

N° 12  
Marzo de 2021

# Cuadernos de Cijuso

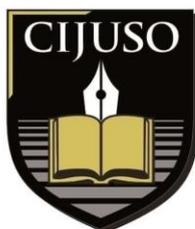
"El saber nos hace mejores"

REVISTA ELECTRÓNICA de artículos de doctrina de la Fundación Ciencias Jurídicas y Sociales

**XXXI JORNADAS  
ACADÉMICAS**

De la **Comisión de Abogacía Joven**  
del COLPROBA

**Edición Especial - Ponencias  
Abogacía Joven**



Fundación Ciencias Jurídicas y Sociales  
[www.cijuso.org.ar](http://www.cijuso.org.ar)

# Cuadernos de Cijuso

*El Saber nos hace mejores*

Revista de la Fundación Ciencias Jurídicas y Sociales del Colegio de  
Abogados de la Provincia de Buenos Aires

**Dirección editorial:** Dr. Jorge Oscar Rossi

[www.cijuso.org.ar](http://www.cijuso.org.ar)

Año V - Nº 12 – Marzo de 2021

La Plata, Provincia de Buenos Aires, República Argentina

Los CUADERNOS DE CIJUSO tienen como objetivo difundir los trabajos de los docentes, investigadores y alumnos de la Fundación Ciencias Jurídicas y Sociales del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, así como de colaboradores de otras instituciones, con el fin de crear un espacio para el intercambio de ideas. El Consejo Editorial se reserva el derecho a rechazar la publicación de material que no está de acuerdo con estos objetivos. Los autores son responsables de los trabajos firmados.

Está permitida la transcripción de estos artículos, a condición que se cite la fuente, la autoría, no se realicen modificaciones al texto y la publicación no persiga fines comerciales.

~

# Cuadernos de Cijuso

Autoridades de la Fundación Cijuso

**Presidente:** Dr. Marcelo Fioranelli  
(Zárate – Campana)

**Secretario:** Dr. Jorge Omar Frega  
(Morón)

**Tesorero:** Dr. Gastón Argeri (Azul)

**Prosecretaria:** Dra. Adriana Cecilia  
Coliqueo (Avellaneda-Lanus)

**Protesorero:** Damián Alcides  
Pimpinatti (Pergamino)

**Vocales:** Dr. Eduardo Sreider (Moreno  
– General Rodríguez) - Dr. Rafael  
Gentili (Bahía Blanca)

# Índice

## **Prologo**

Por Josefina Sannen Mazzucco

**Pág. 6**

## **Palabras Preliminares a la Edición Especial de la CIJUSO**

Por Juan Ignacio Cruz Matteri.

**Pág. 7**

## **La cuota alimentaria y sus formas de determinación**

COMISIÓN DERECHO PROCESAL

Por Florencia Donadío. COLEGIO DE ABOGADOS MORENO-GRAL. RODRÍGUEZ

**Pág. 8**

## **La vivienda familiar entre convivientes**

COMISION DE DERECHO DE FAMILIA

Por Florencia Soledad Ancao - COLEGIO DE ABOGADOS DE SAN ISIDRO

**Pág. 12**

## **La multa civil en las ejecuciones (de consumo)**

COMISIÓN CIVIL Y COMERCIAL

Por Ezequiel Rodrigo Galván – Gustavo Daniel Lueiro Campos - COLEGIO DE ABOGADOS DE LA PLATA

**Pág. 17**

## **Una reforma necesaria a la Ley 13.133 de la Pcia de Bs As: la incorporación del consumidor hipervulnerable en el entramado provincial y municipal**

COMISIÓN CIVIL Y COMERCIAL

Por Juan Ignacio Cruz Matteri. COLEGIO DE ABOGADOS ZARATE CAMPANA

**Pág. 22**

## **Prueba Digital: Delitos Contra el Honor;**

### **El caso de Instagram Stories**

COMISIÓN DE DERECHO INFORMÁTICO

Por Luis Francisco Palomares. COLEGIO DE ABOGADOS DE AZUL

**Pág. 27**

## **Excepciones al otorgamiento de la libertad asistida. Inconstitucionalidad del artículo 56 bis de la ley 24.660**

COMISIÓN DE DERECHO PENAL

Por María Cecilia Lara. COLEGIO DE ABOGADOS DE QUILMES

**Pág. 37**

**Derecho de acceso a la información pública en la Provincia de Buenos Aires. El impacto del COVID-19.**

Por Leonardo Abel Urruti, COLEGIO DE ABOGADOS DE BAHÍA BLANCA.

**Pág. 41**

**Conceptos novedosos. Nuevas Incumbencias**

COMISIÓN DE COLEGIACIÓN E INCUMBENCIAS

Por Camila Maranessi. COLEGIO DE ABOGADOS DEPARTAMENTO JUDICIAL DE MERCEDES.

**Pág. 52**

**Mecanismos de protección ante la aplicación de Inteligencia Artificial en el tratamiento automatizado de datos personales**

Por Carina Mariel Papini

**Pág. 57**

**Análisis de la reciente Ley de Teletrabajo en Argentina**

COMISIÓN DERECHO LABORAL

Por Julieta Ayala. COLEGIO DE ABOGADOS DE LA PLATA

**Pág. 65**

**Salud mental en la abogacía, reflexiones de la cuestión en la provincia de Buenos Aires**

COMISIÓN COLEGIACIÓN E INCUMBENCIAS.

Por Leandro Vero. COLEGIO DE ABOGADOS DE MERCEDES

**Pág. 71**

**El crowdfunding: origen y necesidad de regular el fenómeno**

Por Irene Bruzón Cid

**Pág. 77**

**El decreto 329/2020 y sus prórrogas. Cuestiones prácticas**

COMISIÓN DE DERECHO LABORAL.

Por María Paula Ochoa. COLEGIO DE ABOGADOS DE BAHIA BLANCA.

**Pág. 83**

**La prisión preventiva y el plazo razonable**

COMISIÓN DE DERECHO PENAL

Por Nadia Rodríguez. COLEGIO DE ABOGADOS DE NECOCHEA

**Pág. 95**

## Prologo

Por Josefina Sannen Mazzucco

En mi carácter de Presidenta de la Comisión de la Abogacía Joven de la Provincia de Buenos Aires, es un honor presentar esta Edición Especial hecha por la CIJUSO de las ponencias presentadas por jóvenes abogadas/os.

Sabemos lo difícil que resulta para un joven profesional, por el solo hecho de estar iniciándose en la profesión, publicar sus investigaciones, estudios o trabajos de análisis sobre jurisprudencia o doctrina. Por eso, no tenemos más que palabras de agradecimiento a la CIJUSO y sus Directores por el apoyo incondicional que nos han dado

Quiero felicitar a este grupo hermoso que, en equipo, ha elaborado esta edición especial, a todas/os las/os jóvenes que con impulso colectivo, con ilusión y sin esperar nada a cambio, se sienten orgullosos de formar parte de este proyecto de difusión, de integración y, principalmente, sinónimo de igualdad entre pares.

Finalmente, me gustaría agradecer a cada una/o de las/os jóvenes que hicieron posible esta edición, a su curador, Juan Ignacio Cruz Matteri, a la Mesa de la Abogacía Joven (Gastón La Menza, Florencia Ramos, Leandro Vero), al Presidente del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, Mateo Laborde y al Director de la Fundación Cijuso Dr Marcelo Fioranelli; como así también al Dr Gaston Argeri y al Dr Jorge Omar Frega por su inagotable apoyo. Junto con este número especial compartimos algo que nos une: un sueño colectivo.

Dra. Josefina Sannen Mazzucco  
Presidenta de la Comisión de la Abogacía Joven del  
Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires,

## **Palabras Preliminares a la Edición Especial de la CIJUSO**

Por Juan Ignacio Cruz Matteri.  
Los Cardales, 02 de Febrero de 2021

Estimados lectores,

A lo largo de las páginas que tendrán el privilegio y honor de leer, podrán apreciar las más destacadas obras de nuestros jóvenes profesionales del derecho de la Pcia de Buenos Aires; Mis queridos lectores, serán de este modo testigos del nacimiento de las futuras grandes plumas de nuestro Derecho Argentino.

Personalmente quiero agradecer a todos los que hicieron posible esta edición, a la CIJUSO, al COLPROBA, al apoyo que me dio mi Colegio de Abogados Zarate Campana y mis amigos de la Comisión de la Abogacía Joven de Colproba, al Dr Jorge Oscar Rossi y, especialmente a nuestra ponente del exterior, que es parte de esta edición, Dra Irene Bruzón Cid.

Sin más dilaciones, y sin querer entretenerles más con mis palabras, les dejo disfrutar de las siguientes páginas.

Afectuosamente,

Dr. Juan Ignacio Cruz Matteri  
Curador de la Edición Especial Ponencias  
Secretario Académico Colegio de Abogados Zarate Campana

## La cuota alimentaria y sus formas de determinación

COMISIÓN: DERECHO PROCESAL

Por Florencia Donadío. COLEGIO DE ABOGADOS MORENO-GRAL. RODRÍGUEZ.-

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Practica procesal. 3. Determinación de la cuota alimentaria. 4. Bibliografía. 5. Conclusión. 6. Propuestas.-

1.- La presente tiene por objeto tratar la determinación de una cuota alimentaria y como llegamos al resultado final de dicha cuota. Si bien podemos entender que el tema a tratar aborda cuestiones netamente familiares, el conflicto se produce a nivel procesal, de hecho no está regulado en el código de fondo pero muchos menos en el código de procedimiento.-

Para adentrarnos en la problemática, voy a comenzar explicando el procedimiento del juicio de alimentos y donde lo encontramos regulado.-

El juicio de alimentos, es un tipo de juicio muy usual en el fuero de familia, y procede ante un incumplimiento del deber alimentario de las partes obligadas. En nuestro ordenamiento legal –CCyCN-, está regulado en los Arts. 658 y ctes., y refiere que están legitimados para solicitar la cuota alimentaria: el otro progenitor en representación de su hijo menor de edad; el hijo con grado de madurez suficiente; parientes del niño, y el ministerio de pupilar.-

Antecedentes: La figura del derecho alimentario, es un derecho humano por excelencia consagrado en los tratados internacionales: “*Declaración Universal de los Derechos Humanos*”, año 1948, luego de la Segunda Guerra Mundial. Art. 25. 1) ...“*Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios*”...

Como podemos observar la cuota alimentaria, no solo comprende lo necesario para alimentos, sino por el contrario debe abastecer vestimenta, salud, vivienda, educación y esparcimientos, que en muchos casos no sucede. Es por ello que debemos saber cómo se debe determinar el quantum de la misma.- A lo largo del presente trabajo se profundizará la determinación y porcentaje de la cuota alimentaria.-

Volviendo al procedimiento, debemos tener en cuenta que el mismo se encuentra regulado en el Código de procedimiento de la provincia de Buenos Aires, Art. 635 a 648. “ALIMENTOS Y LITISEXPENSAS”.- A grandes rasgos el articulado explica brevemente de como se inicia el proceso, la audiencia preliminar, intervención del demandado, los plazos para el dictado de la sentencia, y alimentos atrasados, entre otras.- Es dable destacar que con la implementación del sistema de notificaciones y presentaciones electrónicas los procesos se han ido modificando y por ello hay cuestiones que no coinciden pero muchas otras se han omitido.- Una de ellas es la determinación de la cuota alimentaria.- Si bien con la modificación del Código de Vélez, el nuevo código pudo suplir las falencias del código de procedimiento pero otras se siguen omitiendo.-

DETERMINACIÓN DE LA CUOTA ALIMENTARIA. PORCENTAJE. RUBROS QUE INGRESAN PARA EL CALCULO DE LA CUOTA.-

En cuanto a la determinación de esta, podemos observar que no hay un ordenamiento al cual podamos recurrir para solicitar un porcentaje o determinar el monto en pesos. De las experiencias puedo advertir que varía en la calidad y nivel de vida que mantiene el niño/niña o adolescente, y que se exceptúan los descuentos de ley aquí aparece el gran conflicto de autos.

Yo ¿cómo joven o novel profesional que debo saber y cuáles son los rubros que debo tener en cuenta para calcular un porcentaje de cuota alimentaria?

En base a ello nos abocamos pura y exclusivamente a la jurisprudencia.

En este sentido los descuentos de ley son aquellos que vienen especificados en el recibo de haberes del alimentante: Aporte jubilatorio, INSSPJYP, sindicato y obra social, alejándonos

de los rubros remunerativos y no remunerativos ya que los rubros no remunerativos también se incluyen en la cuota alimentaria.-

Para clarificar la idea que trata este trabajo, los rubros no remunerativos son aquellos que al trabajador/alimentante, se le retienen por gastos ajenos a los alimentados y que si deben ser considerados como parte de la cuota alimentaria, ya que los mismos no pueden ir en desmedro del niño/niña/adolescente.- Un claro ejemplo de estos descuentos son: rubro viatico; descuentos por mutuales, adelantos, colectas gremiales, viandas, prestamos, adelantos por vacaciones.-

En relación a los viáticos: la Ley de Contrato de Trabajo es muy clara y expresa lo siguiente: Art. 106: *“Los viáticos, son considerados como remuneración, excepto en la parte efectivamente gastada y acreditada por medio de comprobantes, salvo lo que en particular dispongan los estatutos profesionales y convenciones colectivas de trabajo.-* En este aspecto el trabajador debe acreditar fehacientemente el gasto realizado por viatico y de esa manera no se contabilizaría para efectuar el cálculo de la cuota alimentaria, -aunque a mi parecer no deja de ser una remuneración que aumenta el salario del alimentante.-

LCT: Art. 130 Adelantos: El pago de los salarios deberá efectuarse íntegramente en los días y horas señaladas. El empleador podrá efectuar adelantos de remuneraciones al trabajador hasta un 50% de los mismos, correspondientes a no más de un periodo de pago.- Este tipo de descuentos es muy usual, y perjudica notablemente al niño/niña/adolescente, ya que solicitando adelantos más el porcentaje que corresponde, la contraria nunca puede llegar a saber qué es lo que percibe el alimentante, la mala administración de un progenitor no puede menoscabar un derecho adquirido por el alimentado.-

En cuanto a las mutuales y para el fin que están creadas la ley 20.321 en su Art. 2 dice lo siguiente: *“Son asociaciones mutuales, las constituidas libremente sin fines de lucro por personas inspiradas en la solidaridad, con el objeto de brindarse ayuda reciproca frente a riesgos eventuales o de concurrir a su bienestar material y espiritual, mediante una contribución periódica”.-* En este aspecto es importante destacar que al alimentante por abonar esa cuota mutual de forma mensual percibe un beneficio, y tiene la opción de elegir si contribuye con esa cuota ya que no es obligatorio realizar el aporte. En este orden de idea, si el trabajador no abona esa cuota, ese porcentaje se tomaría o mejor dicho se sumaría al básico del trabajador y aumentaría el porcentaje de la cuota alimentaria. De lo contrario dicho descuento si no se calcula va en desmedro de los alimentos de los niños/niñas/adolescentes, por contrapartida menoscaba el Interés Superior del niño (principio fundamental consagrado en la convención de los derechos del niño, niña y adolescente).-

Es realmente importante tener en cuenta los descuentos que componen la cuota alimentaria de la parte alimentada, y por consiguiente cuando se perciban por retención directa corroborar que la empleadora realice el depósito correspondiente, ya que muchas veces se cometen errores de cálculo.- Podemos corroborarlo pidiendo prueba informativa a los organismos de contralor para que verifiquen que los ingresos del trabajador sean los correctos y asimismo se especifique categoría, valor hora, y si coinciden con el recibo de haberes.-

Por otra parte, uno de los rubros que también componen los haberes no remunerativos son las “viandas”, el cual lo explicare con una fallo pero el mismo señala y deja por sentado que todo rubro que el trabajador perciba de forma habitual y periódica integran el salario.-

*Autos: C., F. M. c/M. L., M. G. s/Piezas Pertenecientes*

*País: Argentina*

*Tribunal: Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Salta - Sala III*

*Fecha: 07-11-2017*

*Cita: IJ-XD-765*

*Corresponde hacer lugar al recurso interpuesto y en consecuencia dejar establecido que el rubro viandas - ayuda alimentaria, debe ser considerado a los fines de la determinación de la cuota alimentaria acordada y homologada (20% de sus haberes), en tanto si bien no hay discusión respecto a la naturaleza jurídica del rubro, en cuanto que tiene carácter no*

*remunerativo y, por ende, no integra la base de cálculo del impuesto a las ganancias, al ser abonado por la empleadora en efectivo, de manera habitual y periódica, se ha incorporado al salario que percibe el empleado, sea cual fuere su definición o método de cálculo, máxime cuando el caso en cuestión, tiene como una de las partes a una niña cuyo interés superior debe imperar y lleva a que, en caso de dudas interpretativas, se deba acoger aquella que resulte más favorable a sus intereses. Corresponde dejar establecido que el rubro viandas deberá ser considerado a los fines de la determinación de la cuota alimentaria, en tanto que la remuneración comprende todo pago que implica un beneficio económico corriente y periódico que se reconoce al trabajador, por mérito de la prestación personal que brinda, de naturaleza legal o convencional, aún cuando sea caracterizado como no remunerativo, y al cual acceden por el sólo hecho de pertenecer al personal de la empresa y que constituyen derechos adquiridos del agente en el marco del contrato de trabajo, y el empleador no puede suspenderlo o revocarlo, es decir que no queda a su arbitrio decidir si los reconoce o no. Es un modo de reconocimiento por parte de la empleadora, para con sus empleados, del gasto solventado por éste para tomar la vianda en las condiciones que contempla el convenio colectivo del sindicato de petroleros, por lo que queda claro que el empleador no otorga la vianda propiamente dicha a los trabajadores, sino que la ha reemplazado por una suma fija en pesos, pero que cubre el gasto que su dependiente debe realizar para alimentarse durante la jornada de trabajo. Debe tenerse en cuenta es que es una prestación originada en el contrato de trabajo, no vinculada con la contraprestación laboral del agente, que tienen por objeto cubrir erogaciones que debe afrontar, es preciso recordar que los vales alimentarios se encontraban dentro de los llamados beneficios sociales previstos por el art. 103 bis incs. b y c de la Ley Nº 20.744, y que cuando se trata de determinar la remuneración a los fines alimentarios, debe adoptarse un criterio amplio, incluyendo todo lo que el trabajador perciba como consecuencia del contrato de trabajo.*

*A lo dicho se agrega lo establecido por el art. 106 de la Ley Nº 20.744, que dispone que los viáticos serán considerados como remuneración, excepto en la parte efectivamente gastada y acreditada por medio de comprobante, salvo lo que en particular dispongan los estatutos profesionales o convenciones colectivas de trabajo. Por ello infiere que, de acuerdo a como son liquidadas la viandas -integrando el haber mensual y habitual del trabajador- si se las concibe como viáticos, las mismas ingresarían a su patrimonio al ser consideradas como sueldo, dado que no requieren rendición y reintegro al empleador.*

4.- Bibliografía. Código Civil y Comercial de la Nación, Ley de Contrato de Trabajo, Ley 20.321, Convención de los Derechos del niño, Código de procedimiento de la provincia de Buenos Aires, Declaración Universal de los Derechos Humanos.-

#### 5.- Conclusión:

A lo largo de este trabajo intente demostrar cuales son los parámetros y las consecuencias de una incorrecta liquidación para el cálculo de la cuota alimentaria, y además no saber los rubros que integran dicha cuota, por eso es muy importante tenerlo aclarado debido a que muchas veces por la inexperiencia nos dejamos convencer o pasamos por alto cuestiones que pueden perjudicar terriblemente a nuestros clientes, estemos de un lado o del otro. Como he dejado sentado, no tenemos legislación al respecto y solo podemos guiarnos de jurisprudencia, por ello los invito a buscar la información correcta, y trabajar en conjunto como operadores de justicia que somos e intentemos que de alguna manera no quede a la deriva sin regulación alguna, ya que no solo es por el bien de nuestros clientes, sino por nosotros y cada uno de los colegas que día a día colaboramos para cambiar la perspectiva del derecho y el ejercicio de una mejor y más rica abogacía.-

6.- Propuestas: En base a lo expuesto precedentemente propongo lo siguiente:

a) Incorporar en el Código de Procedimiento de la Provincia de Buenos Aires, como determinar la cuota alimentaria, cuales son los rubros que la integran y especificar

detalladamente cuales son las únicas retenciones de ley que fueron explicadas a lo largo de la presente ponencia.-

b) Propuesta anterior aplicarla en vez de en el Código de Procedimiento, incorporar un articulado en el código de fondo y que pueda abastecerse el capítulo de los deberes alimentarios asimismo, ya que el CCyCN regula varios aspectos que el de forma no ha incorporado.-

c) Ante la negativa de las anteriores, formular una guía desde la comisión provincial de la Abogacía joven, con todos los análisis prácticos de los juicios de alimentos y procedimientos de familias que en el CPCCBA, no sean claros y hayan quedado obsoletos.-

~

## La vivienda familiar entre convivientes

COMISION DE DERECHO DE FAMILIA

Por Florencia Soledad Ancao - COLEGIO DE ABOGADOS DE SAN ISIDRO

---

Sumario: I. Introducción – II. Concepto de Familia. Unión Convivencial en el Código Civil y Comercial. III.- Protección de la Vivienda. IV.- Cese de la Unión Convivencial. Atribución de la vivienda. Conflicto del plazo. V.- Conclusión

---

### I.-INTRODUCCION

En la presente ponencia desarrollaremos diferentes conceptos que hacen al análisis del fallo en cuestión como ser el concepto de familia, el grupo familiar, y la protección a la vivienda familiar.

Introduciremos el concepto unión convivencial, la solidaridad familiar y el principio de no discriminación. Asimismo, para delimitar dicho concepto tendremos que analizar artículos del matrimonio, para llegar a la conclusión de cual sería la mejor aplicación a la hora de resolver, lo que está en manos del poder judicial.

Y dejar entrever la importancia de la interpretación judicial al momento de analizar la normativa vigente para su aplicación y la búsqueda de un derecho justo.

El siguiente análisis vale aclarar, lo haremos según el Código Civil y Comercial de la Nación, de ahora en más CCyC.

### II.- CONCEPTO DE FAMILIA. UNION CONVIVENCIAL EN EL CODIGO CIVIL Y COMERCIAL.

El Código Civil y Comercial regula diversas formas de familia, y el matrimonio actualmente no aparece como el único modelo, sino que aparecen otras figuras como la regulación de la figura de las uniones convivenciales.

El reconocimiento de los efectos jurídicos que se le dio a la figura de las uniones convivenciales como una forma de vivir en familia encuentra su fundamento en la Constitución Nacional y en los instrumentos internacionales que conforman el bloque derivado del art 75 inc. 22 de la Constitución Nacional.

El art 14 bis alude a la protección integral de la familia y las convenciones internacionales hablan del derecho a la vida familiar, resaltando que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad. Esta idea se consagra por la Corte IDH cuando dice en el caso Atala Riffo “en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo ‘tradicional’ de la misma”. El concepto de vida familiar “no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio”<sup>1</sup>.

Asimismo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con criterio amplio, señaló que "La noción de familia no está circunscrita a relaciones basadas en el matrimonio y puede abarcar otros vínculos de 'familia' de facto donde las partes están viviendo juntas fuera del matrimonio. Un niño nacido en tal relación es ipso jure parte de tal unidad familiar desde ese momento y por el mero hecho de su nacimiento. Por tanto, existe entre el niño y sus padres

---

1 Caso Atala, Riffo y niñas vs. Chile, del 24/02/2012, párrafo. 142, disponible en [www.corteidh.or.cr/](http://www.corteidh.or.cr/)

un vínculo que implica vida familiar. Además, el Tribunal recuerda que el goce mutuo de la compañía del otro entre los padres y el niño constituye un elemento fundamental de la vida familiar, aunque la relación de los padres esté rota, y en consecuencia, medidas nacionales que limiten tal goce, conllevan una interferencia con el derecho protegido por el artículo 8 del Convenio".<sup>2</sup>

Podemos ver que desde un andamiaje constitucional y convencional el concepto de familia puede conformarse en relación a una pluralidad de realidades o situaciones de cada sociedad.

Surge la necesidad de proteger a las diversas modalidades de familia, lo que debe asentarse en dos principios fundamentales: el principio de solidaridad familiar, que se entiende como el efectivo goce de todos los derechos fundamentales de todos los integrantes de la familia; y el principio de no discriminación que veda un trato diferenciado que carece de justificación objetiva y razonable.

A raíz de lo expuesto, el CCyC propone una regulación en las uniones convivenciales donde se procure la libertad y la protección de los sujetos que conforman dicha modalidad de familia.

### **III.- PROTECCION DE LA VIVIENDA.**

Es indispensable entender lo que significa la vivienda en el grupo familiar, que es el seno de la vida familiar y un pilar fundamental para entender y desarrollar la misma dependiendo cada grupo familiar, pero siempre sobre las mismas bases de protección.

Es notable recordar que el derecho a la vivienda se encuentra reconocido en el art 14 bis de la Constitución Nacional, dentro del grupo de los derechos económicos, sociales y culturales y en varios instrumentos que gozan de jerarquía constitucional como la Convención de los Derechos del Niño (art. 27.3), la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 25.1), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 23), la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 17), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 11.1), la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (art. 5º, inc. e, III), y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (art. 14, inc. h).

La CSJN "La provisión de agua y el alumbrado pueden reemplazarse, si fueren excesivamente onerosos, por otros más rudimentarios. Es posible alimentarse o abrigarse más o menos bien. Todo esto es elástico y a la medida de la situación pecuniaria de cada uno. Pero no hay la posibilidad de habitar parcialmente. Se tiene o no se tiene habitación. Exigencias materiales y consideraciones de decoro y de moral, todo contribuye a hacer de la habitación la necesidad más premiosa y a convertirla, por lo tanto, en el instrumento más formidable para la opresión".<sup>3</sup>

El Estado es quien tiene que brindar la protección y asegurar a las personas una vivienda digna y el amparo de la misma ante cualquier eventualidad.

---

<sup>2</sup> TEDH, "Caso Schalk y Kopf", supra nota 158, párr. 91. Sentencia de 27 de septiembre de 2011, párr. 70; "Caso Berrehab c. Países Bajos" (n. 10730/84).

<sup>3</sup> Fallo "Ercolano c. Lanteri de Renshaw", 28/04/1922, Fallos 136:170.

Es por ello el análisis del presente trabajo, en donde nos preguntamos ¿Existe la misma protección de la vivienda en las diferentes modalidades de familias, ya sea un matrimonio o una unión convivencial dentro del Código Civil y Comercial, es decir para nuestra regulación?

#### **IV.- CESE DE UNIÓN CONVIVENCIAL. ATRIBUCIÓN DE USO DE LA VIVIENDA. CONFLICTO DEL PLAZO.**

En tal sentido, ante la ruptura de la relación familiar, el CCyC si hace una distinción y le otorga diferente marco de protección para la vivienda si es un matrimonio o una unión convivencial, y esto es la cuestión de análisis en el presente trabajo.

Antes de la sanción del CCyC largo fue el camino para llegar a lo que es hoy el artículo 526 del CCyC, ya que cuando no existía un matrimonio, es decir no había ningún encuadre jurídico para dicho grupo familiar, la jurisprudencia y la doctrina entendía ir por el camino de la acción de desalojo, para obtener así la exclusión del conviviente.

Esta tendencia fue cambiando a medida que pasaron los años y se vislumbraba en el uso de la vivienda hijos menores de edad, o incapaces en analogía al art 1277 del Código de Vélez, que les pedía el consentimiento a ambos cónyuges para disponer de dicho inmueble y/o la decisión del juez primaba cuando no comprometía el interés familiar.

Lo que se buscaba era proteger el interés familiar y no amparar el interés de los cónyuges, y por sobre todo que los hijos tuvieran garantizado su derecho a la vivienda. Esta aplicación amplia tuvo acogida en jurisprudencia que entendió aplicar este artículo 1277 a hijos menores de uniones convivenciales, cuando no había matrimonio.

Ahora bien, el art 526 del CCyC dispone que “el uso del inmueble que fue sede de la unión convivencial puede ser atribuido a uno de los convivientes en los siguientes supuestos: a) si tiene a su cargo el cuidado de hijos menores de edad, con capacidad restringida, o con discapacidad; b) si acredita la extrema necesidad de una vivienda y la imposibilidad de procurársela en forma inmediata. El juez debe fijar el plazo de la atribución, el que no puede exceder de dos años a contarse desde el momento en que se produjo el cese de la convivencia, conforme a lo dispuesto en el artículo 523. A petición de parte interesada, el juez puede establecer: una renta compensatoria por el uso del inmueble a favor del conviviente a quien no se atribuye la vivienda; que el inmueble no sea enajenado durante el plazo previsto sin el acuerdo expreso de ambos; que el inmueble en condominio de los convivientes no sea partido ni liquidado. La decisión produce efectos frente a terceros a partir de su inscripción registral... El derecho de atribución cesa en los mismos supuestos previstos en el artículo 445”.

De dicha norma surgen dos supuestos, que cuando existe falta de acuerdo, se habilita el uso de la vivienda a favor de uno de los convivientes: si tiene a su cargo el cuidado de los hijos menores de edad, con capacidad restringida o con discapacidad, y si acredita la extrema necesidad de una vivienda y la imposibilidad de procurársela en forma inmediata.

Y dichos supuestos son alternativos, no es necesario que coexistan ambos.

No podemos dejar de comparar y por aquí el tema que nos ocupa, que a diferencia de la unión convivencial en el matrimonio el art 443 del CCyC dice que la atribución al uso de la vivienda es para uno de los cónyuges, si la persona se atribuye el cuidado de los hijos; está en situación económica más desventajosa para proveerse de una vivienda por sus propios medios; el estado de salud y edad de los cónyuges; los intereses de otras personas que integran el grupo familiar.

La diferencia sustancial y lo que nos llama la atención a la hora de estudiar ambas instituciones, en relación a la protección de la vivienda familiar es que, si el cese es por uniones convivenciales la protección de la vivienda tanto para el conviviente como para los hijos menores de edad, con capacidad restringida o discapacidad, la ley fija un plazo máximo de dos años para la atribución de la vivienda, vulnerando este derecho fundamental y dicho plazo en el articulado que regula el matrimonio no aparece.

El artículo 526 del CYCC discrimina y perjudica si los hijos menores de edad o con alguna restricción a la capacidad o incapacidad, se encuentran dentro de una familia en donde los progenitores se encuentran en un matrimonio o en una unión convivencial.

Existe un trato diferenciado en el reconocimiento de un derecho constitucional, fundamental y pilar del grupo familiar como es el derecho a la vivienda. Y no puede esta distinción repercutir como venimos diciendo en el interés del grupo familiar, menos aun en los derechos de los más débiles como ser los niños, niñas o adolescentes.

Tampoco el uso de la vivienda queda resuelto con los alimentos, cuando hay menores, porque este derecho de habitación, no se asimila al centro de vida del menor que es donde reside y residió durante gran parte de su vida, y que arrancarlo de la misma puede ocasionarle un daño en su estabilidad emocional, y social.

Es por ello que jurisprudencia ha resuelto “el plazo de dos años que dispone por el artículo 526 del Cód. Civ. y Com. de la Nación... rige para las relaciones entre los convivientes adultos, pero bajo ningún aspecto puede comprender a los hijos menores de edad, con capacidad restringida o discapacidad, puesto que el contenido de la prestación por alimentos que se fija a su favor, debe comprender expresamente... el rubro habitación (conf. artículo 659, Cód. Civ. y Com. de la Nación), de ahí que en estos supuestos, para la atribución de la vivienda familiar, no corresponda establecer plazo alguno. Una solución contraria importaría un trato diferenciado entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales, lo que a todas luces resulta inaceptable. Si a ello se suma, lo dispuesto por el artículo 14 bis de la Constitución Nacional que garantiza la protección integral de la familia y el acceso a una vivienda digna y artículos 2, 18, 27, siguientes y concordantes de la Convención de los derechos del Niño”<sup>4</sup>.

En este mismo sentido se ha dicho que “Cuando luego del cese de la convivencia, la vivienda se otorga en protección de los hijos, surge un trato discriminatorio, con relación a los hijos matrimoniales, ya que éstos gozarán de la vivienda sin plazo, mientras que los hijos de los convivientes no podrán hacerlo por más de dos años. Este tratamiento diverso de una situación similar... puede ser tachado de inconstitucional y por ello, debería reconocerse el derecho a gozar de la vivienda familiar en condiciones idénticas a las que confiere el art. 443”<sup>5</sup>.

Aclarada la interpretación del art 526 del CCyC y volviendo a los principios remarcados al principio de la solidaridad familiar se ha señalado que “La atribución de la vivienda familiar es una restricción al derecho de propiedad por una razón de mayor entidad, esto es el principio de solidaridad familiar; en franca protección del más vulnerable. De tal forma, aquel cónyuge o miembro de la pareja al cual no le haya sido atribuida la vivienda familiar, se ve afectado debiendo soportar dicho otorgamiento en favor del otro, por encontrarse en mejor situación para poder proveerse otra. No obstante lo anterior, vale señalar que los hijos son acreedores de la obligación alimentaria de sus progenitores y el rubro vivienda

<sup>4</sup> CNCiv., sala D, 08/09/2017, “M., C. M. y otros c. D., D. A. s/ alimentos”, Rubinzal Online, RC J 6752/17

<sup>5</sup> Azpíri, Jorge O., Uniones convivenciales, Hammurabi, Bs. As., 2016, p. 239

integra tal obligación”<sup>6</sup>

#### **V.- CONCLUSION y PROPUESTA**

El derecho de familia es una de las disciplinas jurídicas que atravesó tanto la Constitución Nacional de 1994 como diversas leyes que se implementaron a lo largo de años sumando temáticas conflictivas que necesitaban tener una regulación.

Es necesario tener una normativa que encuadre determinadas situaciones de las que no podemos escapar a medida que la sociedad sigue evolucionando, es por ello que este nuevo Código Civil y Comercial viene a traer un nuevo paradigma, un derecho constitucionalizado, donde el sujeto y sus derechos son los que priman.

Y es por ello que al momento de analizar los fallos, los jueces no pueden dejar de lado principios de raigambre constitucional como es el derecho humano a la vivienda, la igualdad de los hijos, la protección de la familia y el principio de no discriminación, ya sea porque son hijos matrimoniales o por uniones convivenciales.

En mi opinión, es necesario que la legislación vaya de la mano con la realidad de la sociedad, los nuevos conflictos que se presentan a diario y que se traten de resolver primando una interpretación judicial armoniosa con los principios constitucionales, los tratados internacionales, la equidad y la justicia.

**Mi propuesta es que al momento de delimitar el uso de la vivienda familiar por separación, ya sean en matrimonio o uniones convivenciales no se hagan diferencias cuando haya niños, niñas o adolescentes residiendo, y que no se aplique el plazo de los dos años que delimita el art 526 CCYC, por modificación legislativa o aplicación de jurisprudencia.-**

~

---

<sup>6</sup> CCiv. y Com., Sala II, Mar del Plata, 16/05/2018, “S., M. L. c. R., M. A. s/ materia a categorizar”, RC J 3014/18

## La multa civil en las ejecuciones (de consumo)

COMISIÓN CIVIL Y COMERCIAL

Por Ezequiel Rodrigo Galván<sup>1</sup> – Gustavo Daniel Lueiro Campos<sup>2</sup> COLEGIO DE ABOGADOS DE LA PLATA

### I. Introducción.

La presente ponencia tiene por objeto el análisis de la procedencia de la multa civil (art. 52 bis Ley 24.240) en el marco de un proceso de ejecución (de consumo). Si bien es una temática de escaso tratamiento doctrinario y jurisprudencial, se recupera el aporte del Dr. Bilbao (2014), ahora incorporando la jurisprudencia reciente de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires.

De este modo, sin desconocer los escasos pronunciamientos en la materia que rechazan la aplicación del instituto por considerarlo una pretensión (encontrándose vedada la reconvencción), o bien por entender que requiere una instancia de conocimiento más amplia de la reconocida por el proceso<sup>3</sup> (Bilbao, 2014:2-3), en el presente trabajo se procede a una relectura de los argumentos y jurisprudencia en la materia en favor de una interpretación compatible con la procedencia de la multa civil en el marco de estos procesos de consumo.

En este sentido, debe tenerse presente que la multa civil establecida en el artículo 52 bis de la Ley 24.240 es un instituto con una clara finalidad sancionatoria y disuasoria de conductas abusivas por parte de los proveedores (Bru, 2015:576), de orden público (art. 65), cuya aplicación en el marco de estos procesos de consumo se presenta como un mecanismo conveniente para tutelar los intereses económicos de los usuarios y consumidores (art. 42 C.N.).

### II. Desarrollo.

Como cuestión preliminar, debemos tener presente dentro de los procesos de ejecución “de consumo”, entendidos como aquellos en los que subyace una relación de consumo, si bien encontramos principalmente procesos ejecutivos de pagarés con origen en una relación de consumo, también encontramos ejecuciones de certificados de saldo deudor de cuenta corriente bancaria (art. 1406 Código Civil y Comercial), ejecuciones de saldo deudor de tarjeta de crédito (arts. 39-41 Ley 25.065), ejecuciones prendarias o acciones de secuestro<sup>4</sup> de prenda con registro (arts. 36 y 39 Ley 12.962), e incluso ejecuciones por el propio usuario o consumidor de un acuerdo conciliatorio en la instancia administrativa<sup>5</sup> (art. 47 Ley 13.133) o de la resolución firme que le reconoce daño directo (art. 40 bis Ley 24.240)<sup>6</sup>.

Cabe destacar que entender la procedencia de la multa civil en el marco de una ejecución “de consumo” no implica su necesaria aplicación, sino reconocer la potestad judicial de imponer, con fundamento en una norma de orden público protectorio, una sanción represiva al proveedor

---

<sup>1</sup> Abogado (UNLP). Escribano (UNLP). Alumno de la Maestría en Derechos Humanos (UNLP). Diplomado en Derechos Económicos, Sociales y Culturales (UM). Diplomado en Derecho Parlamentario (UA). Alumno de la Diplomatura en Derechos del Consumidor y Procesos Protectorios (UNA). Mail: [ezequielgalvan@gmail.com](mailto:ezequielgalvan@gmail.com).

<sup>2</sup> Abogado (UNLP). Escribano (UNLP). Alumno de la Maestría en Derecho Empresario (UA). Mail: [lueirocampos@gmail.com](mailto:lueirocampos@gmail.com).

<sup>3</sup> Cámara Civil y Comercial de Azul, Sala I “Credil S.R.L. c/ Tornini Guillermo A. s/ Cobro ejecutivo”, expte. 58.867-2014, sent. 22-V-2014.

<sup>4</sup> Siendo cuestionable su constitucionalidad o aplicabilidad en el marco de relaciones de consumo (Galván & Lueiro, 2020).

<sup>5</sup> Ej. <https://www.fiscales.gob.ar/usuarios-y-consumidores/la-camara-comercial-ordeno-la-ejecucion-de-un-acuerdo-homologado-ante-el-servicio-de-conciliacion-previa-en-las-relaciones-de-consumo/> (consulta 29/10/2020).

<sup>6</sup> Cámara Civil y Comercial de Necochea, “Valencia Santiago Nicolás y otro/a c/ Stewart Brown David Juan s/ cobro ejecutivo”, expte. 11.216, sent. 09-VIII-2018.

ante la constatación de una conducta abusiva dentro de las limitaciones de conocimiento que el proceso impone.

**a) Concepción actual de la multa civil (art. 52 bis Ley 24.240).**

Como primera cuestión, si bien existe nutrida producción académica sobre la naturaleza de la multa civil del artículo 52 bis de la Ley 24.240 (o “daño punitivo”), a partir de la reciente jurisprudencia de la Suprema Corte de la Provincia encontramos las siguientes definiciones (cabe destacar que los citados pronunciamientos son actualmente doctrina legal de la Suprema Corte, y obligatorios en consecuencia)<sup>7</sup>:

- i) que la multa civil solo requiere el incumplimiento de las obligaciones legales o contractuales con el consumidor<sup>8</sup> (con recepción en instancias inferiores)<sup>9</sup>;
- ii) el instituto de la multa civil del artículo 52 bis de la Ley 24.240 es constitucional<sup>10</sup>.

Por otro lado, respecto de las posiciones doctrinarias y jurisprudenciales que se inclinan por considerar a la multa civil como “accesoria” a una pretensión principal<sup>11</sup>, además de conservar su naturaleza accesoria cuando acciona el usuario o consumidor, de la lectura de la Ley 24.240 se observa su carácter autónomo de toda pretensión indemnizatoria (Bru, 2015:580), máxime cuando la interpretación debe ser la más favorable al usuario o consumidor (art. 1094 Código Civil y Comercial).

**b) La instancia de conocimiento requerida.**

Como segunda cuestión, respecto de los argumentos que sostienen la ausencia de una instancia de conocimiento suficiente en las estructuras de los procesos de ejecución “de consumo”, cabe destacar que la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires ya ha reconocido:

- i) la existencia de una instancia de indagación causal restringida o limitada a la relación de consumo subyacente (Galván & Lueiro, 2020:297)<sup>12</sup>;
- ii) la necesidad de adecuar el proceso (de modo limitado) ante los aspectos incompatibles con la norma de orden público protectoria (Galván & Lueiro, 2020:297, 302)<sup>13</sup>; y

---

<sup>7</sup> SCBA, “Salinas, Bernado y otros c/ Sancor Cooperativas Unidas Limitada s/ daños y perjuicios” C.117.292, sent. 01-IV-2015.

<sup>8</sup> SCBA, “Castelli, María Cecilia c/ Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. s/ nulidad de acto jurídico”, C.119.562, sent. 17-X-2018. Expresa la Suprema Corte: “V.1.a. (...) La norma es clara en cuanto a que exige para su aplicación un solo requisito: que el proveedor no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor. Esta disposición, apartándose de las sugerencias efectuadas a nivel doctrinario, no exige un grave reproche subjetivo en la conducta del dañador ni un supuesto de particular gravedad caracterizado por el menosprecio a los derechos del damnificado o a intereses de incidencia colectiva ni a los supuestos de ilícitos lucrativos. Sólo dispone que procede cuando se incumplen obligaciones legales o contractuales” (voto Juez de Lázari).

<sup>9</sup> Cámara Civil y Comercial Segunda de La Plata, Sala II, Pavone Fernando Rubén c/ Kiara Automotores S.A. y otro/a s/ daños y perjuicios - incumplimiento contractual”, expte. 127.580, sent. 19-VIII-2020.

<sup>10</sup> Si bien hay posiciones doctrinarias que se pronuncian por su inconstitucionalidad, la aplicación en el caso “Castelli” (SCBA, cit.) y análisis de sus criterios de ponderación “G., M. F. c/ Banco de Galicia y Buenos Aires s/ Daños y perjuicios” (SCBA, C. 120.989, sent. 7/11-VIII-2020 -art. 4 acordada 3971/2020-) nos permite entender que la Suprema Corte se pronuncia (de modo tácito) por su constitucionalidad.

<sup>11</sup> Ej. <https://www.diariojudicial.com/public/documentos/000/093/464/000093464.pdf> (consulta 29/10/2020).

<sup>12</sup> SCBA, “Cuevas, Eduardo Alberto c/ Salcedo, Alejandro René s/ cobro ejecutivo”, C.109.305, 01-IX-20140). Si bien Bilbao (2014:10-11) encuentra una limitación en el estudio causal del título la jurisprudencia reciente la Suprema Corte habilita el estudio en tanto no surja de la propia documentación y/o constancias de la causa.

<sup>13</sup> SCBA, “Cuevas”, cit.; SCBA, “Asociación Mutual Asís c/ Cubilla, María Ester s/ cobro ejecutivo”, C.121.684, sent. 14-VIII-2019.

iii) el derecho del usuario o consumidor “de articular defensas, incluso centradas en el mencionado art. 36, tendientes a neutralizar la procedencia de la acción.”<sup>14</sup> (Galván & Lueiro, 2020:302).

Así mismo, nos encontramos ante una norma de orden público (art. 65 Ley 24.240).

En consecuencia, siendo que el proceso debe adecuarse a efectos de conocer la relación de consumo subyacente, así como que el usuario o consumidor conserva el derecho a oponer como defensa el incumplimiento a normativa de orden público, no se observa los fundamentos para negar la procedencia de la multa civil (art. 52 bis Ley 24.240), especialmente cuando se fundamenta en el incumplimiento opuesto como defensa, siempre que respete las limitaciones procesales y de conocimiento que le impone el proceso “adecuado”.<sup>15</sup>

Si bien el derecho de defensa (art. 18 C.N.)<sup>16</sup> del proveedor puede intentarse como un argumento para restringir este instituto a procesos de mayor conocimiento, cabe destacar que el incumplimiento sancionable en muchos casos surge de la propia documentación contractual (entendiendo comprendido a los resúmenes y constancias bancarias) que corresponde al proveedor acompañar al proceso (art. 53 Ley 24.240), o incluso del propio silencio del proveedor<sup>17</sup>. Así mismo, siendo criterio del juez/a su procedencia y no un derecho adquirido, la restricción del derecho de defensa en el caso concreto o necesidad de mayor conocimiento implica necesariamente su rechazo (con base en estos fundamentos)<sup>18</sup>.

Cabe destacar que encontramos múltiples supuestos donde la multa civil no requiere mayor producción de prueba que las propias constancias documentales, ej. la inexistencia del contrato de cuenta corriente bancaria que se pretende ejecutar como certificado de saldo deudor emitido por la entidad financiera<sup>19</sup>, recargos o conceptos impuestos unilateralmente<sup>20</sup>, cobro de un monto fijo por atraso en el pago del resumen de la tarjeta de crédito (art. 14 inc. h Ley 25.065), o incorporación de cláusulas abusivas expresamente prohibidas.

Como se observa, incluso dentro del acotado margen de conocimiento que contempla un proceso de ejecución “de consumo” (por ende, “adecuado”) encontramos un espectro de conductas abusivas del proveedor cuya constatación como tal no requiere mayor conocimiento de que contempla el proceso “adecuado”, y que reconocer la procedencia de la multa civil introduce un mecanismo sancionatorio y disuasivo de estas afectaciones a los intereses económicos de los usuarios y consumidores.

### **c) Criterios para ponderar la sanción.**

---

<sup>14</sup> SCBA, “Asociación Mutual Asís”, cit. Si bien la Suprema Corte se refiere al artículo 36 (Ley 24.240), entendemos que la procedencia de defensas fundadas en el orden público se extiende a todo otro supuesto que (ej. disposiciones de la Ley 25.065 o –imperativas- del capítulo de Contratos Bancarios del Código Civil y Comercial) se integre a la relación de consumo (art. 3 Ley 24.240) dentro de las limitaciones del proceso “adecuado”.

<sup>15</sup> En este punto, entender la procedencia de la “multa” (en cuanto a su naturaleza) civil accesoria a la defensa o acción principal en el marco de una ejecución “de consumo” no implica una reconvencción, o exceder el limitado marco de conocimiento del proceso “adecuado”

<sup>16</sup> Cabe destacar que es un derecho de defensa en términos constitucionales (art. 18) y no convencional (CoIDH “opinión consultiva n° 22/16”, Serie A 22, sent. 26-II-2016) en los casos de proveedores no humanos.

<sup>17</sup> ej. falta de cumplimiento del acuerdo conciliatorio extrajudicial o administrativo (art. 48 Ley 13.133), o pago del daño directo firme reconocido en sede administrativa.

<sup>18</sup> Cuestión no menor que la respuesta jurisdiccional expresamente reconozca su rechazo por necesidad de un proceso con mayor capacidad de conocimiento o derecho de defensa debido a que debe permitir su reedición en un proceso de estas características, especialmente si entendemos la existencia de una acción autónoma (Bru, 2015:580).

<sup>19</sup> Situación que acontece en el caso “Castelli” (SCBA, cit.).

<sup>20</sup> Información que surge de los resúmenes y la documentación contractual.

Como tercera cuestión, respecto de la ponderación de la sanción, si bien nos inclinamos a favor de la procedencia de la multa civil (art. 52 bis Ley 24.240) en los casos donde se constate su procedencia dentro de las limitaciones del proceso “adecuado”, esta posición no implica reconocer una “adecuación” del proceso a su imposición. En este aspecto, siendo que la Suprema Corte se manifestó sobre el carácter impropio de los parámetros del artículo 49 (Ley 24.240) en la ponderación de la multa civil (art. 52 bis Ley 24.240)<sup>21</sup>, los criterios que adopte la jurisdicción deben ser de una aplicación prudente ante la limitación de conocimiento y del derecho de defensa.

En consecuencia, entendemos que son elementos a tener presente el perjuicio del usuario o consumidor, la condición de entidad financiera cuando lo fuera (su mayor responsabilidad por ser una entidad profesional y habilitada por el BCRA, criterio ponderado por la Suprema Corte en “Castelli”, cit.), la conducta del proveedor<sup>22</sup> y las restantes circunstancias del caso concreto.

Si bien la ejecución “de consumo” entendemos que obliga a ponderar la entidad de la sanción con un criterio más estricto ante la ausencia de un derecho de defensa más pleno que encuentra el proveedor en otros procesos de conocimiento, también que la sanción tiene un carácter disuasorio de futuras infracciones que debe tenerse presente en su cuantificación, así como no desnaturalizarse por una escasa cuantía<sup>23</sup>.

### III. Conclusiones.

Si bien el presente trabajo reafirma y profundiza los argumentos planteados por el Dr. Bilbao (2014), se formulan las siguientes conclusiones:

i) resulta procedente la multa civil del artículo 52 bis (Ley 24.240) en el marco de las ejecuciones “de consumo”;

ii) su procedencia se circunscribe a los casos en los cuales el proceso “adecuado” no restringe el derecho de defensa o conocimiento suficiente para su aplicación (considerado en relación al caso concreto);

iii) en los casos que se rechace su procedencia por requerir un mayor derecho de defensa o margen de conocimiento debe explicitarse el fundamento, y permitirse su reedición en un proceso idóneo;

iv) los criterios para ponderar la cuantía de la sanción deben ser valorados de modo prudente en relación a la limitación de conocimiento y derecho de defensa; y

v) la sanción (entendido desde su cuantía) no debe desnaturalizar la finalidad disuasoria del instituto.

### Bibliografía.

Bilbao, J. L. (2014). "Multa civil en la ejecución de pagarés de consumo ¿un camino posible?". Ponencia en "V Jornadas rioplatenses de derecho del consumo", 6, 7 y 8 de noviembre de 2014, Mar del Plata. Disponible en: <https://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2015/05/Doctrina1256.pdf> (consulta 21/10/2020).

<sup>21</sup> SCBA, “G., M. F. c/ Banco de Galicia”, cit.

<sup>22</sup> Debe tenerse presente que desde la sanción del Código Civil y Comercial el “dolo” también comprende la “*manifiesta indiferencia por los intereses ajenos*” (art. 1724).

<sup>23</sup> Si bien Bilbao (2014:11-14) deja manifestada su propuesta para la aplicación de la fórmula de “Irigoyen Testa” a los presentes casos, introduciendo un criterio homogéneo y menos discrecional, también observamos que (i) está diseñada para las acciones dirigidas contra un usuario o consumidor, y no para las que promuevan estos; y ii) criterios como “probabilidad que se opongan excepciones” o “probabilidad de que se aplique una multa civil” (si bien pertinentes) resulta cuestionable su determinación en el marco de un conocimiento acotado.

Bru, J. M. (2015). “Régimen de la responsabilidad civil por daños al consumidor”. En “Manual de derecho del consumidor” (pp. 529-610). Ciudad Autónoma de Buenos Aires: AbeledoPerrot.

Galván, E. R. & Luiero Campos, G. D. (2020). “La acción de secuestro prendario en el marco de relaciones de consumo”. En “Revista Derechos en Acción”, n° 14, pp. 293-305. Disponible en: <https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/article/view/9734/8640> (consulta 21/10/2020).

**Para someter a votación:**

La multa civil (art. 52 bis Ley 24.240) es procedente en el marco de ejecuciones “de consumo”, sea el consumidor parte actora o demandada, condicionado a que el conocimiento del proceso “adecuado” sea suficiente y no restrinja el derecho de defensa en el caso concreto. La cuantía debe ser ponderada de modo prudente, sin desnaturalizar la finalidad disuasoria del instituto.

~

## **Una reforma necesaria a la Ley 13.133 de la Pcia de Bs As: la incorporación del consumidor hipervulnerable en el entramado provincial y municipal.**

COMISIÓN CIVIL Y COMERCIAL

Por Juan Ignacio Cruz Matteri<sup>1</sup>. COLEGIO DE ABOGADOS ZARATE CAMPANA

*“El hombre, es libre; y siéndolo, tiene dos peculiaridades características: es responsable y meritorio del cumplimiento de su ley, y es el único ser con capacidad de quebrantarla”<sup>2</sup>*

*Jose Manuel Estrada*

En nuestra doctrina nacional mucho se ha escrito sobre el consumidor hipervulnerable. Autores de larga trayectoria y renombre han iluminado los senderos del saber del derecho con sus conocimientos en el campo. La idea de este artículo es realizar un rápido bosquejo sobre la idea de consumidor hipervulnerable y pensar una necesaria reforma a la norma provincial del título de marras.

### **Consumidor Hipervulnerable**

Podemos decir que todo consumidor hipervulnerable es consumidor, pero no todo consumidor integra el grupo de consumidores hipervulnerables; de allí se entiende la imperiosa necesidad de esta reglamentación<sup>3</sup>. Si podemos afirmar que ambos comparten el rasgo característico de ser sujetos de derechos débiles, o que necesitan, en un mayor o menor grado, una protección especial. Las normas protectorias al consumidor se fundan en la debilidad que éste presenta frente al prestador de bienes y servicios. Se debe decir que es una vulnerabilidad de índole estructural porque surge del rol que ocupa el consumidor en el mercado, asociada a las fallas e imperfecciones que le son propias a éste: el desequilibrio entre el consumidor y el proveedor. Dicho desequilibrio obedece a esa vulnerabilidad estructural en que se encuentran los consumidores que provoca que las relaciones de consumo sean esencialmente asimétricas, en subordinación, debilidad o vulnerabilidad estructural, debilidad negocial o inferioridad manifiesta y sean, por consiguiente, merecedoras de tutela legal.<sup>4</sup>

La vulnerabilidad como factor determinante de la protección, ha sido vista también como elemento tipificante de la categoría consumidor. Así lo ha resaltado la Corte en varias de sus sentencias, sosteniendo que la protección del art. 42 CN, comprende a ricos o

---

<sup>1</sup> Abogado. Especialista en Contratos y Daños por la Universidad de Salamanca, España. Secretario Académico del Colegio de Abogados Zarate Campana. Profesor en Derecho Civil y Derecho de los Contratos en la Universidad de Buenos Aires. Profesor en Fundación de Ciencias Jurídicas y Sociales del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires. Premio Mejor Joven Profesional de la Pcia de Bs As otorgado por Colproba (2017). Titular del Estudio Jurídico Cruz Matteri y Asociados. [juanignaciocruz@derecho.uba.ar](mailto:juanignaciocruz@derecho.uba.ar)

<sup>2</sup> Estrada, Jose Manuel. Curso de Derecho Constitucional. Conferencias dictadas por D. Jose Manuel Estrada en la Universidad de Buenos Aires. Tomadas y publicadas por Alberto Martinez. Taquígrafo. 1877. Buenos Aires. Imprenta de Pueblo. Pg 3.

<sup>3</sup> Cruz Matteri, Juan Ignacio. Estudio exegético de la Resolución 139/2020 de la Secretaría de Comercio Interior del Ministerio de Desarrollo Productivo de la Nación: Consumidores Hipervulnerables. Publicado en SAIJ DACF200157 y en IJ EDITORES Cita online IJ-CMXXI-969

<sup>4</sup> Barocelli, Sebastian Sergio. Director. Consumidores Hipervulnerables. Editorial El Derecho. Buenos Aires 2018 p 11.

pobres, poderosos o débiles, ancianos o adolescentes, expertos o profanos<sup>5</sup>. También el pensamiento jurídico nacional se expresó sobre la construcción del concepto de consumidor, ese sentido, se pronunciaron las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Tucumán, 2011), al concluir que “1) La categoría jurídica de consumidor se construye a partir de la existencia de dos elementos estructurales: a) la vulnerabilidad o debilidad, y b) el destino final de los bienes incorporados, para beneficio propio o de su grupo familiar o social. Dichos elementos justifican la especial tutela protectoria que le confiere el ordenamiento jurídico argentino”.<sup>6</sup>

Últimamente, y a la luz de la Resolución Nº 139/2020 de la Secretaría de Comercio Interior, los jueces han aplicado la figura de consumidor hipervulnerable en sentencias de reciente publicación: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial SALA E ASOCIACION COORDINADORA DE USUARIOS, CONSUMIDORES Y CONTRIBUYENTES (ACCUC) c/ DESPEGAR.COM.AR S.A. s/AMPARO<sup>7</sup>; Camara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal Sala II. USUARIOS Y CONSUMIDORES C/ OBRA SOCIAL DE LA UNION PERSONAL CIVIL DE LA NACION s/ INCUMPLIMIENTO DE PRESTACION DE OBRA SOCIAL/ MED. PREPAGA.

Históricamente la categoría de consumidores en situación de vulnerabilidad ya tiene su largo tratamiento por parte de la doctrina nacional e internacional. Primamente la doctrina italiana utilizaba el término de *subconsumidor*<sup>8</sup> o su equivalente en Francia como *consumidor particularmente frágil*<sup>9</sup> a los sujetos débiles que por cuestiones de edad (niños/as y gerontes) o por causas socio-económico-culturales<sup>10</sup> eran acreedores de una protección especial por parte del sistema normativo.<sup>11</sup> Este recuento de causales de vulnerabilidad muestra que, mientras la protección al consumidor se fundamenta en una vulnerabilidad de índole estructural, la tutela a los hipervulnerables busca traspasar la nota de debilidad estándar, para ahondar en circunstancias particulares que resultan coyunturales<sup>12</sup>, transitorias o permanentes, inherentes a la persona o externas a ella, y que acentúan la fragilidad del consumidor. En la figura del subconsumidor la vulnerabilidad estándar (estructural), confluye con otra, coyuntural, que lo torna más frágil en las relaciones de consumo y obliga a potenciar los mecanismos protectorios.

El concepto de hipervulnerables, que tomamos de la Resolución Nº 139/2020 y que buscamos replicar en Provincia de Buenos Aires, es un concepto **amplio, abierto y movable**.<sup>13</sup> Es amplio porque cubre, con su abanico protectorio, a quiénes se encuentran dentro de los grupos de sujetos vulnerables que nuestra Carta Magna ordena tomar medidas positivas que

<sup>5</sup> CSJN, 22-4-2008, “Ledesma, María L. c/ Metrovías S.A.”, Fallos: 331:819; CSJN, 24-11-2015, “Consumidores Financieros Asociación Civil p/ su defensa c/ Nación Seguros S.A.”, Fallos: 338:1344; CSJN, 28-4-2015, “PADEC c/ Bank Boston”, Fallos: 340:172.

<sup>6</sup> Conf. Frustagli, Sandra A., “La tutela del consumidor hipervulnerable en el Derecho Argentino”, *Revista de Derecho del Consumidor*, tercera época, Número 1 - noviembre 2016, 30-11-2.016, IJ-CCLI-396.

<sup>7</sup> Con nota de Cruz Matteri, Juan Ignacio. El triunfo de los derechos del consumidor argentino Reconocimiento de legitimación a una asociación de consumidores en una acción colectiva de consumidores hipervulnerables. Publicado en Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones Septiembre-Octubre 2020. Director Hector Alegria-Raul A Etcheverry. Editorial Abeledo Perrot.

<sup>8</sup> Ghidini, Gustavo, *Per i consumatorí*, Bolonia, Edit Zanichelli, 1977, p. 64.

<sup>9</sup> Bihl, Luc “La protection du consommateur particulièrement fragile”, JCP (Semaine Juridique, ed. Entreprise), n° 2, 1985, pp. 34-36

<sup>10</sup> Alterini, Atilio Aníbal. *Contratos. Civiles. Comerciales. De consumo. Teoría General. Segunda Edición Actualizada*. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires 2012. P. 129

<sup>11</sup> Cavanillas Múgica, Santiago, “La protección del subconsumidor en la normativa sobre responsabilidad civil por productos o servicios defectuosos”, en *Estudios sobre consumo*, Nº 18, 1990, p. 44 y ss

<sup>12</sup> Señala Lorenzetti que “La vulnerabilidad que da lugar a la protección del subconsumidor está vinculada con fallas especiales que afectan a una categoría particular de sujetos”, e Lorenzetti, Ricardo., *Consumidores*, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2003, p. 16. Conf Conf. Frustagli, Sandra A., “La tutela del consumidor hipervulnerable en el Derecho Argentino”, *Revista de Derecho del Consumidor*, tercera época, Número 1 - noviembre 2016, 30-11-2.016, IJ-CCLI-396

<sup>13</sup> Vázquez Ferreyra, Roberto A en “UNA NUEVA CATEGORÍA DE CONSUMIDORES EN SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD AGRAVADA” Publicado en LA LEY 16/06/2020, 1. Cita Online: AR/DOC/2029/2020.

garanticen la igualdad real de oportunidades, de trato, y el pleno goce de sus derechos. Así, podemos mencionar a los niños, las mujeres, los ancianos, las personas con discapacidad (art. 75, inc. 23) y los pueblos indígenas (art. 75, inc. 17)<sup>14</sup>, esto se completa con el grupo que encontraremos en los diferentes Tratados Internacionales de Derechos Humanos. Podemos mencionar la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores. Es abierto porque no se trata de una categoría *per se* o permanente, sino de la existencia de condiciones específicas que se manifiestan en un determinado tiempo y lugar, y amplían la vulnerabilidad de ciertos grupos en su rol como consumidores.<sup>15</sup> Y por último hablamos de concepto movable ya que en su misma esencia no se encuentra adosado a un compartimento estanco de la sociedad, todo lo contrario, fluctúa y va abarcando a los más vulnerables de los vulnerables, estudiando su situación social, sus vulnerabilidad y su contexto "circunstancias (...)" que provoquen especiales dificultades para ejercer con plenitud sus derechos como consumidores".

### **La Persona Jurídica o Ideal como consumidor hipervulnerable.**

Mención especial merece el estudio de la persona jurídica como sujeto hipervulnerable. Esta consideración comprende una limitación, que se encuentra, en el génesis del objeto de la persona ideal: debe responder a la búsqueda de una meta "sin fines de lucro que orienten sus objetos sociales a los colectivos comprendidos en el presente artículo" a fin de conciliar su objeto social con el espíritu de la idea misma del consumidor hipervulnerable. Sin lugar a dudas estarían comprendidas las Asociaciones y las Fundaciones, por las siguientes consideraciones: Las asociaciones, a diferencia de las sociedades comerciales, tienen un fin altruista, persiguiendo de forma desinteresada la búsqueda del bienestar general social.<sup>16</sup> Y la fundación es un patrimonio afectado a un objetivo de bien común <sup>17</sup>o a una determinada finalidad social benefactora.

Esta idea entra en una discusión de larga data en la doctrina y jurisprudencia nacional: si la persona jurídica podía ser considerada como un consumidor<sup>18</sup>. La Resolución Nº 139/2020

---

14 Barocelli, Sebastian Sergio. Director. Consumidores Hipervulnerables. Editorial El Derecho. Buenos Aires 2018 p 27

15 Barocelli, Sergio S. Director "La problemática de los consumidores hipervulnerables en el derecho del consumo argentino", Secretaría de Investigación, Facultad de Derecho, UBA, 2020

16 Thaller, Edmond. Traité de Droit Commercial. Des Sociétés Commerciales por Pic, Paul. Tomo I. Paris 1908. Editor Arthur Rousseau p 4

17 Nissen, Ricardo A. Curso de Derecho Societario. Editorial Hammurabi. 3° Edición actualizada. Buenos Aires 2015 p 104

18 En la calificación como consumidor a la persona jurídica existen distintos criterios; así lo pone en evidencia la jurisprudencia. Una corriente considera que deben distinguirse entre aquellos actos que se integran de manera directa a la actividad comercial, de aquellos otros que se integran de manera indirecta; la categoría de consumidor estaría reservada para quienes se encuentren en este segundo supuesto. En este sentido: CNCom., sala A, "Artemis Construcciones S.A. c. Diyón S.A. y otro", 21/11/2000, AR/JUR/924/2000; CNCom., sala B, "ACYMA Asoc. Civil c/ Portfolio Personal SA y otro s/ ordinario", 17/10/2019, LA LEY, 2019-F, 535, AR/JUR/32582/2019; CNCom., sala C, "Familia Amaya S.R.L. c/ Alra S.A. y otro s/ ordinario", 19/05/2020, AR/JUR/16294/2020; ídem, "Telsur SRL c/ Volkswagen SA" del 27/03/2019; ídem "Alba Compañía Argentina de Seguros SA c/ Tango Entertainment SA" del 31/10/2017; ídem "Lucky Marchand SA c/ Motorcam SA y otro s/ ordinario" del 17/03/2016. Otra opinión, que solventa más adecuadamente las exigencias del art. 1093 del Cód. Civ. y Com. (en particular, la relativa al uso privado), hace notar que la ley 24.240 no es aplicable a aquellas personas jurídicas que persiguen fines lucrativos, en la medida que el acto esté incorporado a su proceso de comercialización, ya sea directa o indirectamente (CNCom., sala D, "Hojobar S.A. c/ Volkswagen Argentina S.A. s/ ordinario", 9/5/2019, AR/JUR/23880/2019. Del mismo tribunal: "Asociación Prot. Cons. del Merc. C. del Sur Proconsumer c/ Banco Patagonia SA s/ ordinario", 27/08/2013,

toma una posición frente a este debate ya que lo toma como un sujeto de ser pasible de ser consumidor hipervulnerable. La protección como consumidor hipervulnerable de las personas jurídicas, es, no por el hecho de ser persona jurídica ni tampoco por el tipo social adoptado, sino por el colectivo de sujetos que representan y por el objeto social que las enmarca: representan, protegen y promocionan derechos de consumidores hipervulnerables.

### **Causales para ser considerado un Consumidor Hipervulnerable.**

Se propone que, en nuestro sistema positivo provincial, se redacte un artículo de las siguientes similitudes

“A los efectos de la presente medida podrán constituir causas de hipervulnerabilidad, entre otras, las siguientes condiciones:

- a) reclamos que involucren derechos o intereses de niños, niñas y adolescentes;
- b) ser personas pertenecientes al colectivo LGBT+ (lesbianas, gays, bisexuales y transgénero);
- c) ser personas mayores de 70 años;
- d) ser personas con discapacidad conforme certificado que así lo acredite;
- e) la condición de persona migrante o turista;
- f) la pertenencia a comunidades de pueblos originarios;
- g) ruralidad;
- h) residencia en barrios populares conforme Ley N° 27.453;
- i) situaciones de vulnerabilidad socio-económica acreditada por alguno de los

siguientes requisitos:

- 1) Ser Jubilado/a o Pensionado/a o Trabajador/a en Relación de Dependencia que perciba una remuneración bruta menor o igual a DOS (2) Salarios Mínimos Vitales y Móviles;
- 2) Ser Monotributista inscripto en una categoría cuyo ingreso anual mensualizado no supere en DOS (2) veces el Salario Mínimo Vital y Móvil;
- 3) Ser Beneficiario/a de una Pensión No Contributiva y percibir ingresos mensuales brutos no superiores a DOS (2) veces el Salario Mínimo Vital y Móvil;
- 4) Ser beneficiario/a de la Asignación por Embarazo para Protección Social o la Asignación Universal por Hijo para Protección Social;
- 5) Estar inscripto/a en el Régimen de Monotributo Social;
- 6) Estar incorporado/a en el Régimen Especial de Seguridad Social para empleados del Servicio Doméstico (Ley 26.844);
- 7) Estar percibiendo el seguro de desempleo;
- 8) Ser titular de una Pensión Vitalicia a Veteranos de Guerra del Atlántico Sur (Ley N° 23.848);

El art operaría de forma enunciativa, no taxativa, una serie de causas que pueden dar origen a la hipervulnerabilidad. Nótese que podría interpretarse como requisitos rígidos los que desprenden del inciso I).

Actos Positivos por parte del Estado Provincial en materia de consumidores Hipervulnerables.

Se debe redactar un apartado donde se fijen los actos positivos por parte del Estado Provincial en pos de garantizar la real aplicación de la circulación en estudio. Muchos de estos actos podrían ser de oficio, tales como: la identificación de los reclamos de los sujetos

---

AR/JUR/60698/2013; "Unión de Usuarios y Consumidores c/ CMR Falabella SA s/ sumarísimo", 05/08/2013, AR/JUR/60419/2013; "Asociación Prot. Cons. del Merc. C. del Sur Proconsumer c/ Banco Patagonia SA s/ ordinario", 27/08/2013, AR/JUR/60698/2013; "Casale, Mónica Beatriz c/ Sva Sacifi y otro", 22/02/2008, AR/JUR/1006/2008). Conf a la cita de Méndez Acosta, Segundo J en CONSUMIDORES HIPERVULNERABLES. A PROPÓSITO DE LA RESOLUCIÓN 139/2020 Cita Online: AR/DOC/1962/2020

hipervulnerables frente a las OMIC y el realizar gestiones oficiosas ante los proveedores identificados en los reclamos para la adecuada resolución de los conflictos de las y los consumidores hipervulnerables. En algunos casos el actuar final, en pos de guarecer al consumidor hipervulnerable, quedara en manos del proveedor de bienes y servicios. Ej *"Promover en los proveedores de bienes y servicios buenas prácticas comerciales en materia de atención, trato y protección de derechos de las y los consumidores hipervulnerables"*. Destaque el lector que el espíritu de protección hacia el consumidor hipervulnerable debe ser total: una protección y acompañamiento antes del conflicto y en el conflicto. Se buscara prevenir el menoscabo de sus derechos como también darle un asesoramiento pronto y gratuito al consumidor.

El consumidor hipervulnerable debe contar con una tutela procesal diferenciada. Dicha tutela se encontrara demarcada por dos pilares diferenciados. Por un lado la accesibilidad a un lenguaje claro, llano y conciso, en cada comunicación realizada al consumidor en el marco de un procedimiento administrativo. Por el otro nos encontramos con un deber reforzado de colaboración, el cual comprende que los proveedores desplieguen un comportamiento tendiente a garantizar la adecuada y rápida composición del conflicto.

El estudio y aplicación del lenguaje claro es un punto a resaltar. Ya la jurisprudencia<sup>19</sup> local como diferentes organismos se han advocated al estudio del tema<sup>20</sup>. El derecho a un lenguaje claro, a un fácil comprensión de lo que se informa, se encuentra fundado en el Art 18 de la Constitución Nacional. La suprema norma consagra el debido proceso y la defensa en juicio, sin un lenguaje claro por parte del emisor el receptor nunca podría hacer uso de sus derechos. También la idea de un lenguaje claro ha sido receptado por distintos instrumentos internacionales, como el Código Iberoamericano de Ética Judicial o las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.

En cuanto al deber de colaboración de los proveedores a la hora de solucionar el conflicto que aqueja al consumidor, este no será optativo o facultativo sino que deberá ser compulsorio.

Dicho esto se propone

Modificación de la Ley 13.133 de la Pcia de Bs As y normas afines de los municipios para que se incluya la figura del Hipervulnerable como así también una posterior reglamentación.

~

---

<sup>19</sup> Juzg Familia y Sucesiones, única Nom., Monteros, "G. G. N. s/ adopción", 18/3/2019, AR/JUR/3124/2019;; JNCiv. Nº 7, "H., M. s/ inhabilitación"; CTrab., Córdoba, "Rosales, Claudio J. R. c/ Vázquez, Clara del Carmen y otro - ordinario - despido", 20/4/2017; JCiv., Com. y Familia 4ª Nom. Villa María, Córdoba, "P. M. F. s/ demanda de limitación de capacidad", 12/5/2017.

<sup>20</sup> Legislación nacional que promueve el lenguaje claro en Argentina. Ámbito Nacional Decreto 258/2019 – Plan nacional anticorrupción (2019 -2023) Decreto 891/2017 – Buenas prácticas en materia de simplificación. Ciudad Autónoma de Buenos Aires Resolución 54/2019 – Secretaría Legal y Técnica – Buenas prácticas para la redacción de textos normativos. Córdoba. Acuerdo Reglamentario del Tribunal Superior de Justicia. Creación de un Comité de Lenguaje Claro y Lectura Fácil. Mendoza. Conformación de Comisión de trabajo de lenguaje claro Creación por Resolución de Presidencia N°36.831 – 17 de septiembre de 2019. Red de Lenguaje Claro Argentina.

## Prueba Digital: Delitos Contra el Honor;

### El caso de Instagram Stories.

COMISIÓN DE DERECHO INFORMÁTICO

Por Luis Francisco Palomares. COLEGIO DE ABOGADOS DE AZUL

Resumen: Desde hace ya un tiempo, y cada vez con mayor frecuencia, las nuevas tecnologías en especial las telecomunicaciones, se han convertido en una herramienta diaria de cooperación, intercambio y ampliación de datos para las personas, penetrando en casi todas las sociedades modernas mediante un acceso instantáneo a la información y produciendo la proliferación de redes sociales, las cuales cuentan ya con la adhesión de miles de millones de usuarios. Dicho esto, gracias al despliegue de infraestructura y el desarrollo de tecnología como el **"5 G"** y la **fibra óptica**, estas plataformas sociales generan a diario un gran tráfico de datos y contenido multimedia además de servir a la sociedad como medio no solo de comunicación sino de interacción y expresión.

El desarrollo y popularización de estas redes, han cambiado nuestra forma de relacionarnos, al punto tal de servir como medio o punto de encuentro para conocer pareja, amigos, compartir momentos y hasta comercializar (*e-commerce*) o capacitarse.

Alrededor de estas herramientas, se despliega una **"Identidad 2.0"** o **"Identidad Digital"** mediante la cual otros usuarios pueden acceder a la información y reputación (en este caso digital) de otra persona. Dicha nombradía (positiva o negativa), encuentra una estrecha vinculación con el honor del individuo, traspasando fácilmente el ámbito digital al de la vida real, pudiendo de esta manera ocasionar una lesión a bienes jurídicamente protegidos, o bien la producción de un daño. Pero no todo es una prebenda, las redes entendidas como un medio informático, ha lanzado al orden jurídico un desafío sin precedentes, debido a la proliferación de **delitos informáticos y situaciones procesales poco o para nada reguladas**.

Es por ello que desde hace ya un par de décadas, se ha avanzado en el desarrollo de principios y normas que vienen a regular los actos, hechos o negocios jurídicos en relación a la informática (*Derecho Informático*). Dentro de este nuevo paradigma, puede ocurrir que se cometan ilícitos mediante el uso de la informática (**Delitos Informáticos**) y que para el convencimiento de la certeza de determinados hechos haya que valerse de medidas innovadoras y creativas (**Derecho Procesal Informático**). Particularmente, hace un tiempo, se ha popularizado dentro de la plataforma Instagram, un **"método 2.0 de acción directa"** cuyo fin resulta que determinado hecho sea conocido por la opinión pública (**escrache**), mediante el cual se acusa a otra persona de haber cometido un delito, por lo general, contra la integridad sexual de una persona, llegando al absurdo en algunos casos de re victimizar a la supuesta víctima, pese a que ésta no ha realizado ninguna denuncia penal (Delitos de Acción Privada).

#### 1. Nuevos desafíos para el derecho procesal penal:

Como veremos más adelante mediante la aplicación de medidas investigativas clásicas como el secuestro, prueba anticipada, prueba pericial o las mismas diligencias formales que pudiera llevar a cabo el letrado se puede llegar a suplir hasta cierto punto algunas ineficiencias normativas procesales. Pero resulta imperativo, mediante la búsqueda de amplios consensos, la regulación de nuevas medidas tendientes a asistir las particularidades del ámbito tecnológico, sin descuidar garantías procesales fundamentales como la intimidad, el secreto en las comunicaciones o la protección de datos personales, garantizados por nuestra Constitución Nacional.

Nuestro Código Procesal Penal ha sido reformulado en su totalidad en el año 1996 por la sanción de la Ley 11.922, incorporando el sistema acusatorio y el principio de libertad

probatorio. Pero no menos cierto resulta, qué al día de la fecha, pese a las más de cincuenta sucesivas reformas que ha recibido, en materia probatoria se ha puesto de manifiesto la insuficiencia de un sistema normativo contemplado para tiempos muy distintos a los actuales. Mediante el uso de la telemática, los datos y la programación, las posibilidades para aquel que pretende infringir los ordenamientos de fondo se han ampliado, extendido y quizá hasta facilitado la comisión de un ilícito. Poniendo sobre el tapete problemáticas de índole investigativa, como la volatilidad de aquello que se pretende aportar al magistrado (Vgr. La caducidad automática en las historias de Instagram), o la imposibilidad de rastrear a los sujetos (Vgr. compra y venta de estupefacientes mediante comunicaciones encriptadas con Onion Routing –Tor- en conjunto con la utilización de Bitcoins -Blockchain-. Del otro lado de la moneda, estas nuevas tecnologías también proporcionan poderosas herramientas de investigación para esta nueva fenomenología que pueden y deben ser usadas por el poder punitivo del estado para la persecución penal del delito. El desafío, consiste en encontrar el delicado equilibrio entre la capacidad de reacción por parte del estado para la persecución e investigación de los delitos informáticos y el sistema constitucional de garantías procesales que goza todo ciudadano.

Es por ello el tinte inaplazable de estas nuevas reformas, pues si bien es cierto que tanto nuestros tribunales como los auxiliares de la justicia nos esforzamos en subsanar de manera creativa dichas ineficiencias mediante la aplicación analógica de medidas investigativas, muchas veces ello no alcanza pues se roza el límite de lo constitucionalmente aceptable en relación a la injerencia en el ámbito de los particulares o las demás garantías.

## **2. Directrices generales.**

Conviene reordenar la sistematicidad del Código Procesal Penal, a fin de aprovecharla y no apartarse de ella. Señalo particularmente esta situación, con el objetivo de no repetir incoherencias de racionalidad legislativa de índole lingüística y jurídica formal, puesto que el oportunismo y la hiperinflación legislativa en las últimas décadas se han convertido, para nuestro legislador, en una solución rápida a determinados conflictos político criminales descuidando la textualidad – para textualidad y los criterios de forma y contenido establecidos por el ordenamiento jurídico. Por ello resulta saludable la utilización de normas como la IRAM 30701 y de principios lógicos – racionales.

La segunda situación que debemos contemplar, son los principios. Es decir, aquellas ideas que dan sentido a la norma. Para la prueba digital, debido a que en la mayoría de los casos están en juego garantías constitucionales, debe regir la excepcionalidad, especialidad, proporcionalidad, idoneidad y necesidad de la medida. Siendo el propio Juez quien sopesando la gravedad de los hechos, dictamine sobre el alcance y la procedencia de la medida solicitada. Así por ejemplo, a la hora de ordenarse la examinación subrepticia y remota de dispositivos electrónicos, esta se lleve a cabo bajo ciertos estándares como especificidad sobre la medida y los dispositivos, motivación fundada del acto, modo de almacenar los datos incautados, personal autorizado, limitación temporaria, etc.

## **3. Algunas reformas:**

Particularmente resulta necesario la regulación expresa acerca de la *preservación rápida de datos* debido a la volatilidad de los mismos (ver. El artículo 181 del proyecto del Código Procesal Penal de la Nación del año 2007, el cual faculta al Fiscal a solicitar la preservación de datos por un lapso de 90 días, hasta tanto pudiera obtener una orden del Juez) o la retención de datos de tráfico, consistente en obligar a los proveedores de internet a conservar los datos de las comunicaciones de usuarios y clientes por un periodo prudencial de tiempo<sup>1</sup>.

Otra reforma que resultaría de utilidad recaerá sobre registro y secuestro de datos informáticos, pues las actuales están pensadas para evidencia física y resulta que dentro del reino de la prueba digital muchas veces se puede obtener la evidencia sin siquiera tener que ingresar a un domicilio.

---

<sup>1</sup> Vgr. Artículo 1 y 2 de la Ley 25.893 suspendida por el Poder Ejecutivo Nacional y declarada inconstitucional por la Corte Suprema de la Nación (ver caso “Halabi”).

Por último y como se verá, aún siguen pendiente los desafíos de la cooperación entre los órganos de persecución penal del Estado y las empresas privadas como Facebook.

#### 4. La elección del caso:

##### **Delitos contra el honor en la plataforma “Instagram”.**

¿En qué consiste el escrache por medio de Instagram Stories?

La difamación por medio de Instagram Stories consiste básicamente en captar una imagen del perfil de otra persona, cargarla a la sección *Stories*, adjuntarle una imputación difamatoria por medio de texto, con nombre, apellido, compartirla por un día, alentando al conjunto de usuarios a captarla, reproducirla, compartirla y propagarla.

¿Por qué analizar el caso de los delitos contra honor mediante el uso de esta plataforma?

Sin perder de vista lo dicho hasta el momento, conviene analizar este caso particularmente por varios motivos. En primer lugar, dicha modalidad conlleva la dificultad de una volatilidad notoria. Pues mediante la función *Stories* se permite a los usuarios subir a la plataforma un contenido audiovisual por un **término de 24hs**<sup>2</sup>, es decir, transcurrido dicho tiempo el contenido es eliminado automáticamente del perfil público del usuario emisor, archivándose en el registro privado.

En segundo, pareciera que este método de exposición o denuncia pública se ha puesto de moda, ante una ciudadanía descreída del sistema judicial. Debo destacar que dentro del colectivo imaginario converge la idea que este tipo de actos no aparejan responsabilidad penal, al punto tal que algunos usuarios crean perfiles cuyo fin exclusivo resulta la difamación de terceros.

Otra particularidad, es que nos encontramos frente a un delito de acción privada (Art. 73 CPPBA), mediante el ejercicio de la querrela (Art. 381 y ss.) con penas que no superan los tres años de prisión o pena alternativa de multa (Art. 109 y ss. CP). En resumen, en dicho proceso no contaremos con la participación del Ministerio Público, el órgano competente que entenderá la cuestión será el juez en lo Correccional (Art. 24 inc. 1 y 2 CPPBA).

Por último, el caso demuestra de forma notoria las deficiencias de índole procesal en materia probatoria-informática que adolece nuestro código de rito, y como los letrados debemos suplirlas, respetando a su vez las garantías constitucionales del acusado, apelando para ello a nuestra formación, capacitación, creatividad, ingenio e imaginación.

#### **4. a. Vertiente digital; La Intimidad; Honra, Reputación e Imagen Digital.**

La libertad a la intimidad, se encuentra establecida en nuestra Constitución Nacional, en el Artículo 19, como así también en la CADH, (Art. 11 inc. 2 y 3). Se entiende como el reconocimiento y el derecho a la vida privada, consistente en un derecho natural reconocido por la ley en relación a los aspectos personales reservados a la existencia del hombre (Badeni Gregorio; 2004). En cuanto a la amplitud de este derecho la Corte Suprema de Justicia de la Nación expuso que<sup>3</sup>... ***“Protege jurídicamente un ámbito de autonomía individual (...) Comprende no solo la esfera doméstica (...) sino otros aspectos de la personalidad espiritual o física de las personas como la integridad corporal o la imagen y nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona ni violar áreas de su actividad destinadas a no ser difundidas, sin su consentimiento o el de sus familiares”.*** (Fallos C.S; 306:1892. Voto de los Doctores Genaro Carrió, Carlos Fayt, Augusto C. Belluscio, E.S. Petracchi). Del fallo transcrito se desprenden varios aspectos del Derecho a la Intimidad. El primero de ellos resulta ser la *imagen* entendida como la forma en que nos presentamos a los demás y la percepción que ellos tienen sobre

---

<sup>2</sup> En dicho lapso, el contenido se replica fácilmente dentro de la misma plataforma, mediante la captura de pantalla o screen shot.

<sup>3</sup> Dicho derecho no resulta absoluto, pues el derecho se encontrará limitado cuando es reglado por ley y en función de interés superior, es decir en relación al orden público, la moral y los derechos y libertades de terceros.

nosotros. Al respecto de este derecho el art. 31 de la Ley 11.723 enuncia; “*Él retrato fotográfico de una persona no puede ser puesto en el comercio sin el consentimiento expreso*”.

El Código Civil y Comercial de la Nación lo amplía al exponer que: *La persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos.*(Art. 52) y que; “*Para captar o reproducir la imagen o la voz de una persona, de cualquier modo que se haga, es necesario su consentimiento, excepto(...), que la persona participe en actos públicos; que exista un interés científico, cultural o educacional prioritario(...).Ejercicio regular del derecho de informar sobre acontecimientos de interés general*” . (Art 53). “*Este consentimiento no se presume, es de interpretación restrictiva, y libremente revocable.* (Art. 55)

Claramente el Código Civil y Comercial enumera otros aspectos del derecho a la privacidad o intimidad, como la **honra, la reputación y la identidad**. En este sentido entiendo que cada una de estas vertientes tiene su faz digital. Es por ello que puede entenderse como “al conjunto de opiniones, datos, noticias, e informaciones (*identidad digital*”<sup>4</sup> negativas o positivas) publicadas en la red, sobre determinada persona física o jurídica, que compone la “**reputación digital**”; Esta última, entendida como el juicio de valor o la opinión pública del resto de usuarios que hacen al prestigio o concepto de una persona jurídica o física en la red<sup>5</sup>.

#### **4. b. El honor como bien jurídicamente protegido.**

Sin lugar a dudas, luego de la vida, la dignidad debe de ser uno de los valores más preciados que hacen a la condición de persona. En este sentido, el pacto de San José de Costa Rica dispone que; (Art. 11) “*Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, (...), ni de ataques ilegales a su honra o reputación.*”.

Por otro lado, Quintano Ripolles señala que el honor como concepto jurídico; “*Es el valor individual de estimación que la sociedad acuerda a todo hombre tutelándolo contra los ataques de los demás en la medida que la propia sociedad estima relevante*”. (Cit. Por Fontan Balestra, C. 1992. Derecho penal. Parte Especial. B.A. Abeledo Perrot p.168)

Por su parte el Código Penal Argentino regula el delito de Calumnia en el artículo 109, enunciando que consiste en la imputación falsa de un delito de acción pública. Siendo este el género (mayor severidad), mientras que la Injuria contenida en el Artículo 110 consiste en la lesividad de la valoración subjetiva mediante la deshonra (ataque al decoro), o desacreditación (ataque a la reputación). Posteriormente el Código Penal regula disposiciones comunes como la “*excptio veritatis*” (Art. 111), injuria equívoca o encubierta (Art. 112), publicación o reproducción (Art. 113) difusión de la ofensa (Art. 114), ofensas en juicio (Art. 115), injurias recíprocas (Art. 116), y la retractación. (Art.117)

Esquemáticamente las hipótesis podrían exponerse de la siguiente manera<sup>6</sup>:

---

<sup>4</sup> “*Nuestra identidad en el mundo analógico está formada en base a una serie de rasgos característicos como nombre y apellidos, fecha de nacimiento, sexo o nivel de estudios (...). En el entorno digital, cada uno de nosotros conserva esos mismos datos distintivos, pero nuestra Identidad 2.0 también se forma en base a todas nuestras acciones en las redes sociales*” (Bura Peralta, J. E. 2019. Calumnias e injurias en redes sociales. SAIJ)

<sup>5</sup> Esta reputación estará conformada por un conjunto de información como opiniones digitales, contenido visual o audio-visual, comentarios, testimonios etc.

<sup>6</sup> Fuente; Fontan Balestra, C.1992. Derecho Penal. Parte Especial. Buenos Aires. Abeledo Perrot)

### Delitos de acción pública

<b>Imputación falsa</b>	<b>Calumnia</b>
<b>Imputación Verdadera</b>	<b>Injuria</b>

### Delitos de acción privada:

Con o sin querella	Imputación falsa o verdadera	Injuria.
--------------------	------------------------------	----------

### Delitos de acción dependiente de instancia privada:

<b>Mediando denuncia</b>	Imputación falsa	<b>Calumnia.</b>
	Imputación verdadera	<b>Injuria.</b>
<b>No habiendo mediado denuncia</b>	Imputación falsa o verdadera	<b>Injuria.</b>

## 5. Prueba digital. Generalidades.

### *Normativa específica.*

La norma **ISO/IEC 27037:2012** regula las directrices para la identificación, recolección, adquisición y preservación de la prueba digital desde una doble perspectiva. Una está orientada a la actuación pericial, la otra a toda aquella persona que necesita determinar la confiabilidad de cualquier prueba informática. Básicamente la evidencia digital, según esta norma, es gobernada por tres principios: Relevancia, confiabilidad y suficiencia. Además, presenta los recaudos mínimos de cadena de custodia.

En el ámbito local nos encontramos con la Resolución 234/2016, del Ministerio de Seguridad. “Protocolo General de Actuación para las Fuerzas Policiales y de Seguridad en la Investigación y Proceso de Recolección de Pruebas en Ciberdelitos”, la cual con buen tino invita a las provincias a adherirse. La resolución consta en su anexo, de principios generales de intervención en allanamientos, objetos susceptibles de secuestro, procedimientos especiales y potencial prueba extraíble, en resguardo de la cadena de custodia además de definiciones como *hash, copia forense o dirección IP*.

### *Cadena de custodia (Coc). Abogados litigantes.*

El protocolo de Cadena de custodia del MPBA, define a la misma como el “conjunto de medidas que deben adoptarse a fin de preservar la identidad e integridad de objetos o muestras que pueden ser fuente de prueba de hechos criminales, para su total eficacia procesal”. En definitiva, la cadena de custodia garantiza que el elemento probatorio a introducir no haya sufrido adulteraciones o modificaciones de parte de terceros. Para ello se emplea una meticolosa descripción sobre los procedimientos de recolección, actuación, manipulación, resguardo etc., adjuntando la planilla de custodia y sus respectivas actas de apertura.

En caso que, por razones de urgencia el mismo letrado deba llevar a cabo la diligencia formalizada, los pasos que deberá seguir a fin de asegurar la cadena de custodia son los siguientes: 1) Determinar e identificar el dispositivo electrónico, objeto de la investigación. Si se trata de un dispositivo móvil, deberá identificar marca, modelo, número de serie, IMEI, sistema operativo etc. Para el caso de ser una PC, debe agregarse a los ya mencionados, el número de serie de los distintos componentes, licencia del sistema operativo etc. 2) Luego deberá proceder a la efectiva recolección debiendo hacer una captura audiovisual de todo el procedimiento efectuado hasta obtener el documento electrónico. Una vez obtenido el documento deberá

almacenarlo en una carpeta contenedora sin modificación alguna. Para ello es necesario encriptarlo bajo la aplicación de dos códigos hash, para su posterior consignación. 3) Ulteriormente, la documentación digital debe ser preservada en formato físico, como CD o DVD, debiendo ser individualizados, correctamente etiquetados con su huella hash y almacenados en cajas plásticas. 4) Finalmente, para la presentación debemos generar un detallado archivo de texto con toda la “hoja de vida” es decir, los detalles de la obtención hasta la materialización. Este archivo también debe ser resguardado mediante la aplicación de un hash.

#### *Derecho de privacidad y admisibilidad probatoria.*

Respecto de la prueba subrepticia tomada por parte de los particulares, el suscripto tuvo oportunidad de haber escrito, y dictaminado sobre el alcance, la posibilidad y restricciones de la misma<sup>7</sup>. De manera sucinta soy partidario de la amplitud probatoria para aquellos supuestos de delitos que se cometan dentro del ámbito de la esfera privada o la libertad sexual, quedando supeditado a los magistrados el control de admisibilidad, racionalidad y valoración de la prueba (Fiscales, artículo 318, Juez de Garantías y Jueces del Tribunal artículo, 336, 338 y 363 CPPBA)

Si bien, no es menos cierto que cualquier prueba es admisible, la limitación se encuentra en las llamadas *exclusiones probatorias* (receptada en el art. 211 del CPPBA) y sobre esto debo enunciar algunas consideraciones para el caso de Instagram:

La plataforma por defecto establece una configuración de privacidad pública, lo que significa que cualquier usuario puede acceder al perfil de otro. Dicha configuración puede ser modificada a privada, donde el acceso a la información del *feed* estará habilitado solo para aquellos que permita el generador del contenido. Tanto los particulares como los letrados, deben prestar especial atención en la forma de obtención de prueba, pues para el caso de que el perfil se encontrara público no habría inconvenientes. En caso contrario nos encontraríamos “prima facie” vulnerando el derecho a la intimidad y recayendo sobre una exclusión probatoria.

#### *El rol del profesional:*

Es importante aclarar el rol que asumen los letrados en los aportes de la prueba electrónica. En primer lugar, el abogado no efectuará análisis técnico alguno sobre dicha prueba, pues ello es atribución exclusiva del perito informático designado. No obstante, puede realizar una investigación forense por más promiscua que parezca.

Resumiendo, el profesional debe analizar con que prueba cuenta, en caso de encontrarse producida avanzará con él proceso.

Por el contrario, de no estarlo (vgr. porque necesito saber quién esta atrás de un perfil, o un usuario), debe recabar la información necesaria mediante, el estudio y análisis de códigos HTML, certificaciones de terceros de confianza, actas notariales, etc. De encontrarse con prueba informática que por determinadas características sea, relevante, irreplicable, irreproducible, presumiblemente no perdurable, e imposible de recabar mediante bases de datos de acceso público, debemos recurrir por intermedio del juez a un *anticipo extraordinario de prueba* (Artículo 274 CPPBA), adelanto probatorio de diligencias que no pueden ser realizadas en las mismas condiciones durante la pesquisa. No obstante, nada impide que por razones de urgencia, el profesional realice un *acto formalizado* por sus propios medios y aporte la misma como un *elemento de convicción* (Arts. 336, 244 y ss.)<sup>8</sup>

Para el caso de los delitos de acción privada se prevé la acción preliminar, dirigida al Juez en lo Correccional (Art. 390).

---

<sup>7</sup> Ver, Palomares, L. Francisco (2019) La Obtención de Prueba Producida por Particulares Mediante la Utilización de Medios Ocultos, ¿Es Válida? JURSOC. Especialización en Derecho Penal, Secretaría de Posgrado. UNLP.

<sup>8</sup> La diferencia radica en que el primero (adelanto) se ingresara directamente al debate pudiendo tener valor suficiente para formar parte de la plataforma fáctica de una sentencia futura. Mientras el segundo (acto) será analizado bajo la premisa de ser aceptado por la contraparte o analizado posteriormente mediante las reglas periciales.

## 6. La Prueba digital, en Instagram.

*Generalidades. Contrato de adhesión; Condiciones de uso y política de datos.*

Al registrarse por primera vez, todos los usuarios celebran un contrato de adhesión con la plataforma. Mencionaré alguno de sus puntos más relevantes:

A- Instagram se compromete a la contratación de equipos y sistemas cuya misión principal es la lucha y prevención de violaciones a los términos y condiciones, política de uso, comportamientos perjudiciales y fraudulentos. B- El uso de *IA* y *Machine learning* para mejorar y proteger el servicio. C- Almacenamiento y transferencia de datos a sistemas distribuidos por todo el mundo.

Por el lado de los compromisos asumidos por el usuario, de manera resumida se puede enunciar lo siguiente:

Se solicita a los usuarios: Que tengan un mínimo de 13 años de edad, no encontrarse en ninguna lista activa de fuente para la detección de partes denegadas (*denied party screening*) y no poseer condena firme por delitos contra la integridad sexual.

El usuario tiene prohibido: Brindar datos falsos, realizar actos con fines ilícitos, recopilar información, **publicar información privada o confidencial ni realizar actividades que infrinjan los derechos de otra persona, incluidos los derechos de propiedad intelectual** e infringir las Normas comunitarias.

Es recomendable solicitar que los usuarios publiquen su propio contenido, a su vez debe ser apropiado para un público diverso. Por otra parte, se exige el respeto por los demás usuarios, en este sentido la plataforma eliminara cualquier contenido **dirigido a particulares con el fin de humillarlos o avergonzarlos**, información personal utilizada para chantajear o acosar a alguien y mensajes reiterados no deseados.

*Servicio integrado de denuncias dentro de la plataforma.*

Como muchas otras plataformas similares, dentro del eco-sistema de Instagram, encontramos un servicio de denuncias extrajudiciales integradas para aquel contenido que resulte del menoscabo de otro usuario. De esta manera, se puede eliminar el contenido lesivo de forma rápida y sencilla, resultando útil este mecanismo, al momento previo de dar inicio a la querrela, ya que podrá ser introducido al proceso como fundamento probatorio respecto del hecho que se pretende probar, para ello es necesario dejar constancia por algún medio como un tercero de confianza o acta de escribano público.

## 7. Los medios probatorios en particular.

*Recolección de información;*

Ante la consulta de un cliente, lo primero que debemos recolectar son los siguientes datos de su cuenta de perfil; Email, número vinculado, *Uniform Resource Locator (URL)*, *Profile ID* del perfil y el IMEI del dispositivo móvil.

Por el lado del presunto victimario solo debemos prestar atención a sus datos personales, y la *Uniform Resource Locator* tanto del perfil como de la publicación. En relación a la obtención o el acceso a estos datos recordemos lo dicho en el apartado C- "*Derecho de privacidad y admisibilidad probatoria Las capturas de pantalla.*"

Pueden presentarse dos situaciones: Que el cliente concurra a nuestro estudio con una captura de pantalla propia, ya que el contenido difamatorio caducó y lo captó (recordemos que las historias de Instagram tienen una duración de 24 horas.), o que el contenido siga disponible en la plataforma al momento de efectuarse la consulta.

Para el primer supuesto la captura valdrá solo como un indicio y bastante endeble, a rigor de verdad. Mientras que en el otro supuesto, tenemos la posibilidad de generar el documento electrónico<sup>9</sup> mediante la utilización de terceros de confianza, regulados de manera precaria por el Decreto 182/19 modificatorio de la Ley de firma digital. Estos terceros no son más que un depositario virtual que mediante complejos y seguros mecanismos como el

<sup>9</sup> Recomiendo hacerlo desde una computadora mediante "No Scroll".

*Timestamp* certifican el documento. Este documento electrónico ulteriormente podrá ser ingresado<sup>10</sup> en soporte físico como CD, DVD o incluso, si somos más creativos, dentro de la nube (*google drive*). En todos los supuestos resulta necesario hashear el contenido. Por último, vale aclarar que valdrá como principio de prueba y constituirá una sólida herramienta que podrá valerle ulteriormente el perito informático.

#### *Acta notarial.*

En relación a la posibilidad que un escribano público constate el contenido digital, se recomienda la asistencia de un técnico especializado, pues recordemos que el notario da fe sobre aquello que se encuentra bajo su percepción, no así sobre la autenticidad del documento electrónico.

Como primera medida, el notario deberá expresar si ingresa a la plataforma Instagram, desde una PC, o bien desde un dispositivo propio. Posteriormente se deberá proceder a la eliminación de la memoria “*Cache*”, a fin de evitar planteos vinculados al contenido. En el acta, resulta preponderante dejar constancia del día, fecha, hora, sistema operativo utilizado, navegador y cualquier otra herramienta que se emplee, nombre de usuario para acceder, contraseña que le ha propiciado la parte, URL específica del contenido (no una genérica), metadatos del contenido fotográfico, información disponible de perfil del generador de contenido (nombre, apellido, domicilio, descripción, contenido subido, seguidores etc.), constancia de las denuncias extrajudiciales realizadas, y si la cuenta resulta de acceso público o privado. Además, es posible adjuntar al acta la imagen en papel, pues para ello resulta muy práctico hacer una captura de pantalla “*no scroll*”.

Como se señaló *up supra*, el escribano no puede dar fe de la autenticidad del documento, por ello es necesario la concurrencia de un perito informático que realice un acta técnica.

#### *Prueba Testimonial como Estrategia Procesal.*

Resulta válido utilizar el fácil acceso y viralización de las publicaciones para determinar los hechos y las consecuencias del mismo. Así, se podrá citar testigos para que declaren sobre la existencia del contenido o sobre la interacción del perfil generador a fin de acreditar su identidad real.

#### *Prueba informativa, servidores de Facebook.*

Mediante la prueba informativa, lo que se tratará de recabar es información sobre los datos de tráfico alojados en los servidores de Facebook. El pedido se efectúa mediante la vía de exhorto internacional a “*Facebook Ireland Ltd*”, lo cual es irrisorio. Otra opción es contactarse con Facebook a través de sus canales de contacto y seguir sus requerimientos, lo cual resulta poco colaborativo tratándose de una empresa privada extranjera<sup>11</sup>.

#### *Prueba pericial informática.*

El experto informático, es el encargado de analizar la prueba digital que el querellante aporte al proceso. Es factible encontrar evidencia digital dentro del dispositivo móvil o PC que se utilizó para la realización de las publicaciones.

En caso de que dichos objetos se encuentren secuestrados o los mismos sean aportados por la parte, el perito comenzará a realizar una “*copia bit a bit*” (copia forense), examen de la memoria caché, los historiales, cookies, entre otros. Pudiendo de esta manera, recabar información sobre chats, comentarios, mensajes, publicaciones etc.

---

<sup>10</sup> En el escrito donde mencionamos el documento electrónico es necesario aclarar fecha y hora de la certificación, adjuntar el código hash, la URL de la página, todos los detalles del tercero, IP etc.

<sup>11</sup> Respecto a este tema destaco la diligencia adoptada por el Juez Marcel Maia Montalvão de la Republica de Brasil, quien en contexto de una investigación de narcotráfico, quien ante la poca colaboración de Facebook, con la justicia, decidió bloquear la aplicación conocida como WSP en todo el territorio brasilero por un término de 5 días.

En caso de que la prueba a peritar sea volátil y por lo tanto haya sido introducida de forma particular, mediante un tercero de confianza, el perito podrá trabajar sobre ella a fin de introducirla eficazmente en juicio.

Cualquier procedimiento que realice el perito, deberá contener una explicación exhaustiva y detallada en cuanto a la metodología utilizada, con documentación fotográfica, descripción de los equipos analizados, software utilizado y elementos entregados.

### **CONCLUSION: Propuestas**

Presento el siguiente catálogo, de futuras reformas: 1.- Disposiciones genéricas sobre: Intercepción de comunicaciones telemáticas. 2.- Obtención y captación de grabaciones e imágenes, por medios electrónicos. 3.- Unificación de; Conceptos informáticos y Protocolos de cadena de custodia. 4.- Regulación específica sobre; Registro físico y remoto de dispositivos electrónicos. Prueba anticipada y diligencias formales.

### **Bibliografía:**

Acurio del Pino, S. (s.f) Delitos Informáticos. Generalidades. Accedido el 9/10/2020. Recuperado; [https://www.oas.org/juridico/spanish/cyb\\_ecu\\_delitos\\_inform.pdf](https://www.oas.org/juridico/spanish/cyb_ecu_delitos_inform.pdf) .

Bacigalupo., E. (2008) Técnica de Resolución de Casos Penales. Madrid. Editorial Hammurabi.

Badeni., G. (2004) Tratado de Derecho Constitucional. Tomo I. Buenos Aires. Editorial La Ley.

Bielli G.E. & Ordoñez C.J(2020) La Prueba Electrónica. Teoría y Práctica. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Editorial La ley.

Bura Peralta, J. E. (2019) Calumnias e Injurias en Redes Sociales: construyendo las herramientas argumentales y jurídicas para proteger nuestra identidad digital. Accedido el 13/10/2020 Id. SAIJ: DACF190121

Fontán Balestra Carlos. (1992) Derecho Penal. Parte Especial. Buenos Aires. Abeledo Perrot.

Hutchinson, A. (2020) 22 Instagram Stats You Need to Know in 2020, Infographic. Accedido el 12/10/2020. Recuperado en: <https://www.socialmediatoday.com/news/22-instagram-stats-you-need-to-know-in-2020-infographic/569182/>.

Instagram. (s.f). Wikipedia, la enciclopedia libre. Accedido el 12/10/2020. Recuperado en <https://es.wikipedia.org/wiki/Instagram> .

Palazzi P. A. (2000) Delitos Informáticos. Capital Federal Editorial Ad-Hoc.

Palomares, L. Francisco. (2020) Entre Dogmas, Textos y Sentencias. Preparado para Epistemología Penal. Especialización en Derecho Penal. UNLP.

Palomares, L. Francisco (2019) La Obtención de Prueba Producida por Particulares Mediante la Utilización de Medios Ocultos, ¿Es Válida? JURSOC. Especialización en Derecho Penal, Secretaria de Posgrado. UNLP.

Paus L. (2017). ¿Cuáles son las leyes argentinas más importantes en delitos informáticos? Accedido el 12/10/2020. Recuperado;

<https://www.welivesecurity.com/laes/2017/02/10/leyes-argentinas-delitos-informaticos>

Righi E. Fernandez Alberto (1996) Derecho Penal; La Ley, El delito. El Proceso y la Pena. Buenos Aires. Editorial Hammurabi.

Soler, Sebastián. (1973) Derecho Penal Argentino T, III. B.A. Tipográfica Editora.

Salt, M, G. (2009) Tecnología Informática: ¿Un nuevo desafío para el Derecho Procesal Penal? Doctrina Judicial Procesal. Cita online; AR/DOC/3817/2019.

### **Documentos:**

Condiciones de uso de Instagram;

<https://es-la.facebook.com/help/instagram/478745558852511>

Política de datos de Instagram;  
[https://help.instagram.com/519522125107875?helpref=page\\_content](https://help.instagram.com/519522125107875?helpref=page_content)

Resolución General Número 889/15 y Protocolo de Cadena de Custodia. Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires; <https://www.mpba.gov.ar/files/documents/889-15.pdf>.

Términos y Condiciones de Instagram: <https://help.instagram.com/581066165581870>.  
Accedido el 20/10/2020.

~

# Excepciones al otorgamiento de la libertad asistida. Inconstitucionalidad del artículo 56 bis de la ley 24.660

COMISIÓN DE DERECHO PENAL

Por María Cecilia Lara. COLEGIO DE ABOGADOS DE QUILMES

*(“A todas las voces que la marginalidad y la desidia callan a diario”...)*

## RESUMEN.

La **libertad asistida** refiere a la posibilidad que poseen las condenadas y los condenados por algún delito no incluido en el artículo 56 bis de la Ley 24.660 y sin la accesoria del artículo 52 del Código Penal, de lograr el egreso anticipado del establecimiento penitenciario y su reintegro al medio libre tres meses antes del agotamiento de la pena temporal, y se encuadra dentro de las previsiones de la mentada Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad.

La presente ponencia tiene por propósito revelar la vulneración manifiesta en que incurre la redacción vigente del artículo 56 bis de la norma mencionada ut supra, toda vez que considera una serie de excepciones a su concesión.

Las limitaciones al beneficio, impuestas con la sanción de la Ley 25.375, modificatoria de la citada precedentemente, refieren a las personas privadas de su libertad que por haber cometido los delitos previstos no podrán gozar del instituto tratado. Así las cosas, las excepciones al otorgamiento de la libertad asistida no suponen más que una conculcación a principios rectores del Derecho Penal, como ser el de **igualdad** y el de **resocialización**, los cuales gozan de amparo constitucional y supraconstitucional.-

## SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.- II. DESARROLLO.- III. CONCLUSIÓN.- IV. PROPUESTA.-

### I. INTRODUCCIÓN.

En 1877 se inauguró en la República Argentina la primera cárcel nacional moderna, la Penitenciaría de Buenos Aires, la cual fue diseñada en el marco de un modelo correccionalista. Este paradigma tendiente a la corrección de los sujetos, que data de inicios del siglo XIX, ha marcado el devenir del sistema penitenciario en nuestro país, con una leve tendencia a la “progresividad”. El “régimen de progresividad” le confiere a las procesadas y los procesados un regreso gradual al medio libre. Se pretende, a través de una serie de fases sucesivas, la disminución de las medidas restrictivas de la libertad y dotar a las personas de recursos que posibiliten su reinserción posterior.

Esta es una noción que ya en 1921, con la aprobación del Código Penal, se codificó en la legislación nacional. Se acuñó entonces la idea de “libertad condicional”, como fiel reflejo de la mentada progresividad, concibiendo como tal el egreso anticipado dispuesto judicialmente, otorgado con el cumplimiento efectivo de determinada parte de la condena y tras haberse acogido favorablemente a los reglamentos carcelarios.

Posteriormente, en el año 1933, se sancionó la Ley 11.833 de Organización Carcelaria y Régimen de la Pena, mediante la que se estipuló un régimen progresivo en el que se distinguen cinco estadios. En la misma línea, tiempo más tarde, a través del Decreto 35.788/47 y del Decreto Ley 412/58, se profundizó la intención de preparar a las penadas y los penados para su egreso. Es así que mediante la norma mencionada en último término se inserta en el ámbito carcelario un sistema de tres etapas, que guarda relación con el actual, en el que podían distinguirse los períodos de observación, tratamiento y prueba.

Es entonces en este contexto de progresividad que se presenta el conjunto de institutos tendientes a dar cumplimiento al principio resocializador, entre otros, el cual debe caracterizar al encierro.

La **libertad asistida** constituye uno de los institutos antes referidos, y se enmarca normativamente en las previsiones de la Ley 24.660 de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad. La misma recepta la idea de que la pena tiene por finalidad lograr que la condenada o el condenado adquiera la capacidad de respetar y comprender la ley, así como también la gravedad de sus actos y de la sanción impuesta, procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad. Asimismo, establece que el régimen penitenciario se basará en la progresividad, procurando limitar la permanencia del condenado en establecimientos cerrados y promoviendo en lo posible y conforme su evolución favorable su incorporación a instituciones abiertas, semiabiertas, o a secciones separadas regidas por el principio de autodisciplina. Este régimen, cualquiera fuere la pena impuesta, constará de un período de observación, uno de tratamiento, un período de prueba y uno de libertad condicional.

La Sección Cuarta de la ley citada ut supra, en su artículo 54, dispone que la libertad asistida permitirá a quienes fueron condenadas/os por algún delito no incluido en el artículo 56 bis y sin la accesoria del artículo 52 del Código Penal, el egreso anticipado y su reintegro al medio libre tres meses antes del agotamiento de la pena temporal. Así las cosas, también prevé que el juez de ejecución o juez competente, a pedido de la interna o interno y previo los informes del organismo técnico-criminológico y del Consejo Correccional del establecimiento, podrá disponer la incorporación del condenado o de la condenada al régimen en cuestión siempre que él o ella posea el grado máximo de conducta susceptible de ser alcanzado según el tiempo de internación. El juez competente deberá denegar su incorporación a este régimen si se encontrare comprendido en las excepciones del artículo 56 bis o cuando considere que el egreso puede constituir un grave riesgo para sí, para la víctima o para la sociedad. En los casos de las personas condenadas por los delitos previstos en el artículo 128 tercer párrafo, 129 segundo párrafo y 131 del Código Penal, antes de adoptar una decisión, el juez deberá tomar conocimiento directo del condenado o de la condenada y escuchar si desea hacer alguna manifestación. También se requerirá un informe del equipo interdisciplinario del juzgado de ejecución y se notificará a la víctima o su representante legal, que será escuchada si desea hacer alguna manifestación. Tanto interna/o como víctima podrán proponer peritos especialistas a su cargo, que estarán facultados para presentar su propio informe y en caso de implementar la concesión de la libertad asistida, se exigirá un dispositivo electrónico de control, el cual sólo podrá ser dispensado por decisión judicial, previo informe favorable de los órganos de control y del equipo interdisciplinario del juzgado de ejecución.

Las condenadas y los condenados que gocen del beneficio deberán sujetarse a una serie de requerimientos. Entre las condiciones que deberán cumplir, tendrán que presentarse, dentro del plazo fijado por el juez competente, al patronato de liberados que se les indique para su asistencia y para la supervisión de las condiciones impuestas, cumplir las reglas de conducta que se les fije, residir en el domicilio consignado en la resolución judicial y reparar, en la medida de sus posibilidades, los daños causados por el delito, en los plazos y condiciones previstos.

La libertad asistida podrá ser revocada en caso de que las beneficiarias y beneficiarios de la misma cometieren un delito o violaren las obligaciones impuestas, debiendo agotar el resto de su condena en un establecimiento cerrado. Este instituto resulta incompatible con los delitos que a continuación se detallan:

- . Homicidios agravados previstos en el artículo 80 del Código Penal.
- . Delitos contra la integridad sexual, previstos en los artículos 119, 120, 124, 125, 125 bis, 126, 127, 128 primer y segundo párrafos, y 130 del Código Penal.
- . Privación ilegal de la libertad coactiva, si se causare intencionalmente la muerte de la persona ofendida, previsto en el artículo 142 bis, anteúltimo párrafo, del Código Penal.
- . Tortura seguida de muerte, artículo 144 ter, inciso 2, del Código Penal.

- . Delitos previstos en los artículos 165 y 166, inciso 2, segundo párrafo del Código Penal.
- . Secuestro extorsivo, si se causare la muerte de la persona ofendida, conforme a los supuestos previstos en el artículo 170, antepenúltimo y anteúltimo párrafos, del Código Penal.
- . Delitos previstos en los artículos 145 bis y ter del Código Penal.
- . Casos en que sea aplicable el artículo 41 quinquies del Código Penal.
- . Financiamiento del terrorismo, previsto en el artículo 306 del Código Penal.
- . Delitos previstos en los artículos 5°, 6° y 7° de la ley 23.737 o la que en el futuro la reemplace.
- . Delitos previstos en los artículos 865, 866 y 867 del Código Aduanero.

## II. DESARROLLO.

En base a lo expuesto con anterioridad podemos afirmar que la libertad asistida no importa un beneficio cuya concesión resulte facultativa por parte de los jueces, sino que por el contrario éste es un derecho de las personas privadas de su libertad, y solo podrán denegarla en aquellos casos en que su egreso signifique un riesgo para sí o para la sociedad. En este punto juegan un rol fundamental los informes técnico-criminológicos emitidos por el establecimiento donde se encontraren alojados o alojadas. La discrecionalidad judicial para concederla, entonces, se acota a la excepcionalidad. Y es esta excepcionalidad la que pretende evitar que las condenadas y los condenados obtengan la libertad por agotamiento de la pena sin haber transitado anteriormente por un estadio de libertad bajo condiciones.

Ahora bien, nos encontramos a esta altura con el primero de los obstáculos con que se topa el otorgamiento del instituto de libertad asistida. En efecto, en ocasiones, resulta difícil diferenciar la consideración excepcional y fundada de la existencia de riesgo grave del pronóstico de reinserción social, el cual constituye el objetivo de la ejecución de la pena y requerimiento elemental de la libertad condicional. Suelen equipararse ambas nociones, de modo erróneo, dado que la mencionada reinserción social favorable resulta ser el propósito de la pena, pero no se instituye como exigencia en las previsiones del artículo 54 de la Ley 24.660. La peligrosidad, a su vez, debe argumentarse sobre motivos concretos, debe expresarse en qué consiste el riesgo y por qué razón se deduce su existencia.

Como se ha adelantado, existen diversas limitaciones a la concesión del instituto en análisis, una de las cuales se vincula con las excepciones que prevé el artículo 56 bis de la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad. Al respecto vale recordar las modificaciones que estas disposiciones han sufrido a lo largo del tiempo. Con la sanción de la Ley 25.948 se introdujo a la Ley 24.660 el mentado artículo 56 bis, prohibiendo el acceso a la libertad asistida a las personas que hayan sido condenadas por los delitos previstos en los artículos 80 inciso 7°, 124, 142 bis anteúltimo párrafo, 165 y 170 anteúltimo párrafo del Código Penal de la Nación. Luego, a través de la Ley 25.375, se estableció la ampliación de la lista de imposibilitados a conseguir el egreso del establecimiento penitenciario de modo anticipado. Así, quedaron impedidos de recibir el beneficio de libertad asistida todos las penadas y los penados por los delitos previstos en los artículos 80, 119, 120, 124, 125, 125 bis, 126, 127, 128 primer y segundo párrafo y 130, 142 bis anteúltimo párrafo, 144 ter inciso 2, 145 bis y ter, 165 y 166 inciso 2 segundo párrafo, 170 antepenúltimo y anteúltimo párrafos, casos donde se aplique el art. 41 quinquies y 306 del Código Penal, artículos 5, 6 y 7 de la Ley 23.737 y 865, 866 y 867 del Código Aduanero. Cabe destacar que éstos no han sido los únicos cambios introducidos, se acotó también para los últimos tres meses el egreso y se requirió que las condenadas y condenados cuenten con el máximo de calificación de conducta.

Ahora bien, retomando las restricciones acaecidas en virtud de los delitos por los que fueron sentenciados, resulta imperioso expresar en primer término que a menudo se da la aplicación en simultáneo de distintos regímenes de libertad asistida por ultraactividad de la ley penal más benigna, conforme lo dispuesto por el artículo 2 del Código Penal de la Nación, el cual versa "Si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuere distinta de la que exista al

pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más benigna(...)”. El endurecimiento de los requisitos de acceso al instituto en tratamiento y las restricciones que se suman a las ya previstas atentan entonces, de forma notoria, entre otros, contra el **principio de progresividad de la pena**. Es éste un principio rector receptado por la Ley 24.660 en su artículo 6 y concordantes, que consiste en conferir a las personas privadas de su libertad un avance paulatino hacia su libertad, a través de distintas fases sucesivas en las que disminuye el contralor y aumenta el contacto con el exterior.

Asimismo, surge a las claras que la actual redacción del artículo 56 bis de la Ley 24.660 vulnera también el **principio resocializador** de la pena, el cual debiera hacer del encierro el instrumento que posibilite el reintegro al medio libre de las personas detenidas, no apuntando a la readaptación como a la modificación de su personalidad, sino dotándolas de herramientas que contribuyan a reducir su vulnerabilidad al sistema penal y a evitar su prisionización constante. Este mandato encuentra reconocimiento en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, artículo 10 (Ley 23.313) y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, artículo 5 (Ley 23.054), ambos con jerarquía constitucional, incorporados a nuestra Carta Magna a partir de la reforma del año 1994, mediante el artículo 75 inciso 22. Aluden a la reforma y readaptación social de las penadas y los penados. Por consiguiente, con la efectiva aplicación del artículo 56 bis y la consecuente denegatoria de la libertad asistida, se coarta la posibilidad de los sujetos de lograr recursos que les auxilien en el proceso de reinserción social.

Finalmente, vemos en pugna también el **principio de igualdad** ante la ley, garantizado expresamente por el artículo 16 de la Constitución Nacional, toda vez que en la redacción en estudio puede observarse una evidente desigualdad entre las personas privadas de su libertad que podrán acceder al beneficio y las que no.-

### III. CONCLUSIÓN.

- La libertad asistida constituye un beneficio cuya concesión no resulta ser facultativa por parte de los jueces, sino que es un derecho de las personas privadas de su libertad, y solo podrá denegarse en caso de que su egreso signifique un riesgo para sí o terceros.
- La redacción vigente del artículo 56 bis de la Ley 24.660 es manifiestamente vejatoria de una serie de principios rectores del ámbito penal.-

### IV. PROPUESTA.

En virtud de lo expuesto precedentemente, se propone:

**La declaración de inconstitucionalidad del artículo 56 bis de la Ley 24.660, por los argumentos expuestos con anterioridad.-**

~

# Derecho de acceso a la información pública en la Provincia de Buenos Aires. El impacto del COVID-19.

Por Leonardo Abel Urruti, COLEGIO DE ABOGADOS DE BAHÍA BLANCA.

**Sumario:** 1. Introducción. 2. DESARROLLO. 2.1. Elementos básicos del derecho de acceso a la información pública. 2.1.1. Legitimación activa. 2.1.2. Legitimación pasiva. 2.1.3. Objeto del derecho. 2.1.4. Los principios de máxima divulgación, publicidad y transparencia. 2.2. Marco legal y jurisprudencial en la Provincia de Buenos Aires. 2.2.1. La Constitución provincial. 2.2.2. La ley 12.475 (B.O 29/08/00) de "Acceso a los documentos administrativos" y el Decreto reglamentario 2549/2004 denominado "Reglamento General de Acceso a Documentos Administrativos del Poder Ejecutivo". a). Fundamentos. b). Objeto. Documentos administrativos. c). Legitimados activos. Puede solicitar acceso a los "documentos administrativos" toda persona física o jurídica que tenga un interés legítimo (Artículo 1°). d). Formalidades del pedido de acceso y su vigencia durante la pandemia. e). Modalidad de ejercicio. f). Legitimados pasivos. Aplicación al Poder Ejecutivo provincial. Ausencia de regulación sobre el Poder Legislativo y Judicial. g). Plazos de respuesta. h). Excepciones. h). Información parcialmente pública. i). Denegatoria de la petición. j). Silencio y procedimiento de impugnación. Recursos administrativos, amparos y habeas data. k). Principios generales reconocidos por el Decreto. l). Responsabilidades por incumplimiento. m). Autoridad de Aplicación y recepción de denuncias. 2.3. Análisis de la jurisprudencia en la Provincia de Buenos Aires. 3). Conclusiones. 4). Propuestas.

Resumen: En este trabajo iniciará por presentar la relevancia del derecho de acceso a la información pública como derecho humano fundamental dentro del ordenamiento jurídico argentino y su utilidad para fortalecer la democracia. En el marco teórico se buscará responder sintéticamente qué implica el derecho de acceso a la información, qué se considera información pública, determinar los titulares del derecho, los sujetos obligados a ofrecerla y sus límites. Luego, se examinará en profundidad la regulación específica existente en la Provincia de Buenos Aires a partir de la Ley Nº 12.475, realizando un estudio pormenorizado de la norma y su análisis conforme los estándares constitucionales e interamericanos. Se describirán las consecuencias que derivan de la norma provincial para las personas que solicitan información y los precedentes judiciales en la materia resueltos por SCBA. De *lege ferenda* se realizan observaciones y sugerencias sobre la necesidad de una reforma legislativa y buenas prácticas. Se culmina la investigación con las conclusiones generales de la investigación y algunas propuestas.

## 1. Introducción

*"...la información pertenece a las personas, la información no es propiedad del Estado y el acceso a ella no se debe a una gracia o favor del gobierno"*  
(CIDH, 2002: párr. 282).

El derecho humano fundamental de acceso a la información pública surge en nuestro país como una derivación de la forma de gobierno republicana y de forma expresa como parte del derecho de libertad de expresión reconocido en los diversos tratados de derechos humanos incorporados en la Constitución Nacional (arts. 1,5,33 y 75 inc.22).

El derecho humano a saber, a acceder a la información en poder del Estado excede la simple posibilidad de peticionar información e involucra la necesidad de programas de transparencia activa que pongan la información a disposición de las personas, de forma sencilla, accesible y gratuita. Los sujetos pasivos de la obligación de brindar información involucran a todo ente o persona que perciba o utilice fondos públicos, los tres poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, la administración centralizada y descentralizada pero también las empresas con participación Estatal y cualquier otro ente que perciba o controle fondos públicos en la medida de estos.

Resulta indispensable para el control del gobierno ejercitado por la ciudadanía, el periodismo de investigación y las organizaciones sociales y científicas. Es una de claves en la lucha contra la corrupción y posee relación directa con la calidad democrática, pues a mayor información se enriquece el debate y la posibilidad de fiscalizar las acciones de las autoridades.

El derecho humano de acceso a la información asume así un valor instrumental como herramienta de control para garantizar, frente a unos y otros, el resto de los derechos fundamentales. Si los funcionarios públicos no se encuentran obligados a rendir cuentas a nadie y pueden ocultar sus acciones del control de la ciudadanía dejan de estar sometidos a la ley y pasan a ser soberanos absolutos.

En la certeza de la relevancia de avanzar en este sentido, esta breve ponencia se concentra en estudiar la calidad normativa y operatividad del derecho de acceso a la información pública en el territorio de la Provincia de Buenos Aires, el distrito más poblado del país, cuya regulación específica a partir de la Ley provincial N°12.475, restringe gravemente los sujetos obligados y limita los titulares del derecho e introduce diversos obstáculos, de forma incompatible con los estándares interamericanos de derechos humanos vigentes. La gravedad de esta limitación del derecho a la información y la transparencia en los datos ha demostrado su peor escenario en el marco de la pandemia mundial ocasionada por el COVID-19 cuando las personas se encontraban en mayor vulnerabilidad impedidas de salir de sus casas y con un servicio de justicia prácticamente paralizado.

En cuanto a la estructura de esta obra, se comienza por presentar la investigación y luego se desarrolla el marco teórico, en el cual se busca responder sintéticamente qué implica el derecho de acceso a la información, qué se considera información pública, determinar los titulares del derecho, los sujetos obligados a ofrecerla y los límites a tal deber se examina en profundidad la regulación específica de la Provincia de Buenos Aires a partir de la Ley N° 12.475 del año 2000, realizando un estudio pormenorizado de la inadecuación de la norma a los estándares constitucionales e interamericanos. Se describen las consecuencias que derivan de la norma provincial para las personas que solicitan información y los precedentes judiciales en la materia resueltos por Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires y otros tribunales inferiores. De *lege ferenda* se realizan observaciones y sugerencias sobre la necesidad de una reforma legislativa. Se culmina la investigación con las conclusiones generales de la investigación y algunas propuestas de reforma.

## 2. Desarrollo

### 2.1. Elementos básicos del derecho de acceso a la información pública.

**2.1.1. Legitimación activa.** Este derecho corresponde a toda persona sin necesidad de acreditar un interés directo o legítimo o afectación personal, salvo en los casos en que se aplique una legítima restricción<sup>1</sup>. Se reconoce una legitimación activa amplia que admite el ejercicio del derecho de manera independiente, por ejemplo, de la condición migratoria del peticionante incluso en protección de intereses difusos<sup>23</sup>. Con ello, se debe interpretar que queda superada

---

<sup>1</sup>Corte IDH, Caso “Claude Reyes y otros v. Chile”, 19/09/2006, Serie C, 151, párr. 77. En el mismo sentido véase: Principio 4 de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión de la CIDH; Principios de Lima. Principio 1 “El acceso a la información como derecho humano”.

<sup>2</sup> Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, “Estudio especial sobre el derecho de acceso a la información”, párr.88-89.

<sup>3</sup> Véase “Principios de Lima”. Principio 2º. “*El acceso a la información en una sociedad democrática. “Todas las personas tienen derecho a fiscalizar de manera efectiva la labor de la administración estatal, de los poderes del Estado en general y de las empresas que prestan servicios públicos. Para hacerlo, necesitan conocer la información que obra en su poder. Las autoridades deben estar legalmente obligadas a poner a disposición de las personas la información que requieran en forma oportuna y completa...”*”

la distinción entre derechos subjetivos, interés legítimo e interés simple<sup>4</sup>, bastando el mero interés particular del peticionante para poseer la prerrogativa y hacer surgir la obligación del Estado.

**2.1.2. Legitimación pasiva.** El derecho de acceso a la información pública se ejerce sobre la información que se encuentra en poder del Estado, lo que abarca a todos sus órganos de administración centralizada y descentralizada, empresas y sociedades del estado o entidades que perciben fondos o subsidios públicos en la medida de estos.

La declaración de los llamados “Principios de Lima” en el marco de la CIDH reconoce como sujetos obligados a entregar la información que se solicite (y que revista un interés público) tanto al Estado (administración centralizada y descentralizada) como también aquellas empresas que prestan servicios públicos.

Se recomienda un reconocimiento positivo amplio al describir los sujetos obligados a suministrar información basado en el servicio que dichos sujetos proveen y en las funciones que ejercen.<sup>5</sup>

**2.1.3. Objeto del derecho.** El objeto de la información pública debe interpretarse de manera extensa. Se prevé que el reconocimiento positivo del acceso a la información debe incluir claramente el objeto bajo los principios de máxima divulgación y publicidad, sin reducir su contenido a materiales escritos.

En cuanto al alcance del término “información”, se la entiende comprensiva de todo tipo de sistemas de almacenamiento o recuperación, incluyendo documentos, películas, microfichas, vídeos, fotografías y otros. El Estado debe suministrar esta información con razonabilidad y congruencia, de modo que no cumple con su obligación si entrega información diferente o de menor profundidad a la que le es solicitada, excepto los casos donde la información no es disponible para las propias autoridades<sup>6</sup>.

**2.1.4. Los principios de máxima divulgación, publicidad y transparencia.** El acceso a la información reviste suma importancia en la lucha contra la corrupción y como herramienta ciudadana para el control de los actos públicos. Esto fundamenta el reconocimiento del principio de máxima divulgación que orienta la materia y constriñe a los Estados republicanos.

Con base en el precedente del caso “Claude Reyes y otros” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las causales que pueden justificar la reserva de información son de carácter excepcional.

El accionar de un Estado democrático debe encontrarse regido por los principios de publicidad y transparencia en la gestión pública, posibilitando la efectiva posibilidad de conocer para luego cuestionar, indagar y reclamar un adecuado cumplimiento de los deberes del sector público en adecuación a la ley.

Sobre este punto, la Relatoría Especial entiende que para concretar la efectividad real de esta prerrogativa, el Estado debe asumir una actitud activa disponiendo la publicidad de sus actos e información de interés, de oficio.

Se considera positivo a este objetivo la creación de páginas Web donde, sin importar las distancias o conocimientos jurídicos, las personas puedan fácilmente acceder a la información con que cuentan las dependencias estatales. Evaluando la complejidad que puede conllevar en algunos sectores sistematizar la información de manera que resulte fácilmente asequible al receptor, el Estado debe proveer a quienes lo requieran la dirección exacta donde acceder a la misma y guiarlo hasta llegar a ella.<sup>7</sup>

---

<sup>4</sup> La distinción de estas categorías específicas se aborda en el Capítulo IV, I.2.3 de esta obra.

<sup>5</sup> Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, “Estudio especial sobre el derecho de acceso a la información”, párr.98, 100 y 102.

<sup>6</sup> Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, “Estudio especial sobre el derecho de acceso a la información”, párr. 109-111.

<sup>7</sup> Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, “Estudio especial sobre el derecho de acceso a la información”, párr. 112-114 y 119-120.

## 2.2. Marco legal y jurisprudencial en la Provincia de Buenos Aires.

Buenos Aires conforme datos del INDEC obtenidos en el último censo nacional es la provincia que posee más población en el país con más de 15 millones de habitantes (2010)<sup>8</sup> -de hecho posee más población que la mayoría de las restantes provincias juntas- genera aproximadamente el 32,3% del PIB nacional<sup>9</sup>, y posee el gasto público más grande del país<sup>10</sup>. Pese a ello, según el Índice de Acceso a la Información Pública en las Provincias Argentinas del Banco Mundial (2019)<sup>11</sup> y el análisis propio efectuado en esta investigación, se encuentra entre las provincias que poseen menor calidad normativa de todo el país en materia de transparencia.

En base a lo expuesto, en este apartado se evalúa la normativa provincial con relación al derecho de acceso a la información a efectos de determinar con mayor detalle el grado de alejamiento de su regulación de los estándares deseables que se extraen de la Constitución Nacional, tratados de derechos humanos y jurisprudencia nacional e internacional aplicable, a efectos de identificar de *lege ferenda*, las posibles modificaciones o buenas prácticas que deberían introducirse.

**2.2. 1. La Constitución provincial.** El derecho de Acceso a la Información Pública se encuentra expresamente atribuido a todos los habitantes de la Provincia en la Constitución provincial dictada en 1994, en su art. 12, inc. 4º al establecer que "todas las personas en la Provincia gozan, entre otros, de los siguientes derechos (...) 4) *A la información y a la comunicación*" (cursiva añadida) De igual modo, se reconoce en materia de tutela medioambiental el derecho a "solicitar y recibir adecuada información" (art.28), el derecho de los consumidores y usuarios a una "información adecuada y veraz" (Art. 38) y el acceso a la información pública a los partidos políticos (Art. 59).

**2.2.2. La ley 12.475 (B.O 29/08/00) de "Acceso a los documentos administrativos" y el Decreto reglamentario 2549/2004 denominado "Reglamento General de Acceso a Documentos Administrativos del Poder Ejecutivo"**

La principal norma en la materia a nivel provincial es la Ley N° 12.475 relativa al "Acceso a los documentos administrativos" sancionada en el año 2000. Su reglamentación debió esperar cuatro años más hasta el dictado del Decreto reglamentario 2549/2004 que dispone el "Reglamento General de Acceso a Documentos Administrativos del Poder Ejecutivo".

En esta sección se abordará los fundamentos de la norma y su reglamentación, incluyendo su objeto, alcance en relación a sujetos legitimados y sujetos pasivos, el concepto de información pública que describe, las formalidades que exige a los peticionantes, así como la estructura burocrática encargada de su aplicación. Se formularán observaciones y comentarios sobre las necesarias reformas que se proponen.

**a). Fundamentos.** Entre los fundamentos a los que se alude en la norma, se mencionan a) el propósito de resguardar la publicidad de los actos de gobierno, b) la efectiva vigencia de la seguridad jurídica y c) asegurar la subordinación de la actividad estatal a la Constitución, señalando "*...que es uno de los pilares básicos y fundamentales del estado de derecho. Sin perjuicio de ello creemos que el proyecto también encuentra sustentación en dos necesidades sociales igualmente relevantes: la reforma y modernización de las estructuras estatales y la*

<sup>8</sup> Véase datos del Censo Nacional del año 2010 en la página web oficial del INDEC. URL:

<https://www.indec.gob.ar/indec/web/Nivel4-Tema-2-41-135>

<sup>9</sup> "En la PBA y la CABA se genera más del 50% del PIB nacional", 17/11/2017, El economista. URL.

<https://www.economista.com.ar/2017-11-la-pba-la-caba-se-genera-mas-del-50-del-pib-nacional/>

<sup>10</sup> Véase la página web oficial del INDEC. URL:

[https://sitioanterior.indec.gob.ar/nivel4\\_default.asp?id\\_tema\\_1=3&id\\_tema\\_2=10&id\\_tema\\_3=103](https://sitioanterior.indec.gob.ar/nivel4_default.asp?id_tema_1=3&id_tema_2=10&id_tema_3=103)

<sup>11</sup> BANCO MUNDIAL, "Índice de Acceso a la Información Pública en las Provincias Argentinas: un análisis de la calidad normativa", Washington DC, 2009. Disponible online URL:

[https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/indice\\_de\\_acceso\\_a\\_la\\_informacion\\_publica\\_en\\_las\\_provincias\\_argentinas-\\_un\\_analisis\\_de\\_la\\_calidad\\_normativa-web.pdf](https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/indice_de_acceso_a_la_informacion_publica_en_las_provincias_argentinas-_un_analisis_de_la_calidad_normativa-web.pdf)

*exigencia de la transparencia de los actos públicos*<sup>12</sup>.

**b). Objeto. Documentos administrativos.** La norma regula un régimen general de acceso a “documentos administrativos” aplicable a la Administración Pública dependiente del Poder Ejecutivo provincial. Considero que no es posible identificar el de “documentos administrativos” con el de “información pública” siendo el primero mucho más reducido.

Ya desde una interpretación literal, que posee un ámbito relativamente más reducido de aplicación que la ley nacional<sup>13</sup>, pues comprende solo aquella información contenida en lo que se denomine “documentos administrativos” definidos en la norma como “toda representación gráfica, fotocinematográfica, electromagnética, informática, digital o de cualquier otra especie, que contenga datos o informaciones provenientes de órganos públicos del Estado Provincial cuya divulgación no se encuentre prohibida expresamente por la ley” (Artículo 2°).

En contraposición, la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información<sup>14</sup> con mayor propiedad define la “información pública” como “cualquier tipo de dato en custodia o control de una autoridad pública” (Artículo 1°, inc. d).

En este aspecto la ley 12475 se refiere al soporte antes que al contenido, lo que pueda limitar la información disponible ya sea por encontrarse en un soporte que no sea interpretado como “Documento administrativo” por el obligado o bien si el mismo sujeto pasivo evita que los datos consten en algún soporte que califique como “documento”. Por ello resultaría preferible que en una futura normativa se regule el derecho de acceso a la información pública y se adopte cómo objeto una definición de lo que se considera “información pública”.

**c). Legitimados activos. Puede solicitar acceso a los “documentos administrativos” toda persona física<sup>15</sup> o jurídica que tenga un interés legítimo (Artículo 1°).** Esta sección constituye una de las cuestiones más controvertidas de la escueta norma, siendo la única provincia argentina que impone como condición de acceso a la información que el peticionante logre justificar, por escrito, que posee un determinado “interés legítimo”, entendido como la existencia de una relación o conexión personal con la información que solicita al ente público, este interés no puede identificarse con el interés difuso que puede tener cualquier ciudadano o periodista al pedir que el Estado rinda cuentas y aporte datos. Mientras que de la constitución surge que el acceso a la información es un derecho, de titularidad de todas las personas sin distinción de ningún tipo,

Esto configura una grave barrera de acceso contraria a la regla de publicidad y máxima divulgación. Debe notarse que a diferencia de la ley provincial, el Reglamento de Acceso a los Documentos Administrativos, aprobado como Anexo I del decreto, omite en su artículo 4° la mención a un “interés legítimo” y prescribe: “Toda persona física o jurídica tiene derecho de acceso a documentos administrativos”.

Cabe agregar que tanto de los portales públicos de la Provincia como de su interpretación judicial, parece surgir que ha prevalecido el criterio establecido por la ley, pese a que el Decreto sería más progresivo en este campo.

---

<sup>12</sup> Véase al respecto PIANA, Ricardo S., AMOSA, Fernando, “Aspectos normativos y jurisprudenciales del derecho de acceso a la información pública en la provincia de Buenos Aires”, LLBA2018 (junio), 3, La Ley Online (AR/DOC/473/2018).

<sup>13</sup> Ley 27.275 es más amplia pues define como objeto del derecho la “información pública” entendida como “todo tipo de dato contenido en documentos de cualquier formato que los sujetos obligados” generen, obtengan, transformen, controlen o custodien.

<sup>14</sup> Véase Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información, disponible en [http://www.oas.org/dil/esp/CP-CAJP-2840-10\\_Corr1\\_esp.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/CP-CAJP-2840-10_Corr1_esp.pdf) (última consulta 14/11/2020)

<sup>15</sup> Siendo que la ley fue sancionada en el año 2000 la terminología “persona física” devenía correcta y debe interpretarse a partir de la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26.994 BO:08/10/2014) como equivalente a la denominación “persona humana” y en contraposición a la noción de personería jurídica.

**Objeciones y mejora normativa en materia de legitimación activa.** La interpretación que propició la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través del Caso Claude Reyes y otros vs Chile de la Corte IDH (2006)<sup>16</sup> y su equivalente sostenido por la CSJN en el fallo “Cippec” (2014)<sup>17</sup> no dejan dudas en que el derecho de acceso a la información corresponde a toda persona sin distinción. Incluso la Ley Modelo Interamericana promueve que los pedidos de acceso a la información puedan ser anónimos a efectos de garantizar un mayor acceso y divulgación.

**d). Formalidades del pedido de acceso y su vigencia durante la pandemia.** Conforme el artículo 5° de la ley provincial *“La solicitud de acceso a los documentos debe ser fundada. Ella se presentará por escrito firmado en el que consten los datos identificatorios personales del solicitante y ante la dependencia oficial que ha conformado el documento o lo retiene en su poder.”* (cursiva añadida)

Por su parte, el Reglamento agrega en se debe entregar una constancia de la Solicitud al peticionante con indicación de lugar, fecha y hora (Artículo 13°).

La regulación omite la posibilidad de realizar solicitudes por vías electrónicas o por mail, impide presentaciones anónimas y requiere que el solicitante entregue el documento personalmente ante la dependencia oficial que contestará por la misma vía, debiendo el particular constituir domicilio en el radio del ente.

**Objeciones y mejora normativa recomendable.** La norma actual y su reglamento son contrarios al principio de informalidad así como a los principios de máxima divulgación y facilitación. La imposibilidad de realizar pedidos por medios electrónicos así como recibir las respuestas por el mismo medio impide en los hechos el acceso a la mayoría de las personas que poseen horarios laborales en el horario de apertura de las oficinas públicas y no puedan trasladarse, esto se ha visto acentuado constituyendo una muy grave y preocupante limitación a los derechos básicos de las personas durante el transcurso –aún vigente- del Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio (Decreto 297/2020, BO 19-3-2020) ordenado por el gobierno a razón de la pandemia del COVID-19.

Lo que ya resultaba un obstáculo insorteable para las personas que no residan en el radio del ente obligado al que pretenden solicitar información (véase por ej. Datos del Ministerio de Salud), ya sea porque residan en otra provincia o en otra ciudad. Cabe evaluar que las distancias entre diversas localidades y la capital de la Provincia pueden ser considerables (900 km entre la ciudad de La Plata y la localidad de Carmen de Patagones). En el marco de las limitaciones de circulación y de posibilidad de los habitantes de la provincia de trasladarse a la capital provincial o incluso dentro de sus ciudades con muchas oficinas públicas cerradas e incluso sin un funcionamiento regular del sistema judicial, la posibilidad de pedir información se tornó en una imposibilidad absoluta, impidiendo el ejercicio de los derechos humanos, el control de las gestiones públicas, la libertad de expresión e incluso poniendo en riesgo la salud de las personas.

**Recomendaciones.** Para garantizar la máxima publicidad y transparencia, de *lege ferenda* la norma debería receptar las nuevas tecnologías, permitiendo que los pedidos sean formulados por correo electrónico o a través de los portales web de la provincia, así como también por correo postal. Una opción de pedidos anónimos de información, podría resultar valiosa también a efectos de reducir restricciones informales (las que no constan en papel) o el temor a represalias de los funcionarios públicos relacionados.

**e). Modalidad de ejercicio.** El derecho de acceso se puede ejercitar conforme la ley, de dos modos, mediante el “examen de las actuaciones” y “la extracción de copias” (artículo 3º) y, si bien se dispone que el examen de los documentos es gratuito, luego se indica que la

<sup>16</sup> Corte IDH, Caso “Claude Reyes y otros v. Chile”, 19/09/2006, Serie C, 151, La Ley Online (AR/JUR/15354/2006).

<sup>17</sup> “CIPPEC c. Estado Nacional - Ministerio de Desarrollo Social. dto. 1172/03 s/ amparo ley 16.986”, CSJN, 26/03/2014, LA LEY 07/04/2014, 11; Sup. Adm. 2014 (junio), 3; LA LEY 2014-C,500, LA LEY 19/06/2014, 6; LA LEY 2014-C, 594; DJ 06/08/2014, 1; La Ley Online (AR/JUR/2946/2014).

expedición de copias de cualquier naturaleza está subordinada al pago de un arancel que no puede ser superior a los gastos operativos que demande la obtención de las mismas (artículo 4º).

f). Legitimados pasivos. Aplicación al Poder Ejecutivo provincial. Ausencia de regulación sobre el Poder Legislativo y Judicial. La ley no realiza en enumeración de cuáles son los sujetos obligados, se limita a regular el acceso a “documentos administrativos” provenientes de órganos públicos del Estado Provincial cuya divulgación no se encuentre prohibida expresamente por la Ley.

Por su parte, el Decreto define el ámbito de aplicación del Reglamento, en los siguientes términos: “El presente Reglamento General es de aplicación a organismos, entidades, empresas, sociedades, dependencias y todo otro ente que funcione bajo jurisdicción del Poder Ejecutivo”.

**Objeciones y mejora normativa recomendable.** Esta regulación resulta violatoria de los estándares dispuestos por Constitución Nacional dado que omite la obligación de brindar información que debe corresponder a los poderes Legislativo y Judicial<sup>18</sup>, como así también al Ministerio Público Fiscal, Consejo de la Magistratura, entidades autárquicas, aquellos entes que no funcionen bajo dependencia del Poder Ejecutivo, prestadores o concesionarios de servicios públicos, organizaciones que perciben subsidios o beneficios públicos, entre otros.

La modalidad adecuada de regulación de *lege ferenda* debería adoptar el criterio de la Ley nacional o bien la recomendación de la Ley Modelo Interamericana, que dispone: “...La presente Ley se aplica a toda autoridad pública perteneciente a todas las ramas del gobierno (Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial) y en todos los niveles de la estructura gubernamental interna (central o federal, regional, provincial o municipal); se aplica también a los órganos, organismos o entidades independientes o autónomos de propiedad del gobierno o controlados por el mismo, bien actuando por facultades otorgadas por la Constitución o por otras leyes y se aplica asimismo a las organizaciones privadas que reciben fondos o beneficios públicos sustanciales (directa o indirectamente), o que desempeñan funciones y servicios públicos, pero solamente con respecto a los fondos o beneficios públicos recibidos o a las funciones y servicios públicos desempeñados. Todos estos órganos deberán tener su información disponible de acuerdo a lo previsto en la presente ley. (Artículo 3º)”

g). **Plazos de respuesta.** Conforme el Reglamento, los entes obligados deben permitir el acceso a documentos administrativos en el momento en que les sea solicitado o proveerlo en un plazo no mayor a ocho (8) días, solo prorrogable ante circunstancias imprevisibles o excepcionales que impidieran poner a disposición los documentos solicitados en el término aludido, en cuyo caso, y ante justificación razonable y cierta de las circunstancias, podrá extenderse el plazo hasta diez (10) días, lo que debe ser comunicado a los interesados antes del vencimiento del plazo regular. (Artículo 14 – Anexo I del Decreto provincial N°2549/04)

A su vez, la ley establece un plazo máximo de respuesta, indicando que transcurridos treinta (30) días hábiles sin que la autoridad competente diera respuesta al pedido de acceso a documentos administrativos o la misma fuese parcial, ambigua o inexacta, la solicitud se considerará denegada. (Artículo 7º Ley N° 12.475 y Artículo 17 - Anexo I del Decreto provincial N°2549/04)

**Observaciones.** Los plazos estipulados no escapan de la regla tanto de la ley nacional como la mayoría de las regulaciones provinciales. Sería recomendable homogeneizar los plazos a futuro en todas las jurisdicciones. Sin embargo, no queda en claro cuál es procedimiento a seguir frente

---

<sup>18</sup> Nótese que en la Provincia se reguló que todos los funcionarios deban presentar declaraciones juradas de bienes, sin embargo, el sistema de publicidad de las mismas del Poder Judicial de la Provincia exige requisitos inauditos, como aportar enorme cantidad de datos, justificar el pedido y se le notifica previamente al Juez o funcionario respecto del cual se solicita la información y el mismo se puede negar. Puede observarse el formulario en el siguiente enlace:

<https://miportal.scba.gov.ar//Patrimonio/ConsultaPublica.aspx>. La regulación se encuentra en la Acordada 3880 (20/12/2017) dictada por la SCBA.

a la negativa, no existe una posibilidad de recurrir a un órgano garante dado la ausencia de ellos, lo que implica que el solicitante deberá promover una acción de amparo ante la justicia ordinaria a efectos de obtener la información. Obviamente, esto se constituye en un obstáculo y un costo demasiado alto para la mayoría de las personas que deberían abonar honorarios de abogados, tasas y otros costos de transacción todos contrarios al efectivo ejercicio de un derecho humano.

**h). Excepciones.** La ley provincial establece como excepciones al deber de brindar acceso, cuando el pedido verse sobre del examen de actos preparatorios, o bien los casos explícitamente establecidos por leyes especiales y cuando la divulgación de los documentos pudiese perjudicar el derecho de privacidad de terceros a afectar su honor (Artículo 6°)

Por su parte, el Reglamento realiza una enumeración de excepciones más amplio, a saber: a) Se trate del examen de actos preparatorios; b) La divulgación de ellos pudiera perjudicar el derecho de privacidad de terceros o afectar su honor; c) Se trate de información expresamente clasificada como reservada, especialmente la referida a seguridad, defensa o política exterior; d) Información que pudiera poner en peligro el correcto funcionamiento del sistema financiero o bancario provincial; e) Secretos industriales, comerciales, financieros, científicos o técnicos; f) Información que comprometa los derechos o intereses legítimos de un tercero obtenida en carácter confidencial; g) Información preparada para regular o supervisar instituciones financieras o preparada por terceros para ser utilizada por aquéllos y que se refiera a exámenes de situación, evaluación de sus sistemas de operación o condición de funcionamiento o a prevención o investigación de la legitimación de activos provenientes de ilícitos; h) Información preparada por asesores jurídicos o abogados de la Administración cuya publicidad pudiera revelar la estrategia a adoptarse en la defensa o tramitación de una causa judicial o divulgare las técnicas o procedimientos de investigación o cuando la información privare a una persona el pleno ejercicio de la garantía del debido proceso; i) Cualquier tipo de información protegida por el secreto profesional; j) Información que pueda ocasionar un peligro a la vida o seguridad de una persona. k) Se trate de información protegida por leyes especiales.

**Observaciones.** El establecimiento de reglas especiales que pueden justificar la denegatoria resulta acertado y coincide en general con el régimen nacional. A pesar de ello, varios incisos contienen términos jurídicos indeterminados lo que otorga un amplio margen de discrecionalidad al órgano obligado y permite que puedan ser interpretados de manera contraria al propósito de la ley. Entre estas indeterminaciones se encuentra el inciso a) dado que el examen de actos preparatorios puede resultar esencial para el control de un procedimiento de contratación pública y el inciso b) que exceptúa la divulgación de documentos que pudiera perjudicar el derecho de privacidad de terceros o afectar su honor.

**h). Información parcialmente pública.** Establece el Reglamento que en el caso de documentos que contengan información parcialmente pública y reservada, los sujetos obligados deben permitir, de resultar posible, el acceso a la parte pública, resguardando la información de la parte reservada (Artículo 21° Anexo I, Decreto Provincial N°2549/04).

Esta regulación del reglamento refleja el denominado principio de “disociación” de la información, por el cual, si existe en un documento con información pública en el cual constan datos sensibles o amparados por alguna de las excepciones, debe brindarse acceso a la información, otorgando una copia al solicitante y procediendo a la tacha u ocultamiento de la información reservada.

**i). Denegatoria de la petición.** La denegatoria debe ser resuelta por un funcionario de jerarquía equivalente o superior a director provincial, por acto fundado (Artículo 6° - Ley N° 12.475 y Artículo 16 – Anexo I del Decreto Provincial N° 2549/04). La disposición de resolución de la denegatoria por órganos directos así como el deber de que la misma sea fundada es coincidente con las buenas prácticas recomendadas en la materia, sin embargo, lo que normalmente ocurre es el silencio de la administración.

**j). Silencio y procedimiento de impugnación. Recursos administrativos, amparos y habeas data.** Transcurridos 30 días hábiles sin que la autoridad competente diera respuesta al pedido de acceso a documentos administrativos o la misma fuese parcial, ambigua o inexacta,

la solicitud debe considerarse denegada (Artículo 7° Ley 12475 y Art.17 Decreto reglamentario) Tanto contra la denegación implícita (por el silencio) como frente a una denegación expresa por el sujeto obligado podrán interponerse los recursos administrativos y/o acciones que el ordenamiento jurídico permita.

En el caso que se considere denegada la solicitud por retardo injustificado podrán interponerse las acciones de amparo o hábeas data, según corresponda (Art. 18° del Dec. Reglamentario). Entendemos que solo se tratará de un recurso de habeas data cuando la información refiera al propio sujeto solicitante. El resto deberán tramitar por vía del amparo, lo cual genera algunas dificultades en la medida que puede resultar sorteado un juzgado de tribunal ajeno al área.

**k). Principios generales reconocidos por el Decreto.** El Reglamento General de Acceso a Documentos Administrativos del Poder Ejecutivo, consagra una serie de principios generales que orientan la materia entre ellos: publicidad, celeridad, informalidad, accesibilidad, igualdad y gratuidad.

**a. Publicidad:** Se presume pública toda información producida por los sujetos legitimados pasivos, así como la obtenida por los mismos (Artículo 6°).

**b. Celeridad:** Los sujetos obligados deben dar respuesta a los pedidos de acceso a documentos administrativos lo más pronto posible (Artículo 7°).

**c. Informalidad:** El procedimiento de acceso debe desarrollarse sin más condiciones que las expresamente establecidas y aquellas otras que por razones de carácter estrictamente operativo, orientadas a facilitar y no entorpecer el acceso, sean dictadas por cada uno de los sujetos obligados (Artículo 8°).

**d. Accesibilidad:** Los sujetos legitimados pasivos se encuentran obligados a proveer a una adecuada organización, sistematización y disponibilidad de la información en su poder, asegurando un fácil y amplio acceso (Artículo 9°).

**e. Igualdad:** Los sujetos obligados deben observar y respetar el principio de igualdad en los procedimientos para el acceso a documentos administrativos (Artículo 10°).

**f. Gratuidad:** El examen de los documentos administrativos es gratuito. Los costos de reproducción son a cargo del solicitante (Artículo 11°).

**Observaciones.** Varios de los principios consagrados nominalmente por la norma observan una contradicción con los efectos logrados por la misma.

Esto se demuestra en el antagonismo existente entre el principio de “informalidad”, “accesibilidad” e “igualdad” antes nombrados, con la efectiva exigencia de petición por escrito, fundada, ante el organismo que posee la información así como la obligación constituir domicilio en su radio. Estos requisitos califican precisamente como formalidades innecesarias y colocan en una posición desigual a quienes no logran acreditar “interés legítimo” o no poseen domicilio en la cercanía del ente obligado.

**l). Responsabilidades por incumplimiento.** Nada establece la Ley N°12.475 con relación a responsabilidad de aquel sujeto obligado que incumpla su deber de brindar información ni regula la creación de un órgano garante.

No obstante, en el Reglamento se dispuso que: “...el agente o funcionario público responsable que en forma arbitraria e injustificada obstruyera el acceso del solicitante a los documentos requeridos, los suministre en forma incompleta u obstaculice de cualquier modo el cumplimiento de la ley, del Reglamento General y demás normas concordantes y reglamentarias será considerado incurso en falta grave, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieran caberle conforme lo previsto en los Códigos Civil y Penal de la Nación. (Artículo 23° – Anexo I del Decreto provincial N° 2549/04)”

**m). Autoridad de Aplicación y recepción de denuncias.** El Reglamento General dispone como autoridades de aplicación a la Secretaría General de la Gobernación y el Ministerio de Gobierno, los que tienen a su cargo verificar y exigir el cumplimiento de las obligaciones en el ámbito específico de sus competencias (Artículo 24° – Anexo I del Decreto provincial N° 2549/04).

Asimismo, establece que la Secretaría de la Gobernación será la encargada de recibir e informar a las autoridades responsables las denuncias que se formulen en relación con el incumplimiento del Reglamento (Artículo 25° – Anexo I del Decreto provincial N° 2549/04).

Sin embargo, en el estudio realizado se ha podido evidenciar que empíricamente no existe vinculación entre estos organismos y que ninguno ejerce efectivamente un control de cumplimiento de la norma.

Se ha creado en la Dirección de Acceso a la Información Pública en la Provincia de Buenos Aires dependiente de la Dirección Provincial de Reforma Política, Subsecretaría de Asuntos Parlamentarios y Electorales, la que posee por función velar por el cumplimiento de la Ley provincial N° 12.475 pero no posee competencias efectivas ni posibilidad de emitir resoluciones u órdenes coactivas sobre los sujetos obligados, cumplimiento un rol pantalla. No existe en la Provincia ningún sistema de registro e informe de evolución de los pedidos de acceso a la información que se presentan. Solo existe registro cuando la persona se comunica con la Dirección.

**2.3. Análisis de la jurisprudencia en la Provincia de Buenos Aires.** Son escasos los pronunciamientos de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires y otros tribunales de alzada con relación al derecho de acceso a la información pública, del estudio de los mismos inferirse que el máximo tribunal provincial negó el acceso a la jurisdicción consistentemente en lo relativo a la materia hasta que resolvió “Asociación de Derechos Civiles”<sup>19</sup> en 2012 y “Albaytero”<sup>20</sup> en 2016.

Previo a esto, fue dominante el criterio sostenido por la Cámara en lo Contencioso Administrativo de La Plata, que avaló la validez de la exigencia dispuesta por los art. 1° y 5° de la ley 12.475 en tanto limitaba el acceso a “documentos administrativos” en manos del Poder Ejecutivo a quien fundase su “interés legítimo” por escrito. Estas exigencias reglamentarias fueron consistentemente entendidas como razonables y ajustadas a la competencia de la legislatura provincial, avasallando el derecho reconocido por la Constitución Nacional y tratados de derechos humanos obligatorios para la República Argentina<sup>21</sup>.

En base a la limitación existente en la normativa bonaerense tampoco se ha ubicado fallos que versen sobre el acceso a información bajo dominio del Poder Legislativo o Judicial, quienes no revisten el carácter de sujetos pasivos.

A partir de este estudio resulta posible advertir también que la mayoría de los litigantes

---

<sup>19</sup> “Asociación por los Derechos Civiles contra Dirección General de Cultura y Educación. Amparo. Recursos extraordinarios de nulidad e inaplicabilidad de ley”, S.C.B.A, 29/12/2014, causa A. 70.571. Disponible en la web oficial del Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires, URL: <https://juba.scba.gov.ar>.

<sup>20</sup> “Albaytero, Juan Aníbal c. Municipalidad de Quilmes s/ Amparo. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley”, 09/03/2016, SCBA, Causa: A.72.274 (AR/JUR/44085/2016).-

<sup>21</sup> Véase “Di Pietro, Marcelo L. y otro c. Municipalidad de Bahía Blanca s/ amparo”, 20/04/2006, Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de La Plata. Disponible en la web oficial de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, URL:

<http://www.scba.gov.ar/BoletinSCBA/infojubacontencioson6.htm>.

“Suarez Alejandro Cesar c/Municipalidad de Florencio Varela s/Amparo”, Causa N° 8539-M, Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de La Plata, 04/12/2008. Extraído online de

<http://mev.scba.gov.ar/>. También “Arabia Gustavo Eduardo c/ Jefatura de Policía Comunal del Partido de Bragado s/ Acción de Amparo” Causa N° 9804-M, Cámara en lo Contencioso Administrativo de La Plata, 08/04/2010. Extraído online de <http://mev.scba.gov.ar/>.

en materia de acceso a la información fueron activistas políticos, asociaciones civiles de derechos humanos y periodistas, todos ellos procurando información para el control de la gestión pública, de forma coincidente con lo evaluado a nivel nacional.

Los procesos transitados por estos litigantes fueron largos y en numerosas ocasiones quienes los promovieron resultaron perdedores debiendo cargar con las costas, porque el derecho que nominalmente poseían, no les fue reconocido en los tribunales provinciales. Estos procesos fueron evidentemente costosos y solo pudieron ser afrontados por unos pocos con gran determinación e incentivos para ejercer este derecho, que la mayoría de los particulares y medios de comunicación no tendrían, por lo que nunca hubieran promovido un proceso judicial.

**3). Conclusiones.** A lo largo de esta investigación se ha logrado comprobar que la actual regulación del derecho de acceso a la información pública en la Provincia de Buenos Aires a través de la Ley N° 12.475 no guarda conformidad con los estándares interamericanos que obligan a la República Argentina en la materia, comprometiendo la responsabilidad internacional del Estado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La Provincia incumple su deber de suprimir las regulaciones y prácticas contrarias al derecho, así como también su obligación activa de expedir normas positivas conforme el artículo 2 de la CADH, siendo los principales aspectos a señalar los siguientes: (a) limita el concepto de “información pública” al solo regular el acceso a “documentos administrativos” producidos por el Poder Ejecutivo; (b) reduce el número de legitimados pasivos que deben brindar información al no obligar Poder Legislativo, Poder Judicial, sociedades estatales y con participación estatal, entes autárquicos provinciales y otros entes que perciben o manejan fondos públicos o prestan servicios públicos; (c) siendo un derecho que corresponde a todas las personas sin distinción, la norma discrimina el acceso, al otorgar legitimación activa solo al que logre fundamentar respecto de la misma un “interés legítimo”; (d) también limita el acceso a través de una serie de barreras formales como el deber de constituir domicilio en el radio del ente, formular el pedido por escrito, entre otros formalismos y (e) no posee un órgano garante con facultades de control suficientes.”

La incompatibilidad de la normativa bonaerense con los estándares constitucionales e interamericanos que rigen en Argentina requiere un pronunciamiento concreto y expreso acerca de su inconstitucionalidad el cual ha sido evitado por los tribunales. Aceptar este hecho parece útil para avanzar hacia una futura reforma legal.

También se han aportado algunos fundamentos para afirmar de *lege ferenda* que resulta necesario que la Provincia de Buenos Aires adecue su normativa interna para garantizar este derecho fundamental a todas las personas y evitar posibles condenas internacionales para el país. En efecto, sería positivo que adhiera a la regulación nacional que dispone la Ley N° 27.275 o propicie la sanción de una nueva norma en base a los parámetros internacionales establecidos por la Ley Modelo Interamericana de Acceso a la Información Pública y su Guía de Implementación.

#### **4). Propuestas.**

Recomendar la pronta reforma de la ley 12.475 a efectos de regular de forma efectiva el derecho humano de toda persona de acceder a la información pública respecto de todos los poderes y otros sujetos obligados de la provincia de Buenos Aires, eliminando obstáculos formales e informales para su ejercicio y estableciendo un plan de transparencia activa, tomando como base la Ley Modelo Interamericana y su Guía de Implementación.

## Conceptos novedosos. Nuevas Incumbencias

COMISIÓN DE COLEGIACIÓN E INCUMBENCIAS

Por Camila Maranessi. COLEGIO DE ABOGADOS DEPARTAMENTO JUDICIAL DE MERCEDES.

**Resumen:** Es la intención de este trabajo analizar el impacto que producen ciertos nuevos conceptos tecnológicos en el campo de la abogacía. En el marco de un cambio de paradigma, acentuando y constante, el ejercicio de la profesión se ve cada día más “tecnologizado”, podemos advertir el surgimiento de nuevas incumbencias de la mano del avance de la tecnología, esta situación nos desafía constantemente a repensar nuestra labor, por un lado, necesariamente debemos introducirnos en ciertos nuevos conceptos y por el otro, repensar nuestro rol y ampliar nuestras fronteras laborales delineando nuevas incumbencias.

El rol de los jóvenes profesionales resulta ser clave, potencialmente protagónico por su afinidad con las nuevas tecnologías. Por lo suyo, *Startups*, emprendedores e inteligencia artificial, forman parte de un vasto conjunto de conceptos innovadores que traen aire nuevo a la abogacía. Si bien podríamos analizar cada concepto de manera extensiva y autónoma, es la intención de la ponencia tomarlos a modo de disparadores para pensar, en base a ellos, nuevas y creativas formas de desarrollar la praxis profesional.

---

**SUMARIO: I. Cuestión previa, ¿De qué hablamos cuando nos referimos a “LegalTech”? II. Qué son las “Startups” tecnológicas y el porqué de ser una incumbencia innovadora. III. Breves nociones de Inteligencia Artificial y su correlato con las incumbencias profesionales. IV. Conclusiones– V. Propuesta.**

---

### I. Cuestión previa, ¿De qué hablamos cuando nos referimos a “LegalTech”?

Se entiende por *LegalTech* al uso de tecnología para comercializar o prestar servicios legales, no son las cuestiones jurídicas derivadas del uso de tecnología, ya que para eso se inventó el Derecho Digital o Derecho Informático, ámbito jurídico donde se engloban las normas que regulan todo lo relacionado con las tecnologías de la información y la comunicación.<sup>1</sup>

La irrupción de las *LegalTech* en Argentina y en el mundo, son un hecho desde hace unos años. La definición más concreta se encuentra en la tecnología aplicada al derecho, y esto se traduce en la aplicación directa que tiene con la prestación del servicio jurídico, la diferente manera de llegar a clientes (inmediatez es el mejor ejemplo de esto), las herramientas disponibles a través de internet para obtener información, organizar esa información y optimizar la tarea diaria. Mostrarse receptivos a las *LegalTech*, no sólo nos pone frente aun desafío innovador que abre las puertas a nuevas incumbencias, que de dejarlas de lado, haría que nos encontráramos fuera de un sistema desafiante como es el actual. Combinar la práctica jurídica e interés tradicional, con nuevas herramientas, puede hacer mejor, más eficaz y novedoso la labor diaria como profesionales en pleno desarrollo.

Internalizar este concepto, pone al joven profesional frente al desafío de transformar su estudio jurídico y conjuntamente su práctica profesional, consecuentemente dirigirlo hacia un cambio de paradigma instado por la transformación digital. En este sentido, Lluís Escribano, reconocido profesional español tiene dicho que *“LegalTeches algo que ayuda al profesional, como tecnología aplicada a unos servicios y su comercialización, pero también ayuda al cliente para acceder al abogado, por ejemplo, a sus servicios o para calificarlo. Esta orientación al*

---

<sup>1</sup>Definición de Felipe Herrera Herrera, socio en el despacho de abogados Términos y Condiciones y en la consultora "legaltech", "Legaltechies". También es CEO y miembro del equipo fundador del Portal Jurídico "A definitivas"

consumidor, a la experiencia, a la inmediatez es lo que la diferencia de los servicios tradicionales”.<sup>2</sup>

Esta orientación al consumidor, es lo que interesa destacara modo de inicio para continuar con las demás temáticas respondiendo al interrogante, ¿cómo orientar nuestra práctica profesional hacia nuevos consumidores de servicios jurídicos?

Es un desafío como jóvenes profesionales, transformar el sistema tradicional, aplicando la tecnología no sólo aun físico (estudio jurídico) y en el vínculo con nuestros clientes, sino en la forma de llevar adelante el ejercicio profesional, avanzando respecto a esta incumbencia que la realidad nos pone delante. Tal es así que implementando las herramientas que se presentan, readaptando la lógica de cómo lograr diversificar la cartera de clientes, transformando el vínculo y orientando el mismo hacia lo que el cliente busca. Especializarse en materias no tradicionales, sumar valor y coadyuvar a no convertirnos en profesionales obsoletos, así como sumergirnos en la lógica de que el asesoramiento entendido como transversal y multidisciplinar puede lograr mejores resultados.

## II. Qué son las “Startups” tecnológicas y el porqué de ser incumbencia innovadora.

*Startup* (o empresa emergente) es una empresa de nueva creación que comercializa productos y/o servicios a través del uso intensivo de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC’s), con un modelo de negocio escalable el cual le permite un crecimiento rápido y sostenido en el tiempo. Este fuerte componente tecnológico les permite poder escalar su negocio de forma ágil y rápida, y con una necesidad de capital inferior a las empresas tradicionales.<sup>3</sup>

Este tipo de modelo de negocios, encuentra uno de sus canales de concreción a través de las **aplicaciones de plataformas** las que no son sino la evolución de modelos de negocios basados en el procesamiento masivo de información (*big data*), la penetración de internet en los más diversos dispositivos (*internet of things*) y el cambio en la concepción de las relaciones humanas a partir de la interacción en las redes sociales.<sup>4</sup>

Estas aplicaciones de plataformas son las que ponen sobre la mesa una incumbencia innovadora, al presentar, mediante su aplicación, un vasto entramado contractual, vinculación de partes y conjugación de sistemas jurídicos que nos desafían a enlazar nuestro conocimiento tradicional y combinarlo con el derecho informático y su aplicación práctica a través del asesoramiento a un emprendedor (*Startup*) o bien un consumidor en este tipo de medios.

Interesante es la estructura contractual que plantean las aplicaciones de plataformas y la interrelación contractual y normativa que presentan. En primer lugar, “**el contrato entre la aplicación de plataforma y la tienda de aplicaciones (el destacado me pertenece)** que sirven para descargar las referidas aplicaciones. En la actualidad, los sistemas operativos móviles más utilizados son *Android* (desarrollado por *Google*) e *iOS* (desarrollado por *Apple*). En ambos casos, cuando un desarrollador quiere distribuir aplicaciones debe hacerlo a través de las tiendas oficiales (en el caso de *Android* se denomina *Play* y en el caso de *iOS* se denomina *App Store*) (...) en este sentido hay que tener en cuenta el ámbito geográfico en el cual va a tener injerencia la aplicación, las facultades que tendrá la tienda de aplicaciones respecto de la aplicación, la regulación del sistema de pagos y en relación a esto, es dable destacar la importancia del modo en que debe estar estipulado (i) quien recibirá los pagos por los servicios prestados a través de

---

<sup>2</sup>Lluís Escribano es manager de Estrategia Digital en RocaSalvatella y profesor del Postgrado de Transformación Digital de la UPF Barcelona School of Management

<sup>3</sup><https://economy.com/que-es-una-startup/>

<sup>4</sup>VELTANI Juan Darío “Naturaleza jurídica de las aplicaciones de plataformas” en el libro Aspectos Jurídicos de las Aplicaciones de Plataformas, Editorial La Ley, pág. 2

la aplicación (ii) en qué carácter los recibirá y (iii) en dónde está jurídicamente ubicado el receptor de los pagos”.<sup>5</sup>

Por lo suyo, también se conjugan las políticas de promoción y reembolso y la valoración por parte de los usuarios. Otro de los contratos involucrados es el existente **“entre la tienda de aplicaciones y el usuario (el destacado me pertenece)**, complementario del aquel entre la aplicación de plataforma y la tienda de aplicación, por lo que su redacción, negociación o revisión debe tenerse muy presente el contenido del primero (...) este contrato forma parte de las condiciones de uso del sistema operativo en el que se desarrolla la tienda de aplicaciones, lo que determina que el usuario esté aún más restringido para aceptar sus términos”<sup>6</sup>.

Otro de los contratos involucrados es el que regulará la **“relación entre la aplicación de plataforma y el usuario (...)** resulta difícil establecer reglas generales para su contenido dado que dependerá en gran medida del tipo de aplicación de plataforma de que se trate (...) los modelos de negocio de las aplicaciones de plataformas podrían implicar que exista un único servicio final (como ocurriría p.ej. en el caso de Uber) o bien, que existan servicios intermedio (como sucedería p. ej. en el caso de Rappi, Glovo, etc) y en ambos casos, podría ocurrir que los servicios – tanto el intermedio como el final – los brinde la misma plataforma, un tercero o una multiplicidad de prestadores (...)”<sup>7</sup>.

Por último, el contrato entre **el usuario y los proveedores que comercializan sus servicios o productos a través de aplicaciones de plataformas (...)** y sus dos supuestos: (i) el contrato con el proveedor de lo que podemos denominar el servicio final, que estará presente en cualquier aplicación de plataforma; y (ii) el contrato con el proveedor de lo que podemos denominar el servicio intermedio, que solo estará presente en las aplicaciones de plataforma delivery.<sup>8</sup>

A grandes rasgos, lo que se pretende destacar en estos párrafos es el entramado contractual que se esboza sobre las bambalinas de la puesta en marco de un comercio o modelo de negocios que se canaliza a través de una Startup y lo interesante que resultaría ser participar de un asesoramiento tan novedoso.

#### **II a) - “Startups y emprendedores”**

El nuevo modelo de negocios que presentan las *Startups* impulsado en muchas ocasiones por emprendedores, que con ideas innovadoras dan comienzo a este tipo de empresas.

Al poner en funcionamiento su idea, el emprendedor se va a encontrar con infinitas situaciones que dan lugar al asesoramiento jurídico. Tal es así que van a desarrollar su modelo de negocios en un nuevo medio, como es internet, y como ya destaqué en el apartado anterior, los contratos que se entrelazan en ese sentido son de relevancia. Asimismo, muchos emprendedores suelen apoyarse en patrocinadores o inversores para poder subsistir, y en este sentido surgen nuevas relaciones que son pasibles de ser formalizadas con el debido asesoramiento jurídico profesional. Por otro lado, los vínculos laborales que eventualmente se generen entre los emprendedores y los factores humanos que requiera para desarrollar su actividad, la vinculación de su servicio o producto con el derecho de propiedad intelectual, la interrelación con los consumidores, donde entran en juego las normas protectorias de los derechos consumeriles, y una vasta cantidad de vínculos y relaciones que se generan al momento de poner en funcionamiento una idea innovadora a través de una *Startup* y que dan

---

<sup>5</sup>VELTANI Juan Darío “Naturaleza jurídica de las aplicaciones de plataformas” en el libro Aspectos Jurídicos de las Aplicaciones de Plataformas, Editorial La Ley, pág. 50

<sup>6</sup>VELTANI Juan Darío “Naturaleza jurídica de las aplicaciones de plataformas” en el libro Aspectos Jurídicos de las Aplicaciones de Plataformas, Editorial La Ley, pág. 55

<sup>7</sup>VELTANI Juan Darío “Naturaleza jurídica de las aplicaciones de plataformas” en el libro Aspectos Jurídicos de las Aplicaciones de Plataformas, Editorial La Ley, pág. 60

<sup>8</sup>VELTANI Juan Darío “Naturaleza jurídica de las aplicaciones de plataformas” en el libro Aspectos Jurídicos de las Aplicaciones de Plataformas, Editorial La Ley, pág. 64

lugar a una nueva incumbencia y que responde a unas de las necesidades que nos propone el mundo a través de este nuevo modelo de mercado.

### **III. Breves nociones de Inteligencia Artificial y su correlato con la incumbencia profesional**

Cada vez con más frecuencia la palabra Inteligencia Artificial (en adelante “**IA**”) se hace presente en nuestro día a día. Es común que nos surgan los mismos interrogantes en el transcurso del tiempo en el que comenzamos a registrar su existencia; tales como: ¿Qué es? ¿Qué trae la IA en concreto para mi día a día? ¿Cómo pienso la profesión desde la perspectiva de la IA? ¿Es un hecho su aplicación? Estos son algunos de los interrogantes que me sirvieron de disparadores y me invitaron a pensar cómo relacionarlo con nuestra faz profesional, la que sin lugar a dudas, se encuentra teñida por la IA.

#### **III. a) Conceptos básicos para reconocer la IA**

Una de las definiciones que me resultó más interesante por lo concreto y simple de su tenor, fue la expuesta por el denominado padre de este concepto, quien entendió a la IA como *“la ciencia y la ingeniería de crear máquinas inteligentes, especialmente programas de computación inteligentes (...) y la tarea similar de utilizar ordenadores para comprender la inteligencia humana”* (MCCARTHY John, 2007). Que la máquina u ordenador comprenda la inteligencia humana es la conjunción clave para entender el concepto de IA, si bien es un mundo más complejo, para saber de qué hablo cuando hablo de IA lo básico es esto.

#### **III. b) Entender la digitalización como el nuevo paradigma de la práctica profesional de la abogacía.**

La digitalización entendida como un cambio de mentalidad, es desde mi punto de vista, la clave para abordar la reconversión de la práctica profesional que se presenta en la actualidad. En este sentido, entiendo a la IA como una herramienta completamente positiva, y su utilización es a todas luces superadora para nuestra práctica diaria. Resulta ser la IA un complemento que presenta la oportunidad de que nuestra labor como profesionales pueda ser cada vez más proactiva y superior a la tarea que tradicionalmente se ejerce en un Estudio Jurídico, coadyuvando a un presente y futuro competitivo. Invertir en sistemas de gestión o software que recopilan, cruzan y monitorean información, llegan a conclusiones y crean documentos, abre una perspectiva innovadora y con apertura hacia la transformación digital que ya es un hecho. Lograr el resultado deseado, implementando estas herramientas parece ser la llave para entrar mejor entendidos en nuestro futuro inmediato.

En un interesante artículo publicado en el diario El País de España, Alexander Benalal socio y codirector del Departamento de Derecho Comercial y Nuevas Tecnologías de la oficina de Madrid del Estudio Jurídico Bird and Bird, a la pregunta: ¿qué está pasando en los despachos? y ¿Qué implicaciones tiene la transformación digital? Ha respondido (...) *“si la llegada del fax primero y del ordenador e Internet más tarde, supusieron un cambio drástico, ahora se avecina un cambio no menos importante. La comunidad jurídica está despertando ante la urgencia de cambiar la profesión y anticiparse a dicho cambio. Las ingentes cantidades de datos, el uso de algoritmos cada vez más perfeccionados para procesarlos y la velocidad creciente de procesamiento, además de la capacidad de parametrizar sistemas para que aprendan y mejoren con esos datos, auguran una revolución. Los clientes se digitalizan, por lo que los despachos deben, no solo acompañar a esos clientes, sino adaptar su oferta de servicios y formas de prestarlos a una nueva mentalidad y nuevas necesidades. Antes de los ordenadores e Internet era inconcebible un ejercicio de la profesión basado en códigos y repertorios de jurisprudencia virtuales, sistemas de búsqueda mecanizables, escritos en formato digital o innumerables comunicaciones instantáneas en un mismo día e incluso hora con clientes; pues bien, dentro de unos años no será menos inconcebible que un abogado no apoye su servicio profesional en mecanismos muy perfeccionados e inteligentes de investigación legal y predicción, análisis de*

*contratos y datos o e-Discovery. Así, nuestra profesión se basará en procesos algorítmicos, que incorporan tendencias o comportamientos previsibles de los jueces o la sala a la que ha sido atribuido el caso. De hecho, un socio de un despacho estadounidense tuvo la corazonada de que un juez tendía a resolver a favor de abogados de su misma universidad, por lo que el socio usó un software para analizar todos los fallos de ese juez de los últimos años y confirmó que un 35 % más de fallos favorables a los abogados su misma universidad. Extrapolamos ese uso con un estudio de acciones concretas en un ámbito definido y en un juzgado o con un juez muy particular. Por ejemplo: posibilidades de éxito de solicitudes de llamadas en garantía en acciones de propiedad intelectual en un juzgado o sala concreta. ¿No sería tal herramienta, sino determinante, desde luego básica para determinar la estrategia a seguir? Ese es, en definitiva, el mundo hacia el que apunta la actualidad y el mundo para el que el abogado debe de estar preparado y en el que algunos despachos llevamos ya algún tiempo navegando(...)" (Publicación Diario El País de España).*

Por otro lado, en un artículo publicado, la entonces Directora de investigación de Thomson Reuters (actual Directora de Investigación de AI Reserch) afirma que la *"aplicación de la IA al sector legal requiere una combinación de experiencia en la materia, en el contenido anotado y experiencia técnica: no se puede simplemente arrojar IA a datos legales y esperar buenos resultados" (...)* *"cuantos más abogados sepan cómo funciona efectivamente la IA, más cómodos se sentirán con ella. Es importante comprender cómo los algoritmos de inteligencia artificial usan los datos y cuáles pueden ser sus consecuencias en el rendimiento de un sistema de inteligencia artificial. Las personas tienen miedo de lo que no entienden, por lo que es importante que se tomen el tiempo para conocer el panorama general de la IA y cómo se aplica a lo legal" (...)* *"es importante comprender que la mayoría de los sistemas de inteligencia artificial mejoran a medida que se usan más, se adaptan y aprenden del comportamiento de los usuarios, por lo tanto, cuanto más se usen, mejor se verán. La mayoría de los productos de consumo y otros productos (como Westlaw) ya contienen IA, no es realmente nuevo, últimamente recibe mucha más atención"* (Publicación Legal To Day).

Entiendo a la IA como una herramienta para perfeccionar la gestión diaria de un Estudio Jurídico, optimizando la calidad de los profesionales que lo componen y del servicio que se ofrece. Asimismo, entender de IA pone a los profesionales frente a clientes o consumidores servicios jurídicos que precisen asesoramiento en sus negocios en donde la aplicación de la IA sea un hecho.

#### **IV. Conclusiones**

Internalizar nuevos conceptos como los hasta aquí desarrollados, perfila a los jóvenes profesionales del derecho a ser disruptivos. Avanzar respecto de ámbitos que comenzaron a madurar con mayor agilidad en los últimos tiempos y abrir las puertas hacia un nuevo horizonte es ya un hecho.

#### **V. Propuesta**

En base a todo lo expuesto en el presente trabajo, mi propuesta es:

a) Proponer al Consejo Superior del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, a nivel Departamental, la creación de un semillero de proyectos, a través del cual se inscriban por un lado los matriculados interesados en trabajar en este tipo de temáticas y, por el otro, emprendedores interesados en contar con asesoramiento jurídico integral con su modelo de negocios. Este Programa haría las veces de punto de conexión entre profesionales del Derecho y emprendedores.

~

# Mecanismos de protección ante la aplicación de Inteligencia Artificial en el tratamiento automatizado de datos personales

Por Carina Mariel Papini<sup>1</sup>

## I. Introducción

Con el uso de la Inteligencia Artificial (IA) ha aumentado de manera exponencial la posibilidad de procesar enormes cantidades de datos personales. El tratamiento automatizado brinda la posibilidad de captar, tratar datos personales, elaborar perfiles, compararlos y tomar decisiones de manera constante e ininterrumpida. Ello es aprovechado por las plataformas digitales, redes sociales y proveedores de bienes y servicios, entre otros actores, ya que es posible conocer con bastante precisión cuál será nuestra próxima una compra, los anuncios llegan a las personas realmente interesadas de manera constante y hasta se pueden realizar ofertas personalizadas de productos y contenidos de acuerdo al interés y a la necesidad que poseen las personas humanas de obtenerlos. Todo este escenario, tiene grandes beneficios para los usuarios/as quienes poseen todo aquello que necesitan —o que la IA considera que deben necesitar— ofrecido en su entorno digital. Una vez que ha realizado una búsqueda en Google —o ha expresado de algún modo su interés—, el perfilamiento permite su persecución constante por los oferentes a través de anuncios en la mayoría de los sitios web y aplicaciones que visite.

Ahora bien, la mayor problemática que se produce se vincula con la vulneración de los derechos de los titulares de datos personales quienes, en la mayoría de los casos, no pueden conocer en su totalidad, entre otras cosas, 1) que sus datos son recopilados; 2) que a partir de ellos se toman decisiones que influyen en sus vidas; 3) los métodos de recolección y 4) que las plataformas digitales se encuentran percibiendo enormes ganancias a partir del uso de sus datos personales.

Nos encontramos en un momento crucial para intentar brindar protección a los usuarios/as consumidores en el mundo digital. La finalidad de la presente ponencia consiste en analizar el nuevo paradigma de tratamiento de datos personales y la necesidad de proteger a los usuarios/as y consumidores ante la irrupción de la IA.

## II. Tratamiento de datos personales con Inteligencia Artificial

El tratamiento de datos personales ha sido definido como cualquier operación o conjunto de operaciones que se realiza sobre datos personales. Abarca la recopilación, registro, organización, estructuración, almacenamiento, adaptación o alteración, recuperación, consulta, uso, divulgación por transmisión, difusión o puesta a disposición, alineación o combinación, restricción, borrado o destrucción<sup>2</sup>.

Una de las novedades que trae la Cuarta Revolución Industrial consiste en el tratamiento automatizado de datos personales a partir de la introducción de la IA. Un sistema de IA puede

---

<sup>1</sup> Abogada por la Universidad de Buenos Aires - Abanderada en la Ceremonia de Entrega de Diplomas. Distinción a la Excelencia por la calidad académica en los Estudios de Derecho por el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires. Diplomada en Derecho 4.0 por la Universidad Austral. Coordinadora académica del Programa de Actualización en Inteligencia Artificial y Derecho de la Facultad de Derecho de la UBA. Miembro del Comité Editorial del Diario Derecho para Innovar.

<sup>2</sup> Ver Reglamento General de Protección de Datos Personales de la Unión Europea, 2016/679 del 27 de abril de 2016, artículo 4, inciso 4, disponible en: <https://www.boe.es/doue/2016/119/L00001-00088.pdf>

En la Ley Argentina ha sido definido como Tratamiento de datos: Operaciones y procedimientos sistemáticos, electrónicos o no, que permitan la recolección, conservación, ordenación, almacenamiento, modificación, relacionamiento, evaluación, bloqueo, destrucción, y en general el procesamiento de datos personales, así como también su cesión a terceros a través de comunicaciones, consultas, interconexiones o transferencias. Ver Ley 25326, artículo 2.

ser definido como aquel que, basado en máquina, permite hacer predicciones, recomendaciones o tomar decisiones sobre ciertos objetivos definidos por los humanos/as. Estos sistemas, operan con varios niveles de autonomía<sup>3</sup>. Ahora bien, ¿cómo funciona este procesamiento automatizado?

- Recolección de datos personales

Las grandes plataformas y redes sociales poseen herramientas encargadas de captar absolutamente todo nuestro comportamiento en el mundo digital: los “me gusta” que colocamos, las historias y publicaciones que observamos y el tiempo que nuestra mirada permanece en las mismas, los contenidos que leemos, las personas con las que nos contactamos, las páginas que visitamos, las noticias que nos interesan y nuestra geolocalización de manera constante, entre otros. Asimismo, además del comportamiento expreso, son capaces de hacer recolección implícita<sup>4</sup>

Para ello, se valen de las “cookies” que son ficheros de texto que los sitios web instalan en el ordenador o el dispositivo de los usuarios/as que los visitan<sup>5</sup> y permiten almacenar, entre otras cosas, las preferencias de los usuarios/as y reunir datos de análisis. Cada usuario/a que visita un sitio web, deja un rastro o número IP de origen que permite comprobar aquellos sectores que ha visitado. De este modo, se van recolectando los datos personales que construyen nuestra identidad digital<sup>6</sup>.

Estas cookies configuran útiles herramientas ya que se han convertido en medios de obtención de información<sup>7</sup> acerca de potenciales clientes e interesados/as lo que permite realizar ofertas personalizadas y ofrecer u ocultar cierta información.

- Perfilamiento y comparación constante

Ahora bien, a través del tratamiento automatizado de datos personales, se elaboran perfiles acerca del comportamiento de los usuarios/as con los cuales es posible evaluar determinados aspectos personales. Estos perfiles se nutren con la totalidad de nuestro ser digital. Ello, con la finalidad de analizar o predecir aspectos relativos al rendimiento profesional, situación económica, salud, preferencias personales, intereses, fiabilidad, comportamiento, ubicación o movimientos de dicha persona física<sup>8</sup>. Con ellas, se obtienen mediciones sofisticadas y precisas acerca de nuestros intereses, objetivos e incluso lo que no nos interesa.

Ahora bien, los perfiles elaborados sobre cada persona humana, son múltiples y se someten a comparaciones constantes, ya que esta lógica es la que permite mejorar las predicciones permanentemente.

Por ejemplo, Spotify capta que a una usuaria le gustan las canciones de Divididos y Soda Estéreo. A partir de estos datos puede inferir que le gusta el Rock Nacional. Comparará el perfil de la usuaria con los otros millones de usuarios/as que han manifestado interés por estos cantantes y a partir de ello, predecirá que le gustarán las canciones de Charly García, por

---

<sup>3</sup> Ver OCDE, Inteligencia Artificial en la Sociedad, junio de 2019, disponible para su descarga en:

[https://www.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/artificial-intelligence-in-society\\_eeedfee77-en](https://www.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/artificial-intelligence-in-society_eeedfee77-en)

<sup>4</sup> Ver Corvalán Juan G., Perfiles Digitales Humanos, colaboradora Carina Mariel Papini, Thomson Reuters, año 2020, página 43.

<sup>5</sup> Ver cookies, Unión Europea, disponible en: [https://europa.eu/european-union/abouteuropa/cookies\\_es](https://europa.eu/european-union/abouteuropa/cookies_es)

<sup>6</sup> Ampliar en Corvalán Juan G., Nada es privado mientras subastan tu identidad digital con IA, DPI Cuántico, 09.09.2019, disponible en: <https://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2019/09/Doctrina-Corval%C3%A1n.pdf>

<sup>7</sup> Ver Gustavo Daniel Tamus, Artículo publicado en Information Technology, revista editada por Mind Opener S.A. Edición N° 57 - Agosto 2001, pág. 90. Buenos Aires, Argentina, disponible en: <http://www.protecciondedatos.com.ar/doc5.htm>

<sup>8</sup> Ver Reglamento General de Protección de Datos Personales de la Unión Europea, 2016/679 del 27 de abril de 2016, artículo 4, inciso 4, disponible en: <https://www.boe.es/doue/2016/119/L00001-00088.pdf>

ejemplo, y le ofrecerá sus listas de canciones. Pero además las plataformas digitales como Instagram o Facebook comenzarán a lanzar anuncios vinculados a los intereses de distinta índole. Por ejemplo, si le interesa la Inteligencia Artificial, sigue en redes el perfil de MIT, asistió a eventos vinculados a la materia, se une a los vivos que realizan estudiosos/as en la materia y está pendiente sobre las últimas recomendaciones de los organismos internacionales, la IA captará su afición sobre este tema y es probable que sus redes sociales estén colmadas de anuncios acerca de los últimos libros publicados y se le envíe la opción de dirigirse a la página de venta, por las últimas compras realizadas por personas que comparten su gusto. En fin, de los datos recolectados, se derivan otros a partir de predicciones.

- **Transferencias de perfiles**

En todo este contexto, las plataformas y páginas web recolectan datos personales, perfilan, comparan los perfiles, realizan predicciones y además transfieren esta información. Las plataformas digitales como Facebook, anuncian en sus políticas de privacidad que transfieren los datos personales que recolectan a un número considerable de terceros agrupados e categorías. Entre ellos, se mencionan los socios que usan sus servicios de análisis, es decir, que proporcionan información que las personas y empresas utilizan para conocer como los usuarios/as interactúan con las publicaciones, anuncios, páginas, videos y otro contenido dentro y fuera de los productos de Facebook. Por ejemplo, se transfiere información sobre el número de personas o cuentas vistas, comentarios realizados, reacciones a las mismas y demás interacciones<sup>9</sup>.

Las cuestiones en relación a los usos —y abusos— sobre nuestros datos personales, cuando interviene la Inteligencia Artificial en los procesamientos, se vuelven más complejas.

### **III. Problemáticas vinculadas al tratamiento automatizado de datos personales**

La irrupción del tratamiento automatizado de datos genera enormes desafíos que requieren respuestas capaces de brindar protección en el escenario actual de vulneración en el que nos encontramos inmersos/as. Además de los principios y derechos de protección que portamos como poseedores de datos personales, en las leyes sancionadas a tal efecto, como la Ley 25326 de Argentina, se están lesionando los derechos básicos que tenemos como usuarios/as y consumidores/as. A simple vista, el posible verificar las siguientes problemáticas:

- **Ausencia de información**

Una de las principales problemáticas que se presentan en relación al tratamiento automatizado de datos personales, radica en que a través del mismo es posible recolectar la totalidad de nuestros datos personales en función de nuestra actividad e inactividad en línea, elaborar perfiles y compararlos de manera constante, tomar decisiones que influyen en nuestra vida y manipularnos sin que nosotros/as tengamos noción de estas cuestiones en la mayoría de los casos.

La desinformación en la que nos encontramos inmersos es una de las principales razones de la hegemonía que viven hoy en día las grandes plataformas como Google, las redes sociales en general y otras páginas web. A pesar de que para el uso de las plataformas digitales y redes sociales no debemos pagar con dinero<sup>10</sup>, pagamos con lo más íntimo de nuestra persona y con datos que serían imposibles de obtener si no fuese por estas tecnologías. Con los datos y perfiles obtenidos se generan enormes ganancias que tienen como fuente las operaciones sobre los datos personales de millones de seres humanos que se encuentran navegando en la web. Las redes sociales realizan acuerdos con sus socios o terceros, perfilan y arrojan anuncios e información en general. Es decir, lo que podía ser considerado privacidad se encuentra a merced de las decisiones comerciales.

Entre las cuestiones que en general no son explicadas se encuentran las siguientes:

---

<sup>9</sup> Ver Política de Datos de Facebook , disponible en: <https://www.facebook.com/privacy/explanation>

<sup>10</sup> Téngase en cuenta que Facebook, por ejemplo, en la pantalla de inicio establece “Facebook es gratis y lo seguirá siendo”.

- La recolección de datos personales; Los comportamientos explícitos e implícitos de los que recolectan dichos datos; El método por el cual extraen los datos; La elaboración de perfiles<sup>11</sup>; Las finalidades de la recolección de datos personales<sup>12</sup>; Los beneficios que las plataformas, páginas y socios reciben a partir del tratamiento y transferencia de datos personales; Las transferencias que se realizan sobre nuestros datos personales y los terceros a quienes se transmiten.

El precio que nos encontramos pagando hoy en día es demasiado alto. En un mundo digital donde reina la ignorancia de millones de usuarios/as, se encuentran unos pocos que logran numerosos provechos.

- Imposibilidad de brindar un consentimiento válido

La Ley de Protección de Datos de Argentina, consagra el derecho a otorgar un consentimiento lícito en su artículo 5. La realidad es que en el mundo de la IA, es muy difícil considerar que brindamos un consentimiento lícito cuando nos unimos a las plataformas digitales o redes sociales. A poco de observar, es posible percatarse que el mismo esfuerzo destinado a diseñar páginas y plataformas que capten nuestra atención constantemente, llamativas y que nos seduzcan de modo que pasemos largo tiempo en ellas, está destinado a lograr políticas de cookies, de datos o privacidad que nos resulten tediosas: están escritas en lenguaje técnico, la información no se organiza de modo atrayente y susceptible de comprensión. En un escenario digital, del cual somos parte por necesidad de obtener información, por ocio o para seguir una moda, no son mayoría las personas que deciden destinar de 20 a 30 minutos para leer y analizar lo que se hará con los datos personales y acepta sin demasiada reflexión.

De todos modos, la información que se ofrece en las mismas no es completa<sup>13</sup> y se brinda en un lenguaje incomprensible para la mayoría de los usuarios/as ignorantes en el tema. Esto es uno de los mayores problemas a la hora de garantizar este derecho y la causa principal de su vulneración: si no se tiene conocimiento e información, como mínimo, sobre lo que implican los datos personales, los tratamientos de datos, la IA y todas las finalidades de su realización, es imposible que se pueda brindar un consentimiento informado.

Se agrava el problema cuando observamos que en las políticas se aplican fórmulas como “por ejemplo”<sup>14</sup> cuando se enumeran las finalidades de las manipulaciones a las que se someterán nuestros datos, por lo que podemos concluir en este punto, que por más que la persona destine su esfuerzo a leer la información y a comprenderla, jamás podrá consentir de manera “informada” las mismas.

Permanecemos en las redes y páginas web sin tener consciencia de lo que se realiza con nuestros datos, sumado a la simulación creada de que en realidad hemos aceptado formar parte de esta sociedad digital. Considero que ello es totalmente alejado a la realidad.

- Manipulación y atención constante

---

<sup>11</sup> La Política de datos de Facebook no ofrece información acerca del perfilamiento. La Política de Datos de Twitter también omite información al respecto.

<sup>12</sup> Obsérvese que el derecho a ser informado sobre las finalidades del tratamiento de datos personales ha sido consagrada en el artículo 6 de la Ley 25326 de Protección de Datos Personales de Argentina, disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/60000-64999/64790/norma.htm>

<sup>13</sup> Muy pocos portales informan de la existencia de ficheros de data mining y de la finalidad de los tratamientos que realizan con los datos de los usuarios/as registrados. Ver Basterra Marcela, El consentimiento del afectado en el proceso de tratamiento de datos personales, Lexis Nexis, Número especial, 28 de abril de 2004, página 12, disponible en: <http://marcelabasterra.com.ar/wp-content/uploads/2016/11/HD.-El-consentimiento-del-afectado-en-el-proceso-de-tratamiento-de-datos-personales.pdf>

<sup>14</sup> Ver Política de Datos de Facebook, punto: ¿Qué tipo de información recopilamos?, disponible en: <https://www.facebook.com/privacy/explanation>

La logística del tratamiento automatizado, requiere que nuestra atención se encuentre el mayor tiempo posible en el mundo digital, que ingresemos a los portales web, consumamos el contenido que nos presentan y así precisar cada vez más las predicciones y ofertas. Podríamos decir que los socios o terceros interesados en conocer cuál será nuestro interés, requieren contar con la información del último segundo, para ello presionan a las plataformas quienes compiten entre si para lograr cada vez más socios y aumentar las ganancias. A su vez presionan a los usuarios/as para que pongan a disposición su ser de manera constante<sup>15</sup>. Para lograrlo utilizan pequeños “empujoncitos” que los colocan completamente a su merced. Por ejemplo, cuando transcurre un determinado tiempo desde que se visita la plataforma, ciertas redes sociales envían notificaciones que avisan que una persona de interés ha realizado una publicación, o que se ha iniciado un vivo, o que hay un descuento en una determinada marca que ofrece el último producto googleado. Estos empujones resultan efectivos ya que, como no se debe disponer de dinero para hacer uso de las mismas y baja la guardia, los usuarios/as se relajan y obedecen a los algoritmos.

Con estos comportamientos, se produce una pérdida de libertad y es el algoritmo en gran medida quien determina cuándo se debe ingresar, qué hacer y todo ello con finalidades económicas, entre otras. Esto ha generado consecuencias dañinas observables como depresión, ansiedad, problemas de sueño e inseguridad<sup>16</sup>. Tal es la dependencia que las plataformas digitales se esfuerzan por lograr que algunos portales de noticias han comunicado que Reed Hasting ha expresado que el mayor enemigo de Netflix no es HBO o Amazon, sino el sueño<sup>17</sup>.

Si bien podría parecer que dicho comentario forma parte de una broma o fue quitado de contexto, la realidad es que si analizamos el modo en que las plataformas trabajan, podemos percatarnos que es la triste realidad que vivimos como usuarios/as ya que intentan retenernos de manera constante, sin preocuparse por la posibilidad de lesionar la salud y dignidad misma.

Estas cuestiones, nos van quitando nuestra misma humanidad, ya que se crea una adicción, a partir de los mismos datos personales que entregamos, la mayoría de las veces, sin saberlo.

- Discriminación

Otra de las graves problemáticas que se producen a partir del uso de datos personales, perfilamiento, realización de predicciones y toma de decisiones, es que los resultados de las mismas pueden resultar discriminatorios. Las empresas utilizan nuestros datos personales para la concesión de préstamos o seguros y sus condiciones de pago, discriminación de precios y selección de personal, entre otros fines<sup>18</sup>. El efecto que posee el tratamiento automatizado es

---

<sup>15</sup> El aprendizaje automático (*machine learning*) ha permitido a los comerciantes comprender las correlaciones entre los datos del consumidor (compras, sitios visitados, *likes* en las redes sociales) y las posibles respuestas a los anuncios. Esta capacidad podría transformarse en manipulación, dice el informe del IMCO.

Ver: Sonsoles Valero, Inteligencia Artificial y protección a los consumidores. Último informe del Parlamento Europeo, Abogacía Española, Consejo General, disponible en:

<https://www.abogacia.es/publicaciones/blogs/blog-de-derecho-de-los-los-consumidores/inteligencia-artificial-y-proteccion-a-los-consumidores-ultimo-informe-del-parlamento-europeo/>

<sup>16</sup> ¿Qué efectos tienen las 5 mayores redes sociales en la salud mental de los jóvenes?, BBC, 19 de mayo de 2017, disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-39974688>

[Estos temas han sido abordados en el documental de Netflix El dilema de las redes sociales](#)

<sup>17</sup> Nuestro mayor enemigo es el sueño: Netflix, 18 de abril de 2017 disponible en:

<https://www.entrepreneur.com/article/293016>

La noticia se encuentra también en: [https://www.abc.es/play/series/noticias/abci-gran-competidor-netflix-sueno-201704192030\\_noticia.html?ref=https:%2F%2Fwww.google.com%2F](https://www.abc.es/play/series/noticias/abci-gran-competidor-netflix-sueno-201704192030_noticia.html?ref=https:%2F%2Fwww.google.com%2F)

<sup>18</sup> Andrea Guillén Gil, El derecho a no ser objeto de decisiones basadas únicamente en el tratamiento automatizado de datos personales, incluida la elaboración de perfiles, Universitat Oberta de Catalunya, Mayo de 2019, página 1, disponible en:

<http://openaccess.uoc.edu/webapps/o2/bitstream/10609/99828/6/aggilTFM0619memoria.pdf>

exponencial ya que es capaz de evaluar a múltiples personas que se encuentran detrás de los perfiles al mismo tiempo y liberar un resultado en pocos segundos, por lo que los resultados podrían resultar sumamente gravosos.

Por ejemplo, Amazon utilizó una herramienta experimental con IA con el fin de dar puntuaciones a candidatos a empleos, de manera similar a la que los compradores/as calificaban sus productos. Se podría ingresar un número determinado de CVs al sistema y este sería capaz de seleccionar los cinco mejores. Ahora bien, la compañía se percató de que su sistema, cuando se trataba de puestos de desarrollo de software y otras cuestiones técnicas, no era neutral en materia de género. Por ejemplo, se rechazaron los CV que incluían la palabra “femenino” o “capitana de club de ajedrez femenino” y se rebajó la calificación a las graduadas en dos universidades exclusivas de mujeres<sup>19</sup>.

La discriminación en este contexto, está especialmente relacionada con el modo en que los sistemas de IA son entrenados y los sesgos existentes en los conjuntos de datos que se utilizan para ello. Téngase en cuenta que la mayoría de las aplicaciones de IA utilizan aprendizaje profundo cuyos algoritmos se especializan en encontrar patrones en los datos. Estos datos pueden generar sesgos especialmente por dos vías: o los datos no son representativos de la realidad como sucede cuando un algoritmo recibe más fotos de personas de piel negra que de piel blanca o bien reflejan prejuicios ya existentes. Esto es lo que sucedió con el algoritmo de Amazon referido, ya que el software se entrenó a partir de decisiones históricas de contratación que favorecían a los hombres sobre las mujeres<sup>20</sup>.

Ahora bien, uno de los factores que determinan la existencia de sesgos en los datos y que resultan tan difíciles de corregir radica en los propios sesgos que tenemos los seres humanos y que se trasladan a las máquinas. Es decir, los seres humanos seleccionamos los datos con los mismos sesgos que luego reproducirán las máquinas. Por lo tanto, la educación de todos los actores en este punto es clave. Esta causa incluye, en ciertos casos, la implementación de un sistema de IA creado para una sociedad con ciertos ideales, creencias e idiosincrasia en otro que posee consideraciones diferentes. Por lo tanto, cuando se trata de datos, el dicho “entra basura, sale basura”, es válido según afirma el MIT<sup>21</sup>.

En conclusión, si los sistemas que se utilizan para tomar decisiones a partir del tratamiento automatizado de datos se encuentran sesgados y son susceptibles de generar discriminación, los problemas se complejizan aún más. La discriminación no es un problema que nace con los algoritmos inteligentes, pero la IA utilizada de modo perjudicial, puede volver sus efectos exponenciales. Entonces, no sólo se utilizan los datos personales cuyo otorgamiento y generación es constante, se elaboran perfiles y se toman decisiones sobre ellos sin que contemos con la información necesaria para brindar un consentimiento válido, sino que además estas decisiones personalizadas pueden resultar discriminatorias. Los presentados, son sólo algunos de los múltiples desafíos a abordar ante el tratamiento automatizado de datos personales.

#### **IV. Propuestas para garantizar los derechos**

En todo este escenario, es necesario implementar mecanismos efectivos que nos permitan continuar aprovechando los grandes beneficios de la Inteligencia Artificial, pero que

---

<sup>19</sup> Jeffrey Dastin, Amazon abandona un proyecto de IA para la contratación por su sesgo sexista, 14 de octubre de 2018, Reuters, disponible en: <https://es.reuters.com/article/amazon-com-contratacion-ia-idESKCN1M00M4>

<sup>20</sup> Karen Hao, Cómo se produce el sesgo algorítmico y por qué es tan difícil detenerlo, MIT Technology Review, 8 de febrero de 2019, disponible en: <https://www.technologyreview.es/s/10924/como-se-produce-el-sesgo-algoritmico-y-por-que-es-tan-dificil-detenerlo>

<sup>21</sup> Beth Stackpole, 5 pasos para la Inteligencia Artificial “centrada en las personas”, MIT Management Sloan School, 6 de enero de 2020, disponible en: <https://mitsloan.mit.edu/ideas-made-to-matter/5-steps-to-people-centered-artificial-intelligence>

logren que los sistemas sean desarrollados con perspectiva de derechos, para que se encuentren al servicio de la humanidad.

- Reinterpretación de los principios y derechos existentes a la luz de la IA

Los grandes principios y derechos protectorios existentes y plasmados en las normas jurídicas son útiles, siempre y cuando se realicen nuevas interpretaciones de los mismos que los hagan aplicables ante las actuaciones con tratamientos automatizados de datos personales.

Por ejemplo, el derecho a la información y el derecho al consentimiento son dos de los principales que se encuentran reconocidos en nuestra Ley de Datos Personales. Una reforma a la Ley debería incluir su adaptación al contexto actual.

Para lograr un consentimiento libre, expreso e informado en el mundo de la IA, es necesario brindar información expresa y clara sobre: Qué son los datos personales, cuáles son los que se recolectan y cómo se realiza la recolección; Cuál es la implicancia del uso de la IA en el tratamiento automatizado; Cuáles son las finalidades de la recolección y perfilamiento; Qué implica el perfilamiento de datos y la finalidad de su realización; Cómo se llega a la conclusión sobre que anuncios mostrar; Cuáles son los perfiles que llevaron a que se ofrezca una u otra información en las redes sociales y páginas web; Cómo fue el proceso de entrenamiento de los sistemas de IA con los que se realiza el tratamiento de datos personales; Cuáles fueron los conjuntos de datos y cómo se elaboraron los Datasets; Si se realiza transferencia de datos personales o perfiles, a quiénes específicamente, por qué motivo y que harán los terceros con los datos recolectados; A quién dirigirse si se toma una decisión discriminatoria<sup>22</sup>.

Asimismo, debería obligarse a las plataformas y páginas a tener un canal de consulta permanente al cual se pueda recurrir en caso de que no se logre comprender esa información. Así, se debería brindar información especialmente adaptada a los conocimientos y formación del interesado/a en particular. Asimismo, toda la información de las políticas debería ser brindada en un lenguaje claro y preciso<sup>23</sup>.

- Consagración normativa de nuevos derechos ante el avènement del tratamiento automatizado de datos personales

El Proyecto de Ley de Protección de Datos Personales para Argentina, tuvo como antecedente el RGPD del Parlamento Europeo y por lo tanto preveía cuestiones sobre el tratamiento automatizado<sup>24</sup>. Si bien en mi opinión el proyecto requería la incorporación de aún más derechos nacidos a partir de la incorporación de IA, considero que se desaprovecha la oportunidad de debatir ampliamente sobre esta temática. Una modificación a la regulación debería incluir como mínimo las siguientes cuestiones: Derecho a no ser perfilado<sup>25</sup> sin consentimiento; Derecho a no ser sujeto de decisiones tomadas únicamente en base a tratamientos automatizados<sup>26</sup>; Derecho a la explicabilidad de los sistemas de IA empleados; Derecho a la portabilidad de los datos personales y perfiles<sup>27</sup>; Obligación de que los encargados/as de diseñar e implementar los sistemas posean perspectiva de derechos para evitar discriminación.

---

<sup>22</sup> Sobre estas cuestiones ampliar en Corvalán Juan G., Perfiles Digitales Humanos, Colaboradora Carina Mariel Papini, Thomson Reuters, año 2020, página 153.

<sup>23</sup> Corvalán Juan G., Perfiles Digitales Humanos, Colaboradora Carina Mariel Papini, Thomson Reuters, 2020, página 121.

<sup>24</sup> Proyecto de Ley de Protección de Datos Personales, año 2017, disponible en:

[https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/anteproyecto\\_reforma\\_ley\\_proteccion\\_de\\_los\\_datos\\_personales\\_nueva\\_version.pdf](https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/anteproyecto_reforma_ley_proteccion_de_los_datos_personales_nueva_version.pdf)

<sup>25</sup> Ver Corvalán Juan G., Perfiles Digitales Humanos, Colaboradora Carina Mariel Papini, Thomson Reuters, 2020, página 135.

<sup>26</sup> Ver RGPD, artículo 22, disponible en: <https://www.boe.es/doue/2016/119/L00001-00088.pdf>

<sup>27</sup> En el artículo 20 del RGPD se prevé el derecho a la portabilidad de los datos personales. Es importante consagrar el derecho a la portabilidad de los perfiles ya que los mismos contienen la historia digital de la persona. Sería injusto que una persona que fue perfilada durante años por una red social, si decide unirse a otra deba comenzar “su vida digital” de cero.

- Importancia de la sanción de un Tratado internacional Latinoamericano

A pesar de los esfuerzos por sancionar normas en el interior de los países latinoamericanos que contemplen el tratamiento automatizado<sup>28</sup>, la realidad es que las plataformas y páginas continúan con su actuar ilícito e irrespetuoso de los derechos. Por lo tanto considero que sería de real interés que se sancionen tratados protectorios de las personas ante el tratamiento automatizado de datos personales con IA en ámbitos similares a la Organización de Estados Americanos, que impliquen un esfuerzo conjunto de los distintos Estados Latinoamericanos. De este modo, se podría obligar a las páginas y plataformas a que se adecúen a las normas consagradas en un texto unificado.

Asimismo, sería importante que se brinde competencia a un órgano de aplicación especial de carácter regional con facultades de control que sea capaz de velar por el constante respeto del Tratado por parte de las páginas y plataformas que se introducen en el interior de los Estados firmantes. También deberían otorgarse facultades disciplinarias ante un conflicto entre usuarios/as y las plataformas digitales. Además, estos órganos deberían evaluar la perspectiva de derechos humanos con que cuentan los actores de la IA.

#### **V. Conclusión. Propuesta:**

Actualizar la Ley 25326 a la luz del tratamiento automatizado de datos personales con Inteligencia Artificial, consagrar normativamente los nuevos derechos y mecanismos de protección de los titulares y reinterpretar los derechos ya reconocidos. Sancionar un Tratado Latinoamericano de Protección de Datos y designar una autoridad de aplicación que vele por su cumplimiento.

~

## **Análisis de la reciente Ley de Teletrabajo en Argentina**

COMISIÓN DERECHO LABORAL

Por Julieta Ayala. COLEGIO DE ABOGADOS DE LA PLATA

**Sumario: I- Introducción II- Como nos impactó esta modalidad en nuestras vidas III- La Ley 27555 IV- Puntos Principales de esta Ley V- La Legislación de Teletrabajo en el Derecho Comparado de la región. VI- Conclusiones. VII- Propuesta. VIII Bibliografía utilizada.**

### **I. Introducción**

El presente trabajo tiene por objeto realizar un análisis de la Ley N° 27555, sancionada recientemente en nuestro país, la cual regula el Régimen Legal del Contrato de Teletrabajo incorporándolo como Capítulo V del Título III “De las modalidades del contrato del Trabajo”, del Régimen de Contrato de Trabajo aprobado por la Ley N° 20744 y sus modificatorias.

Como sabemos, este año 2020 nos ha cambiado la vida a todos/as los habitantes del mundo debido a la pandemia provocada por el virus SARS-CoV-2, más comúnmente conocido como COVID-19 o Coronavirus. La expansión de la enfermedad a nivel mundial a partir del mes de marzo y al ser declarada como pandemia por la OMS, hizo que nuestras vidas cambiaran rotundamente en todos sus ámbitos y el laboral no quedo fuera de esto.

A partir del 20 de marzo de 2020, cuando comenzó a regir el ASPO (Aislamiento, Social, Preventivo y Obligatorio) en nuestro país, la vida de los argentinos y las argentinas cambio radicalmente. Tuvimos que quedarnos confinados en nuestras casas, sin salir para nada, solamente para realizar compras esenciales. Por lo cual, tuvimos que adaptarnos como pudimos y sobre la marcha, a trabajar desde nuestras casas, a realizar el conocido Home Office o Teletrabajo.

Esta modalidad si bien ya se utilizaba desde hacía mucho y es muy común en el mundo, en nuestro país, no era utilizada de manera masiva, pero si muchas empresas lo utilizaban con sus empleados, quizás realizando un régimen mixto, en el cual algunos días se concurría presencialmente a las oficinas y otros días se trabajaba desde las casas.

Pero lo que sucedió ante esta situación fue que repentinamente y de un día para el otro, todos/as tuvimos que realizar teletrabajo, es decir trabajar desde nuestras casas y adaptarnos a esta modalidad, sin conocer mucho sobre ella ni los alcances, más bien tuvimos que improvisar oficinas en nuestras casas y trasladar todo nuestro trabajo allí, lo cual no fue ni es nada fácil, más aun en un panorama de total incertidumbre y sin saber en su momento cuanto tiempo iba a durar o cuando íbamos a poder retomar nuestras actividades normales y retornar a nuestros lugares de trabajo de manera presencial tal como lo conocíamos hasta antes del 20 de marzo.

Esto no fue una tarea fácil y más teniendo en cuenta que se tuvo que realizar en todos los ámbitos laborales, tanto públicos como privados, como ya mencionamos, para los privados quizás no fue una tarea tan difícil porque ya conocían la modalidad, pero donde fue mucho más difícil aun instaurar este régimen es sin dudas, en todos los ámbitos de la administración pública.

Pero así todo, nos tuvimos que adaptar a esta nueva forma de trabajo, con sus ventajas y sus desventajas y todo lo que implica.

### **II- Como nos impactó esta modalidad en nuestras vidas**

Como ya hemos mencionado, no nos quedó otra opción que recurrir al teletrabajo para poder continuar desarrollando nuestras tareas laborales, nos guste o no. Ahora la pregunta es ¿Cómo nos impactó esto? ¿Fue beneficioso o perjudicial?

En muchos casos, la idea de poder estar en la comodidad de nuestro hogar trabajando y sin tener que trasladarnos pudiendo realizar las mismas tareas, nos atrajo al principio, pero con el correr de los días de aislamiento nos fuimos dando cuenta que no era tan así y que si bien estábamos en la comodidad de nuestro hogar, surgían muchas cuestiones derivadas de esto que no sabíamos cómo manejar y lo principal a mi entender, el **RESPECTO A LA JORNADA LABORAL Y EL DERECHO A LA DESCONEXION**, ya que al estar en nuestras casas, todo se desvirtúa y se convierte en un vale todo y se trabaja desde cualquier hora hasta cualquier hora, no existen límites y con la excusa de “lo hago total estoy en casa, no me cuesta nada” , se termina trabajando muchísimo más que la Jornada Laboral establecida de 8 horas diarias. Otro tema que surge también es la desconexión, es decir ¿Tengo que estar todo el día en línea y disponible? ¿En qué momento puedo desconectarme y apagar la computadora o no atender más el celular? Gran pregunta, ya que volvemos a lo mismo, al estar en nuestras casas y en esta situación tan particular muchas veces sucede también que se han perdido los horarios y no se respetan y que nos llamen por algo de trabajo a las 9 de la noche nos parece algo normal, y estar trabajando a las 7 de la tarde habiendo empezado a las 9 de la mañana ya no son cosas que nos sorprenden, sino que las hemos aceptado como “normales” cuando no es así y debemos y tenemos el derecho a que esto no sea así y ser respetados/as y establecer ciertos límites, porque también está en juego nuestra salud mental; estar todo el día en nuestras casas no debe ser sinónimo de estar todo el día trabajando, debemos organizarnos nuestras actividades de forma tal, de que tengamos nuestra jornada laboral, la respetemos por supuesto, pero finalice y podamos realizar otras actividades o simplemente tener momentos de óseo y esparcimiento que también es muy necesario y más aún en estos tiempos que estamos atravesando.

Ni hablar de la situación de las mujeres ante esto, las cuales nos hemos visto más cargadas de tareas aun, ya que al trabajo en nuestras casas le tenemos que sumar las tareas de cuidado si tenemos niños/as y todas las tareas del hogar, es decir que las mujeres se han visto más perjudicadas aun ante esta situación y más saturadas y sobrecargadas de tareas, teniendo que compatibilizar todas las actividades, dejando a la luz una vez más las desigualdades existentes en materia de género.

Otro punto a tener en cuenta es que no todos los trabajadores y trabajadoras estaban preparados para esta modalidad y contaban con los medios necesarios para ello, por ejemplo, computadoras o acceso a internet en sus casas. Muchos tan tenido que adquirir tecnología en virtud de esta situación incurriendo en grandes gastos. En algunos casos, los empleadores propician el material de trabajo y hasta pagan un adicional por el acceso a internet, pero no es en la mayoría lamentablemente.

Todas estas cuestiones hicieron que se replantee esta modalidad de trabajo y se haya pensado en tener que legislarla y regularla, sobre la marcha, claro está, pero al menos se pensó y se intentó, en un contexto desconocido y nuevo para todos/as, en el cual estamos aprendiendo todo el tiempo a poder transitarlo.

### **III- La Ley N° 27555**

En virtud del contexto provocado por la pandemia, lo que generaba toda la situación de teletrabajo para los/as argentinos y argentinas, y la necesidad de contar con alguna regulación al respecto para esto, el Congreso de la Nación sancionó el 30 de julio de este año, la Ley N° 2755 que regula el Régimen Legal del Contrato de Teletrabajo, tratándolo como una nueva modalidad dentro de las modalidades del contrato de trabajo ya existentes en la Ley N° 20744.

El objeto de esta Ley es establecer los presupuestos legales mínimos para la regulación de la modalidad de Teletrabajo en aquellas actividades que por su naturaleza y características particulares lo permitan. Por otra parte, se deja establecido que, los aspectos específicos se establecerán en el marco de las negociaciones colectivas.

Así es como se incorpora al Título III “De las modalidades del Contrato de Trabajo” de la Ley N° 20744 (Régimen de Contrato de Trabajo) el Capítulo VI “Del Contrato de Teletrabajo”

bajo el artículo 102 bis que establece: “Concepto. Habrá contrato de teletrabajo cuando la realización de actos, ejecución de obras o prestación de servicios, en los términos de los artículos 21 y 22 de esta ley, sea efectuada total o parcialmente en el domicilio de la persona que trabaja, o en lugares distintos al establecimiento o los establecimientos del empleador, mediante la utilización de tecnologías de la información y la comunicación. Los presupuestos legales mínimos del contrato de teletrabajo se establecerán por ley especial. Las regulaciones específicas para cada actividad se establecerán mediante la negociación colectiva respetando los principios de orden público establecidos en esta ley.”

#### **IV- Puntos principales de esta Ley**

En este punto, intentaré dar un pantallazo general de los puntos más importantes y destacables de esta Ley, la cual no requiere mucha complejidad en su texto y es sumamente sencilla y escueta. Vale aclarar que el teletrabajo, NO constituye una nueva modalidad, sino que no es más que una modalidad de prestación dentro de las modalidades del típico contrato de trabajo.

**1) IGUALDAD:** Se ratifica que las personas que realizan teletrabajo, cuentan con los mismos derechos y obligaciones que las personas que trabajan bajo la modalidad presencial.

**2) VOLUNTARIEDAD:** La opción y el traslado de quien trabaja en forma presencial a la modalidad de teletrabajo, debe ser voluntario, bilateral y pactado por escrito. Hasta el momento, el artículo 66 de la Ley de Contrato de Trabajo permite que el empleador pueda disponerlo unilateralmente (siempre que ese cambio no le cause un perjuicio moral o material al trabajador/a).

**3) REVERSIBILIDAD:** Este quizás es el punto que más polémica y fuente de debates ha generado. Implica que, en cualquier momento de la relación laboral, el teletrabajador/a puede solicitar unilateralmente regresar al establecimiento para realizar sus tareas. Este derecho a la “reversibilidad” no se tiene si la relación se inició bajo la modalidad de teletrabajo.

**4) Remuneración:** La remuneración del trabajador/a que desarrolla sus tareas bajo la modalidad de teletrabajo, no podrá ser inferior a la que percibía o percibiría bajo la modalidad presencial.

**5) Desconexión:** este es uno de los puntos más importantes a mi entender y en el cual hay que hacer mayor énfasis para su cumplimiento. Implica que, para garantizar el respeto de la jornada laboral y el descanso de la persona que trabaja, se establece el derecho a desconectarse, así como la prohibición del empleador de interrumpir el descanso exigiendo tareas o enviando comunicaciones fuera de la jornada laboral establecida.

**6) Tareas de Cuidado:** Los trabajadores y trabajadoras que estén bajo esta modalidad, y acrediten tener a su cargo niños, personas con discapacidad o adultos mayores con quienes convivan, tendrán derecho a horarios compatibles con las tareas de cuidado y a interrumpir la jornada.

**7) Elementos de Trabajo:** se establece que el empleador deberá el equipamiento necesario para el desempeño de las tareas, tales como la computadora y sus softwares específicos, o bien, compensar al trabajador/a por la utilización de herramientas propias. Esta compensación se debe determinar en el Convenio Colectivo de Trabajo.

**8) Compensación por gastos:** La persona que trabaja bajo la modalidad de teletrabajo tendrá derecho a la compensación por los mayores gastos en que haya incurrido en conectividad y/o consumo de servicios. Esta compensación también debe establecerse en el Convenio Colectivo de Trabajo.

**9) Ratificación de otros derechos:** Quienes trabajen bajo esta modalidad también tienen derecho a instancias de capacitación en nuevas tecnologías, mediante cursos y herramientas de apoyo, tanto en forma virtual como presencial que permitan una mejor adecuación de todas las partes a esta modalidad laboral y esto no implicara una mayor carga de trabajo. (Art 10). Por otra parte, poseen los mismos derechos sindicales que el resto de los trabajadores/as. Además, se establece la protección de sus datos personales como así también de su intimidad, por lo que se prohíbe expresamente al empleador hacer uso de software de vigilancia.

**10) Autoridad de Aplicación. / Registro y Fiscalización:** El artículo 18 establece que la Autoridad de Aplicación de la presente Ley será el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación. En el ámbito de su competencia se deberán registrar las empresas que desarrollen esta modalidad, acreditando software o plataforma a utilizar y la nómina de las personas que desarrollan estas tareas, las que deberán informarse ante cada alta producida de manera mensual. Esta información deberá además ser remitida a la organización sindical pertinente. La fiscalización del cumplimiento de las disposiciones legales y convencionales relativas a las tareas cumplidas bajo la modalidad de teletrabajo, se ejercerá conforme lo establecido el título III capítulo I sobre inspección del trabajo de la Ley 25877 y sus modificatorias. Por otra parte, se establece que toda inspección de la autoridad de aplicación, de ser necesaria, deberá contar con autorización previa de la persona que trabaja.

**11) Vigencia:** El artículo 19 de esta Ley establece que la misma entrara en vigencia luego de 90 (noventa) días contados a partir de que se determine la finalización del periodo de vigencia del Aislamiento Social, Preventivo y Obligatorio.

#### **V- La Legislación de Teletrabajo en el Derecho Comparado de la región.**

Varios países de la región ya contaban desde antes que nuestro país con Legislación en materia de Teletrabajo, algunos ejemplos de esto son el caso de Chile, Colombia, Perú, y Costa Rica.

**CHILE:** La ley chilena también es de este año, e introdujo modificaciones en su Código de Trabajo, pero fue sancionada en el mes de marzo, unos meses antes que en Argentina. Establece un tratamiento diferente en materia de reversibilidad tomando en consideración si el cambio de modalidad presencial a remota, se ha pactado durante el transcurso de la relación laboral o desde el inicio de la misma. En el primer caso, cualquiera de las partes unilateralmente volver a las condiciones originalmente pactadas previo aviso por escrito con una anticipación de 30 días.

**COLOMBIA:** La ley de Colombia fue sancionada en el año 2008 y establece en su artículo 3 en un sentido positivo la existencia de una política pública de fomento al Teletrabajo. En algunos puntos esta ley plantea cierta desprotección a los trabajadores/as por ejemplo cuando define las distintas formas que puede adoptar el teletrabajo y la extensión de la jornada laboral. La ley reconoce el derecho a sindicalización del teletrabajador/a pero omite cualquier referencia acerca de la negociación. En su artículo 2 establece la definición de que se entiende por Teletrabajo y las formas que este puede adoptar: Teletrabajo: *Es una forma de organización laboral, que consiste en el desempeño de actividades remuneradas o prestación de servicios a terceros utilizando como soporte las tecnologías de la información y la comunicación -TIC- para el contacto entre el trabajador y la empresa, sin requerirse la presencia física del empleado en un sitio específico. Y define al Teletrabajador como la "persona que desempeña actividades laborales a través de tecnologías de la información y la comunicación por fuera de la empresa a la que presta sus servicios".* El teletrabajo puede revestir una de las siguientes formas: Autónomos, son aquellos que utilizan su propio domicilio o un lugar escogido para desarrollar su actividad profesional, puede ser una pequeña oficina, un local comercial. Sólo acuden a la oficina en algunas ocasiones; Móviles, no tienen un puesto físico establecido y cuyas herramientas primordiales para desarrollar sus actividades profesionales son las tecnologías de la información y la comunicación, en dispositivos móviles; y Suplementarios, los que se desempeñan dos o tres días a la semana en su casa y el resto del tiempo lo hacen en una oficina.

**PERU:** Esta ley es del año 2013 y expresa claramente el carácter voluntario y reversible del teletrabajo. En materia de reversibilidad de la modalidad el artículo 4 expresa: "Carácter voluntario y reversible del teletrabajo. Por razones debidamente sustentadas el empleador puede variar la modalidad de la prestación de servicios a la de teletrabajo, previo consentimiento del trabajador. El cambio de modalidad de prestación de servicios no afecta la naturaleza del vínculo laboral, la categoría, la remuneración y demás condiciones laborales.

**COSTA RICA:** Fue sancionada en el año 2019 y tiene como objeto promover, regular e implementar el teletrabajo como un instrumento para la generación de empleo y modernización de las organizaciones públicas y privadas, a través de la utilización de tecnologías de la información y comunicación. La norma respeta la predisposición voluntaria de los distintos sectores, tanto del sector público como privado, empleadores y trabajadores, de acogerse a sus disposiciones. Si se adopta con posterioridad a la contratación, la sola voluntad del trabajador puede dar lugar a la reversibilidad de la modalidad prestacional. Toma en consideración sí la modalidad se implementó al momento de celebración del contrato o con posterioridad. En el segundo de los supuestos establece que la sola voluntad del trabajador puede dar lugar a la reversibilidad de la modalidad prestacional, pero la sujeta a algunas condiciones: el trabajador deberá solicitar la reversibilidad con al menos diez días naturales de anticipación, siempre y cuando sea justificado y siga un procedimiento elaborado al efecto por cada centro de trabajo. En Costa Rica el teletrabajo está regulado como un instrumento para la generación de empleo y modernización de las organizaciones públicas y privadas

#### **VI- Conclusiones**

A lo largo de este trabajo, intente hacer un breve análisis de la Ley 27555 sancionada en nuestro país y que regula el régimen de Teletrabajo, incorporándolo como un nuevo capítulo de la Ley de Contrato de Trabajo, dentro de las modalidades, ya que no es más que eso, una nueva modalidad dentro de las modalidades del contrato de trabajo que ya conocemos. La ley en si mi opinión no reviste mucha complejidad y es sencilla, simplemente define cuando habrá contrato de teletrabajo y da algunas pautas para su desarrollo. Quizás el punto que más debate trae, es el tema de la reversibilidad y que en cualquier momento el trabajador/a pueda revocar su consentimiento para realizar este tipo de tareas, de forma unilateral a diferencia de otras legislaciones que he desarrollado en las cuales lo puede solicitar cualquiera de las partes y hasta en algunas, se debe avisar con 30 días de anticipación y por escrito, como es el caso de Chile, que sanciono su ley en el mes de marzo de este año.

Algo muy novedoso en mi opinión y que creo que es algo que debe respetarse es el Derecho a la Desconexión Digital establecido en el artículo 5° y es muy importante para estos tiempos que corren y poder demarcar limites en cuanto a la Jornada Laboral, mas allá de encontrarnos en nuestras casas.

Para ir finalizando diré que, si bien esta Ley no será de lo mejor, es el inicio de un camino y falta muchísimo por recorrer, pero es un buen punto de partida para una modalidad que como se dice comúnmente “llego para quedarse” y que a lo largo de todo este año nos ha demostrado que puede llegar a ser muy productiva en algunos casos, siempre haciendo el uso debido y no generando abusos por parte de los empleadores.

Algo para reflexionar y tener en cuenta es también que, para futuras reformas en la materia, al ser algo tan trascendental y novedoso al menos para nuestro país, sería bueno poder convocar a mesas de trabajo y dialogo con los diferentes actores de la temática, y especialistas en legislación laboral que quizás en esta oportunidad no se realizó debido al contexto y las circunstancias y el querer contar con la ley en el menor tiempo posible.

Por ultimo diré que, quizás el contexto no fue el mejor, y esta Ley es el producto de una situación desconocida por todos/as y que se tuvo que salir a regular sobre la marcha de alguna forma, pero es sin dudas, un buen comienzo para un largo camino hacia nuevas formas de trabajo, pero reguladas y controladas y para replantearnos muchos aspectos como sociedad también sobre cómo queremos vivir y desarrollar nuestras tareas laborales, porque como dijimos en el inicio, esta pandemia mundial nos cambió rotundamente la vida a todos/as en todos sus aspectos y el ámbito laboral no quedo exento de esos radicales cambios.

Esta ley es el puntapié inicial, sin dudas **FALTA MUCHO CAMINO POR RECORRER Y HAY MUCHO QUE MEJORAR...**

#### **VII- Propuesta:**

En base a todo lo expuesto en el presente trabajo, propongo lo siguiente:

*“Instar a las autoridades del Consejo Superior de COLPROBA, a que, por su intermedio, se forme una MESA DE TRABAJO conjunta convocando a representantes del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación, y letrados y letradas de toda la provincia de Buenos Aires especialistas en Derecho Laboral, a fin de que se fiscalice el normal funcionamiento de esta Ley y en su caso, se detecten las irregularidades en su implementación. “*

#### **VIII -Bibliografía Utilizada:**

Grimaldi, Ignacio, “Argentina aprueba Ley de Teletrabajo: 5 puntos clave”, publicado en CNN ESPAÑOL el 30 de julio de 2020. <https://cnnespanol.cnn.com/2020/07/30/argentina-aprueba-ley-del-teletrabajo-los-5-puntos-clave>

Ginzo, Jorge Luis “Los puntos más conflictivos de la Ley de Teletrabajo y las diferencias con otras de la región”, publicado en INFOBAE el 6 de septiembre de 2020.

<https://www.infobae.com/opinion/2020/09/06/los-puntos-mas-conflictivos-de-la-ley-de-teletrabajo-y-las-diferencias-otras-de-la-region>

Recalde Mariano, “10 puntos para entender la Ley de Teletrabajo”, publicado en PAGINA /12, el 8 de agosto de 2020. <https://www.pagina12.com.ar/283591-10-puntos-para-entender-la-ley-de-teletrabajo/>

Samela Gabriela, “Teletrabajo : Los pros y los contras de la ley, según las empresas y los gremios, publicado en CLARIN el 1 de julio de 2020 <https://www.clarin.com/economia/teletrabajo-pros-contras-ley-empresas-gremios>

Ley N° 27555, complementaria de Régimen Legal del Contrato de Teletrabajo, Infoleg

~

# Salud mental en la abogacía, reflexiones de la cuestión en la provincia de Buenos Aires

COMISIÓN COLEGIACIÓN E INCUMBENCIAS.

Por Leandro Vero. COLEGIO DE ABOGADOS DE MERCEDES.

---

**Sumario: 1. Introducción – 2. Salud Mental - 3. Contexto actual. – 4. Conclusiones – 5. Propuesta final**

---

*“Y ahora, alcanza con acariciar su computadora o su celular o su tablet, desde su Estudio, o desde el gimnasio, o desde un banco de la plaza, o desde la playa donde toma sol, para ‘ingresar’ en todos los Juzgados y en todas las causas, enterarse de su estado y enviar presentaciones...”<sup>1</sup>.*

H. A. Vero.

## I. Introducción.

En un año tan peculiar como el que estamos atravesando, con profundos cambios en nuestra vida cotidiana, lo que tiene que ver con el ejercicio profesional está muy lejos de ser la excepción.

Si bien la irrupción de la tecnología en la abogacía favorece la inmediatez, seguridad, trazabilidad, confort, accesibilidad - entre otros aspectos no menos importantes -, me surgen interrogantes en cómo influye o repercute esto en la salud mental de la matrícula.

Con este trabajo, intentaré brindar algunas reflexiones relativas a ese instituto y su relación con nuestro ejercicio profesional, referenciando algunas experiencias internacionales y poniendo énfasis en lo que sucede en la abogacía nacional, y específicamente, en territorio bonaerense.

Entiendo que es central resaltar el fundamento legal y local de la problemática bajo análisis. Así entonces, destaco que el Inc. 23 del Art. 19 de la Ley 5177 (Funciones de los Colegios de Abogados) versa sobre el *“mejoramiento y atención del bienestar del matriculado y su familia, en relación a sus necesidades y recreación física y espiritual...”<sup>2</sup>.*

## 2. Salud Mental.

### a) Breve noción.

La Organización Mundial de la Salud (OMS) sostiene que la salud mental es: *“un estado de bienestar por medio del cual los individuos reconocen sus habilidades, son capaces de hacer frente al estrés normal de la vida, trabajar de forma productiva y fructífera, y contribuir a sus comunidades..., es materia de interés para todos, y no sólo para aquellos afectados por un trastorno mental”<sup>3</sup>.*

Por su parte, nuestra Ley Nacional de Salud Mental (N° 26.657), en su Art. 3, señala que: *“se reconoce a la salud mental como un proceso determinado por componentes históricos, socio-económicos, culturales, biológicos y psicológicos, cuya preservación y mejoramiento implica una dinámica de construcción social vinculada a la concreción de los derechos humanos y sociales de toda persona”.*

---

<sup>1</sup> Extracto de *“El Orgullo de Ser Abogado”*, Horacio A. Vero, pág 98. Editorial Dunken, 2018.

<sup>2</sup> **Art. 19 Inc. 23, Ley 5177:** *“CAP. II. FUNCIONES, ATRIBUCIONES Y DEBERES DE LOS COLEGIOS. ARTICULO 19°: Los Colegios de Abogados Departamentales, tendrán las siguientes funciones: ...23- Propender, en general, al mejoramiento y atención del bienestar del matriculado y su familia, en relación a sus necesidades y recreación física y espiritual, dentro del marco de confraternidad que emana de esta Ley”.*-

<sup>3</sup> *“Invertir en Salud Mental”*, Organización Mundial de la Salud, ISBN 92 4 356257 6, Link: [https://www.who.int/mental\\_health/advocacy/en/spanish\\_final.pdf](https://www.who.int/mental_health/advocacy/en/spanish_final.pdf).

De la lectura de estas dos definiciones, podemos deducir, a grandes rasgos, que la salud mental es “*algo más que la ausencia de trastornos mentales*”<sup>4</sup>, y es importante destacar también que a nivel internacional estamos atravesando un cambio de paradigma en el tratamiento de las enfermedades por salud mental, donde aún queda mucho por hacer<sup>5</sup>.

Por cuestiones de oportunidad y porque no es el objetivo principal de este trabajo, no me adentraré en el análisis de otras variables que son relevantes para poder comprender la problemática y el contexto que circunda a la salud mental a nivel provincial, nacional e internacional.

Antes de continuar, quiero destacar la labor que desarrollan una larga lista de entes estatales, Organizaciones No Gubernamentales (ONGs), colegas y otros actores de la sociedad para hacer frente a este tema en las distintas esferas.

### **3. Contexto actual.**

#### **b) Panorama internacional.**

A continuación, haré una referencia a la salud mental y abogacía en el escenario mundial.

En primer lugar, me detendré en España, que como suelen acostumbrarnos los y las colegas de la península ibérica, están a la vanguardia de cuestiones que hacen a la revalorización del ejercicio de la abogacía, y así, en los últimos años, abrieron el debate en su país para analizar la cuestión de la salud mental.

En ese sentido, crearon el Instituto de Salud Mental de la Abogacía (ISMA)<sup>6</sup>, que dictó, recientemente, la “Carta de los Negocios Saludables” (CNS), “*cuyo propósito es eliminar las causas innecesarias de estrés en el lugar de trabajo, así como promover una mejor salud mental y bienestar de los/as profesionales jurídicos. La CNS identifica cinco áreas de actuación, a saber: conciliación entre la vida personal y familiar y la laboral; dignificación y humanización de la abogacía; formación a los/as abogados/as y al resto del personal del despacho; promoción de los hábitos saludables; y promoción de la igualdad en las profesiones jurídicas*”<sup>7</sup>.

Además, otro movimiento de trascendencia en este tema, es la organización denominada “Humanizando la justicia”, quién, en conjunto con la Confederación General de Abogacía Española, realizaron una encuesta para determinar el nivel de “Desgaste Profesional” (*burnout*) o, como se denomina en la jerga popular: “quemados/as”.

Esto último, es reconocido por la OMS en el listado de la Clasificación Internacional de Enfermedades<sup>8</sup> (CIE), como “*una respuesta al estrés laboral crónico que aparece cuando fallan las estrategias de defensa que habitualmente emplea el individuo para manejar el estrés laboral continuo*”<sup>9</sup>.

Retomando con la labor realizada por el ISMA, identificó y desarrolló algunas de las problemáticas que pueden presentarse a raíz de trastornos en la salud mental, a saber: aburrimiento laboral, acoso psicológico en el trabajo o *mobbing*, adicción al trabajo, adicción a sustancias/drogas, depresión, desgaste profesional, disfunción sexual, estrés, insomnio y, finalmente, la obsesión.

<sup>4</sup> “De Cerca Nadie es Normal”. CASA SALUD, Sitio Web:

<http://www.casa.org.ar/seccion.php?s=2&n=655#.X7A8U2hKjIW>.

<sup>5</sup> “A 10 Años de la Ley Nacional de Salud Mental: Propuestas Para Saldar Una Deuda Histórica”. Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS). Link: <https://www.cels.org.ar/web/2020/11/a-10-anos-de-la-ley-nacional-de-salud-mental-propuestas-para-saldar-una-deuda-historica/>.

<sup>6</sup> Instituto de Salud Mental de la Abogacía, o por sus siglas en inglés: Mental Health Institute of Legal Professions (ISMA-MHILP). Link: <https://saludmentalabogacia.org/sobre-el-isma/>.

<sup>7</sup> “Carta de los Negocios Saludables”. Link: <https://saludmentalabogacia.org/carta-de-los-negocios-saludables/>.

<sup>8</sup> Clasificación Internacional de Enfermedades de la Organización Mundial de la Salud, Link: <https://icd.who.int/browse11/lm/es#/http%3a%2f%2fid.who.int%2f%2fid%2fentity%2f129180281>.

<sup>9</sup> “Desgaste Profesional”. Link: <https://humanizandolajusticia.com/desgaste-profesional/>.

Luego de leer estas problemáticas, entiendo que es una buena oportunidad para el/la lector/a – a fines de ponderar la entidad del tema de este trabajo - de pensar hacia adentro si en este último tiempo no atravesó o está atravesando alguno/s de estos trastornos ocasionados por el ejercicio profesional, en mayor medida.

En un trabajo<sup>10</sup>, también de mi autoría, narra otra experiencia de otra parte del globo, particularmente la de Estados Unidos, en donde la *American Bar Association* (ABA) a través de “la *Commission on Lawyer Assistance Programs (COLAP)*<sup>11</sup> se encarga, entre otras cosas, de elaborar programas orientados a la asistencia permanente para colegas que atraviesan alguna situación en particular<sup>12</sup>”.

Por su lado, y para cerrar este punto, la Unión Internacional de Abogados (UIA), también comenzó a visibilizar esta cuestión, y organiza talleres destinados a las organizaciones que nuclean a profesionales del derecho, para conversar sobre las distintas herramientas que pueden brindarle a su matrícula, reconociendo que: “*La abogacía se enfrenta a una multitud de problemas durante estos tiempos difíciles e inciertos: casos desafiantes y estresantes, equilibrar las prioridades personales y profesionales, entre otros factores, pueden afectar su salud mental*”<sup>13</sup>.

### **c) Panorama Nacional.**

En nuestro país, si bien se viene trabajando asiduamente en esta materia desde los Colegios u otros entes, a nivel general y social y/o con actividades de capacitación académica, me permito aseverar que en lo relativo al impacto que tiene en el ejercicio de la abogacía aún hay mucho camino por recorrer.

Considero que debe ser a través de la Federación Argentina de Colegios de Abogados (FACA), mediante la labor de sus Comisiones permanentes, destacándose, a mi modesto entender, la de la Comisión Nacional de Jóvenes Abogados y Abogadas, para el aporte de una mirada imprescindible sobre esta cuestión, atendiendo a las necesidades y problemáticas particulares que surjan de cada rincón argentino.

Por su parte, el - en ese entonces - Ministerio de Producción y Trabajo de la Nación elaboró, a fines del año pasado, un documento<sup>14</sup> orientado a plasmar las “Buenas Prácticas” en teletrabajo, trabajo remoto o trabajo conectado.

De allí destaco que: “*El teletrabajo utilizado como herramienta para desarrollar actividades laborales mediante el uso de las TIC, ha facilitado la inclusión social, la inserción laboral y la promoción del empleo. Ligada a la economía del conocimiento, continuará sumando adeptos en los próximos años, y para evitar posibles riesgos en materia de salud y seguridad es necesario tener noción de las potenciales amenazas que su aplicación conlleva*”.

Finalmente, debo referir a la reciente sanción de la Ley Nacional N° 27.555 de “Régimen Legal del Contrato de Teletrabajo”. Esta norma además de haberse dictado en un año tan particular como el que estamos atravesando - en donde el trabajo remoto tomó un

---

<sup>10</sup> “*Licencias en la abogacía bonaerense*” por Leandro Vero, trabajo presentado en las XXX Jornadas Académicas de la Abogacía Joven del COLPROBA, realizadas en el Colegio de Abogados de San Isidro en octubre del 2019.

<sup>11</sup> “*Comisión de Programas de Asistencia para la Abogacía*”. Sitio Web de la ABA. Link:

[https://www.americanbar.org/groups/lawyer\\_assistance/](https://www.americanbar.org/groups/lawyer_assistance/).

<sup>12</sup> Existe un interesante video que plasma estas cuestiones. Link:

[https://www.americanbar.org/groups/lawyer\\_assistance/profession\\_wide\\_anti\\_stigma\\_campaign/](https://www.americanbar.org/groups/lawyer_assistance/profession_wide_anti_stigma_campaign/)

<sup>13</sup> Taller “¿Cómo pueden los Colegios ayudar a mantener la salud mental de sus miembros después del Covid 19?”, Unión Internacional de Abogados, Link: <https://www.uianet.org/es/eventos/how-can-bar-associations-help-their-members-maintain-their-mental-health-after-covid-19#program> .-

<sup>14</sup> *Teletrabajo en Argentina : primer libro blanco nacional de buenas prácticas en teletrabajo, trabajo remoto y trabajo conectado. - 1a ed ampliada. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Secretaría de Gobierno de Trabajo y Empleo, 2019.*

protagonismo sin precedentes - reconoce en su Art. 5, el “Derecho a la Desconexión Digital”<sup>15</sup>. Incluso, en el Art. 6, legisla sobre las “Tareas de Cuidados” que pueden tener a cargo los/las personas que trabajen bajo esa modalidad. El Art. 15, además, reconoce el “Derecho a la Intimidad” de quien realice teletrabajo y la privacidad de su domicilio.

Quiero dejar en claro que, con estas últimas notas no intento someter la regulación del ejercicio profesional a la legislación referida, sino que, intenté destacar algunos institutos que tienen la misma razón de ser que lo que se intenta describir a lo largo del presente: la protección y visibilización de la salud mental de las personas.

#### **d) Panorama bonaerense.**

Es en este apartado en donde quiero poner especial énfasis en virtud de ejercer cotidianamente en esta bicentenaria provincia.

En la última década, venimos atestiguando un profundo cambio en la manera en que considerábamos que “era” o “debía” ejercerse la abogacía. La irrupción del *token* en nuestros estudios y en los tribunales, como mencioné al inicio de este trabajo, trajo avances incomparables: oficios confrontados con Código QR en instantes, cédulas de traslado con 150 fojas de documental digitalizadas, respuestas de entidades - Instituto de la Previsión Social, Colegio de Escribanos, Fiscalía de Estado, Registro de Juicios Universales, Boletín Oficial, etc. - con uno o dos días hábiles de retardo, expediente digital (Acordada 3975/20 SCBA<sup>16</sup>), Inicio remoto de causas judiciales, trazabilidad de las presentaciones electrónicas, anotación de medidas cautelares en el Registro de la Propiedad Inmueble, “cédulas automáticas” (Ac. 3991/20 SCBA<sup>17</sup>) y podría seguir enlistando un sinfín de situaciones en las cuales, si se compara cómo se realizaba, y sin ir más lejos, hace dos años atrás, uno no podría creerlo.

Ahora bien, lejos de ser un joven que se resiste a los cambios, entiendo más que oportuno y necesario poner sobre la mesa el impacto que tienen los “avances” tecnológicos en la salud mental de la matrícula.

Cuidado, no quiero decir que este nuevo paradigma profesional sea perjudicial para la salud de la abogacía, por el contrario, es auspicioso continuar en este sentido, pero necesariamente promoviendo la no estigmatización de la problemática de la salud mental y brindar herramientas a la matrícula para poder reconocer, trabajar y sortear estas situaciones sí ocasionadas por el uso y/o abuso de la tecnología.

Además del *token*, convivimos permanentemente con la utilización de las redes sociales (*Facebook, Twitter, Instagram, Tik Tok, etc.*), aplicaciones de mensajería instantánea (*Whatsapp, Telegram, Gmail*) o plataformas virtuales de videoconferencia (*Zoom, Microsoft Teams, Google Meet, etc.*) lo que acarrea un estado de “disponibilidad” permanente para nuestros clientes o colegas, desdibujándose lentamente la línea en la cual estamos “trabajando” de cuando no lo estamos, y, paulatinamente, esta situación impacta, de algún modo, en nuestros hábitos y/o bienestar.

En este 2020, signado por la pandemia mundial, gracias a la tecnología y la implementación de medidas de avanzada (algunas impulsadas fuertemente por COLPROBA<sup>18</sup>)

---

<sup>15</sup> Art. 5: *La persona que trabaja bajo la modalidad de teletrabajo tendrá derecho a no ser contactada y a desconectarse de los dispositivos digitales y/o tecnologías de la información y comunicación, fuera de su jornada laboral y durante los períodos de licencias. No podrá ser sancionada por hacer uso de este derecho. El empleador no podrá exigir a la persona que trabaja la realización de tareas, ni remitirle comunicaciones, por ningún medio, fuera de la jornada laboral.-*

<sup>16</sup> Acordada del Expediente Digital. Link:

<http://www.scba.gov.ar/includes/descarga.asp?id=45416&n=Ver%20Acuerdo%203975-20.pdf>.

<sup>17</sup> Acordada “Cédulas de Oficio y/o automáticas”. Link:

<http://www.scba.gov.ar/includes/descarga.asp?id=46368&n=Ver%20Acuerdo%20N%203991.pdf>.

<sup>18</sup> Colegio de Abogados de la provincia de Buenos Aires.-

en el poder judicial bonaerense, pudo continuar brindándose el servicio de justicia, lógicamente con las limitaciones propias originadas por la situación sanitaria.

Es importante destacar también que, en línea con lo expuesto, el COLPROBA, en febrero de este año, emitió la Circular N° 6748, en la cual<sup>19</sup> realiza una redefinición del concepto de “Estudio Jurídico” y reconoce que: *“la forma de vinculación entre el abogado y su cliente, el intercambio de documentación con los mismos y las comunicaciones vinculadas al ejercicio profesional, han migrado en la actualidad hacia plataformas digitales, servicios de mensajería instantánea y correo electrónico”*.

Y resuelve en el Art. 1, que: *“cabe considerar como ‘estudio profesional’ al conjunto de bienes materiales, inmateriales, digitales, electrónicos y de todos aquellos soportes utilizados por los profesionales para llevar a cabo sus tareas”*.

Con lo anterior quiero resaltar que, es innegable el cambio de paradigma que estamos atravesando y que aún quedan profundas modificaciones que van a repercutir en el ejercicio de la abogacía.

Deviene imperioso subrayar un enfoque particular que debe tener el abordaje de la salud mental en la abogacía, y es el relacionado con la perspectiva de género, atento que las asimetrías entre hombres y mujeres y/o situaciones de violencia que aún existen, agravan y/o dificultan el tratamiento de esta problemática<sup>20</sup>.

Finalmente, no podemos perder de vista el rol que ostenta la Caja de la Abogacía bonaerense, la cual, por mandato legal, específicamente en el Art. 30 Inc. C de la Ley 6716 faculta al Directorio a realizar prestaciones e inversiones que tiendan al mejoramiento de las condiciones de vida y bienestar de la abogacía y de su actuación profesional<sup>21</sup>.

#### **4. Conclusión.**

En síntesis, con este trabajo intenté realizar un breve análisis de la situación actual de la salud mental en el ejercicio de la abogacía, señalando distintas experiencias internacionales que pueden constituirse en valiosos antecedentes a tener en cuenta para comenzar a debatir sobre el tema en el mundo de la colegiación.

Una de las primeras acciones que deberíamos adoptar para el abordaje de esta problemática es trabajar para su visibilización y no estigmatización, para luego dar lugar a propuestas concretas que brinden herramientas para la prevención de las afecciones a la salud mental.

En un año signado por la crisis – cambios - (en sus distintas esferas y acepciones), entiendo que no podemos tener como norte “volver a la normalidad”, claramente, es momento de abordar las cuestiones propias de nuestros tiempos y trabajar por la mejora del bienestar de los y las auxiliares de la justicia, cumpliendo el mandato legal que referí al comienzo, pero sabiendo que, una abogacía saludable contribuye, sin hesitación, a un mejor servicio de justicia para la ciudadanía.

#### **5. Propuesta.**

Encomendar al Consejo Superior del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires a que arbitre los medios necesarios, para poner en conocimiento de este instituto a las

---

<sup>19</sup>Circular N° 6748 del COLPROBA. Link: <https://colproba.org.ar/j/wp-content/uploads/2020/02/CIRC6748200214-ESTUDIO-JURIDICO.pdf>

<sup>20</sup>Jornadas “Hacia una salud mental con perspectiva de género / Semana de la Salud Mental”, Subsecretaría de la Salud Mental del Ministerio de Salud de la provincia de Buenos Aires, Link: <https://www.youtube.com/watch?v=WCDvY6qdPVw>.

<sup>21</sup>ARTICULO 30º (texto según Ley 11.625): “Potestades del Directorio: La Caja también podrá otorgar, según los regímenes que con carácter general dicte el Directorio, prestaciones como: ...c) Prestaciones e inversiones que sirvan a otros aspectos de la solidaridad o que tiendan al mejoramiento de las condiciones de vida y bienestar de los abogados y de su actuación profesional, y en general cualquiera otra forma de ayuda.

Comisiones que crea oportuno, como así también a la Federación Argentina de Colegios de Abogados y a la Caja de la Abogacía para articular en conjunto acciones en concreto para visibilizar y tratar esta cuestión.-

~

# El crowdfunding: origen y necesidad de regular el fenómeno

Por Irene Bruzón Cid<sup>1</sup>

**Sumario: I.- El crowdfunding: origen y necesidad de legislar el fenómeno. II.- Panorama General de algunas regulaciones nacionales dentro de la Unión Europea. III.- La Ley española de Fomento de Financiación empresarial. IV.- El nuevo Reglamento Europeo. V.- Conclusiones.**

**I.- El crowdfunding: origen y necesidad de regular el fenómeno.** Podemos definir el crowdfunding como una fórmula alternativa de financiación<sup>2</sup> respecto a los métodos tradicionales, que eran generalmente de índole bancaria, resultado de la convergencia de dos factores principales: el tecnológico y el social<sup>3</sup>. Este nuevo sistema de financiación surge, entre otros motivos, por la crisis de la que fue protagonista el mercado financiero: el acceso al crédito sufrió una grave contracción que tuvo como consecuencia la paralización de las fuentes de financiación. De este modo se concretaba la necesidad de parar o reducir la dependencia de la intermediación financiera, que se demostraba insuficiente, para dar cabida al desarrollo exponencial de esta forma alternativa de financiación<sup>4</sup>.

Esta tipología de financiación<sup>5</sup>, que se lleva a cabo en entornos digitales cerrados<sup>6</sup>, puede albergar distintas formas<sup>7</sup> en virtud del tipo de contraprestación que reciban los inversores de fondos de cada proyecto, por lo tanto su clasificación no depende del tipo de proyecto que vaya a ser financiado. Entre ellas encontramos el crowdfunding de donación, de recompensa, de préstamo o de inversión<sup>8</sup>. No obstante, serán de nuestro interés solamente las financiaciones de carácter lucrativo.

Por lo tanto, a grandes rasgos estamos ante una puesta en común de recursos de financiación para apoyar proyectos iniciados por terceros<sup>9</sup>. Es decir, los particulares de manera

---

<sup>1</sup> Doctorado Internacional en Derecho del Consumo (sobresaliente cum laude) Universidad de Perugia, Italia Universidad de la República (Udelar), Uruguay Universidad de Salamanca. Laurea Magistrale in Giurisprudenza

Universidad de Camerino, Italia. Grado en Derecho Universidad Carlos III

<sup>2</sup> El Considerando n.4 del Reglamento (UE) 2020/1503, señala que el crowdfunding, además de suponer una fuente alternativa de financiación, incluida la inversión en capital, puede ofrecer otros beneficios a las empresas, como validar la idea de negocio, dar a los empresarios acceso a un gran número de personas que aporten puntos de vista e información y ser una herramienta publicitaria.

<sup>3</sup> MARTÍN, Rebeca Carpi. " Crowdfunding" en Europa: el difícil equilibrio entre regulación y mercado. *Revista de responsabilidad social de la empresa*, 2017, 25: 137-160.

<sup>4</sup> BEST, J.; SHERWOOD, N.; JONES, D, How Crowdfund Investing Helps Solve Three Pressing Socioeconomic Challenges, Crowdfund Capital Advisors, pp. 3-5

<sup>5</sup> DE LAS HERAS BALLELL, Rodríguez. El crowdfunding: una forma de financiación colectiva, colaborativa y participativa de proyectos. *Revista Pensar en Derecho*. N<sup>o</sup>3, 2013, 2: 101-123.

<sup>6</sup> DE LAS HERAS BALLELL, Teresa Rodríguez. *El régimen jurídico de los mercados electrónicos cerrados (emarketplaces)*. 2005. PhD Thesis. Universidad Carlos III de Madrid.

<sup>7</sup> Sobre los distintos tipos de crowdfunding recomendamos PREVIATI, Daniele; GALLOPPO, Giuseppe; SALUSTRI, Andrea. Crowdfunding en la Unión Europea: factores impulsores y atractivo. *Papeles de economía española*, 2015, 146: 104.

<sup>8</sup> Otra tipología emergente, pero con menos eco en este escenario es el **crowdfactoring, conocido también como factoring colectivo** o *Invoice Trading* y sirve a las empresas como forma alternativa de descontar pagarés

<sup>9</sup> ALVAREZ-ROYO VILANOVA, Segismundo; "La propuesta de regulación de la inversión en masa o equity crowdfunding" en *Diario La Ley*, n<sup>o</sup> 8320, 2013, p.4.

voluntaria, con sus aportaciones financian medianas o pequeñas actividades empresariales, participando a veces en proyectos culturales o sociales<sup>10</sup>.

Aunque no existen cifras completamente precisas, según la encuesta realizada a 255 plataformas europeas en 27 países, se recaudaron, incluyendo la modalidad de las financiaciones benéficas, un total de 5.431 millones en 2015<sup>11</sup>.

En el mercado de Estados Unidos, por otra parte, se situó en 11.560 millones de dólares el total de financiación generada a través de plataformas de crowdfunding en 2014, con una tasa de crecimiento del 163% respecto al año anterior, y en España por ejemplo, en 2019 se recaudaron más de 200 millones de euros, demostrando un ritmo de crecimiento del 25% anual.

Como podemos apreciar, era necesario por la embergadura del fenómeno, por la rapidez de su desarrollo, por el escenario en el que tiene lugar y porque se trata de operaciones que no quedan exentas de riesgos, una regulación por parte del legislador que se encargase de garantizar la estabilidad del mercado financiero, protegiendo a los nuevos operadores que en él actúan.

## **II.- Panorama General de algunas regulaciones nacionales dentro de la Unión Europea.**

La inminente exigencia de legislar la materia, debido a, como hemos dicho, la velocidad de su expansión, no ha dejado indiferentes a los distintos Estados Miembro de la Unión, que han sabido reaccionar, y me atrevo a decir, a tiempo.

Italia fue el primer país de Europa en aprobar su regulación<sup>12</sup>, aunque contemple sólo uno de los posibles tipos de crowdfunding, el de capital o inversión, dejando fuera de la normativa específica, y por tanto sin especiales adaptaciones más allá del régimen contractual general, al crowdlending, al donation-based y al reward-based crowdfunding. El legislador italiano aprobó el 18 de octubre de 2012 el Decreto Ley 179/2012 (conocido como Decreto di crescita bis). Se trata de una norma bastante criticada<sup>13</sup> debido a la rigidez de su perfil subjetivo que se limita a Start-ups y PMI (Piccole e medie imprese), que deben además cumplir con unos requisitos específicos de innovación. En términos generales, el reproche que puede realizarse es que quizás un enfoque más técnico-financiero en lugar de la línea jurídico-dogmática por la que han optado, habría sido más apropiado.

Reino Unido<sup>14</sup> es, con diferencia, el país europeo en el que más actividad de crowdfunding se produce, y también en el que más rápidamente crece el mercado y se diversifican los modelos de financiación. La regulación inglesa se caracteriza por centrarse en la lógica del objeto regulado, sus riesgos y sus ventajas económicas reales desde un punto de vista

---

<sup>10</sup> CLAVIJO, Sandra Camacho. El crowdfunding: régimen jurídico de la financiación participativa en la Ley 5/2015 de fomento de la financiación empresarial. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2016, 17, p.87 y ss.

<sup>11</sup> informe sobre el mercado europeo publicado por el CAF (Centre For Alternative Finance) de la Universidad de Cambridge (Judge Business School), elaborado por Zhang, B., Wardrop, R, Ziegler, T., Lui, A., Burton, J., James, A., y Garvey, K.; Sustaining momentum. The 2nd alternative finance industry report, Septiembre 2016, p. 24 (accesible en [http://www.jbs.cam.ac.uk/fileadmin/user\\_upload/research/centres/alternative-finance/downloads/2016-european-alternative-finance-report-sustaining-momentum.pdf](http://www.jbs.cam.ac.uk/fileadmin/user_upload/research/centres/alternative-finance/downloads/2016-european-alternative-finance-report-sustaining-momentum.pdf)).

<sup>12</sup> Se aprobó el 18 de octubre de 2012 el Decreto Ley 179/2012 (conocido como *Decreto di crescita bis*), convertido en ley el 17 de diciembre de ese mismo año.

<sup>13</sup> Entre otros, Laudonio, A., “La folla e l’impresa: prime riflessioni” en *L’Impresa e il diritto commerciale: innovazione, creazione di valore, salvaguardia del valore nella crisi*. V Congreso Annuale dell’Associazione Italiana dei Professori Universitari di Diritto Commerciale “Orizzonti del Diritto Commerciale”, Roma, 201

<sup>14</sup> Wardrop, R., y Ziegler, T., “A case of regulatory evolution – A Review of the UK Financial Conduct Authority’s Approach to Crowdfunding”, CESifo DICE REPORT. *Journal for Institutional Comparisons*, 2016, vol. 14, num. 2, pp. 23-32

más práctico que teórico<sup>15</sup>. Sus cifras alcanzaban casi  $\frac{3}{4}$  partes del total de lo recaudado en toda la UE durante el año 2015, llegando a los 3.200 millones de libras esterlinas<sup>16</sup>.

Francia es el país europeo que recauda mayor volumen a través de crowdfunding<sup>17</sup>, con una cifra de 154 millones de euros en el año 2014 y de 318 millones en 2015. En Francia se aprobó una regulación específica para crowdfunding el 30 de mayo de 2014<sup>18</sup> que se fijaba como uno de sus objetivos principales consolidar el régimen aplicable a las plataformas de crowdfunding, o en francés el denominado "financement participatif", (término también adoptado por España), intentando ofrecer mayor seguridad jurídica a quienes pretendan acceder a estas nuevas fórmulas financieras, generando al mismo tiempo confianza en el sector y en el mercado.

España es el quinto país de la UE en volumen de recaudación. Sin embargo, se distingue de los ejemplos anteriores por el siguiente hecho: en el resto de Europa la gran parte de la financiación tiene lugar a través de préstamos a consumidores, mientras que en España los protagonistas son los préstamos a empresas.

En cualquier caso, la regulación española se aprobó en el año 2015, y es la que analizamos brevemente a continuación.

**III.- La Ley española de Fomento de Financiación empresarial.** El 27 de abril de 2015 fue aprobada por las Cortes Generales la Ley 5/2015, de fomento de la financiación empresarial. Ésta, en su Título V, en concreto, desde el art.46 al 93, regula el "Régimen Jurídico de las Plataformas de Financiación Participativa".

Su principal objetivo, y digamos también motivo de promulgación, es como su propio nombre indica, el de facilitar el acceso a la financiación, sobre todo, a las pequeñas y medianas empresas.

Dentro de este objetivo general se incluye el de facilitar el acceso a la microfinanciación colectiva a través de plataformas on line que la ley denomina, siguiendo el ejemplo francés, "plataformas de financiación participativa". No obstante, la LFFE, no nace con la pretensión de regular integral y exclusivamente el fenómeno del crowdfunding, sino que se limita por ahora a establecer un régimen jurídico específico para las Plataformas en las que efectivamente se lleva a cabo el crowdfunding<sup>19</sup>.

A la norma se le pueden realizar dos críticas principales: la primera, en cuanto a la terminología utilizada tanto en su preámbulo, como en el título de la propia ley, parece que del mismo modo que el legislador italiano, se limitase a regular el acceso a la microfinanciación colectiva de pequeñas y medianas empresas, sin embargo en nuestra Ley sí se hace referencia a la posibilidad de obtener financiación para proyectos formativos o de consumo, es decir, considera al consumidor como sujeto financiado.

La segunda crítica y a mi juicio, la más relevante, es que el legislador español haya regulado de manera conjunta inversiones y préstamos, puesto que se trata de dos operaciones que aunque efectivamente tengan lugar en el seno de una plataforma online, podría decirse que es lo único que comparten, puesto que se trata de tipologías de contratos distintas, que generan por ende relaciones jurídicas diversas, y consecuentemente riesgos diferentes.

---

<sup>15</sup> MARTÍN, Rebeca Carpi. " Crowdfunding" en Europa: el difícil equilibrio entre regulación y mercado. *Revista de responsabilidad social de la empresa*, 2017,p.13

<sup>16</sup> CESifo DICE REPORT. Journal for Institutional Comparisons, 2016, vol. 14, num. 2, p. 17

<sup>17</sup> Superando a Alemania por un 28%.

<sup>18</sup> Ordonnance n° 2014-559 du 30 mai 2014 relative au financement participatif (accesible en <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000029008408>).

<sup>19</sup> DE LAS HERAS BALLELL, Teresa Rodríguez. La regulación del crowdfunding en España: apuntes sobre el régimen jurídico de las Plataformas de financiación participativa en la ley española de fomento de la financiación empresarial. *Revista crítica de derecho privado*, 2015, 12, p.6.

De la lectura de la norma, podemos afirmar que se encuentra profundamente inspirada en políticas y protocolos propios del sector, caracterizado por la necesidad de supervisión de los mercados financieros. De ahí que se recurra a mecanismos de control del acceso; normas de conducta y a un régimen de supervisión, inspección y sanción<sup>20</sup>.

Además, la LFFE establece un catálogo de servicios obligatorios, de servicios auxiliares y de actividades reservadas a otras entidades que las PFP no podrán ejercer, así como determinar el deber de información que ha de asumir el operador, o detalla las condiciones de participación de las PFP en los proyectos de financiación participativa publicados. De otro lado, la sujeción del ejercicio de la actividad de las PFP a un régimen de autorización y registro, que excluye la posibilidad del ejercicio por éstas de actividades reservadas a las empresas de servicios de inversión y entidades de crédito.

Sin ánimo de excedernos en esta sede, en la que no corresponde realizar un análisis exhaustivo de la regulación, nos limitamos a afirmar que se trata de una arquitectura normativa que no presenta novedades o innovación en comparación con cuanto vigente en otros ordenamientos jurídicos europeos; dando así paso al siguiente epígrafe.

**IV.- El nuevo Reglamento Europeo.** Este mes de noviembre de 2020, entró en vigor el Reglamento (UE) 2020/1503 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de octubre de 2020, relativo a los proveedores europeos de servicios de financiación participativa para empresas.

Lo primero que debemos considerar de este Reglamento es su objetivo de armonizar y homogeneizar cuanto ya estipulado legislativamente por los Estados de la Unión.

Claramente, tiene por objeto fomentar la financiación transfronteriza de las empresas eliminando los obstáculos al funcionamiento del mercado interior sobre financiación participativa, dejando fuera de su ámbito de aplicación por lo tanto los préstamos y créditos a consumidores.

El espíritu de la norma es el de delimitar una serie de obligaciones y deberes comunes a los operadores para cumplir con el objetivo que acabamos de mencionar. Y para permitir a los proveedores de servicios de financiación participativa operar de forma transfronteriza sin tener que hacer frente a la divergencia entre normas, y facilitar así que inversores de diferentes Estados miembros financien proyectos en toda la Unión, los Estados miembros no pueden imponer requisitos adicionales a aquellos proveedores de servicios de financiación participativa que estén autorizados en virtud del presente Reglamento.

Además, algunos de los pilares fundamentales en los que se asienta la norma son: en primer lugar la necesidad de garantizar que los clientes entiendan claramente la naturaleza de los servicios de financiación participativa y los riesgos, los costes y las cargas relacionados con dichos servicios, y por ello, los proveedores deben facilitarles información imparcial, clara y no engañosa<sup>21</sup>

En segundo lugar, la distinción entre inversores experimentados y no experimentados<sup>22</sup>. Éstos últimos son los más expuestos a los riesgos de las operaciones debido

---

<sup>20</sup> La entidad competente en este sentido es la Comisión Nacional del Mercado de Valores, con la colaboración del Banco de España.

<sup>21</sup> Así establecido en el Considerando n.39 de la normal. En cualquier caso, habrá que especifica en cada caso qué es información imparcial, clara y no engañosa, sirviéndonos de la remisión a otras Directivas y Reglamentos europeos.

<sup>22</sup> La definición la encontramos en el art.2, j)y k), en virtud del cual por inversor experimentado se entiende

cualquier persona física o jurídica que sea un cliente profesional en virtud del anexo II, sección I, puntos 1, 2, 3 o 4, de la Directiva 2014/65/UE o cualquier persona física o jurídica que disponga de la aprobación del proveedor de servicios de financiación participativa para ser tratada como inversor experimentado de conformidad con los criterios y el procedimiento establecidos en el anexo II del presente Reglamento. Mientras que par definir a un inversor no experimentado se limita al criterio de la exclusión, afirmando que será todos aquellos que no se consideren un

al desequilibrio que sufren en cuanto a información, es por ello que para garantizar que los inversores no experimentados potenciales comprendan cuál es el nivel de riesgos aparejado a las inversiones de financiación participativa, debe exigirse a los proveedores de financiación participativa que lleven a cabo una prueba inicial de conocimientos a los inversores no experimentados potenciales con el fin de determinar su comprensión acerca de tales inversiones. Se trata de un intercambio de información entre las partes, y parece que siguiendo la línea característica del legislador europeo, la información sigue siendo el instrumento más importante para proteger o garantizar seguridad jurídica a los clientes<sup>23</sup>.

Los proveedores de servicios de financiación participativa deben advertir expresamente a los inversores no experimentados potenciales, que no tienen conocimientos, capacidades ni experiencia suficientes, que los servicios de financiación participativa pueden ser inadecuados para ellos<sup>24</sup>.

En tercer lugar, determinados instrumentos admitidos para la financiación participativa están sujetos en algunos Estados miembros a la legislación nacional que regula su negociabilidad, como el requisito de que la negociación sea autenticada ante notario. El presente Reglamento debe aplicarse sin perjuicio de la legislación nacional que regule la negociación de dichos instrumentos<sup>25</sup>.

Por último, el legislador ha creído oportuno imponer, en interés de una protección eficaz de los inversores y del establecimiento de un mecanismo de disciplina de mercado, un umbral para el importe total de las ofertas de financiación participativa que puede realizar un determinado promotor del proyecto, y dicho importe máximo debe fijarse en 5 000 000 EUR, que es el umbral que utiliza la mayoría de Estados miembros.

Me permito además en esta sede referirme al régimen sancionador administrativo establecido por el Reglamento, a tenor del cual, sin perjuicio de las facultades en materia de supervisión e investigación conferidas a las autoridades competentes en virtud del artículo 3 y del derecho de los Estados miembros a establecer e imponer sanciones penales, los Estados miembros, de conformidad con su Derecho nacional, velarán por que las autoridades competentes estén facultadas para imponer sanciones administrativas y adoptar otras medidas administrativas apropiadas, que serán efectivas, proporcionadas y disuasorias.

**V.- Conclusiones.** La tardía regulación europea en materia, tras cuanto descrito hasta ahora en los párrafos anteriores, no ha supuesto una repercusión de gran impacto en el panorama de la Unión, limitándose a introducir unas directrices de actuación, la distinción de los distintos operadores en el sector, y algunos requisitos para lograr el fomento de la financiación transfronteriza.

Si bien es cierto, que es de agradecer su preocupación por estipular detalladamente un régimen sancionador, aunque sea de índole administrativo. Podría, como en tantas otras ocasiones lo ha hecho el legislador europeo, dejar un vacío legal en cuanto a la tutela postcontractual de las partes, sobre todo de aquellas más débiles en la relación negocial.

La preocupación por los riesgos que lo acompañan, no han sido aún completamente delimitados ni abordados, pero abarcando cuestiones tan diversas como el blanqueo de capitales, los derechos de propiedad intelectual o la adecuada protección de los consumidores e inversores, parece lógico considerar la tutela desde un punto de vista global, siendo conscientes de la transversalidad de la materia.

---

inversor experimentado.

<sup>23</sup> De hecho, en el Capítulo VI del Reglamento, referido a la Protección del inversor, el primer artículo, ( el 19) está dedicado a la información a clientes.

<sup>24</sup> Cdo.n.43 del Reglamento.

<sup>25</sup> Cdo. n. 14 de la norma

A pesar de ello, la decisión de regular la materia a nivel europeo responde a una exigencia, puesto que una regulación nacional demasiado desigual y fragmentada no podía continuar creciendo dado que la proliferación normativa convertiría la armonización en una tarea imposible.

**Se propone:** La posible regulación jurídica específica del crowdfunding en Argentina debe buscar no sobrecargar innecesariamente de obstáculos las operaciones de ese tipo, debido a la ya muy alta complejidad y por otro, asegurar la protección de los derechos de los participantes, teniendo siempre presente el riesgo sistémico del mercado de la financiación.

~

## **El decreto 329/2020 y sus prórrogas. Cuestiones prácticas**

COMISIÓN DE DERECHO LABORAL.

Por Maria Paula Ochoa. Colegio de Abogados de Bahía Blanca.

### **I.- INTRODUCCIÓN.**

El DNU 329/2020 dictado por el Presidente de la Nación Argentina en Acuerdo General de Ministros, se encuentra vigente desde el 31/03/2020, y fue prorrogada su vigencia por el DNU 487/20, el DNU 624/20, el DNU 761/20, y finalmente mediante DNU 891/20 hasta el 24 de enero de 2021.-

Establece que durante su vigencia se encuentran prohibidos los despidos sin justa causa y por las causales de falta o disminución de trabajo y fuerza mayor. Del mismo modo, prohíbe las suspensiones por las causales de fuerza mayor o falta o disminución de trabajo por el plazo. En caso de incumplimiento, sanciona a los despidos y las suspensiones que se dispongan en violación a la prohibición establecida, que no producirán efecto alguno, manteniéndose vigentes las relaciones laborales existentes y sus condiciones actuales.

Entre los distintos aspectos de la aplicación del mencionado DNU y sus prórrogas, se encuentra controvertida: i.- su constitucionalidad; ii.- que vía judicial resulta ser la más idónea a los fines de dar cumplimiento a lo dispuesto y proteger efectivamente los derechos laborales vulnerados; iii.- si resulta procedente o no la medida cautelar *inaudita parte*, iv.- y finalmente si existe analogía posible con el DNU 34/19, el cual fue dictado en diciembre de 2019, estableciendo un incremento indemnizatorio a los despidos posteriores a su entrada en vigencia respecto a las relaciones laborales anteriores a su entrada en vigencia.

### **II.- DESARROLLO**

#### **II.1.- DE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL DNU 329/20 Y SUS RESPECTIVAS PRÓRROGAS.**

Que el dictado de los DNU bajo análisis fue efectuado conforme los términos del art. 99 inc. 1º y 3º de la Constitución Nacional.-

Que la materia legislada versa sobre la emergencia ocupacional y de empleabilidad, no tratando sobre cuestiones expresamente excluidas por la Constitución Nacional (penal, tributaria, electoral o de régimen de partidos políticos); en este punto, ningún cuestionamiento ni reproche constitucional le corresponde a los DNU en cuestión.

Que según el art. 6º del DNU 329/20 se comunicó de la medida adoptada a la Comisión Bicameral permanente del Congreso de La Nación, conforme lo dispuesto por la ley 26.122, la cual dictaminó en fecha 29/04/2020 en favor de una serie de DNU firmados por el Presidente de la Nación, en el marco de la emergencia sanitaria por la pandemia de Covid-19 que nos encontramos atravesando.

El Presidente de la Comisión Bicameral Permanente de Trámite Legislativo, Marcos Cleri (Frente de Todos), destacó que "*se trabajó de forma remota en función de la construcción del diálogo para avalar las decisiones del Poder Ejecutivo nacional en función de la pandemia*". En nombre de la oposición, el diputado Pablo Tonelli (PRO) reconoció la "*situación excepcional*" en la que se dictaron los decretos de necesidad y urgencia.<sup>1</sup>

A continuación, se detallan los DNU analizados por la bicameral: 1) DNU 260/2020 - Declaración de la emergencia sanitaria por el plazo de un año en relación con el coronavirus Covid 19. 2) DNU 274/2020 - Prohibición del ingreso al territorio nacional de personas extranjeras por el plazo de 15 días. 3) DNU 287/2020 - Modificación del DNU 260/2020 para facilitar la compra de insumos. 4) DNU 297/2020 - Declaración del aislamiento social preventivo y obligatorio. 5) DNU 311/2020 - Suspensión de corte en caso de mora o falta de pago de los servicios. 6) DNU 312/2020 - Suspensión de cierre de cuentas bancarias. 7) DNU 313/2020 - Ampliación de los alcances de la prohibición de ingreso al territorio nacional a través de puertos,

<sup>1</sup> HCDN: Honorable Cámara de Diputados de la Nación, (2020). Recuperado de [https://www.diputados.gov.ar/prensa/noticias/noticias-podio/noticias\\_1268.html](https://www.diputados.gov.ar/prensa/noticias/noticias-podio/noticias_1268.html)

aeropuertos, pasos internacionales, centros de frontera y cualquier otro punto de acceso. 8) DNU 316/2020 - Prórroga del plazo para acogerse al Régimen de Regularización de Deudas. 9) DNU 319/2020 - Congelamiento de las cuotas de créditos hipotecarios. 10) DNU 320/2020 - Congelamiento de los alquileres en virtud de la emergencia pública. 11) DNU 325/2020 - Extensión hasta el 12 de abril del aislamiento social preventivo y obligatorio. 12) DNU 326/2020 - Creación de un Fondo de Afectación Específica con el objeto de otorgar garantías para facilitar el acceso a préstamos para capital de trabajo, por parte de las MiPyMEs. 13) DNU 329/2020 - Prohibición de despidos y suspensión de personal por 60 días. 14) DNU 331/2020 - Prórroga hasta el 12 de abril inclusive de la prohibición de ingreso al territorio nacional de personas extranjeras no residentes en el país. 15) DNU 332/2020 - Creación del Programa de Asistencia de Emergencia al Trabajo y la Producción. 16) DNU 347/2020 Creación del Comité de Evaluación y Monitoreo del Programa de Asistencia de Emergencia al Trabajo y la Producción. 17) DNU 355/2020 - Prórroga del aislamiento social preventivo y obligatorio hasta el día 26 de abril de 2020 inclusive. 18) DNU 365/2020 - Cierre de fronteras hasta el día 26 de abril de 2020 inclusive. 19) DNU 367/2020 - Establece que el Covid-19 es una enfermedad de carácter profesional no listada. 20) DNU 376/2020 - Ampliación de los sujetos alcanzados y los beneficios comprendidos en el Programa de Asistencia de Emergencia al Trabajo y la Producción.<sup>2</sup>

Que respecto de los requisitos sustanciales:

- La necesidad se fundamenta en la situación de grave riesgo social -emergencia-, lo que marca la excepcionalidad de esta delegación legislativa (art. 76 C.N.), emitida dentro del ámbito temporal de la emergencia sanitaria delineada por la ley 27.541 que en su art. 1° reza "*Declárase la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social, y deléganse en el Poder Ejecutivo nacional, las facultades comprendidas en la presente ley en los términos del artículo 76 de la Constitución Nacional, con arreglo a las bases de delegación establecidas en el artículo 2°, hasta el 31 de diciembre de 2020*".-

- La urgencia encuentra su fundamento en la imposibilidad de seguir los trámites ordinarios para lograr su tratamiento por el Congreso de la Nación.-

El DNU 329/20 y sus prórrogas resultan plenamente razonables, pues *la medida excede la mera conveniencia política, reposando en inexcusables principios de justicia social y en la ponderada estimación de las condiciones económicas sociales propias de la situación de real y manifiesta emergencia en la cual se dictó*.<sup>3</sup>

Asimismo, Bidart Campos, especificó que los vocablos necesidad y urgencia califican una situación que excede del voluntarismo subjetivista del Presidente de la República y que descarta cualquier apremio basado en su mero interés o conveniencia.-<sup>4</sup>

Igualmente, el DNU en cuestión, ha sido atacado de inconstitucional fundándose en que el mismo violaría el derecho de propiedad privada de los empleadores, obligándolos a mantener empleados, imponiéndole a las empresas la carga de poner los medios económicos a disposición de los trabajadores en detrimento de su propiedad.

Que, como ya fue expresado en los mismos considerandos de la norma, previo a su dictado se establecieron una serie de medidas con el objetivo ayudar a las empresas a sobrellevar los efectos de la emergencia, entre ellas:

---

<sup>2</sup> HCDN: Honorable Cámara de Diputados de la Nación, (2020). Recuperado de [https://www.diputados.gov.ar/prensa/noticias/noticias-podio/noticias\\_1268.html](https://www.diputados.gov.ar/prensa/noticias/noticias-podio/noticias_1268.html)

<sup>3</sup> Tula, Diego J. "Preguntas prácticas (y sus respuestas) sobre los alcances de la prohibición de despedir en forma incausada y por fuerza mayor y falta o disminución de trabajo impuesta por el DNU 329/2020" en "Revista de Derecho Laboral. El impacto del coronavirus en las relaciones laborales" Directores: Machado, José Daniel y Arese, César, Editorial: Rubinzal Culzoni, 2020, p. 9. (Cita: RC D 1576/2020).

<sup>4</sup>Bidart Campos, Germán J., en "*Manual de la constitución Reformada*", Editorial: Ediar, 1997, T. III, pág. 252, nro. 40).

- la postergación o disminución de diversas obligaciones tributarias y de la seguridad social;
- la asistencia mediante programas específicos de transferencias de ingresos para contribuir al pago de los salarios y la modificación de procedimientos para el acceso a estos beneficios;

Todo ello, en función de la gravedad de la situación del sector y del tamaño de la empresa. Asimismo, se han dispuesto garantías públicas con el fin de facilitar el acceso al crédito de micro, medianas y pequeñas empresas (MiPyMES).

Por lo tanto, corresponde tutelar en forma directa a los trabajadores en este contexto de emergencia, ya que esta crisis excepcional conlleva la necesidad de adoptar medidas que aseguren a los trabajadores que esta situación de emergencia no les hará perder sus puestos de trabajo, pues el desempleo conlleva a la marginalidad de la población.<sup>5</sup>

Es por ello que, no existe tacha de inconstitucionalidad posible respecto al DNU 329/20 y sus prórrogas, por encontrarse reunidos los requisitos establecidos en el art. 99 inc. 1º y 3º de la Constitución Nacional, y las normas que lo regulan, para su sanción; y por no implicar una vulneración de derechos constitucionales respecto de los empleadores (derecho de propiedad), a quienes se les otorgaron medidas para sobrellevar los efectos de la emergencia, sin dejar en situación de desempleo y marginalidad a los trabajadores.

## **II.2.- VIA JUDICIAL MAS IDONEA:**

### **II.2.i.- ACCION DE AMPARO:**

El art. 43 de la Constitución Nacional dispone: *“Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.”.*

Del mismo modo el art. 20 inc. 2 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, establece: *“2- La garantía de Amparo podrá ser ejercida por el Estado en sentido lato o por particulares, cuando por cualquier acto, hecho, decisión u omisión proveniente de autoridad pública o de persona privada, se lesione o amenace, en forma actual o inminente con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, el ejercicio de los derechos constitucionales individuales y colectivos. El Amparo procederá ante cualquier juez siempre que no pudieren utilizarse, por la naturaleza del caso, los remedios ordinarios sin daño grave o irreparable y no procediese la garantía de Habeas Corpus.”.*

La acción de amparo ante un despido dispuesto en violación al DNU 329/20 y sus respectivas prórrogas, a los fines del restablecimiento del trabajador a su puesto de trabajo con todas las obligaciones registrales y salariales que tal hecho conlleva, resulta procedente ya que se dan todos los requisitos dispuestos por el artículo 43 de la Constitución Nacional y por el art. 20 inc. 2 de la Constitución de la Provincia de Bs. As.:

#### **1) Acto lesivo de arbitrariedad e ilegalidad manifiesta:**

Configurado un despido dispuesto en violación de las disposiciones del DNU N° 329/2020 y sus respectivas prórrogas, existe un acto lesivo de derechos constitucionales especialmente tutelados por la manda suprema.

Ante un despido en tales términos nos encontramos ante un acto emanado de un particular, que lesiona en forma actual y directa, con arbitrariedad e ilegalidad manifiesta, los derechos del trabajador despedido en violación del DNU 329/20 y sus prórrogas, reconocidos por la Constitución Nacional (art. 14 bis), la Constitución de la Provincia de Buenos Aires (art. 39), los tratados internacionales y todo el plexo normativo que de estas normas se desprenden.-

---

<sup>5</sup> DNU 329/20: Prohibición despidos. Considerandos 5º, 6º y 7º. Publicado en el Boletín Oficial en fecha 31/03/2020. Argentina.

## 2) Daño actual e inminente de los derechos subjetivos tutelados:

Que la lesión subjetiva ante un despido en violación a lo dispuesto por el DNU 329/20 y sus prórrogas, en el contexto de pandemia Covid-19 que nos encontramos atravesando, resulta claramente actual, puesto que pone en real y efectivo peligro el pleno ejercicio y goce de los derechos laborales de los trabajadores (art. 14 y 14 bis CN y art. 27 y 39 CProv.).

Como consecuencia de la conducta ilícita de la parte empleadora, se torna urgente e imperiosa la intervención judicial en procura de restablecer el pleno ejercicio de los derechos vulnerados por el acto lesivo en crisis.

El bien jurídico a proteger es la conservación y preservación del empleo, asegurándole al trabajador el goce íntegro de la remuneración, el mantenimiento de la paz social, evitando los perjuicios directos que causa el desempleo, garantizando así, el derecho de toda persona a trabajar en condiciones dignas y equitativas de trabajo, a la protección contra el despido arbitrario, al bienestar, a la remuneración y al salario mínimo, vital y móvil.-

3) Derechos vulnerados: son aquellos derivados de la Constitución Nacional (Art. 14, 14 bis y 75 inc. 22) y los Tratados Internacionales con Jerarquía Constitucional, Constitución Provincial (art. 27 y 39), resoluciones de la OIT, la OMS, la LCT, DNU 329/2020 y sus respectivas prórrogas; DNU 260/2020, 297/2020.-

## 4) Inexistencia de otros recursos:

Resulta procedente el amparo como remedio procesal, primero, porque la sola conducta lesiva de la parte empleadora y los constitucionales derechos conculcados habilitan la interposición del mismo; y segundo, teniendo en cuenta la urgencia y la necesidad de tratamiento, resulta el presente recurso la única vía judicial que garantice la protección efectiva de los derechos, evitando perjuicios irreparables.

Nuestra Corte Suprema de Justicia tiene resuelto que el amparo es el procedimiento judicial más simple y breve para tutelar real y verdaderamente los derechos consagrados en la ley fundamental, en este sentido la Corte ha dicho reiteradamente que tiene por objeto una efectiva protección de derechos y ha explicitado la imprescindible necesidad de ejercer esa vía excepcional para la salvaguarda de los mismos.<sup>6</sup>

La comprobación de la ilegalidad manifiesta, y la consecuente lesión de los derechos constitucionales, requieren de una actividad probatoria mínima y elemental y no un debate que exceda de los límites del amparo.<sup>7</sup>

En consecuencia, para arribar a una sentencia que se pronuncie sobre la procedencia de la reincorporación al puesto de trabajo como consecuencia de un despido dispuesto en contravención del DNU 329/20 y sus prórrogas, el procedimiento de la acción de amparo resulta suficiente y adecuado, para garantizar la defensa en juicio de las partes en el marco de un proceso justo.

Contra la viabilidad del presente remedio procesal planteado se ha manifestado que la vía ordinaria resultaría de mayor idoneidad.

Así, en los autos “Cárdenas Moreira, Gabriel Alejandro S/ Acción De Amparo”, N° de Expediente: 29439<sup>8</sup>, se manifestó lo siguiente:

*“El art. 20 inc. 2 de nuestro texto constitucional local instituye, en lo que aquí interesa, que la acción de amparo procederá siempre que no pudieran utilizarse, por la naturaleza del caso, los remedios ordinarios sin daño grave o irreparable.”... “Lo señalado, enviste a la acción de amparo como acción residual, lo que conduce a la necesidad de examinar a los fines de su*

<sup>6</sup> “Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta c/ Ministerio de Salud - Estado Nacional s/ acción de amparo - medida cautelar” CSJN, 18/12/2003, considerando VII, párrafo 1 del dictamen del Procurador General.

<sup>7</sup> “ADECUA asociación de los Consumidores y Usuarios c/ Poder Ejecutivo y otro s/ amparo” Expediente N° 449/06, Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo de Feria con asiento en San Martín, 25/01/2006.

<sup>8</sup> “Cárdenas Moreira, Gabriel Alejandro S/ Acción De Amparo”, Expediente N°: 29439, Juzgado de Ejecución Penal Nro. 1 de la ciudad de Bahía Blanca, 2020.

*admisibilidad o procedencia, si existe en el marco de la legislación vigente una vía rápida y eficaz distinta al amparo pero que permita obtener el mismo efecto sin daño grave e irreparable, para dirimir la pretensión del accionante.” ... “Así, entiendo que no se puede negar que los conflictos vinculados con el empleo, deben ser competencia de la Justicia del Trabajo, en tanto es la rama especializada precisamente en relaciones en las que rige el orden laboral y que cuenta con magistrados formados en los principios del derecho del trabajo, y además con normas de procedimiento que receptan los requerimientos del principio protectorio también en la norma adjetiva.” ... “la pretensión que el amparista de que se declare la nulidad del despido comunicado por la razón social accionada y la inmediata reinstalación del nombrado en su puesto de trabajo en las mismas condiciones y modalidades contractuales que se venía desarrollando pueden ser canalizadas a través de otras vías legales ordinarias y fueros competentes que resultan más idóneas que la excepcional acción de amparo”.*

Lo cierto es que, en el caso mencionado, el magistrado desconoce su propia competencia, establecida en el Art. 3° de la Ley 13.928, el que establece que: *“En la acción de amparo será competente cualquier Juez o Tribunal letrado de primera o única instancia con competencia en el lugar donde el hecho, acto u omisión cuestionados tuviere o hubiese de tener efectos.”*. Razón por la cual no puede delegar injustificadamente a la Justicia del Trabajo una cuestión puesta a su conocimiento, conforme la normativa procesal vigente.

Asimismo, fundamenta su medida sosteniendo que la acción de amparo procederá siempre que no pudieran utilizarse, por la naturaleza del caso, los remedios ordinarios sin daño grave o irreparable. El daño que se produce a través del desempleo y la marginalidad que ello conlleva en el presente contexto de pandemia Covid-19 que nos encontramos atravesando, resulta a todas luces grave e irreparable. Afirma que la acción de amparo es residual y no indica cual resultaría el remedio procesal más idóneo, refiriendo genérica y abstractamente que las pretensiones del amparista *“pueden ser canalizadas a través de otras vías legales ordinarias”* sin indicar cuales serían las mismas. Es dable a destacar que la vía ordinaria implica una dilación que torna abstracta la reparación del derecho vulnerado.

Del mismo modo, en la I.P.P. Nro. 19.333/I caratulada "Crisci, Franco Domingo s/ amparo"<sup>9</sup>, se rechazó la acción intentada con análogos fundamentos.

En la apelación planteada en los autos citados *supra* "Crisci, Franco Domingo s/ amparo", la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal de Bahía Blanca resolvió: *“hacer lugar al recurso de apelación; y en consecuencia, REVOCAR la resolución de fs. 1/4, remitiendo las actuaciones a la instancia de grado a fin de que se sustancie la demanda en los términos del art. 10 de la ley 13.928 y se de tratamiento a la medida cautelar solicitada, en los términos del artículo 9 de la normativa citada (arts. 1, 2 inc. 1ero. -a contrario-, 3, 8, 9, 10, 16 inc. 1° y 17 de la ley 13.928).”*.

Los fundamentos esgrimidos por la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal de Bahía Blanca, a los fines de dilucidar la viabilidad e idoneidad de la acción de amparo intentada fueron los siguientes:

- *“el recurso en trato resulta admisible, por cuanto se dirige contra una resolución que rechaza la acción de amparo in limine (arts. 16, inc. 1° y 17 de la ley 13.928).”*.

- *“Las Resoluciones 1358/06 y 1794/06 de la Suprema Corte Provincial, fijan la competencia amplia de los Magistrados -de todos los fueros- para conocer en acciones de amparo, al establecer que “...esta Corte, por vía de superintendencia, ha establecido que es la Receptoría General de Expedientes de cada departamento judicial la encargada de dar ingreso y asignar, por sorteo, entre todos los organismos de primera o única instancia de todos los fueros, las acciones de amparo que se deduzcan a partir de la entrada en vigencia de esta normativa (art. 1, resol. 1358/2006 -texto según resol. 1794/2006-)...” (Causa nro. 123396 del 28/08/2019, en autos caratulados “Rica, Ariel Federico y otros c/ Municipalidad de La Plata s/ Amparo”).”*.

---

<sup>9</sup> "Crisci, Franco Domingo s/ amparo", I.P.P. N° 19.333/I, Juzgado Correccional Nro. 3 de la ciudad de Bahía Blanca, 2020.

- "Así resulta claro el artículo 3 de la ley 13.928 cuando establece que '...en la acción de amparo será competente cualquier Juez o Tribunal letrado de primera o única instancia con competencia en el lugar donde el hecho, acto u omisión cuestionados tuviere o hubiese de tener efectos...'"

- "Y respecto del alcance de la citada normativa, ha dicho el Máximo Tribunal Provincial que "...de acuerdo a lo normado por el artículo 20 inc. 2º, párrafo segundo de la Constitución provincial y las leyes reglamentarias de la garantía del amparo, en esta materia "cualquier juez" resulta competente, motivo por el cual el conocimiento y decisión de la pretensión corresponde al órgano jurisdiccional al que le fue asignada la causa por la Receptoría General de Expedientes (arts. 20, Constitución de la Provincia; 3, ley 13.928 y 1, resol. 1358/06 -texto según resol. 1794/2006). Causa nro. 121424 del 29/11/2017..." (en autos "Rodríguez, Johana Anahí y otros contra Ministerio de Educación de la Provincia de Buenos Aires y otro/a. Amparo)".

- "que "...cabe recordar que el sistema que rige la asignación de expedientes en el marco del proceso constitucional de amparo está instrumentado por las resoluciones de este Tribunal 1358/06 y 1794/06, cuya vigencia fue ratificada por resolución 957/09. Su contenido normativo prescinde de una concreta especialización *ratione materiae* y, en su lugar, se consagra una amplia regla de competencia de forma tal que "cualquier juez" de primera instancia puede válidamente resolver en esta clase de controversias (art. 20 inc. 2, Const. prov.; doctr. causas B. 67.530, "Maciel", resol. de 11-II-2004 y B. 66.059, "Bonetti", resol. de 16-VI-2004)..." (Causa nro. 75.897 del 11/9/2019 "Asoc. civil s/ fines de lucro ctro. cult ( y vec. por siempre Llavallol c/ prop./ usufruc./ habilit. efec. alteraciones inm. Llavallol s/ acción de recomposicion ambiental. --confl. de competencia art. 7º inc. 1º ley 12.008)".

- "la conclusión acerca de la posible existencia de una vía ordinaria como medio procesal más idóneo para dirimir las cuestiones planteadas en la presente, luce como prematura para fundamentar un rechazo "in limine" de la acción, desde que en atención a los derechos que se denuncian como conculcados -a trabajar, expresamente reconocido por nuestra Constitución Nacional (art. 14 y 14 bis), la Constitución de la Provincia de Buenos Aires (art. 27 y 29) y los tratados internacionales ante la posible violación de la demandada de los alcances de los DNU 329/2020 y sus prórrogas dictados por el Poder Ejecutivo Nacional.-, la razón apuntada en el pronunciamiento impugnado no abasteca la expresión dispuesta en el artículo 8º de la ley 13.928: '...si la acción fuese manifiestamente inadmisibles, el juez mediante acto fundado la rechazará sin sustanciación alguna...'".

En suma, las dos cuestiones planteadas respecto a la idoneidad del fuero y la idoneidad de la acción de amparo intentada han sido resueltas por la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal de Bahía Blanca. Respecto a la especificidad del fuero resulta indiscutible la competencia amplia de los Magistrados -de todos los fueros- para conocer en acciones de amparo, todo ello conforme a las Resoluciones 1358/06 y 1794/06 de la Suprema Corte Provincial y el artículo 3 de la ley 13.928. Razón por la cual los magistrados no puede excusarse de resolver debido a la materia de índole laboral planteada en la acción de amparo derivada de la violación al DNU 329/20 y sus prórrogas.

Respecto a la segunda cuestión, en atención a los derechos constitucionales vulnerados, el rechazo *in limine* de la acción de amparo por considerar la posible existencia de una vía ordinaria como medio procesal más idóneo para dirimir las cuestiones planteadas en la acción de amparo, resulta una resolución "prematura" y que no cumple con los requisitos establecidos en el art. 8º de la ley 13.928 para la procedencia de tal rechazo.

## **II.2.ii.- MEDIDA CAUTELAR AUTOSATISFACTIVA:**

Respecto a la viabilidad de este remedio procesal, en primer lugar, es dable a destacar que las medidas autosatisfactivas constituyen una creación pretoriana, que no han sido receptadas aun por la Ley de Procedimiento Laboral 11.653 ni por el Código Procesal Civil de la provincia de Buenos Aires, el que rige supletoriamente en los procesos laborales.

Es por ello que, en ausencia de recepción formal en la legislación provincial, la medida autosatisfactiva solo resultaría viable en forma residual, en caso de que la acción de amparo no resulte procedente, esto es, luego de vencido el plazo de caducidad de 30 días desde ocurrido el hecho lesivo o desde la toma de conocimiento del mismo, para interponer dicha acción, establecido en el art. 5 de la Ley 13.928.

Que la Ley 15.057, la cual establece el nuevo procedimiento laboral en la provincia de Buenos Aires y deroga la Ley 11.653; cuya vigencia conforme su art. 104, se encuentra establecida “a partir del primer día hábil del mes de febrero de 2020”, receptó la medida cautelar autosatisfactiva en sus arts. 21 y 22:

*Art. 21: A pedido de parte, y siempre que se acredite probabilidad cierta de la verosimilitud del reclamo y que sea impostergable prestar tutela inmediata, el Juez, o traslado a la contraria por cinco (5) días, podrá ordenar medidas autosatisfactivas. Contestado el traslado, con el cual deberá acompañarse la prueba respectiva, o vencido el plazo para hacerlo, el Juez se pronunciará dentro del tercer (3) día, concediendo o denegando la medida, excepto que el demandado ofreciese prueba, cuya producción no podrá superar el plazo de diez (10) días.*

*Art. 22: Decretada la medida autosatisfactiva, el demandado podrá interponer recurso de apelación, de manera directa o en subsidio al de revocatoria, dentro del plazo y en la forma prevista en el artículo 75 de la presente. El Juez lo sustanciará en un plazo máximo de cinco (5) días.*

Sin embargo, ha quedado suspendida su aplicación por resolución de la SCBA mediante el Ac. N° 3199/2019, el que establece que las previsiones contenidas en la Ley N° 15.057 no devendrán operativas hasta tanto se produzcan las reformas estructurales que se constituyen en un presupuesto de las mismas.

Mas allá de que su entrada en vigencia se encuentre postergada indefinidamente, corresponde señalar que la recepción realizada establece que de la medida autosatisfactiva, previo al dictado de la misma, se debe dar traslado a la parte contraria por cinco días.

Esta regulación desnaturaliza a la medida autosatisfactiva, la cual resulta un fin en sí misma, al resolver el fondo de la cuestión planteada y obligar a la parte demandada a cumplir la sentencia. Se trata de una acción *inaudita parte*, que requiere la verosimilitud del derecho y que la demora implique la posibilidad de un grave daño irreparable, la cual solo admitiría revisión por medio de un recurso o por una acción ordinaria posterior.

Así lo han regulado las provincias que receptaron expresamente las medidas autosatisfactivas en sus códigos de procedimiento:

- El CPCC de Chaco en su art. 253 inc. D y el CPCC de Formosa en su Art. 232 BIS, establecen: “*Los jueces deberán despachar directamente la medida autosatisfactiva postulada*”.

- El CPCC de La Pampa en su art 305 dispone: “*El Juez se pronunciará con la urgencia que el caso requiera, concediendo o denegando la medida.*”.

- El CPCC de Corrientes en su Art. 787, recepta su sustanciación de la siguiente manera: “*Los Jueces deberán decretar directamente la medida autosatisfactiva peticionada*”.

Es por ello que, que la regulación pretendida en la ley 15.057 -que en un futuro regirá en la provincia de Buenos Aires- resulta deficiente, ya que la naturaleza misma de una acción autosatisfactiva conlleva intrínsecamente una bilateralización postergada, a los fines de evitar que un daño irreparable ocurra por la dilación del proceso.

Volviendo sobre la viabilidad de la medida autosatisfactiva a los fines de la reincorporación de un trabajador despedido en violación a lo dispuesto en el DNU 329/20 y sus prórrogas, a pesar de su falta de recepción expresa en las normas procesales de la provincia de Buenos Aires, su legitimidad tiene apoyo en la ley fundamental pues se emplaza en la garantía de tutela judicial efectiva, de rango constitucional. Ello porque, si la respuesta jurisdiccional se

alcanza cuando lo decidido ya resulta inútil por haber perdido actualidad, se produce desmedro a esa garantía básica.<sup>10</sup>

Respecto al requisito de admisibilidad de la medida autosatisfactiva sobre de existencia de un peligro inminente de sufrir un grave daño irreparable, en el caso de los despidos efectuados en violación del DNU 329/20 y sus prórrogas, se ha resuelto que: *“El peligro inminente de sufrir daño irreparable advertirse claramente por el carácter definitivo de la decisión rupturista patronal, que se perfeccionara en el contexto de la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social dispuesta por la ley 27.541 ampliada mediante el dec. 260/2020, la emergencia ocupacional declarada con el decreto de necesidad y urgencia 34/19 y fundamentalmente en el marco de la medida dispuesta por el decreto 297/2020 que impuso el Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio (ASPO) aún vigente. Es como consecuencia del despido cuya nulidad se pretende el trabajador se encuentra privada de su fuente de ingresos y sin posibilidad de procurarse, en lo inmediato, de un nuevo trabajo”*.<sup>11</sup>

La Justicia Nacional en lo laboral determinó en los autos *“Pragana, Matías c/ Goliardos SRL s/ Medida Cautelar”* Expte. N° 9775/2020 que *“sin perjuicio de señalar que el objeto de la cautelar requerida coincide [...] con el de la cuestión de fondo planteada, implicando la resolución del primero el riesgo de -necesariamente adelantar extemporáneamente la suerte de la segunda, lo cierto es que se encuentran acreditados los recaudos necesarios para la procedencia de la medida intentada. El modo de extinción del contrato se encuentra expresamente vedado en el art. 2° del D.N.U. 329/20”*.<sup>12</sup>

En provincia de Buenos Aires, ante la falta de regulación de la medida autosatisfactiva y la aplicación supletoria del CPCC al proceso laboral, la medida intentada debe regirse por las disposiciones que rigen proceso sumarísimo establecido en el art. 496 del CPCC, conforme lo dispuesto en el art. 321 del CPCC *“Será aplicable el procedimiento establecido en el artículo 496: 1) Cuando se reclamase contra un acto u omisión de un particular que, en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta algún derecho o garantía explícita o implícitamente reconocida por la Constitución Nacional o de esta Provincia, siempre que fuere necesaria la reparación urgente del perjuicio o la cesación inmediata de los efectos del acto, y la cuestión, por su naturaleza, no deba sustanciarse por alguno de los procesos establecidos por este Código u otras leyes.”*

En suma, la viabilidad de la medida autosatisfactiva por no encontrarse expresamente regulada en la provincia de Buenos Aires, resulta residual, luego de transcurrido el plazo de caducidad establecido para interponer la acción de amparo. Su viabilidad depende de la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora, y se debe sustanciar *inaudita parte*, conforme se desarrollará *infra*.

### **II.3.- PROCEDENCIA DE LA MEDIDA CAUTELAR INAUDITA PARTE,**

En las acciones de nulidad de despido dictados en violación del DNU 329/20 y sus prórrogas, y la reincorporación del trabajador a su puesto de trabajo en las condiciones anteriores al hecho lesivo, ya sea mediante acción de amparo o por vía de una medida autosatisfactiva, la medida cautelar a dictarse necesariamente debe realizarse *inaudita parte*, postergando la bilateralidad del proceso.

De lo contrario, se tornarían abstractos los fines de la acción interpuesta y la protección establecida en el DNU en cuestión, dejando al trabajador en una situación de vulnerabilidad,

<sup>10</sup> “Cordón Labrit, Clive Gerardo c/Consolidar ART SA s/medida cautelar”, Expediente N° 914/2010, CNAT Sala VIII, 25/3/2010.

<sup>11</sup> “Espinoza José Alfredo c/ TM SA s/ Autosatisfactiva” Expediente N° 36.894/20. Juzgado Laboral N° 2, Posadas, Misiones, 28/04/2020 (Rubinzal Online; 36894/2020 RC J 1786/20).

<sup>12</sup> “Pragana, Matías c/ Goliardos SRL s/ Medida Cautelar” Expediente N° 9775/2020. Juzgado Nacional del Trabajo N° 20, 24/04/2020, (Cita digital IUSJU000467F).

desempleo y marginalidad, sin una respuesta judicial inmediata a la vulneración de sus derechos laborales.

Contrariamente, se ha sostenido que no se advierten “*elementos que abonen el peligro en la demora invocado, sumado a que existe íntegra coincidencia de la medida cautelar peticionada con el objeto sustancial de la demanda promovida por el recurrente y, que, por tal razón su ejecución preventiva consumiría el proceso en su totalidad, por lo que considero que no corresponde hacer lugar a la medida cautelar solicitada (artículo 9 de la ley 13.928)*”<sup>13</sup>

Que, como ya fue desarrollado *supra*, el objeto de la cautelar coincide con el de la cuestión de fondo planteada, sin embargo, como el modo de extinción del contrato se encuentra expresamente vedado por el D.N.U. 329/20 se encuentran acreditados los recaudos necesarios para la procedencia de la medida intentada.<sup>14</sup>

Así lo ha entendido el Tribunal de Trabajo Nro. 2 del Departamento Judicial de Bahía Blanca, en los autos “Arruti Leandro Fabian C/ Comahue Seguridad Privada Sa S/ Amparo” - Nº de Expediente: 32449, en donde dispuso: “*se resuelve cautelarmente la reinstalación del actor en el término de cuarenta y ocho horas, ordenándose el pago de los salarios devengados desde que tal medida fue dispuesta y hasta la resolución definitiva, acorde con la antigüedad y categoría profesional que surge de los términos de demanda, de cumplimiento inmediato a partir de la notificación del presente resolutorio y bajo apercibimiento de aplicarse astreintes para el caso de incumplimiento.*”.

Del mismo modo el Juzgado Civil y Comercial Nro. 1 del Departamento Judicial de Bahía Blanca, en los autos caratulados “Coronel Pablo Daniel C/ HP Construcciones S.A. S/ Amparo” – Expte. Nro. 113359, dispuso: *intímase a HP CONSTRUCCIONES S.A a que, en el plazo de 48 HORAS de notificada la presente, proceda a la reincorporación a su puesto de trabajo, al Sr. PABLO DANIEL CORONEL DNI 27.643.570, retrotrayendo la situación fáctica existente al 2/7/2020, con todos las obligaciones registrales y salariales que tal hecho conlleva, y conforme la vigencia de los DNU 329/2020, 487/2020, 624/20 y sus eventuales y respectivas prórrogas; todo ello bajo apercibimiento de fijar astreintes en caso de incumplimiento (art. 804 CCyCN). [...]”.*

Asimismo, el Juzgado de Ejecución Penal N° 2 de Bahía Blanca, en autos “Cuello, Facundo Javier S/ Interpone Acción De Amparo C/ Grupo Trois S.R.L.”, Expte.AM - 14, estableció en idéntico sentido: “*intímase a GRUPO TROIS S.R.L. a que, en el plazo de 48 HORAS de notificada la presente, proceda a la reincorporación a su puesto de trabajo, acorde a su categoría del Señor FACUNDO JAVIER CUELLO, DNI 37.862.577, retrotrayendo la situación fáctica existente al 27 de abril del 2020, con todas las obligaciones registrales y salariales que tal hecho conlleva, y conforme la vigencia de los DNU 329/2020, 487/2020 y sus eventuales y respectivas prórrogas; todo ello bajo apercibimiento de fijar astreintes en caso de incumplimiento (art. 804 CCyCN)...*”.

Que el derecho de defensa de la parte demandada no se encuentra vedado, sino postergado en virtud de una violación manifiesta al DNU 329/20 y los derechos laborales del trabajador afectado.

La parte empleadora puede oponerse, ya sea por medio de un recurso o por una acción ordinaria posterior. De lo contrario la protección que se persigue a través del dictado del DNU 329/20 y sus prórrogas, y los remedios procesales a disposición del trabajador a los fines de lograr la nulidad del despido y la reincorporación al puesto de trabajo, se tornarían abstractos e inconducentes a los fines de resguardar los derechos vulnerados.

#### **II.4.- APLICACIÓN ANALÓGICA DEL DNU 34/19:**

<sup>13</sup> “Barrientos Cristian Gabriel S/Acción De Amparo Y Medida Cautelar C/Rosetti De Argentina Ingeniería E Infraestructura S.A.” Expediente N° 2324, Juzgado Correccional Nro. 4 de Bahía Blanca, 2020.

<sup>14</sup> “Pragana, Matías c/ Goliardos SRL s/ Medida Cautelar” Expediente N° 9775/2020. Juzgado Nacional del Trabajo N° 20, 24/04/2020, (Cita digital IUSJU000467F).

Jurisprudencialmente se ha desplegado un criterio restrictivo respecto de la aplicación del DNU 329/20 y su prórroga el DNU 487/20, realizando una interpretación analógica respecto del DNU 34/19.

Se estableció que entre las normas análogas al DNU 329/20 se encuentra el 34/19 por el cual, en casos de despidos sin justa causa durante su vigencia, la trabajadora o el trabajador afectado tendrá derecho a percibir el doble de la indemnización correspondiente de conformidad a la legislación vigente; y que en su artículo 4 sienta que el presente decreto no será aplicable a las contrataciones celebradas con posterioridad a su entrada en vigencia.

Se entendió que el DNU 329/20 y sus prórrogas deben ser aplicados solo a las relaciones laborales que ya se encontraban vigentes antes de su dictado, dejando de esta manera desprotegidos y fuera del amparo de la norma en referencia a los trabajadores contratados luego del 31/03/2020.

Se fundamentó tal medida en que la generación de una nueva fuente de trabajo por parte de un empleador con posterioridad a la declaración de pandemia por Covid-19 y de dispuesto el ASPO, difiere de las circunstancias alcanzadas por las disposiciones del decreto 329/20 y sus prórrogas, ya que dichas medidas fueron dispuestas, a fin de paliar los efectos nocivos de la pandemia en el mundo del trabajo, garantizar la conservación de los puestos de trabajo y la percepción de ingresos. Que dicha cuestión sería distinta a la que se da en los contratos de trabajo iniciados con posterioridad a la entrada en vigencia del DNU 329/20.<sup>15</sup>

Se recurrió a resolver en forma análoga, normativa dictada para situaciones disimiles:

- El DNU 34/19, fue creado para una situación fáctica diferente, esto es la emergencia pública en materia ocupacional existente al momento de su publicación en diciembre de 2019.

- El DNU 329/20, dictado ante la contingencia sanitaria pandemia COVID 19, se contextualiza ante un panorama factico diferente, esto es, la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social, por el brote del nuevo Coronavirus, que diera lugar a la declaración de pandemia por COVID - 19, por parte de la Organización Mundial De La Salud (OMS).

Que el DNU 329/20 y el DNU 487/20, utilizaron la técnica legislativa empleada por el PEN, procurando incorporar a los nuevos puestos de empleo generados dentro de la protección brindada ante el nuevo contexto de emergencia con motivo en la pandemia COVID 19.

Que, en diciembre de 2019, se ponderó la emergencia ocupacional, pero se desconocía la futura declaración de pandemia efectuada por la OMS, por lo que resulta incompatible asimilar los DNU en referencia con el contexto fáctico que aconteció previo al dictado de ambas normativas.

La analogía analizada discrimina donde la ley no lo hace, resultando inadecuado limitar la aplicación de los DNU en consideración, a través de consideraciones no efectuadas por el PEN y la Comisión Bicameral Permanente del Congreso de la Nación en el DNU 329/20 bajo las disposiciones del DNU 34/19.

Que, en el fuero laboral, el art. 9 de la LCT, establece que en caso de duda debe estarse en favor del trabajador, tanto si la duda recayese sobre la aplicación de normas legales o convencionales, en la interpretación o alcance de la ley, o en apreciación de la prueba en los casos concretos

El DNU 329/20 y el DNU 487/20 deben interpretarse solo con las normas dictadas para la contingencia pandemia COVID 19, durante las primeras etapas de la cuarentena dispuesta por el PEN, y no asimilarla a una situación de características disimiles.

El DNU 34/19 no prohíbe los despidos, solo establece un incremento indemnizatorio respecto de ciertos rubros derivados del distracto, conservando la parte empleadora la aptitud para interrumpir el vínculo laboral, no imponiéndose un régimen de estabilidad transitoria e impropia.

---

<sup>15</sup> “Castro Javier Ignacio C/ Flex Wind S.A.S. S/ Medidas Precautorias” Expediente N°: 35200, Tribunal de Trabajo Nro. 1 de Bahía Blanca, 2020.

Si el PEN hubiera pretendido proteger solo a las relaciones laborales existentes al 31/03/2020 momento del dictado del DNU 329/20, hubiese hecho uso de la técnica legislativa empleada al dictar el DNU 34/19.

En las prórrogas posteriores, los DNU 624/20, 761/20 y 891/20, se prevé expresamente dicha diferenciación, disponiendo: “*El presente decreto no será aplicable a las contrataciones celebradas con posterioridad a su entrada en vigencia.*”. Todo lo que abona a la idea de que, si la intención de los DNU 329/20 y 487/20, era dejar en situación de desprotección a los trabajadores contratados posteriormente a su dictado, se lo hubiese establecido expresamente, lo cual no ocurrió.

En suma, siendo las situaciones fácticas que rodearon el dictado de los DNU disimiles, no es posible utilizarse la analogía por resultar escenarios diferentes y que establecieron normas de distintos alcances en consonancia con el contexto que ha motivado sus dictados.

Las últimas prórrogas (DNU 624/20, DNU 761/20 y DNU 891/20) y su diferenciación respecto a los trabajadores contratados posteriormente a su entrada en vigencia, responde al contexto que atraviesa el país actualmente, ya que al momento del dictado del DNU 329/20 regían las medidas de Aislamiento social, preventivo y obligatorio (ASPO) y la Fase 1 de la cuarentena dispuesta por el PEN; y en el contexto actual comienzan a regir las medidas de Distanciamiento Social, Preventivo y Obligatorio (DISPO) y fases avanzadas de cuarentena en las distintas regiones.

Los DNU 624/20, 761/20 y 891/20, prevén expresamente la exclusión de los trabajadores contratados posteriormente a su entrada en vigencia, la intención del legislador es expresa y los contextos resultan distintos, por lo que no es asimilable a los DNU 329/20 y 487/20, en los cuales no rige dicha limitación.

### **III.- CONCLUSIONES.**

En virtud de todo lo expuesto se arriban a las siguientes CONCLUSIONES:

1.- El dictado del DNU 329/20 y sus prórrogas, resulta constitucional por cumplir con lo dispuesto en el art. 99 inc. 1º y 3º de la Constitución Nacional, y no vulnerar derechos subjetivos de la parte empleadora.

2.- La vía judicial más idónea a los fines del restablecimiento del trabajador a su puesto de trabajo, resulta la vía de la acción de amparo.

3.- Los jueces de primera instancia no pueden excusarse en la especificidad de la materia a los fines de rechazar la acción de amparo.

4.- Resulta improcedente rechazar *in limine* la acción de amparo por considerar que existen vías ordinarias más idóneas.

5.- La medida autosatisfactiva, al no encontrarse legislada en la provincia de Buenos Aires, resulta un remedio procesal residual, al que puede acudir luego de vencido el plazo de caducidad para interponer la acción de amparo.

6.- El remedio procesal, ya sea la acción de amparo o la medida autosatisfactiva, requiere el dictado de una medida cautelar *inaudita parte*, de lo contrario el objeto de la acción misma se torna abstracto.

7.- No existe analogía posible entre el DNU 329/20 y sus prórrogas con el DNU 34/19.

8.- Solo las contrataciones celebradas con posterioridad al DNU 624/20, DNU 761/20 y DNU 891/20 resultan excluidas de la prohibición de despidos dispuesta en los mismo. Situación que no resulta aplicable a las contrataciones realizadas bajo la vigencia de los DNU 329/20 y 487/20.

8.- La regulación de las medidas autosatisfactivas en la ley 15.057 desnaturalizan el instituto.-

### **IV.- PROPUESTA**

En virtud de lo expuesto, se propone:

1.- Que los Jueces o Tribunales de primera instancia, sin importar el fuero, declaren la admisibilidad de las acciones de amparo en procura de la nulidad de los despidos dispuestos en violación del DNU 329/20 y restablezcan a los trabajadores a sus puestos de trabajo.

2.- Que la admisibilidad de la acción de amparo -o de la medida autosatisfactiva según el caso- sea declarada en forma conjunta con una medida cautelar *inaudita parte* que restituya al trabajador a su puesto de trabajo.

3.- Que se ampare a los trabajadores contratados hasta la fecha 29 de julio de 2020, bajo las disposiciones del DNU 329/20 y el DNU 487/20.

4.- En ocasión de la suspensión de la aplicación de la ley 15.057 por resolución de la SCBA, sea revisada la regulación de las medidas autosatisfactivas, evitando desnaturalizarlas imponiendo obligatoriamente una bilateralización previa al dictado de las mismas, teniendo en cuenta la regulación de dichas medidas en los códigos procesales que ya las han aceptado.-

~

## La prisión preventiva y el plazo razonable

COMISIÓN DE DERECHO PENAL

Por Nadia Rodríguez. Colegio de Abogados de Necochea

### **I.- INTRODUCCION.**

El instituto de la PRISION PREVENTIVA se encuentra regulado en nuestro ordenamiento jurídico tanto en los Art. 157 y siguientes del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires<sup>1</sup>, como en el Código Procesal Penal de Nación en los Art. 312 y 319<sup>2</sup>, y el plazo de la misma es regulado por la ley 24.390 modificada por la ley 25.430<sup>3</sup>.

Ahora bien, antes de introducirnos en el tema en cuestión, cabe aclarar que la PRISION PREVENTIVA es por definición la medida de coerción personal más gravosa que establece nuestro plexo normativo y como tal no se puede concebir el instituto en estudio como un fin en sí mismo, sino que estamos en presencia de una medida de coerción que sirve a la judicatura para obtener la verdad real de los hechos y así aplicar la ley penal sustantiva; y respecto de su naturaleza jurídica podemos decir que nos encontramos frente a una medida cautelar que tiene como finalidad principal garantizar los fines del proceso penal mediante la neutralización del peligro de fuga del imputado como así también evitar el riesgo de entorpecimiento probatorio (destruyendo, ocultando medios de prueba, como tomando contacto con testigos, intimidándolos, entre otras) para así lograr la aplicación de la ley penal sustantiva atravesando el *debido proceso*.

Todo lo mencionado ut supra adquiere especial relevancia al momento de contraponerlo con el Art. 18 de nuestra Constitución Nacional como de diversos Tratados Internacionales que nos indican que toda todo ciudadano es inocente hasta que se demuestre lo contrario mediante el debido proceso, y por consiguiente el imputado tiene derecho a gozar de libertad, tal como lo ha establecido nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo "Nápoli, Erika Elizabeth y otros s/ infracción art. 139 bis del C. P<sup>4</sup>.", durante la tramitación del proceso penal incoado en su contra hasta tanto recaiga sobre si una *sentencia de condena firme* que declare su culpabilidad en el delito imputado imponiéndole la pena que V.S. estime corresponder.

### **II.- ESTADISTICAS Y NUMERO DE DETENCIONES EN LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES.**

En la Provincia de Buenos Aires en el año 2018 la cantidad de personas detenidas tuvo un salto abrupto colocándose en 48.615 detenidos en cárceles, alcaidías y comisarias dentro del territorio provincial, ya que entre los años 1999 y 2018 el número de detenidos era de 32.017, comenzado a escalar de forma significativa a partir de 2014 y así llegamos al año 2017 donde la tasa fue de 209 detenidos por cada 100.00 habitantes. Cabe hacer esta aclaración, para entrar directamente en las estadísticas que nos ocupan en el presente trabajo relativo al número de detenidos con prisión preventiva que nos muestra que entre los años 2014 y 2018 el porcentaje de detenidos bajo el instituto de la prisión preventiva representaba un promedio del 84% del total de los ingresos de detenidos al Servicio Penitenciario Bonaerense<sup>5</sup>.

A la luz de los datos aportados, vemos claramente que nuestro sistema judicial toma al encarcelamiento en general pero particularmente al encarcelamiento preventivo como un dispositivo central de la *política criminal*, tornando además una medida coerción de carácter cautelar, tal como se detalló al principio de la presentación, como un *ANTICIPO DE PENA* que se

<sup>1</sup> Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires.

<sup>2</sup> Código Procesal Penal Federal.

<sup>3</sup> LEY 24.390.

<sup>4</sup> Nápoli, Erika Elizabeth y otros s/ infracción art. 139 bis del C.P. (314:451)

<sup>5</sup> Informe anual 2019 : el sistema de la crueldad XIII : sobre lugares de encierro, políticas de seguridad y niñez en la provincia de Buenos Aires ; coordinación general de Roberto Cipriano García; Sandra Raggio. - 1a ed . - La Plata: Comisión Provincial por la Memoria, 2019.

encuentra prohibido por nuestra Carta Magna. Esta situación, trae aparejados graves problemas tales como el hacinamiento y agravamiento en las condiciones de detención debido a la saturación y desborde de los lugares que alojan a los detenidos, provocando violaciones constantes a derechos fundamentales de los ciudadanos garantizados por nuestra CN.

### **III.- EL PLAZO RAZONABLE DE LA PRISION PREVENTIVA. LIMITE TEMPORAL.**

Atento a lo expuesto podemos decir que el término "PLAZO RAZONABLE" surge de la Convención Americana de Derechos Humanos en su Artículo 7.5 (que cuenta con raigambre constitucional en virtud del art. 75 inc. 22 de nuestra Constitución Nacional) el cual refiere que "toda persona tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso"<sup>6</sup>.

En relación a esto, atento a que ni el Código Procesal de la Provincia de Buenos Aires como tampoco el Código Procesal Penal de Nación hacen referencia al "plazo razonable" de la prisión preventiva y los límites temporales con que esta cuenta, nuestra legislación le dio acogida en la ley 24.390 modificada por la 25.430 (ley reglamentaria del art. 7.5 de la CADH) que establece en su Artículo 1 que "La prisión preventiva **no podrá ser superior a dos años**, sin que se haya dictado sentencia. No obstante, cuando la cantidad de los delitos atribuidos al procesado o la evidente complejidad de la causa hayan impedido el dictado de la misma en el plazo indicado, éste **podrá prorrogarse por un año más**, por resolución fundada, que deberá comunicarse de inmediato al tribunal superior que correspondiere, para su debido contralor".

Si bien existen dos principios básicos que rigen este instituto, como es el caso de la proporcionalidad de la medida y la razonabilidad en el mantenimiento de la misma, nunca se puede superar el plazo prevista por la ley, por lo cual transcurrido este **plazo máximo** el imputado debe ser puesto en libertad, ya sea de forma automática o solicitando tal solución, gracias a que han existido fallos contradictorios al respecto pero siempre teniendo en miras la libertad del imputado.<sup>7</sup>

Es por ello que el encarcelamiento preventivo de una persona puede ser legitimado por la sola razón eventual de asegurar el cumplimiento de los fines del proceso que se persigue al imputado, pero dentro de los límites temporales establecidos por nuestro plexo normativo, ya que si se pretende fundamentar tal medida de coerción cautelar en la gravedad del delito que se imputa y/o en la severidad de la pena que podría corresponder la imputado, no estaríamos en presencia de un simple medida de coerción como es la **PRISION PREVENTIVA** sino que estamos frente a una **PENA ANTICIPADA**, prohibida por completo en nuestra Carta Magna.

Habiendo realizado un análisis intensivo de los hechos, de las leyes que regulan el instituto, la práctica, como así también de jurisprudencia, estamos en condiciones de afirmar que el sistema judicial, en principio jueces y fiscales que son los encargados de tomar estas medidas de coerción, realizan un uso desmedido del mismo que es impuesto, en la mayoría de los casos, como una **PENA ANTICIPADA**, ya que está reflejado en diversos fallos que muchas veces invocan el simple peligro de fuga o entorpecimiento probatorio como una formula automática para imponer la medida o mantenerla en el tiempo, aun sabiendo que actúan en contra de nuestro ordenamiento jurídico; generando superpoblación carcelaria y dejando completamente de lado los derechos fundamentales de los ciudadanos privados de su libertad, sin una condena firme que declare su culpabilidad, en disidencia con nuestra Carta Magna.

### **IV.- CONCLUSION.**

En consecuencia de lo que se investigó durante el presente, lo más importante es destacar que la prisión preventiva no puede funcionar como un anticipo de pena, sino que debe limitarse su uso a su naturaleza jurídica de medida de coerción cautelar, y de uso excepcional para perseguir la finalidad del proceso cuando no pueda lograrse con una medida menos

<sup>6</sup> Convención Americana de Derechos Humanos.

<sup>7</sup> Conf. CELS, "Derechos Humanos en la Argentina. Informe 2016".

gravosa, y en caso que se llega a imponer esta medida los jueces deberían actuar acorde a lo que establece la LEY 24.390 no superando los plazos máximos.

**V.- PROPUESTA.**

En mi opinión, considero necesaria una reforma legislativa respecto de la ley 24.390 donde se fijen plazos mínimos, además de los máximos ya establecidos, de acuerdo al tipo penal que se está tratando en cada caso concreto, limitando el ejercicio abusivo de las funciones de los jueces, quienes en muchas oportunidades actúan en disidencia con nuestro plexo normativo.

~

# Cuadernos de Cijuso

*El Saber nos hace mejores*



[www.cijuso.org.ar](http://www.cijuso.org.ar)

Año V - N° 12 – Marzo de 2021

La Plata, Provincia de Buenos Aires, República  
Argentina

~