cabo organizaciones internacionales y regionales en este campo.

Por su parte, la *sección 3* se dedica al análisis de posibles casos de uso de *blockchain* específicamente en los ecosistemas de PI. A este respecto, se explican los desafíos y oportunidades del uso potencial de dichas aplicaciones en cuatro áreas: Desde la perspectiva de los derechos de propiedad industrial, derecho de autor y derechos conexos; así como desde la perspectiva de la protección de datos y el acceso de los derechos de PI.

De máximo interés resulta la *sección 4* porque contiene los aspectos regulatorios y algunas consideraciones que deben evaluarse para determinar la viabilidad de la implantación de la tecnología *blockchain*. En ella se explica que a pesar de su gran auge no es conveniente utilizar estas tecnologías sin un análisis previo o simplemente por “imitar a otros”, señalando que los aspectos más importantes que deben tenerse

en cuenta son: Interoperabilidad, estandarización, gobernanza y marco normativo (13). En la misma sección, se presentan algunas orientaciones y recomendaciones sobre cómo realizar tal evaluación.

En la última sección relativa a los anexos se ofrece una visión general de los ecosistemas de PI y sus cadenas de valor; se presentan los resultados de una encuesta realizada para recopilar información del sector que sirvió de apoyo para la redacción del documento; se incluye un repositorio detallado de posibles casos de uso de *blockchain* específicamente para el ecosistema de la PI; y, por último, una explicación de cómo la tecnología *blockchain* podría servir de herramienta para solucionar el problema de la identificación de un actor o un participante en los ecosistemas de PI a nivel mundial.

### IV. Conclusiones

De forma similar a lo que ha ocurrido con otras tecnologías emergentes como la IA, *Blockchain* tiene un gran potencial para transformar diversos campos de la sociedad actual que van más allá del sector financiero en el cual tuvo su origen. En ese contexto, algunas de sus características se vislumbran como oportunidades para mejorar la gestión y protección de los activos

intangibles, y, por tanto, para mejorar el sistema de PI.

En particular, sus características de transparencia e inmutabilidad hacen que exista una gran confianza en ella en cuanto a que se le percibe como un mecanismo adecuado y eficaz para anotar transacciones y hacer su seguimiento, y que, además puede intercambiarse y verificarse en una red entre particulares. Pero precisamente por su carácter descentralizado existen algunos desafíos a considerar, por ejemplo, los relacionados con los vacíos normativos que restarían su eficacia probatoria. En ese sentido, es deseable que existan soluciones legislativas estandarizadas al respecto.

De esta forma, pese a sus incontables beneficios, adoptar soluciones de *blockchain* requiere de un análisis previo. En ese sentido, el Libro Blanco de la OMPI sobre tecnologías *blockchain* y ecosistemas de propiedad intelectual se ofrece como un valioso aporte sirve de guía para facilitar la comprensión, y, por tanto, la gestión de los riesgos y el aprovechamiento de las oportunidades a la hora de tomar decisiones sobre la implementación de tecnologías *blockchain* en el contexto de los ecosistemas de PI.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/1900/2022

(11) Algunos de ellos pueden revisarse en: [https://www.wipo.int/meetings/en/details.jsp?meeting\\_id=66030](https://www.wipo.int/meetings/en/details.jsp?meeting_id=66030).

(12) El texto completo puede descargarse en inglés en:

<https://www.wipo.int/cws/en/blockchain-and-ip.html>.

(13) En ese sentido, en la página 50 del citado documento, se hace énfasis en que para que la tecnología despliegue todo su potencial debe garantizarse la intero-

perabilidad, para lo cual se requiere desarrollar normas técnicas comunes en las diferentes capas del sistema (como la aplicación, plataforma, datos y capas de seguridad/red). Explicando que, aunque en la actualidad, exis-

ten varias iniciativas de estandarización relacionadas con características específicas de *blockchain*, por el momento, el sector se basa en soluciones definidas por el mercado.

# Un ensayo de librepensamiento: Avances tecnológicos y derecho civil

## Lo que el viento no podrá llevarse



Arturo Caumont

Excatadrático (Profesor Titular Grado 5 Efectivo por Concurso) de Derecho Civil II (Obligaciones) y de Derecho Civil III (Contratos) de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República (Uruguay). Académico de Número Fundador de la Academia Nacional de Derecho de Uruguay. Académico Correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (Argentina). Miembro Honorario de la Academia Mexicana de Derecho Juan Velásquez A.C.

Como ha ocurrido desde siempre con la presencia del hombre en el Planeta y su impronta hacedora, determinada por su lucha en pos de existir con calidad de vida según las circunstancias, los avances en el campo tecnológico han sido constantes. De ello es demostración plena la observación empírica reflexiva (*res ipsa loquitur*) mediante la cual es posible detectar a través del tiempo —y no sin marchas y contramarchas— un estado de progresión enraizado en el afán humano de superar obstáculos en virtud del cual se hace acto, la transformación de la realidad para el aseguramiento y mejora de la existencia.

Es en este sentido que la actividad tecnológica ha transcurrido, conducida por el objetivo de facilitación de los medios de consecución y logro de incrementar la calidad de vida de las personas y con el propósito de suministrarles las herramientas, utensilios y medios para el mejor y más eficiente desarrollo de sus posibilidades y facultades.

Ello se ha traducido en la constante creación de los medios tecnológicos con los que la ciencia ha posibilitado convertir en acto real la creatividad latente en los seres humanos; y con la cual se han provocado,

a lo largo del tiempo, transformaciones profundas que bien pueden ser calificadas como avances, debido a su valioso carácter.

La tecnología concebida en esos términos axiológicos de valor en cuyo contexto es susceptible de enmarcarse, esto es, en términos positivos y enaltecidos porque sus logros se utilizan para el bien de la humanidad y no en función de satisfacer intereses espurios, egoístas y por consiguiente dañinos, resulta ser causación de admirables resultados que contribuyen de sobremanera a conferir calidad de vida en bienestar inmaterial y material, generando en los individuos un estado de bienvenida felicidad que les permite desarrollar su potencial de aptitudes de manera cabal y plena, multiplicando en términos exponenciales la capacidad de desarrollar transformaciones que a su vez retroalimentan más capacidades y aptitudes transformativas asegurando la evolución valiosa de la especie.

Por cierto, que en este aspecto debe considerarse el vocablo “avance” en su contenido significacional positivo, es decir, valioso y no negativo puesto que en general y en sede tecnológica, en especial, es susceptible de acontecer una vicisitud de avance en relación con el acaecimiento de un nuevo estadio en un determinado proceso, pero ese nuevo posicionamiento en

realidad configura un estado negativo, no plausible y, por consiguiente, un paradójico retroceso.

De manera tal que, en este ensayo se considera avance el que alcance a provocar una mejora respecto del estado de situación, inmediatamente anterior al de su nacimiento o génesis. Y por consiguiente no se concibe como tal un cambio de situación solo por el mero hecho de ser una vicisitud diferenciada del estado anterior de cosas sin aportar ninguna consecuencia valiosa en absoluto y tomando en especial cuenta, como se expresará *infra*, que todo cambio —aun valioso— puede generar de manera eventual consecuencias disvaliosas para determinados individuos o grupos.

Sin dudas, el hombre ha aplicado su condición de portador de racionalidad en términos de inteligencia, concebida esta como la aptitud de resolver problemas no previamente presentados a su respecto para obtener réditos susceptibles de considerarse valiosos y provocar de esa manera, progresos en el interminable camino de transformaciones en que el avance se sostiene y se desarrolla como tal.

De los innumerables pasos concretados, en ese sentido y dirección, resalto por ejemplo, el espectacular logro consistente en

la creación de una realidad virtual que por medio de hologramas configurados por imágenes de tecnología 7D tienen aptitud de interacción con seres humanos reales. Ello, por ahora, sin la complejidad mayor que seguramente pronto devendrá precisamente porque se desarrollará aún más el emprendimiento creativo en pos de la búsqueda de perfección propia del espíritu creador de los científicos a cargo. Dicha tecnología genera una sensación plena de integración indiferenciada que maravilla al observador y a los seres reales con los que las figuras en holograma se intervenculan.

Bien utilizado, este logro posee cabal idoneidad para obtener resultados asombrosos en el campo médico, en el ámbito ecológico y medioambiental, en ingeniería y arquitectura, así como en las expresiones más significativas de la cultura en general y de la educación en especial. Como simple muestra de la valiosa potencialidad de este logro científico baste imaginar su aplicación en la necesaria supresión de zoológicos y su crueldad para con los animales sustituyéndoles por seres de realidad virtual eliminando con ello los daños que la privación del hábitat natural y de la libertad genera con extremo dolor. Todo lo cual se alcanzará con sumo aprovechamiento de la utilidad educativa por la que se aprende a comprender a todas las especies que con el

hombre cohabitan el Planeta. La tecnología, por lo tanto, es susceptible de utilizarse para la consecución de propósitos loables en infinidad de aspectos imaginables y, por cierto, preordenada con ética de conducta para alcanzar el incremento valioso de la calidad de vida debida a los seres vivos, paradigma deontológico que desde siempre ha debido ser y deberá seguir siendo un objetivo inherente a la propia condición humana, sobremanera en un Planeta que, como la Tierra, se halla en constante estado de degradación en los aspectos atingentes a una existencia digna tanto en la dimensión inmaterial como en la material.

Las externalidades que el desarrollo tecnológico causa pueden ser, como ocurre con todo fenómeno que comporta un cambio respecto de un estado de situación dado, tanto valiosas como disvaliosas dependiendo del ámbito con relación al cual sus efectos impacten puesto, como asimismo acaece con las transformaciones que suceden con el desarrollo de actividades humanas, lo que para cierto grupo de receptores de las consecuencias del desarrollo tecnológico puede resultar beneficioso no lo será probablemente en igual medida, o en absoluto, para otro u otros grupos. Ello parece ser una constante, vale decir, siempre el cambio que se pueda suscitar en un determinado ámbito acarreará consecuencias o externalidades valiosas para quienes lo propugnan, pero no necesariamente para otros a quienes, incluso, puede perjudicar. Así ocurrió, por ejemplo, con el advenimiento de la tracción a vapor en el transporte desplazando —afortunadamente— la tracción a sangre, vicisitud que perjudicó a los empresarios transportistas cuyos vehículos se valían de los animales para el traslado de personas y objetos. Aunque, preciso es expresarlo, muchos de los empresarios perjudicados en primera instancia se reciclaron y pudieron no solamente sobrevivir frente a la irrupción del cambio estructural sino asimismo mejorar sus resultados empresariales. En efecto, todas las estructuras preordenadas en la época del transporte a tracción a sangre para satisfacer la función de traslado de personas y objetos quedaron obsoletas y fueron por lo tanto abandonadas por su consiguiente inutilidad, sobremanera en obvia e inexorable comparación con las ventajas acarreadas por la innovación significada por el transporte mecánico en todas sus maneras y la consiguiente inevitable creación de nuevas estructuras precisamente adecuadas para la facilitación del aumento de traslado de objetos y personas así como la producción de efectos directos e indirectos en diversidad de planos entre los que resulta necesario destacar el económico comercial y el urbano como resultantes, por ejemplo, del histórico advenimiento del ferrocarril y su influencia en el proceso de profundización de la intervinculación mercantil y la creación de ciudades.

Expresado en otros términos, toda vez que un avance marca su paso en el universo tecnológico se propenderá a la gestación de transformaciones valiosas para unos y no valiosas para otros porque, también en términos de propensión, cada vez que acaece una instancia de avance dará comienzo una nueva realidad al mismo tiempo que fenecerá la que regía hasta el tiempo del cambio producido por aquel avance que, por cierto, encontrará a su vez, tarde o temprano, el mismo destino de fenecimiento que tuvo el estado de situación cuyo reemplazo determinó. Y así sucesivamente, como resultado de la obsolescencia que en tiempos modernos es manifiestamente programada en un significativo número de casos, así como también resulta ser, en muchos otros, un correlato consecucional directo e inexora-

ble de los propios adelantos comportados por la tecnología.

Todas las vicisitudes secuenciales circulares de regencia-reemplazo-regencia se enmarcan en el precitado ámbito contextual de valor consecucional para unos, pero disvaliosos para otros en términos tan continuos como precisamente son continuos los cambios comportados por las nuevas irrupciones de la tecnología y sus aceleradas proposiciones de innovación.

La manifiesta vorágine de las transformaciones gestadas desde la tecnología y los continuos cambios que ellas significan no alteran, sin embargo, el estado de situación que habita en la silenciosa subyacencia de todas y de cada una de aquellas y de estos con señorío de permanencia. En efecto, por debajo de toda marejada que conmueve la superficie de modo patente existe el latente mar de fondo propio de las aguas profundas en las que habitan las bases estables e intemporales sobre las que se erige la aprehensión plena y la comprensión cabal de todos los fenómenos ocurrientes en aquel plano *in limine* observable.

De esta manera, a los avances tecnológicos y su torbellino de cambios le subyacen —con la estabilidad y la firmeza de la intemporalidad— la metodología de abordaje y explicación de las innumerables vicisitudes gestadas a partir de aquellos avances que no son susceptibles de auto explicación y únicamente pueden ser objeto de intelección comprensiva desde los niveles epistemológicos situados extramuros de los fenómenos comportados por las transformaciones en sí mismas consideradas, desde cuyo posicionamiento exógeno poseen la plena legitimidad científica para comprender la esencia de la tecnología como fenómeno científico, social, económico, jurídico, en fin, histórico y cultural, que perdura a través del tiempo produciendo transformaciones con diferente valor consecucional, positivo o negativo, y que a pesar de su relevancia no posee la idoneidad necesaria para generar respecto de sí misma y de sus aplicaciones transformativas de la realidad la explicación de su propia naturaleza conceptual que es el punto de partida ineludible para entenderla y ejercer sobre ella el correspondiente señorío de demarcación axiológica de sus alcances en pro del debido resguardo, actual y eventual, previsional y precautorio, del bien común.

Siendo insusceptible de auto explicarse, la Tecnología requiere ser internalizada, paradójicamente, por lo que no cambia, vale decir, por la metodología como disciplina que se ocupa de sistematizar el comportamiento intelectual organizado como estructura preordenada a legitimar sobre ella, como base, la debida función explicativa de los fenómenos sobre los que coloca en acción su atención crítica.

Expresado, en otros términos, por lo que no puede llevarse ni el torbellino ni la vorágine del viento de los avances tecnológicos, es decir, el imprescindible abordaje metodológico que constituye la herramienta eficiente del ser humano para internarse en las esencias de todo aquello que acontece y resulta de interés vital y necesidad de digna sobrevivencia para él, como ente racional portador de inteligencia, explicar. Función intelectual fundamental que únicamente puede ser comportada mediante abordajes metódicos y desde que solo el rigor lógico, la disciplina sistémica, el pensamiento reflexivo y la vocación abarcativa intemporal que lo predica valiosamente de abstracto son aptos para conferir a los fenómenos de la vida la comprensión de su ontología y la explicación por la que se les entiende. La búsqueda de la verdad es, obsérvese con especial énfasis en la mirada reflexiva, lo

que permanece a través del tiempo de manera inalterable.

Esa búsqueda solo puede ser organizada con lo que la metodología ofrece como utensilios de averiguación y de pesquisa; y en este sentido dos son los métodos fundamentales que se han disputado, se disputan y seguirán disputándose por siempre el sitio excluyente, vale decir, el que conquista la zona de exclusión del restante.

En ese sentido, también, son ambos los que constituyen —más allá de las preferencias fundadas de los investigadores— el territorio de la permanencia intemporal, esa que continúa marcando la inalterabilidad sustantiva no obstante la naturaleza cambiante —valiosa o disvaliosa— de los fenómenos sobre los cuales construye su objeto de averiguación y comprensión cognoscente, esto es, las esencias que constituyen su ontología.

En lo que a los abordajes metodológicos concierne, como es sabido, dos son los métodos que históricamente se han disputado, y lo siguen haciendo, la exclusividad —y por consiguiente la prevalencia absoluta— en la faena averiguatoria de los fenómenos en general y, corolariamente, por los que constituyen el universo tecnológico y sus desarrollos.

Así, el abordaje mediante la intelección casuística que se erige sobre la inducción —pilar básico del inductivismo al que ese abordaje confiere nombre— compete con la intelección sistemática que, por su parte, se erige sobre la deducción impregnada del pensamiento abstracto que posee los valiosos atributos de la intemporalidad que es precisamente la garantía y aseguramiento de la estabilidad y la permanencia inalterada a pesar de los cambios que la tecnología impulsa y que, de esta manera se entienden, se comprenden y se explican a cabalidad, a pesar de la condición empíricamente detectable de su variabilidad como resultado de los constantes avances de los desarrollos en el campo tecnológico. En otras palabras, mientras la tecnología provoca cambios al avanzar su ímpetu inventivo sin cesar, los abordajes investigativos para discernir la naturaleza de los cambiantes fenómenos comportados por ella se mantienen en clara persistencia erigida sobre el permanente afán de abordarlos metodológicamente para proponer su intelección y alcanzar la comprensión de su verdadera naturaleza para, sobre ello, conocer como conducirse tanto con relación a las causas gestacionales de los cambios como en cuanto concierne a dominar racionalmente los efectos que a ellos suceden, de manera de dotar al hombre de las herramientas sobre las que conseguirá enriquecer y enaltecer su Vida porque solo el conocimiento a cabalidad y precisión conceptual científica brinda esclarecimiento para intentar alcanzar el ejercicio de señorío de regencia por el que se coloque al ser humano en condiciones de ejercer sobre aquella tecnología el debido señorío de dominio.

En esta dirección de pensamiento —libre pensamiento más precisamente— es que se torna posible proponer como enunciado afirmativo que esa lucha por la prevalencia que ambos abordajes metodológicos —y obviamente epistemológico— han desarrollado históricamente es la que marca su permanencia y se mantiene incólume en el nivel de subyacencia real pero latente mientras al mismo tiempo que en la realidad patente se producen de manera continuada y manifiesta los cambios acarreados por los denominados avances tecnológicos, cambios que paradójicamente poseen sesgos de permanencia en cuanto tales porque su acaecimiento no deja de ser, en sentido no pertinente a los fines de lo que

se encuentra enunciándose en estas líneas, constante.

Los precedentes libre desarrollos a nivel de ensayo de pensamiento son por cierto susceptibles de referenciarse en particular al Derecho Civil Contractual y de Responsabilidad por Daños. En este sensible territorio jurídico específico, que posee por objeto de tratamiento normativo —en sentido amplio— y doctrinario las relaciones interindividuales e intergrupales atingentes en especial a bienes, personas, obligaciones, contratos y daños, es inexorable concluir que el abordaje metodológico respecto del mismo ha recorrido siempre —de manera directa o de modo indirecto según las circunstancias— el camino metodológico para comprender, regular y resolver los problemas derivados de los cambios que acarrea la tecnología y su aplicación concreta en nuevas situaciones que afectan tanto el plano obligacional contractual como el plano de la responsabilidad por daños.

Es en este sentido que el Derecho Civil, en cuyo fuero interno se detectan y se registran los efectos consecuales de los avances tecnológicos en las áreas iuscivilistas de incumbencia indicadas en las líneas del párrafo inmediatamente precedente, es también fuero dentro de cuyos marcos perimetrales —vale decir, intramuros— se deben abordar metodológicamente los resultados de los denominados avances tecnológicos porque sin metodología no se obtendrá la correcta cabal comprensión de los nuevos posibles estados de situación en la dimensión jurídica de rigor y únicamente se advertirán de manera acrítica y por consiguiente asistemática fenómenos que no podrán interrelacionarse ni, por ende, reunirse en ligamen de coherencia y congruencia para sobre ello comprenderlos a cabalidad, que es por siempre y desde siempre el desiderátum de todo proceder científico, la regla de oro de todo investigador en materia jurídica, la regla de oro que enaltece la condición científica del derecho en general y del derecho civil en especial: el imperativo —permanente, estable e intemporal— de poner el pensamiento crítico, reflexivo, sistemático y abstracto —marcas tipificantes de la racionalidad— al constante sensible servicio de garantizar la marcha de la propia disciplina *ius privatista*. Porque, sin dudas, son esas notas tipificantes del tradicional e histórico libre pensamiento en Derecho Civil y son esas notas tipificantes del preinducido imperativo las que desde su condición incólume y estable constituyen, continuadamente y con sublimado paradoja, los pilares sobre los que se erige el conocimiento y la comprensión de la variada multiplicidad cambiante de los fenómenos acarreados por los diferentes avances tecnológicos.

Las dos posibilidades metodológicas antes referidas se han postulado históricamente como las vías idóneas para llevar a cabo la faena averiguatoria que la ciencia jurídica exige en tributo y honor a su condición de tal. Ello ha significado, por consiguiente, atraer adherentes tanto de una como de la otra, entablándose así la natural controversia de articulaciones argumentativas para persuadir y prevalecer. Harina de otro costal temático es por cual de la dos debe inclinarse la balanza de preferencia basada en fundamentos objetivos que conduzcan, precisamente, a afiliarse a una u otra, lo cual configura nada menos que otra prueba de la permanencia subyacente a todo avance tecnológico transformativo de factores incommovibles que constituyen nada menos que lo que el viento —muchas veces huracanado— de los avances tecnológicos no se ha llevado. Ni podrá jamás llevarse.

# Una “buena yunta”: Comunicación integral y responsabilidad social en la Justicia



María Virginia Fourcade

Magíster en Dirección de Comunicación - DirCom (UCAM, España). Abogada (UNC, Argentina). Licenciada en Comunicación Institucional (UBP, Argentina). *Community Manager* (UBP, Argentina).

**SUMARIO:** I. Introducción.— II. Comunicación judicial integral.— III. Comunicación judicial integral como realizadora de RSJ.— IV. La comunicación judicial integral como “expresión” de RSJ.— V. Agenda 2030: Los ODS en la Justicia.

## I. Introducción

Las decisiones judiciales impactan en millones de realidades, todos los días. Las leyes que aplican los tribunales atraviesan toda la vida de las personas y organizaciones, desde antes de nacer y hasta después de morir. En ese trayecto vital, nos relacionamos con la Justicia desde diferentes roles y circunstancias. Generamos vínculos e interactuamos con ella en el contexto que nos toca vivir hoy y al que, afortunadamente, podremos transformar para las futuras generaciones. Subrayo esto convencida de que el quehacer judicial tiene un gran poder transformador en la sociedad. Por todo esto, la actividad de los poderes judiciales de ninguna manera nos es indiferente. De hecho, nos importa mucho más de lo que creemos y, además, es importante destacar que no la conocemos únicamente por los medios.

Estoy apuntando a una dimensión “experiencial” del servicio de Justicia, vista tanto desde quien lo presta como desde quien lo recibe. Ninguna situación que atraviese una instancia judicial pasa inadvertida, por lo menos deja huella en la vida de quienes participaron del proceso y su entorno. De una manera u otra, potenciada por los nuevos espacios digitales de intercambio, esa experiencia se irradia a otros círculos, se comparte, se conoce y se juzga, dentro y fuera de la organización.

En ese sentido, los poderes judiciales implican complejos procesos que comprometen a un enorme, diverso e interdisciplinario grupo de personas. Una red multidimensional de trabajo que sirve a la aún más enorme, diversa e interdisciplinaria masa de necesidades de la ciudadanía. Alguna vez he hecho alusión a que la dinámica relacional puede imaginarse como una fascinante obra viva de Kandinsky.

En este enredado esquema de relaciones internas multidireccionales, es muy común que se pierda el foco y que muchos “medios”, a la larga, se conviertan en “fines”. Que se genere una cultura interna burocrática que sostenga procedimientos obsoletos y rígidos. Una inercia que profundice distancias y diferencias. Un microclima que se abstraiga de la realidad exterior y que diluya la idea de “trabajo en equipo” y de “espíritu de servicio”.

Propongo la comunicación judicial integral como estrategia organizacional que, sin dudas, contribuye a acercar esas distancias y a igualar. Correctamente gestionada, logra aceptar los mecanismos de aquellos procesos de manera tal que la complejidad, aunque inevitable, se presente de manera más ordenada y comprensible.

## II. Comunicación judicial integral

El concepto de comunicación integral, propuesto y desarrollado por Joan Costa en los setentas revolucionó la forma de pensar la comunicación en el sector privado, pero sus postulados son aplicables a todas las organizaciones, incluidas las judiciales. Este modelo interviene aquellos múltiples aspectos

organizacionales hacia el interior de la institución, a la vez que atiende los aspectos de la comunicación con su entorno, las personas destinatarias de sus servicios, la comunidad en general, su imagen y reputación.

Por ejemplo, atender la relación de la magistratura con la prensa o la difusión de las sentencias es función de la tradicional “comunicación judicial”, quizás la tarea de mayor impacto público. Ahora bien, abordar “integralmente” la construcción y cuidado de las relaciones con todos sus públicos y, además, con el ambiente, posiciona a la comunicación judicial en un estadio anterior, global y estratégico.

La comunicación judicial integral, en este sentido, refleja un compromiso (individual y colectivo) con un comportamiento ético y responsable. Este modelo que propongo promueve las prácticas de: Escuchar, empatizar y cultivar la confianza de la comunidad judicial y de toda la sociedad, por supuesto, y de controlar el impacto de las decisiones en su contexto.

Así, colabora en la gestión del comportamiento global de las organizaciones, como “realizadora” y como “expresión” de responsabilidad social. Concepto que, aplicado a los organismos judiciales, yo llamo: Responsabilidad Social Judicial (RSJ).

## III. Comunicación judicial integral como realizadora de RSJ

El concepto de Responsabilidad Social (RS) ha evolucionado continuamente desde mediados del siglo XX a estos días, pero siempre sosteniendo la idea de una obligación, individual o grupal, de responder ante algunos grupos y ante la sociedad. Y, actualmente, conjuga los ámbitos económicos, ambientales y sociales (triple impacto) bajo un marco de gobernabilidad y sustentabilidad. La RS es un concepto transversal en la gestión de cualquier organización.

Esta idea ya no se agota ni se reduce a programas filantrópicos puntuales. El concepto dejó de referir a un cúmulo de acciones independientes en beneficio de la sociedad para volverse un eje estratégico de planificación, para todas las áreas y acciones de la organización. Puede definirse, hoy, como un “estado de conciencia colectiva” que implica un modelo de gobierno atento a los impactos que producen sus acciones en la sociedad en la que actúa. Una oportunidad de construir un valor comparativo entre organización y sociedad, no una compensación por daños ocasionados.

En el ámbito judicial, la RSJ alude, además, al comportamiento ético de sus integrantes y a los principios que fundan las resoluciones judiciales. Por otro lado, también implica conectarse con el contexto y, fundamentalmente, el compromiso (individual y colectivo) con los objetivos de defensa y garantía de los derechos humanos, de construcción de la paz social y de preservación del planeta.

Si bien las políticas de RSJ son definidas por las máximas autoridades de los organismos judiciales (cortes supremas o superiores tribunales) u otras entidades afines (consejos de la magistratura o asociaciones judiciales), su sola declamación no las vuelve reales. Si no se las acompaña con acciones efectivas, se muestra incoherencia entre lo que se “dice” y lo que se “hace”, disminuye la confianza pública, que sostiene su legitimación, y debilita su reputación.

Para que tales políticas se traduzcan en cambios concretos del comportamiento ético-pragmático de la organización y de sus integrantes, deben ser gestionadas a través de mecanismos integrales de “comunicación-acción”. El poder transformador de la comunicación judicial integral reside en un diseño consciente de estrategias y de acciones que, por un lado, sensibilicen, persuadan y comprometan (en ese orden), a sus integrantes y auxiliares del servicio de justicia. Y que, por otro lado, afecten positivamente la calidad de su vínculo con su público externo, con la comunidad a la que sirve y con el ambiente en el que habita.

Las organizaciones judiciales que adoptan esta visión integral de la gestión de sus relaciones promueven la incorporación de la noción de triple impacto y colaboran en el diseño de su abordaje. Conceptos como transparencia institucional, incorporación de la perspectiva de género, inclusión y diversidad, acceso a la justicia, clarificación del lenguaje y acercamiento a la ciudadanía, aparecen en los primeros lugares de su agenda. Este modelo, además, implica la construcción de una cultura interna saludable y, a la vez, controla el impacto ambiental, económico y social de sus decisiones.

Todas estas políticas deben volverse acción, hacia adentro y hacia afuera de la organización, con coherencia. Así, “diciendo y haciendo”, se producen las transformaciones más sostenibles.

IV. La comunicación judicial integral como “expresión” de RSJ

## IV. La comunicación judicial integral como “expresión” de RSJ

Conforme lo expuesto en el título anterior, una de las funciones de la comunicación judicial integral consiste en materializar las políticas de RSJ, definidas por las autoridades de la organización, a través de estrategias de comunicación-acción. Ahora bien, encarar integralmente la comunicación judicial puede considerarse, también, como una “expresión” de RSJ en sí misma, como una decisión de gobierno “socialmente responsable”.

Insisto, la organización podría atender solamente la relación de la magistratura con la prensa y seguiría siendo “comunicación judicial”. Sin embargo, que las autoridades elijan asumir un abordaje integral de la comunicación judicial, como construcción y cuidado de sus relaciones, con todos sus públicos y con su entorno, denota un compromiso con aquella visión transversal que caracteriza actualmente a la RS.

## V. Agenda 2030: Los ODS en la Justicia

Desde esta óptica, la comunicación judicial integral, como realizadora y expresión de RSJ, colabora con varios de los principios contenidos en la “Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible”, aprobada en el año

2015 por las Naciones Unidas (ONU). Allí se definen 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), para erradicar la pobreza, proteger el planeta y asegurar la prosperidad. Muchos de estos objetivos deberían ser parte de la agenda de las organizaciones judiciales.

Según la ONU, el desarrollo sostenible exige esfuerzos concentrados en construir un futuro inclusivo, sostenible y resiliente para las personas y el planeta. Los ODS son metas que si se cumplen pueden “cambiar el mundo” y para los que será necesaria la cooperación entre gobiernos, organizaciones internacionales y líderes mundiales.

Esto suena muy lejano, como responsabilidad de otras personas, de multinacionales o de gobiernos extranjeros. Pero, en realidad, el cambio comienza en cada persona y en cada organización. Y, con más razón, se espera que las organizaciones estatales, como las judiciales, se comprometan con estos objetivos y colaboren en su cumplimiento. Parece que olvidamos que un Poder Judicial, es un poder del Estado y una organización que, como cualquier otra, integra una comunidad e interactúa con el ambiente.

Este costado de la comunicación judicial no suele ser muy explorado. En esta oportunidad solo trataré tres de los ODS vinculados con este modelo de gestión de la comunicación.

- ODS 10: *reducción de las desigualdades*. Exhorta a aumentar la inclusión social, económica y política de todas las personas, independientemente de su edad, sexo, discapacidad, raza, etnia, origen, religión o situación económica; a garantizar la igualdad de oportunidades y a adoptar políticas de protección social.

En este sentido, los poderes judiciales contribuyen, esencialmente, desde el fundamento ético de las decisiones judiciales. Los principios que las sostienen son, seguramente, fruto de la interpretación de la norma y de la percepción de conflicto, por parte de cada tribunal con total independencia. También se aplica a decisiones administrativas (recursos humanos, proveedores, desarrollos edilicios, etcétera). Esta responsabilidad no puede quedar librada a una elección particular de una persona u organismo. Deben existir políticas internas de comportamiento general en la organización, que promuevan estos valores y brinden herramientas específicas.

La comunicación integral es motor del cambio cultural interno. Incentiva la definición de políticas para garantizar el acceso a justicia, especialmente de colectivos vulnerables, para luego convertirlas en acciones reales de inclusión igualitaria, tanto dentro de la organización como hacia la comunidad a la que sirve.

- ODS 5: *Igualdad entre los géneros y empoderamiento de mujeres y niñas*. Es completamente aplicable la reflexión del párrafo anterior. Y, además, hago hincapié en la importancia de la sensibilización específica en materia de perspectiva de género y violencia de género, para lograr su in-

clusión en todos los ámbitos del quehacer judicial.

En lo que respecta a la tarea jurisdiccional, en sí misma, las acciones deben dirigirse tanto a la magistratura como a los jurados populares, que tienen en sus manos la decisión del caso concreto. Juzgar con perspectiva de género debe ser la regla. Por otro lado, dentro de la propia organización deben garantizarse el trato igualitario y la igualdad de oportunidades para todas las personas, independientemente de su sexo, género u orientación sexual.

En ambos casos, evitar toda clase de discriminación por cuestiones de género y derrumbar estereotipos que condicionan el desarrollo de quienes no responden al perfil hegemónico, es una responsabilidad colectiva. De nuevo, la comunicación judicial integral se hace indispensable para el cambio cultural interno e impulsa acciones transversales de sensibilización.

La igualdad de género, explican los documentos oficiales de la ONU, “no solo es un derecho humano fundamental, sino que es uno de los fundamentos esenciales para construir un mundo pacífico, próspero y sostenible”. Lo que nos lleva al último de los ODS que trataré, en esta oportunidad.

- ODS 16: Paz, justicia e instituciones sólidas. Anima a promover sociedades pacíficas, a facilitar el acceso a la justicia y crear instituciones eficaces, responsables e inclusivas. Propone reducir la violencia; terminar con la trata; promover el estado de derecho, crear instituciones transparentes; garantizar decisiones participativas y representativas que respondan a las necesidades; garantizar el acceso público a la información y proteger las libertades fundamentales.

Este objetivo incorpora, además de las cuestiones mencionadas en los ODS 10 y

5, incorpora la noción de “transparencia” y de “acceso a la información”. Estos conceptos se aplican tanto a procesos judiciales y administrativos (publicidad de los actos públicos) como a los contenidos en canales oficiales de comunicación de los poderes judiciales.

Reparo, finalmente, en la idea de garantizar decisiones “que respondan a las necesidades” como una alusión al fin del paradigma unidireccional de comunicación. Para esta concepción de la comunicación, la emisión de mensajes es realizada por la organización hacia unos “públicos-objetivos”, como si fueran un blanco al que le lanzamos mensajes como dardos. En cambio, los poderes judiciales que abrazan un modelo integral de comunicación están dispuestos a escuchar y conversar con sus públicos. Deciden afrontar con seriedad un monitoreo regular de sus vínculos, para tomar decisiones responsables y planificar prospectivamente.

Las organizaciones judiciales, deben asumir el compromiso de ser parte de la solución y no del problema. La comunicación judicial integral es clave para alcanzar un comportamiento global coherente y socialmente responsable. Implica entender la comunicación como un proceso constante y transversal, que se traduce en la toma de conciencia del impacto que las decisiones y acciones (personales o institucionales) producen en el contexto económico-social-ambiental se habita.

A largo plazo, esto se traduce en generación de confianza pública y, claramente, mejora la reputación que lejos está de ser la deseada en un estado de derecho. Invito a que, individual y colectivamente, asumamos estas responsabilidades que, de hecho, también nos competen.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/1902/2022

## El Metaverso: ¿Un “paraíso legal”?



Jorge J. Vega Iracelay

Abogado por la Pontificia Universidad Católica Argentina. Máster en Derecho por la Universidad de Columbia, EE.UU. Abogado matriculado en el Estado de Nueva York, EE.UU. Exassistant General Counsel, Microsoft Corp. Profesor, Investigador y conferencista en Nuevas Tecnologías, Sociedad y Derecho. Doctorando en Derecho, Universidad Carlos III, Madrid, España.

El 28 de octubre de 2021, el CEO de la empresa Facebook, Marck Zuckerberg, anunció el cambio del nombre del conglomerado que él dirige por el de *Meta Platforms* (en adelante *Meta*) y, el lanzamiento de una nueva plataforma de negocios llamada *Metaverso*, que ha sacudido a la Opinión Pública.

En el propio video publicado por *Meta*, se pueden vislumbrar, casi de manera mágica, las oportunidades de interacción que nos ofrece este entorno virtual. Así, por ejemplo; *Meta* a través de su servicio *Horizon Workrooms*, nos permitirá participar de manera tridimensional en salas de reuniones usando gafas de Realidad Virtual (VR) de *Oculus* (una empresa de *Meta*), como así entretenernos, y participar de igual manera en espacios educativos, de trabajo y de actividad física.

El término *Metaverso* proviene de una obra de ciencia ficción del escritor Neal Stephenson del año 1992, llamada “*Snow Crash*”, y es una traducción de su nombre original en idioma inglés, que significa “más allá del universo”.

Pero más allá de su impacto mediático, el Derecho se encuentra así confrontado una vez más por una nueva revolución tecnológica de impacto disruptivo, un nuevo paradigma, caracterizado así por su tamaño, alcance y velocidad. No bastaba con los desafíos jurídicos y de regulación en ciernes presentados por las tecnologías innovadoras como la Inteligencia Artificial o el *Blockchain*, que subyacen al *Metaverso*, por citar algunas, sino que cambiamos ahora de escenario, del físico o analógico, al digital, pero ahora además “virtual, inmersivo, interactivo e interoperable”. Todas estas características a medida que se incrementan, como lo promete y auspicia el *Metaverso*, agregan una complejidad adicional, casi de progresión geométrica, para el Derecho.

Este fenómeno inusitado que caracteriza al *Metaverso*, borra las fronteras naturales

entre los mundos físicos y virtuales, al confluir los mismos en una experiencia inmersiva, donde interactuamos, —a través de unas gafas— con objetos virtuales, pero lo hacemos de manera real y con información real, aunque esta realidad esté “aumentada” o “extendida”. Este jardín de innovación y desarrollos tecnológicos claves, como la Inteligencia Artificial y el *Blockchain*, los progresos en realidad virtual, extendida y aumentada, el auge de los videos juegos, y los comportamientos sociales post-pandemia han contribuido al nacimiento de este fenómeno. Millones de personas y de transacciones interactúan y se materializan hoy en este escenario paralelo a nuestra realidad física, casi como un espejismo de un paraíso inalcanzable en nuestras vidas rutinarias. Así, nuestros *millennials* y la *generación z* están en estos tiempos hiperconectados en pantallas múltiples, y la nueva generación llamada *Alfa*, de menores de 11 años, socializan e interactúan a través de *Minecraft*, *Fortnite*, *Roblox* o plataformas de juegos similares, con los serios desafíos para la sociedad que, de ello se desprenden y que exceden el alcance de este, de por sí ambicioso trabajo.

El *Metaverso* es un entorno virtual en evolución y alternativo, donde los cambios pueden darse de manera vertiginosa y desconocida. Es una combinación de tecnologías, dispositivos, redes de comunicación, y contenidos digitales. Este nuevo entorno ofrece una nueva manera de interactuar, trabajar, crear, entretener, comercializar, comunicar y muchas otras cosas más. Todo ello ofrece posibilidades promisorias para la creación, la innovación, el surgimiento de nuevos modelos de negocios, nuevas profesiones, y un crecimiento de la economía. Sin embargo, algunas de estas acciones novedosas presentan desafíos y amenazas para los valores, principios y bienes jurídicos que nos caracterizan como sociedad, y que queremos preservar.

El *Metaverso* nos ofrece un mundo desde el punto de vista tecnológico descentralizado, o lo que se conoce como la *Web 3.0*, o *Web semántica*, que es una evolución del

Internet móvil en múltiples pantallas, en un claro desafío para el mundo existente. Ninguna empresa o plataforma operaría, de manera exclusiva y centralizada, el *Metaverso*, sino que este sería administrado por muchos sujetos de manera descentralizada, y de manera interoperable.

Aunque pareciera que los sectores más involucrados en el *Metaverso* son el de juegos y el de entretenimiento, representados de manera prominente por empresas como *Fortnite* y *Roblox*, otros sectores productivos y de servicios más tradicionales, como el de salud, la logística, las finanzas, la publicidad, o el inmobiliario se ven asimismo impactados por el funcionamiento de este mundo virtual. A modo de ejemplo, existe ya una ciudad virtual llamada *Genesis City*, construida en *Blockchain*, desarrollada por la empresa *Decentraland*, que logró reunir su capital mediante la emisión de una criptomoneda. *Genesis*, tiene calles, plazas, galerías de artes y centros comerciales donde caminan, se entretienen y compran los avatares de los usuarios. En su calle denominada *Fashion Street*, existen tiendas de las más afamadas marcas, como *Prada*, *Gucci* y *Ralph Lauren*. Una parcela, de las 900 mil existentes llegó a venderse por dos millones de euros, a propósito, pagados en una criptomoneda. *Nike* en el año 2021, registró varias marcas para la descarga, venta y uso de mercancías virtuales como ropa, calzado, juguetes, accesorios, juegos y otros. Esta empresa abrió luego su propia tienda virtual dentro de la plataforma *Roblox*, donde no solo sus usuarios pueden comprar sus productos sino también jugar en *Nikeland*. Pero nuestros avatares, que son personajes virtuales que nos representan digitalmente en estos ambientes virtuales, reflejan nuestra personalidad como seres humanos, y queremos así distinguirlos. Por ello, marcas como *ZARA* o *H&M* o hasta *Balenciaga* ofrecen sus diseños para avatares.

Las ventajas que ofrece este mundo, han hecho que muchos de los gigantes tecnológicos inviertan en él, no siendo en consecuencia un mundo exclusivo de *Meta*, sino que también *Microsoft*, *Sony*, o aun *Tencent*, de China, están muy activos tanto en la ad-

quisición de empresas relevantes, —en su mayoría relacionadas con los juegos— en el ecosistema del *Metaverso*, como asimismo, ajustando sus planes de negocios, y estrategias competitivas en este nuevo escenario, la nueva tierra prometida, un “paraíso”, donde nadie quiere quedarse atrás, seducidos por los que parecieran espejismos, pero que, en definitiva tienen un serio impacto en la economía y sociedad “reales”.

Según distintas fuentes reconocidas el mercado del *Metaverso* podría alcanzar los US\$ 800 billones en el año 2024, o para algunas de esas fuentes, de 1 a 12 trillones de esa moneda. Los gobiernos como el de Corea del Sur, han creado la *Alianza del Metaverso*, en una sociedad público-privada, y prevé su uso en industrias claves para su economía, así como para el funcionamiento de la administración de la Ciudad de Seúl. China, no solo invierte en el sector a través de sus compañías, como *Tencent*, *Baidu* y *Alibaba*, sino que auspicia investigaciones y análisis que pregonan la importancia geopolítica del *Metaverso* para su liderazgo mundial, así como las ventajas que este mundo inmersivo e interactivo podría ofrecer para su política autoritaria, y vigilancia tecnológica omnicompreensiva.

Sin embargo y de manera paradigmática, el *Metaverso*, es mucho más que un espacio lúdico, ya que podría argumentarse con cierto peso, que es en sí un propio Estado virtual, con su propio territorio, aunque “virtual”, su economía, su propia moneda y cripto activos soberanos. Todo ello sustentado en un ecosistema descentralizado, respaldado por la tecnología *Blockchain*.

Los atractivos principales del *Metaverso* para los usuarios son el interactuar, el entretenerse y el crear. Se ha creado así, un nuevo ecosistema de proveedores de contenido que, por ejemplo, pertenecen al mundo físico, pero sus creaciones solo se comercializan en el mundo virtual y en algunos casos se recompensan con moneda virtual, o como por ejemplo, los conciertos de ciertos artistas que se realizan de manera exclusiva en plataformas virtuales como *Fortnite*, como el de

*Ariana Grande* representada por un avatar que interactuaba en el espacio virtual y lúdico, con más de un millón de personas en línea como participantes.

Las personas, o usuarios, eligen como corporizarse en este mundo virtual, mediante un *avatar*, con el que interactúan con ese mundo. Nuestra identidad en este entorno será nuestro *avatar*. Pero podríamos tener varias identidades como alternativas de interacción queramos. En esta imagen digital podremos elegir tener características humanas, pero también ser representados como un *comic*, o un carácter totalmente artificial.

Ahora bien, así como en un Estado tradicional, llamémosle físico, rige un Estado de Derecho, ¿cuáles serán las normas que rijan este Estado virtual, hacia dentro, con sus usuarios y proveedores, en sus relaciones con otros estados de la misma naturaleza y, con el mundo físico? O, ¿Existirá un mundo virtual libre de leyes, un *paraíso legal* donde la ficción supera y trasciende a la realidad y a sus normas? ¿Ese mismo Ordenamiento Jurídico que tantos problemas le está causando al Señor Zuckerberg y del que quizá quiera escapar en su salto al mundo virtual del Metaverso?

Por ejemplo, si concebimos el Metaverso como un conjunto de ambientes o plataformas virtuales donde podemos experimentar e interactuar, la pregunta es cómo regular a cada una de ellas o a todas de manera colectiva. Si bien en las primeras épocas de *Second Life* se discutía en la comunidad jurídica si las leyes virtuales podían ser diferentes a las reales, como por ejemplo si un *avatar* tenía libertad para explotar sus creaciones propias y las ajenas, hoy en día ese debate se ha zanjado a favor de aplicar, con algunos ajustes, las leyes del mundo físico al virtual.

El impacto en el Derecho, —por ahora *real*—, de este nuevo mundo virtual, es exponencial, variado y por mucho desconocido, y abarca áreas como el de Derecho de la Propiedad Intelectual, la Protección de datos, el Derecho del Consumidor, el Derecho de la Competencia, etc., pero en especial, impacta unos derechos llamados de última generación, nacidos a la luz de los últimos cambios tecnológicos, llamados los *derechos digitales*.

Estos derechos responden a una razón de Justicia, que demanda que, en el terreno de los derechos individuales, las personas no deberían tener menos derechos, ni estar menos protegidas, cuando interactúan con el entorno digital, —incluyendo escenarios virtuales—, “más allá del universo”, —pero no de la ley— que, cuando se encuentran en

el mundo físico. En otras palabras, el Estado de Derecho debe proyectarse también en estos espacios virtuales, desterrando la idea de un “paraíso legal”.

Este nuevo entorno virtual que representa el Metaverso ofrece mutaciones en nuestra sociedad, y en las capacidades cognitivas, lúdicas y otras de interacción social de las personas, en una transición vertiginosa, —aún no completada— de la era analógica a la digital, y de esta a la virtual, sin la existencia de un marco de derecho positivo que responda con eficacia a los desafíos únicos que estos cambios disruptivos nos presentan.

Ahora bien, la progresiva generalización del espacio digital, la convivencia entre varios escenarios virtuales en el Metaverso, sus características especiales, y los desafíos únicos que ello nos presentan, hacen necesario adaptar estos derechos individuales de los ciudadanos y consagrar otros de última generación, que no tienen contrapartida en el espacio físico, —pero tampoco en el espacio digital tradicional—, así como asegurar las garantías adecuadas para asegurar su eficacia.

A modo de ejemplo, España ha adoptado el año pasado su Carta de Derechos Digitales, y la Comisión Europea ha adoptado recientemente su Declaración de Derechos y Principios Digitales, que, si bien son solo declarativos, aspiran a coadyuvar a su consagración positiva, y tienen un valor interpretativo y orientativo en la aplicación e interpretación del Derecho vigente.

El mundo del Metaverso va a exigir una experiencia más personal, dependiendo en gran medida del perfilamiento del usuario, sus intereses y preferencias, y, en consecuencia, el intercambio de sus datos personales, presentado así un nuevo desafío para la privacidad, la protección de los datos personales, y probablemente la intimidad y el honor. Por otra parte, el usuario querrá no solo la portabilidad de sus datos sino el de los objetos virtuales, como, por ejemplo, el uso de una espada en un juego a otro o el de su propio avatar, ¿Deberían aplicarse de manera analógica las reglas del Derecho a la portabilidad de los datos personales reconocido en el Reglamento Europeo de Protección de Datos? ¿Cómo regular adecuadamente los *deepfakes* (manipulación digital de la cara y manifestaciones de una persona física) en un entorno virtual propicio para su intensificación, como una posible violación del derecho a la imagen? ¿En el terreno de los “neuroderechos” cómo regularlos en estos entornos inmersivos donde la relación entre tecnología y el cerebro humano, a tra-

vés de interfases, puede ser más intrusiva y lesiva? ¿Cómo responden a estos desafíos en especial en aplicaciones de Inteligencia Artificial, en virtud de las propuestas de regulación presentadas en la Unión Europea, como por ejemplo en los usos prohibidos, como ser las técnicas subliminales o explotación de personas vulnerables, o los sistemas de puntuación social? O, ¿en el cumplimiento de obligaciones de transparencia allí propuesto, y consecuente derecho a ella, sobre sistemas de IA destinados a interactuar con personas físicas, o sistemas de reconocimiento de emociones? ¿Cómo se resolverán los conflictos de leyes y de jurisdicción en este escenario virtual, multi-plataforma; ¿Deberíamos crear un nueva Oficina de Registro de Propiedad Intelectual virtual, con sus propios tribunales?

Si consideramos a los NFT (*non-fungible tokens*), como una licencia de uso, y con base en su liquidez y consecuente habilidad de ser fácilmente comercializables: ¿Quién asumirá las obligaciones de indemnidad y garantías que son comúnmente parte de los acuerdos de licencia, sobre el goce pacífico de los derechos licenciados, si por ejemplo el NFT se ha *vendido* varias veces? O, ¿Cómo asegurar el resguardo o registro de un NFT por fuera de la propia cadena (*off chain*)? O, ¿Cómo se resolverán las denuncias de acoso sexual en el entorno virtual, como parecería ser el caso reciente revelado en los medios en el espacio de *Horizon Worlds* propiedad de *Meta*?

Por otra parte, en un modelo de negocio donde el *Big Data*, o en otras palabras una masa crítica de usuarios y sus datos, es su activo clave, cómo prevenir y castigar conductas monopólicas o prácticas distorsivas de una competencia efectiva, ¿En mercados virtuales? ¿Cómo regular el uso de las funcionalidades de foto y video en las gafas inteligentes y la protección de datos personales de terceros en su entorno próximo?

Los usos adoptados de tecnologías disruptivas como el *Blockchain*, o el *DLT* (*distributed ledger technology*) y sus *NFTs*, *criptomonedas*, y *Smart Contracts*, presentan *per se* desafíos para el Derecho en general que se proyectan de manera “aumentada” en el entorno del Metaverso. Estos desafíos comprenden al plexo de obligaciones y derechos de los actores en este entorno, en sus múltiples interacciones, que deberá dar certidumbre jurídica al mismo, pero también y de manera sustantiva y central, como aquí sostenemos, los que impactan los derechos de naturaleza individual, sean estos fundamentales, —al menos como los conocemos hoy— u ordinarios. Como con-

secuencia de ello, surge la imperiosa necesidad de adaptar los derechos existentes y/o reconocer de manera positiva nuevos *derechos digitales* de última generación, que protejan eficazmente al usuario en los escenarios virtuales y características del Metaverso, y consagren así una tecnología al servicio de la persona humana, sea que aquella la experimente en el mundo físico o analógico, como en el digital, aunque *virtual* del Metaverso.

Como no podía ser de otra manera, el Metaverso presenta a los juristas muchas más preguntas que respuestas. Este artículo, presenta de manera enunciativa, algunas de esas preguntas, que intentan sugerir la complejidad, diversidad, novedad y originalidad de las cuestiones jurídicas que hoy vislumbramos. El metaverso tiene aún otros desafíos de naturaleza técnica, —como la integración de varios sistemas asegurando su interoperabilidad, y la ciberseguridad de sistemas super poderosos, que usarán computación cuántica—, y de negocios que superar. En la evolución del *Metaverso* surgirán también otras cuestiones que el Derecho deberá solucionar, esperamos de manera proactiva. Pero los juristas ya se han enfrentado a los desafíos que nos presenta una innovación disruptiva. Así, aprendimos a comprender los impactos del Internet en la comunicación, la información y el entretenimiento y a darle un marco jurídico a muchas de las cuestiones jurídicas suscitadas, aunque queda aún mucho por hacer. Estamos ahora intentando regular la Inteligencia Artificial y ya tenemos regulaciones novedosas sobre los criptoactivos. Pero el Derecho responde a procesos complejos y lentos, y a veces a intereses políticos, o de grupos de interés, y todavía no hemos sido capaces de encontrar un marco jurídico adecuado y holístico para las nuevas tecnologías. Sin embargo, así como el Derecho tiene que evolucionar, nuestras mentalidades como juristas tienen que adaptarse a un nuevo mundo, y permitir que la innovación florezca y se traduzca en tecnologías al servicio del progreso y centradas en la supremacía de la persona y su bienestar, preservando los bienes jurídicos tutelados, como los conocemos o como quizás deberíamos reinterpretarlos en el Siglo XXI. Seguramente el Metaverso no podrá escapar a la Ley, pero ¿Cómo debemos configurarla a la luz de la innovación y el progreso tecnológicos? Es una pregunta abierta que llama a los juristas a olvidar sus certezas y hacer ingeniería reversa de sus sistemas operativos más poderosos, su inteligencia al servicio de la Justicia y la Humanidad.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/1903/2022

## Las diez preguntas



Juan Carlos Hitters

Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales (UNLP). Profesor Emérito de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (UNLP). Exministro de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires por el período 1994 a 2016 y su presidente en tres ocasiones. Experto Alterno de las Naciones Unidas en la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones por el período 1989 a 1993. Miembro de la Asamblea Constituyente para la reforma constitucional argentina de 1994.

### 1. ¿A qué figura actual del derecho admirás o respetás de manera singular y por qué?

Quiero poner de resalto que admiro y respeto a más de una figura actual del de-

recho, pero en especial, y para la temática aquí analizada, voy a mencionar los profesores 1) *Mauro Cappelletti* (1), nacido en Italia, y 2) al jurista *Augusto Mario Morello*, nacido en La Plata, Argentina.

Con respecto al primero vale decir que ha fallecido no hace mucho tiempo y que fue un abogado, profesor y escritor destacadísimo en el mundo entero. Ha escrito innumerables trabajos y libros. Convendría

destacar el que abordó con GARTH, Brian, titulado “El acceso a la justicia”. Allí y en otras obras de su autoría nos hizo ver las tres dimensiones del derecho: 1. La legal; 2. La social y 3. La transnacional. Quiero des-

#### Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) Doctor en Derecho (Universidad de Florencia, Italia, 1952), Doctor en Derecho “honoris causae” en las Universidades de Aix-Marseille (Francia) y Gand (Bélgica), Profesor de Derecho en la Universidad de Stanford

(EE.UU.), Jefe del departamento de Ciencias Jurídicas del Instituto Universitario Europeo, Miembro extranjero de la Real Academia de Bélgica y de la Academia Británica, Presidente de la Asociación Internacional de Ciencias Jurídicas. Véase CAPPELLETTI, Mauro, “La oralidad y las

pruebas en el proceso civil”, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1972; CAPPELLETTI, Mauro, “Giustizia costituzionale soprannazionale. Il controllo giudiziario delle leggi e la giurisdizione delle libertà a libello internazionale”. Editorial Padova, *Revista di diritto*

*processuale*, XXXIII, 1978; CAPPELLETTI, Mauro, “El ‘formidable problema’ del control judicial y la contribución del análisis comparado”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980; CAPPELLETTI, Mauro - GARTH, Bryant, “El acceso a la justicia”. Colegio de Abogados

taçar que fui su alumno de postgrado en el Instituto Universitario Europeo en la Universidad de Fiesole, Florencia, Italia, bajo la dirección de Mauro Cappelletti.

También señalo al Profesor *Augusto Mario Morello* (2), autor de muchos libros y creador del llamado “Grupo de La Plata”, formado por varios letrados y del que surgieron muchos jóvenes que hoy ejercen la docencia, la profesión de abogado, algunos de ellos titulares de cátedras y otros investigadores.

## II. ¿Qué persona histórica del derecho te parece especial para destacar y por qué?

La persona histórica que me parece especial destacar es, nuevamente al Profesor *Augusto Mario Morello* fallecido en 2009 y que no solo fue un excelente escritor sino un gran Maestro de todos nosotros; Director del Instituto de Derecho Procesal de la Facultad de Ciencias Jurídicas de Universidad Nacional de La Plata y miembro de la Academia Nacional de Derecho; autor de más de 20 libros y de 400 artículos.

## III. ¿Qué le falta a las/los profesionales del Derecho hoy para desempeñar mejor su actividad y que lo puedan adquirir a partir de los aportes de otras disciplinas?

Si bien es cierto que tenemos excelentes profesionales formados como abogados y como profesores, yo les propongo a los recién egresados que sigan trabajando en la Facultad como docentes.

Es importante concurrir como alumno a las clases del Titular —tal cual yo hice—, e intervenir en lo que sea pertinente. Sobre todo, ver juicios orales, donde se nota el “conocimiento” del letrado y “la forma de expresarse” que es muy útil para llegar al convencimiento de los magistrados. El abogado debe saber “escribir”, pero también “hablar”.

Les aconsejo a los jóvenes que traten de redactar los libros y artículos que crean más importantes para la difusión. Porque, como decía el Dr. Morello, no es suficiente con capacitarse uno mismo, sino que es muy trascendente *enseñar a los demás (enseñar a aprender)*, quienes a su vez tienen la obligación de difundir lo que saben. También es conveniente no profundizar solo a la especialidad que uno practica sino conocer las disciplinas afines que puedan contener enseñanzas útiles para globalizar el conocimiento personal.

## IV. ¿De no ser abogada/o a qué te hubieses dedicado?

Si bien es cierto que mi padre era veterinario y mi madre Doctora en Química y que

cada uno de ellos intentó llevarme para el lado de sus especialidades; desde chico pensé en ser abogado y al principio me veía como letrado defensor en materia penal, aunque finalmente me dediqué —luego de recibido—, al derecho procesal y al derecho internacional de los derechos humanos, llegando a ser Profesor Titular y luego Emérito de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata.

Antes que nada, quiero aclarar que me ocupé de ambos lados de la moneda, fui 20 años abogado y 20 años ejercí como Ministro de la SCBA, también he sido Director de Derechos Humanos de la Facultad de donde egresé (en la Universidad Nacional de La Plata) y Subsecretario de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. La respuesta final a este interrogante es que siempre pensé en ser abogado.

## V. ¿Cuál es el mayor desafío que enfrentás personalmente como profesional del derecho hoy?

Debo dejar en claro que estoy “jubilado” y que solamente me dedico a leer obras de derecho y a escribir; y el mayor desafío es profundizar en mi especialidad y particularmente difundir las investigaciones, sobre todo para los principiantes que siempre necesitan de alguna guía para afirmar su vocación. Mi mayor desafío es conocer la jurisprudencia de los tribunales internacionales y comentar sus fallos, me refiero a la Corte Europea de Derechos Humanos, Corte Internacional de Justicia y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos; sobre esta última, he publicado en un año, más de cinco artículos y con anterioridad varios libros, algunos en coautoría con el profesor Oscar Fappiano.

## VI. ¿Qué es aquello que “no tiene que cambiar” en el Derecho?

El derecho siempre cambia y se adapta a la realidad. Mas no cabe ninguna hesitación que jamás podría dejar de existir la *independencia de los jueces y la transparencia de sus designaciones*. Esta es una clave fundamental del sistema democrático sin la cual no podría existir una República en sentido estricto.

## VII. ¿Qué aspecto, habilidad o conocimiento “clásico” crees que sería innovador aun hoy para el Derecho y que no se observa muy a menudo?

Considero que en las características del conocimiento clásico se han innovado, cada vez más, con la aparición del derecho internacional supranacional, donde se estudian las legislaciones y sentencias de todos los organismos jurisdiccionales

de las distintas dependencias judiciales internacionales. Sus decisiones se aplican con gran ventaja al derecho interno. Y sobre todo abordan la profundización de los diversos esquemas de “acceso a la justicia” y su aplicación a la realidad.

## VIII. ¿Qué considerás que hacen muy bien en general hoy las/os profesionales del derecho en los distintos ámbitos donde actúan?

Aunque parezca repetitivo, me parece que los profesionales del derecho, según la especialidad que elijan, deben estudiar la particularidad de las distintas disciplinas que tengan vinculación con el ámbito donde actúan (sean jueces o abogados). No nos olvidemos que Eduardo Couture en “Los mandamientos del Abogado” decía con toda sensatez “1- Estudia. El derecho se transforma constantemente, si no sigues sus pasos serás cada día menos abogado; 2- Piensa. El derecho se aprende estudiando, pero se ejerce pensando; 3- Trabaja. La abogacía es una ardua fatiga puesta al servicio de la justicia”.

## IX. ¿Cuáles son los principales cambios que experimentará el ámbito del derecho en los próximos cinco años?

Considero —como dije— que las reglas jurídicas van cambiando constantemente con la aparición del *derecho transnacional*, esto es, con la puesta en marcha de los diversos Tratados Internacionales a los que los distintos países han adherido. Además, tener en cuenta que los tribunales supranacionales producen constantemente jurisprudencia innovadora (sobre todo la Corte Interamericana de Derechos Humanos) en nuestro ámbito.

Con respecto al derecho procesal, adviértase que poco a poco hemos pasado, como dice Morello “De la tutela judicial interna a la tutela judicial interamericana”, lo que implica la aplicación del *Control de Convencionalidad* cuya base fundamental son los tratados a los que los diversos Estados se han plegado, que imponen grandes líneas a los jueces y abogados que resultan, podríamos decir, novedosas para estos.

El derecho procesal transnacional, tiene como una de sus bases, los *tratados y convenios* suscritos por los países, a tal punto que si no los acatan terminan condenados por la Corte regional, como le ha sucedido a la Argentina en varias oportunidades (3).

Hace poco la Corte IDH condenó a la Argentina en el caso de las Comunidades Indígenas, Miembros de la Asociación *Laka Honat* donde dispuso una serie de obligaciones para el gobierno, como por ejemplo el derecho a la alimentación adecuada, al ambiente sano, al agua y la facultad de par-

ticipar en la vida cultural del lugar donde habitan (4).

También condenó al Estado de Ecuador con fecha 24 de junio de 2020 por violencia sexual hacia una adolescente en el ámbito escolar (5).

Asimismo, lo obligó a tratar a las *personas con discapacidad* y a las internaciones y tratamientos que correspondan como asimismo dispuso el “derecho al conocimiento informado de la internación” (6).

Un punto de gran importancia para todo el sistema interamericano es el pronunciamiento que aconsejó al Estado de Colombia, a través de una Opinión Consultiva, la prohibición de reelección presidencial indefinida del 7 de julio de 2021 (7).

Asimismo, tal Tribunal se ocupó recientemente en la Opinión Consultiva 27 de la libertad sindical, la negociación colectiva y de la huelga y su relación con otros derechos con perspectiva de género.

También sostuvo en el caso “Órdenes Guerra”, discrepando en parte con nuestra Corte Nacional, que la reparación de los delitos de lesa humanidad es *imprescriptible*. Tuvo en cuenta para ello los trabajos realizados en este sentido en el ámbito internacional y siguiendo el Informe de la Comisión IDH en el caso chileno. Dispuso que para la procedencia de la indemnización no hace falta ninguna condena previa y que la reparación compensatoria tiene un carácter suplementario de las cantidades que fueron fijadas por las normas del derecho interno. Incluso ha manifestado que este tribunal internacional puede dejar sin efecto las indemnizaciones fijadas en el ámbito doméstico si son violatorias de la convención (8).

Conviene señalar que en el expediente Fontevecchia (9) —y en otros tramitados en distintos países—, la Corte IDH se ocupó del caso argentino aquí referido dejando sin efecto indirectamente una condena y obligando al tribunal supremo de este país a poner una nota marginal en el fallo y en el ámbito de publicaciones del organismo nacional; sosteniendo que la decisión emitida viola el Pacto de San José de Costa Rica y otros Tratados internacionales.

Téngase presente que los pronunciamientos de la Corte IDH tienen notable influencia en el derecho interno (obligatoriedad) (10) y que los Estados hasta el momento vienen cumpliendo casi siempre las indicaciones que emite el órgano regional, considerando además que la CADH la facultó a supervisar el cumplimiento de sus fallos.

Recuérdese que recientemente el tribunal regional le impuso a los Estado brasileño la obligación de fiscalizar la actividad

de La Plata, Buenos Aires, 1983; CAPPELLETTI, Mauro, “Giudici Irresponsabili”, *Dott Giuffrè Editore*, Milano, 1988.

(2) Véase MORELLO - BERIZONCE - HITTERS - NOGUEIRA, “La justicia entre dos épocas”, Editorial LEP, Buenos Aires, 1983; MORELO - STIGLITZ, “Tutela procesal de derechos personalísimos e intereses colectivos”, Editorial LEP, Buenos Aires, 1986; BERIZONCE - HITTERS - OTEIZA, “El papel de los tribunales superiores”. Estudios en honor del Dr. Augusto Mario Morello, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 2006; BERIZONCE, Roberto, “Efectivo acceso a la justicia”, con prólogo de Mauro Cappelletti Editorial LEP, Buenos Aires, 1987; Berizonce e Hitters coordinadores, “De la tutela judicial interna a la tutela judicial interamericana”, Editorial LEP, Buenos Aires, 2010.

(3) Véase HITTERS, Juan Carlos, “El control de convencionalidad en el sistema interamericano. Efectos”. Obligación, Colección Constitución y Derechos, Ed. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México 2021. Entre las primeras temáticas que allí abordó respecto de Argentina podemos destacar: Corte IDH, Opinión Consultiva OC-13/93 de 16 de

julio de 1993, Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos); Corte IDH, IDH. Asunto Reggiardo Tolosa respecto Argentina. Medidas Provisionales. Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 19 de noviembre de 1993; Corte IDH, “Caso Maqueda vs. Argentina”, Excepciones Preliminares. Resolución de 17 de enero de 1995; Corte IDH, “Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina”. Fondo. Sentencia de 2 de febrero de 1996; Corte IDH, “Caso Cantos vs. Argentina”. Excepciones Preliminares. Sentencia de 7 de septiembre de 2001. Serie C No. 85; Corte IDH, “Caso Bulacio vs. Argentina”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003.

(4) Corte IDH, “Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina”, Sentencia de 24 de noviembre de 2020. Véase HITTERS, Juan Carlos, “La condena al gobierno argentino y el caso de las comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat”, La Ley, 23/09/2020, 8, TR LALEY AR/DOC/3077/2020; y más recientemente Corte

IDH, “Caso Barbosa de Souza y otros vs. Brasil”, Sent. de 7 de septiembre de 2021.

(5) HITTERS, Juan Carlos, “La Corte IDH y la responsabilidad del Estado por violencia sexual hacia una adolescente en el ámbito escolar”, La Ley 21/09/2021, 1 - TR LALEY AR/DOC/2685/2021.

(6) Corte IDH, “Caso Guachalá Chimbo y otros vs. Ecuador”, Sentencia de 26 de marzo de 2021. Véase, HITTERS, Juan Carlos, “Personas con discapacidad. Internación y tratamiento. Derecho al consentimiento informado”. El fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la condena al Estado de Ecuador, Cuaderno nº 5 de 2021, *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, Instituto Vasco de Derecho Procesal.

(7) Corte IDH, Opinión Consultiva OC-28/21, La figura de la reelección presidencial indefinida en Sistemas Presidenciales en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Interpretación y alcance de los artículos 1, 23, 24 y 32 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, XX de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 3.d de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y de la Carta

Democrática Interamericana), 7 de junio de 2021. Véase, HITTERS, Juan Carlos, “La prohibición de la reelección presidencial indefinida”, La Ley 10/12/2021, 1, TR LALEY AR/DOC/3419/2021.

(8) HITTERS, Juan Carlos, “¿Prescribe la reparación civil en los delitos de lesa humanidad?”, La Ley 21/08/2019, 1, TR LALEY AR/DOC/2406/2019. Véase Corte IDH, “Caso Órdenes Guerra y otros vs. Chile”, Sentencia de 29 de noviembre de 2018.

(9) Corte IDH, “Caso Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina”, Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Véase, HITTERS, Juan Carlos, “Control de Convencionalidad: ¿Puede la Corte Interamericana de Derechos Humanos dejar sin efecto fallos de los Tribunales Superiores de los países?”, La Ley 02/08/2017, 1, TR LALEY AR/DOC/2033/2017; CAPPELLETTI, Mauro - GARTH, Bryant, “El acceso a la justicia”. Colegio de Abogados de La Plata, Buenos Aires 1983; y BERIZONCE - HITTERS - OTEIZA, “El papel de los tribunales superiores”, ob. cit.

(10) Corte IDH, Caso Gelman Vs. Uruguay, Sentencia de 24 de febrero de 2011. Ídem Supervisión de sentencia de 20 de marzo de 2013 y 19 de noviembre de 2020.

interna a través del Control de Convencionalidad (11).

Digamos, en fin, que la aparición del derecho internacional de los derechos humanos implicó notables cambios no solo para dentro de cinco años, sino que para mucho tiempo más, ya que estos tribunales vienen profundizando continuamente los tópicos más sensibles de la sociedad.

#### X. ¿Qué consejo “innovador” le darías a quienes se dedican al derecho en los próximos años?

El consejo innovador que modestamente les daría a quienes se dedican a esta actividad; que como sostenía Couture: que estudien y piensen el derecho.

Que se mantengan cercanos a la cátedra de la disciplina que ellos ejercen;

y que vean en profundidad el derecho transnacional revisando los tratados supranacionales a los que los países se van plegando, recordando que la argentina —como vimos— ha sido condenada por el incumplimiento de estos últimos.

Con respecto a la obligatoriedad, ténase en cuenta que la Corte IDH remarcó que sus decisiones son obligatorias para el Estado condenado en concreto y los fundamentos que surgen de sus fallos no pueden ser contradichos por el derecho doméstico, es decir, tienen que ser tenidos en cuenta, aunque el Estado no haya sido parte en el pleito; por lo que deben servir de guía para todos.

Como corolario y a modo de resumen destaco, que mis juristas preferidos son Mauro Cappelletti y Augusto Mario More-

llo, pese a que los dos ya fallecieron, son las personas históricas del derecho que destaco permanentemente por su sabiduría y hombría de bien.

Reitero que los profesionales, una vez egresados deben continuar ligados a su Facultad, trabajando e investigando sobre su especialidad.

El mayor desafío —repito— es profundizar sobre su especialidad —seguir estudiando— y tener en cuenta el *ius cogens* y la jurisprudencia internacional.

Sugiero que los gobernantes deben considerar a rajatabla la independencia de los magistrados y su designación debe llevarse a cabo con total imparcialidad.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y en general el derecho

internacional, deben ser siempre tomados en cuenta y “servir de guía”.

Los principales cambios que se vienen en los próximos 5 años y más adelante también son profundizar sobre las bases del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, especialmente, el contenido de los Tratados internacionales y la aplicación de la jurisprudencia, considerando el derecho doméstico y los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Europea de Derechos Humanos; sin olvidar los pronunciamientos de la Corte Internacional de Justicia, en lo que sea menester; y por supuesto de nuestro Máximo Tribunal Nacional.

Deben tener los letrados y los jueces siempre presente los mandamientos de Couture, cuyas pautas son a la par útiles en lo que sea pertinente.

(11) Corte IDH, “Caso de los Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesus y sus familiares vs. Brasil”. Interpretación de la Sentencia de Excepciones

preliminares, Sentencia de 21 de junio de 2021. Véase, HITTERS, Juan Carlos, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos y las obligaciones de los Estados de

fiscalizar a las empresas frente al accionar ilegítimo de los particulares”, La Ley, 19/05/2021, 1, TR LALEY AR/DOC/1377/2021.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/1904/2022



### Roberto Gargarella

Abogado, sociólogo (UBA), doctor en Derecho (UBA y Universidad de Chicago).

#### I. ¿A qué figura actual del derecho admirás o respetás de manera singular y por qué?

La verdad es que creo que la gran generación de juristas que alguna vez conocí o conocimos, ya no está. Hoy reconozco a cantidad de colegas, aquí, en América Latina, y en el mundo anglosajón, que son cultos, inteligentes, que están bien formados e informados (Jeremy Waldron, Cass Sunstein, Mark Tushnet, entre muchos otros), pero no veo las “torres” o “faros” que alguna vez pude encontrar. Tal vez podría mencionar a Owen Fiss, como personaje “sobreviviente” de aquella generación en la que pienso, y ya no está, y que combina lucidez, claridad e integridad ética admirables.

#### II. ¿Qué persona histórica del derecho te parece especial para destacar y por qué?

Tengo fácil la respuesta: Carlos Nino fue mi maestro y, sin dudas, el intelectual más notable, influyente y agudo del derecho argentino, en los últimos 50 años. No solo dejó una obra descomunal, conocida y reconocida en todo el mundo, sino que fue la cabeza jurídica detrás del juicio a las juntas, tal vez el único acto de la historia argentina contemporánea del que me siento plenamente orgulloso.

#### III. ¿Qué le falta a las/los profesionales del Derecho hoy para desempeñar mejor su actividad y que lo puedan adquirir a partir de los aportes de otras disciplinas?

Diría que las “condiciones de producción” del conocimiento jurídico no son buenas, en general, y por distintas razones. En nuestro

país, donde casi no hay profesores de tiempo completo, los profesores deben trabajar todo el día litigando, para poder sobrevivir, por lo que —en el mejor de los casos— dedican solo el “tiempo restante” o “sobrante” a la academia, con los resultados obvios. Pero en el exterior, y por otras razones, la situación no es mucho mejor. En ocasiones, la “hiperprofesionalización” del derecho, conspira contra la creatividad y el compromiso público; y en otras, y como sugiere el lema “publica o perece,” la sobreexigencia de producir por producir, conspira también contra el desarrollo de pensamiento crítico.

#### IV. ¿De no ser abogada/o a qué te hubieses dedicado?

Soy sociólogo también, y tengo una Maestría en Cs. Políticas, y estudié toda la vida Filosofía Política, por lo cual lo tengo bastante claro: la enseñanza y la escritura —la vida académica— eso es lo que más me atrae.

#### V. ¿Cuál es el mayor desafío que enfrentás personalmente como profesional del derecho hoy?

Es muy difícil, en las condiciones actuales del país, pensar y escribir críticamente, mantener un compromiso público —necesario— cuando la discusión se encuentra tan “agrietada,” y se torna tan violenta, y cuando todo lo que uno dice es leído como “conspiración,” o como afirmación proveniente de “un lado o del otro” o “al servicio de” algunos de los bandos en disputa.

#### VI. ¿Qué es aquello que “no tiene que cambiar” en el Derecho?

El derecho debe ayudar al autogobierno colectivo (a que las sociedades sean “due-

ñas de su propio destino”) y a la autonomía personal (a que cada individuo sea “dueño de su propia vida”). Se trata de dos compromisos fundamentales del derecho (expresados en las ideas de “democracia” y “derechos individuales”), que deben preservarse siempre, más allá de las dificultades que existen para honrar esos compromisos al mismo tiempo (y saber cómo hacerlo).

#### VII. ¿Qué aspecto, habilidad o conocimiento “clásico” crees que sería innovador aun hoy para el Derecho y que no se observa muy a menudo?

Es crucial pensar y seguir pensando, críticamente, sobre la “interpretación del derecho,” y en particular la “interpretación constitucional.” Hace 200 años que reflexionamos sobre la materia, y creo que no hay reflexión más importante que esa (como diría Ronald Dworkin: todo el derecho es, y requiere, interpretación). Sin embargo, me parece, estamos muy lejos de tener acuerdos significativos en la materia, y seguimos a la merced de algo así como el “todo vale” (cualquier cosa en nombre del estar interpretando al derecho).

#### VIII. ¿Qué considerás que hacen muy bien en general hoy las/os profesionales del derecho en los distintos ámbitos donde actúan?

No lo sé, soy muy crítico sobre los modos en que se ejerce, se piensa y se decide sobre el derecho. Me siento muy poco a gusto con las formas predominantes en todas las áreas (ejercicio profesional, enseñanza del derecho, aplicación del derecho).

#### IX. ¿Cuáles son los principales cambios que experimentarás el ámbito del derecho en los próximos cinco años?

Es difícil decirlo. Es fácil hablar de “cambios” vinculados con las tecnologías o la informatización del sistema jurídico, pero —mirando a lo que ocurre en los países más avanzados— no se si hay alguna innovación que resulte sustantivamente atractiva, en términos de “sanar” al derecho, o ponerlo en las “vías” apropiadas: al servicio de la sociedad que lo crea. Apostaría, en todo caso, por una “desformalización” del derecho, particularmente necesaria en ámbitos tan desiguales como el nuestro, y en donde las “formas” siguen estando al servicio de la exclusión social.

#### X. ¿Qué consejo “innovador” le darías a quienes se dedican al derecho en los próximos años?

Daría, más bien, un consejo “clásico,” referido a la necesidad de estudiar. Tal consejo puede ser visto como “innovador,” sin embargo, dado que el “estudio” se ha convertido en sinónimo de “curso tu posgrado/curso tu maestría” y ya está, no importa si aprendés algo, no importa si entiendés algo, no importan los contenidos, salvo para marcar diferencias con quien no cursó. Entiendo, de todos modos, que las condiciones de vida actuales, particularmente en países como el nuestro, hacen difícil estudiar y pensar críticamente: todos tenemos familia a la que mantener, todos tenemos derecho al ocio, todos estamos cansados. Pero ojalá, ojalá la gente que trabaja con el derecho pueda detenerse a pensar y a estudiar qué hace, para qué lo hace, y por qué y para quién hace lo que hace.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/1905/2022

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

## Fracasos exitosos



### Marina Mariani de Vidal

Doctora en Derecho. Juez de la Cámara en lo Civil y Comercial Federal en retiro. Profesora Titular Consulta a cargo de la cátedra de Derechos Reales (UBA). Docente de grado y posgrado en diversas Universidades. Autora de libros y trabajos doctrinarios. Disertante en Congresos y Jornadas

Antes que nada, quiero agradecer a mi amigo el Dr. Alejandro Chamatropulos que me haya convocado para participar de esta Sección que dirige en la Revista La Ley.

Entre los temas que el Dr. Chamatropulos me planteó, elegí el relacionado con alguna frustración importante que recuerde de mi vida profesional y la enseñanza que se me derivó de ella.

“Yendo a las cosas”, en primer lugar, diré que recién obtenido el título, ejercí la profesión de abogado muy pocos años. Luego ingresé en el Poder Judicial (fuero Civil y Comercial Federal). Designada como Secretaria de Primera Instancia, luego de Cámara, siendo después nombrada Juez de Primera Instancia y luego de Cámara. Mi desempeño en el Poder Judicial —siempre en el fuero Civil y Comercial Federal— fue durante treinta y tres años.

Así es que la experiencia que aquí relataré se refiere a ese período de mi vida profesional y que me vino inmediatamente a la memoria al ser convocada por el Dr. Chamatropulos.

Se vincula con un caso en el que llevé el primer voto de la Sala que integraba (Sala II), al que adhirió mis otros dos colegas. No

recuerdo la carátula —y creo que no la explicitaría aquí—, pero sí el tema.

Se trataba de una donación con cargo que un matrimonio había hecho de una colección de cuadros de su propiedad.

El donatario era el Museo Nacional... El cargo, que los cuadros deberían ser exhibidos siempre en el Museo, no pudiendo ser retirados de allí, para ser exhibidos en otros sitios.

No obstante, el Museo exhibió muchos cuadros en exposiciones realizadas fuera de sus instalaciones.

Fallecidos los donantes —*que nunca objetaron la conducta del donatario*—, sus únicos herederos —sobrinos— promovieron juicio requiriendo la revocación de la donación por incumplimiento del cargo.

La solución parecía fácil (arts. 1848 y ss. del Código Civil de Vélez, entonces en vigor). No obstante, siempre observé uno de los preceptos del “Decálogo del Juez” de quien fuera mi profesor, Enrique Díaz de Guijarro: “Siente la particularidad de cada litigio y desconfía del precedente”.

En esas aguas, comencé a revisar el no objetado peritaje técnico de un experto de-

signado en la causa y al que se lo interrogó sobre posibles daños sufridos por los cuadros durante su estancia fuera del Museo. Asistida por mi Relator examiné la periticia cuadro por cuadro, encontrando que solo uno o dos habían sufrido muy pequeños deterioros sin importancia en la tela y algunos más —también pequeños— en los marcos. Los cuadros eran muchos, la tarea fue ardua.

Su resultado me llevó al siguiente interrogante: ¿Cuál había sido el sentido del cargo? Entendí que había sido evitar que los cuadros sufrieran deterioros durante su traslado y estancia fuera del Museo. Los cuadros, según el peritaje, no habían sufrido deterioros salvo los irrelevantes señalados.

**Conclusión:** Me pronuncié por el rechazo de la demanda, entendiendo que hacer lugar al reclamo era incurrir en una solución formalista, apartada del espíritu del cargo impuesto por los donantes, que se habían desprendido de sus cuadros para que pudieran ser disfrutados por los integrantes de la sociedad toda. Y lo habían sido durante su exhibición tanto dentro como fuera del Museo, sin sufrir deterioros.

Me refirmé en ella la circunstancia de que los donantes, en momento alguno y hasta su

fallecimiento —ocurrido varios años después de la donación—, hubieran objetado el comportamiento del Museo.

Los herederos interpusieron contra la sentencia un recurso extraordinario. El expediente fue elevado a la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Cuál no sería mi frustración al comprobar —una vez devueltos los autos a la Cámara— que la sentencia había sido revocada por la Corte Suprema, con el lineal argumento de las disposiciones legales sobre revocación de donaciones por incumplimiento de cargos.

El pronunciamiento del Alto Tribunal no ponderó las argumentaciones del fallo recurrido, ni la prueba rendida en las actuaciones que la Cámara había meritado.

Pasada la primera decepción, me refirmé en el criterio que me prometí siempre observar en mi vida, recordando las palabras de Almafuerte, en su “Piu Avanti”: “No te des por vencido, ni aun vencido”.

Y esa fue la enseñanza que recibí de tal frustración.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/1906/2022

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)



## Roland Arazi

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UBA). Profesor titular consulto en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Premio Konex de Platino en la categoría Derecho Procesal, Internacional y de la Integración. Exjuez de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de San Isidro, Provincia de Buenos Aires. Consultor

para las reformas de los Códigos Procesales en las Provincias de Río Negro y Santa Cruz. Autor y coautor de diversas obras publicadas en el país y en el extranjero y de más de doscientos trabajos de doctrina en revistas especializadas. Director de la Revista de Derecho Procesal (Editorial Rubinzal-Culzoni).

Cuando me invitaron a participar en esta sección, rápidamente pensé en un episodio que definió mi carrera profesional.

Al obtener mi título de Abogado en el año 1958, no tenía ninguna experiencia en la profesión y mis primeros casos eran poco importantes, lo que hoy llamaríamos “pequeñas causas”, que en la Provincia de Buenos Aires tramitaban ante los Juzgados de Paz legos, pero aplicando la legislación vigente; sus decisiones eran apelables ante el juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial.

Con el entusiasmo propio de quien peticiona por primera vez ante un juez, inicié un proceso. El Juez (que como dije, era lego) rechazó *in limine* la pretensión de mi cliente, sin dar ningún fundamento, en una resolución absolutamente equivocada. Interpuso un recurso de “revocatoria con apelación en subsidio”, institución que no existía en el procedimiento ante los Jueces de Paz de la Provincia y, por ello, el Juez rechazó ambos recursos.

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

Avergonzado, le dije a mi cliente que habíamos ganado y le pagué la suma que reclamaba (que por suerte, era poca).

Ante ese error me desesperé y advertí que si quería ejercer la profesión debía saber Derecho Procesal, y me propuse estudiarlo “en serio”. El Dr. Julio H. Esclapez tenía su Estudio frente a mi pequeña oficina; fui a verlo y le dije cuál era mi intención.

En ese momento el Dr. Esclapez era Profesor titular de Derecho Procesal en la Facultad de Derecho de la UBA y me dijo que podía asistir a sus clases. Viajábamos juntos a la Facultad y yo aprovechaba los viajes para aprender, escuchando sus comentarios, y luego sus clases en el aula. Me indicó varios libros para que leyera y cada vez me atraía más el contenido de la materia.

Luego se abrió un concurso para Ayudante de segunda y comencé mi carrera docente, cosa que nunca había pensado realizar.

Al Dr. Esclapez sucedió como titular el Dr. Clemente A. Díaz, que era muy exigente con quienes pertenecíamos a su Cátedra; teníamos que preparar distintos trabajos que comentábamos en las reuniones periódicas que él convocaba. Recuerdo que el primer trabajo que me encomendó fue “la intervención de terceros en el proceso”; yo no tenía la preparación necesaria para desarrollar ese tema, le dije que era demasiado difícil por mis escasos conocimientos, y él me contestó: “No es difícil. Es diabólico”, por eso quiero que lo estudie.

Los sábados a la tarde, el Dr. Díaz venía desde su domicilio en Banfield hasta mi casa en San Isidro para hablar de distintas cosas, pero, principalmente de cuestiones procesales.

Después de mi ingreso como ayudante de segunda ascendí a ayudante de primera, luego jefe de trabajos prácticos, profesor adjunto y finalmente, profesor titular. Asistí a Congresos, me animé a escribir artículos de doctrina y a publicar mi pri-

mer libro (“La prueba en el proceso civil” editado por la Cooperadora de la Facultad) al que siguieron otras obras hasta el día de hoy, e hice la tesis doctoral sobre “revisión de las sentencias firmes”.

Todo el largo camino recorrido comenzó por el rotundo fracaso al perder un caso por mi falta de conocimientos. Han pasado más de sesenta años y no puedo olvidarme de aquel juicio; me es imposible cumplir con uno de los Mandamientos del Abogado de Eduardo Couture: “Olvida. La abogacía es una lucha de pasiones, si en cada batalla fueras cargando tu alma de rencor llegará un momento en que la vida será imposible para ti. Concluido el combate olvida tan pronto tu victoria como tu derrota”.

No obstante, agradezco ese fracaso que me impulsó a transitar ese camino.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/1907/2022



## Laura Monti

Procuradora Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Hace muchos años me presenté a una selección para un cargo profesional. Era bastante joven, pero entendía que quizá,

con la formación que me había dado la UBA, la Universidad Austral, mi mentora, la Dra. Pérez Cortés, y los profesores, jefes,

alumnos y colegas de los que había aprendido tanto, podía tener una oportunidad laboral nueva.

Esa oportunidad me generaba ilusión no solo porque, según lo veía, podía ser una buena experiencia, sino también porque mis

hijos eran pequeños, mi trabajo de entonces era fascinante pero inestable, y mi marido y yo necesitábamos (al igual que la mayoría de las parejas jóvenes) trabajar ambos para sostener la casa y la familia. El puesto al que aspiraba, supuestamente, me generaría esa “tranquilidad”.

Pues bien, por varias razones un poco “sorprendentes” para alguien joven e inexperta como yo, (la mayoría de ellas fuera de mi posibilidad de hacer algo para revertirlas) no se dio. En el momento, me preocupé y, debo decirlo, me fastidié un poco.

Visto en retrospectiva, me doy cuenta de que hubiera estado insatisfecha con ese trabajo.

No solo eso: Gracias a que no lo obtuve, pude seguir compartiendo mi desempeño laboral con colegas y jefes extraordinarios, aprendí muchísimo del derecho y de la vida, y se me abrieron puertas más que interesantes en lo profesional y lo académico. De más está decir que, al estar yo contenta, mi vida personal, familiar y amical, fue mucho más luminosa.

Debo decir que creo en Dios, y en que Él nos ayuda si nos ayudamos. Y recuerdo el dicho según el cual Dios escribe derecho con líneas torcidas. No quiero ser pretenciosa y pensar que Dios esté tan pendiente de mis temas laborales, pero sí está pendiente de ayudarnos y, a veces, lo que se nos presenta como una piedra en el camino nos desvía de este para llevarnos por senderos mucho mejores.

A raíz de todo lo que les conté, siempre que tengo la oportunidad le digo a mis colegas y alumnos, en especial a los más jóvenes, que todavía están “en carrera”:

No cejen en su empeño. Los logros (en este caso, profesionales) obtenidos con la conciencia limpia y el esfuerzo personal (acompañado del apoyo de la familia y los amigos), son uno de los premios más grandes de la vida.

No desdeñemos los fracasos que no solo nos enseñan, sino que nos pueden servir para no desviarnos del camino que nos lleva a cosas buenas.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/1908/2022

## Entrevistas

# Telecomunicaciones, brecha digital e innovación



Elena Estavillo

Directora asociada Aequum. Directora General en Centro-i para la Sociedad del Futuro (México).

### I. ¿Cuáles son los cambios más relevantes y de impacto en materia de telecomunicaciones que observas para los próximos años?

Los grandes temas deberán incluir sin duda el cierre de brechas y la transformación digital.

El primero, porque es una demanda que se venía fortaleciendo en los últimos años debido a los esquemas de crecimiento económico que en muchos países han favorecido la concentración de la riqueza, y que se exponenció ahora con la pandemia, ya que la desigualdad ha aumentado. La brecha digital es una barrera estructural que impide el acceso de muchas personas y grupos a oportunidades y al ejercicio de derechos humanos. Por lo tanto, la brecha digital hace más difícil eliminar otras desigualdades, como las económicas, educativas, de salud, las que hay entre distintas regiones; entre la población urbana y la rural; entre mujeres, hombres y personas con otras identidades; etc.

La brecha digital también refuerza la vulnerabilidad de las pequeñas y medianas empresas y con ello, del empleo y del aparato productivo. Además, la brecha digital afecta nuestras capacidades de recuperación.

Por otro lado, el avance tecnológico está transformando todas las áreas de nuestras vidas. Ha impulsado nuevas formas de proveer bienes y servicios, tanto los privados como los públicos, producir y acceder a información, estudiar, impartir justicia, hacer política, gobernar, entre otros.

Sin embargo, pocos países en la región han impulsado agendas digitales integrales para generar un entorno habilitador que induzca las inversiones que se requieren para una verdadera transformación digital, que va desde el despliegue de infraestructura hasta el desarrollo de estrategias de ciberseguridad y la alfabetización digital, entre muchas otras acciones. Dichas agendas deben ser colaborativas y participativas, con un enfoque multiactor —gobiernos de distinto

nivel, operadores y empresas TIC, sectores fundamentales como el de educación y de salud, empresas de distintos sectores, consumidores, usuarios, organizaciones ciudadanas—, además de incluyentes a todos los niveles de toma de decisiones.

### II. ¿La regulación de la competencia puede generar un impacto positivo para disminuir la brecha digital existente en lo socio económico o ciertas asimetrías al respecto entre las regiones?

Definitivamente la competencia tiene un papel relevante para reducir la brecha digital. La sana competencia y la libre concurrencia incentivan las inversiones porque permiten que nuevas empresas entren a los mercados y que las existentes amplíen su presencia a nuevas regiones, segmentos y modalidades; incluso que desarrollen modelos de negocio totalmente nuevos.

En la medida en que el mercado pueda desarrollarse libremente, se podrá extender sus alcances para maximizar la cobertura hacia los usuarios que puedan adquirir los servicios y el equipo. A mayor competencia, los precios tienden a disminuir y la calidad a aumentar, de modo que un mayor número de personas tendrán la capacidad económica para adquirir los servicios y el equipo en las condiciones que resultan del libre mercado.

Ahora bien, incluso en los países más desarrollados siempre existirá una franja de la población sin la capacidad adquisitiva suficiente, a la que se tendrá que atender con apoyos públicos. Pero una competencia más dinámica tendrá el efecto de reducir el tamaño de esa población desatendida por el mercado.

Sin competencia, la franja de personas desconectadas —la brecha digital— será más amplia e, incluso, quienes tengan capacidad para adquirir los servicios y los equipos harán un menor consumo de ellos, por los mayores precios, menor calidad y variedad.

Asimismo, la rivalidad para ganar clientes puede llevar a las empresas a generar ofertas atractivas para segmentos de consumidores

con necesidades particulares, para ayudar a cerrar brechas específicas en donde la asequibilidad no es el problema detrás de la falta de acceso. Un ejemplo de ello es la disponibilidad de equipo y servicios accesibles para personas con discapacidades. Es cierto que la dinámica del mercado de las telecomunicaciones puede ser insuficiente para generar estas ofertas de manera espontánea, pero es posible lograr el objetivo añadiendo incentivos indirectos (*nudges*).

### III. ¿Qué desafíos distintos a los actuales puede traer la brecha digital de género durante esta próxima década? Es decir, ¿cuáles serán los próximos temas de agenda en tu opinión?

Los desafíos de la brecha digital y de la inclusión de género han estado presentes desde siempre, pero hasta ahora es que se va creando conciencia de que estos son factores que deben atenderse como prioridades, sin los cuales no podremos crecer ni recuperarnos de manera sostenida.

La penetración del Internet incrementa el producto interno bruto, la productividad y el empleo. Asimismo, el cierre de la brecha digital induce la disminución de otras brechas, lo que contribuye a la recuperación de sectores fundamentales que generan valor social, como el educativo, el de salud y el empleo.

Por otra parte, hemos ido acumulando evidencia que nos confirma que la participación económica de las mujeres impulsa la productividad, la rentabilidad y la innovación —especialmente la innovación disruptiva— no solo desde la perspectiva comercial y tecnológica, sino en la forma de enfrentar tiempos de incertidumbre y cambio. Las mujeres también influyen en alcanzar soluciones pacíficas y durables ante conflictos complejos.

Por lo tanto, los esfuerzos para cerrar la brecha digital de género deben darse no solo viéndolo a las mujeres como usuarias y beneficiarias de la tecnología, sino como creadoras, diseñadoras, operadoras y tomadoras de decisiones en todo el ecosistema digital, para lograr un sector más resiliente e innovador.

La inclusión digital de género es probablemente la herramienta más poderosa que tenemos para incorporar a las mujeres a la economía formal y para promover un círculo virtuoso para el desarrollo económico sostenible en el largo plazo.

### IV. ¿Cómo se pueden retroalimentar positivamente tecnología, desarrollo urbano y ambiente?

Para que una ciudad pueda beneficiarse a fondo de las nuevas tecnologías y la transformación digital, debe iniciar un proceso de transformación que la conciba como un gran ecosistema en el que concurren y se relacionan los espacios construidos, los bienes y servicios públicos, las actividades económicas y sociales de sus habitantes, la infraestructura, los medios de transporte y una variedad de procesos como la producción y consumo de energía, el manejo del agua y la generación de residuos y de diferentes tipos de contaminación.

Cuando no se conciben de esa manera, las ciudades que se presentan como “inteligentes” suelen ser ciudades planeadas, diseñadas y organizadas tradicionalmente, con muchas ineficiencias de origen, a las que se añade una capa de aplicaciones digitales con lo que se obtienen ciudades gadgetizadas.

Hay muchas posibilidades de mejorar el funcionamiento de las ciudades aprovechando la transformación digital y las nuevas tecnologías, pero hay que hacerlo introduciendo la perspectiva de género y las nuevas ideas de planeación ecosistémica.

Entre otros aspectos, la conversión hacia estas ciudades verdaderamente inteligentes puede incluir a la ciencia de datos para el rediseño urbano, siempre que se tenga el cuidado de no reproducir los sesgos de las estadísticas y que la adopción tecnológica se haga en todos los casos de forma responsable e incluyente, evaluando el impacto ético de las aplicaciones y soluciones elegidas.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/1909/2022

# Comité consultivo



**Hugo A. Acciarri**

Director del Programa de Derecho, Economía y Comportamiento, UNS, Bahía Blanca.



**Graciela Frigerio**

Doctora en Ciencias de la Educación (Universidad de Paris V). Presidenta de la Fundación Centro de Estudios Multidisciplinarios (CEM). Directora del Doctorado en Educación de la UNER.



**Eleonora Lamm**

Doctora en Derecho y Bioética. Subdirectora de Derechos Humanos de la Suprema Corte de Mendoza.



**Walter Sosa Escudero**

Doctor en Economía (University of Illinois at Urbana-Champaign). Profesor Plenario y Director del Departamento de Economía de la Universidad de San Andrés. Investigador principal del Conicet. Miembro Titular de la Academia Nacional de Ciencias Económicas.



**Carlos Amunátegui**

Profesor titular de la Pontificia Universidad Católica de Chile



**Melina Furman**

Doctora en Educación por Columbia University. Profesora Asociada de la Escuela de Educación de la Universidad de San Andrés e Investigadora del Conicet.



**Joaquín Navajas**

Director del Laboratorio de Neurociencia de la Universidad Torcuato Di Tella (UTDT). Profesor e investigador en la Escuela de Negocios de UTDT e investigador de Conicet. Doctor de Neurociencia de la Universidad de Leicester (Reino Unido) y Licenciado en Física por la Universidad de Buenos Aires.



**Gonzalo Sozzo**

Profesor de Derecho Privado de la Universidad Nacional del Litoral. Director del Instituto de Estudios Avanzados del Litoral.



**Armando Andruet (h.)**

Miembro de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y de la Academia Argentina de Ética en Medicina.



**Diego Golombek**

Doctor en Ciencias Biológicas (UBA), Profesor Titular (UNQ), Investigador Superior (Conicet), Director Ejecutivo del Instituto Nacional de Educación Tecnológica (INET), Premio Konex de Platino 2017: Divulgación científica. Premio Kalinga/Unesco 2015 (máxima distinción mundial en divulgación científica).



**Daniel Pastor**

Doctor en Derecho UBA. Catedrático de Derecho Penal UBA. Codirector del Instituto de Neurociencias y Derecho INECO. Secretario de investigación UBA. Director del Laboratorio de Innovación e Inteligencia Artificial UBA.



**Silvia Stang**

Licenciada en Periodismo, a cargo de la sección dominical "Economía y Negocios" del Diario La Nación. Primer premio Adepa en las categorías Judicial (2010 y 2019), Economía (2014, 2017 y 2019) y Solidaridad Social (2016 y 2018).



**Isabel Cornejo Plaza**

Investigadora en IID, Univ. Autónoma de Chile.



**Luz González Gadea**

Doctora en Neurociencias de la Universidad Nacional de Córdoba, profesora a cargo del seminario "Neurociencias y Derecho" y miembro del laboratorio en Neurociencias, ambos de la Univ. Torcuato Di Tella



**Teresa Rodríguez De Las Heras Ballell**

Profesora titular de derecho mercantil en la Universidad Carlos III de Madrid. Sir Roy Goode Scholar en UNIDROIT, Roma, 2021-2022. Miembro del grupo de expertos de la comisión europea sobre New Technologies and Liability



**Pamela Tolosa**

Abogada. Magíster en Economía. Decana del Departamento de Derecho de la Universidad Nacional del Sur (UNS). Investigadora del Programa de Derecho, Economía y Comportamiento de la UNS.



**Juan G. Corvalán**

Doctor en Ciencias Jurídicas (USAL). Director del Laboratorio de Innovación e Inteligencia Artificial y del Programa de Actualización en Inteligencia Artificial y Derecho, Facultad de Derecho, UBA.



**Andrés Hatum**

Doctor en Management and Organization, University of Warwick (Inglaterra). Profesor de Management & Organization, Univ. Torcuato Di Tella e IAE.



**Isoia Salazar**

Fundadora y presidenta del Observatorio del Impacto Social y Ético de la Inteligencia Artificial (OdiselA). Miembro del equipo de expertos del Observatorio de Inteligencia Artificial del Parlamento Europeo.



**Teresa Torralva**

Doctora en Neurociencias. Directora e Investigadora de Fundación INECO.



**Cecilia Danesi**

Profesora e investigadora en Inteligencia Artificial, Derecho y Género



**Agustín Ibáñez**

Director del Centro de Neurociencias Cognitivas de la Universidad de San Andrés, Investigador de Conicet y Senior Atlantic Fellow del Global Brain Health Institute UCSF.



**Galo Soler Illia**

Doctor en Química (Universidad de Buenos Aires). Director del Instituto de Nanosistemas (Universidad Nacional de San Martín). Investigador del Conicet. Premio Konex de Platino 2013 (Nanotecnología).



**Sandra M. Wierzba**

Doctora en Derecho (UBA). Profesora Titular de Derecho Civil e Investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Director Editorial: Fulvio G. Santarelli  
Jefa de Redacción: Yamila Cagliero

Editores: Nicolás R. Acerbi  
Valderrama  
Florencia Candia

Jonathan A. Linovich  
Elia Reátegui Hehn  
Marlene Slattery

PROPIEDAD DE LA LEY S.A.E. e I.

Administración, Comercialización y Redacción:  
Tucumán 1471 (C. P. 1050 AAC)  
Bs. As. República Argentina  
Impreso en La Ley, Rivadavia 130, Avellaneda,  
Provincia de Buenos Aires.



Thomsonreuterslaley



linkedin.com/showcase/thomson-reuters-argentina-legal/



TRLaLey



thomsonreuters.com.ar/es/soluciones-legales/blog-legal.html



Centro de atención al cliente:

0810-266-4444