PODER JUDICIAL
PROVINCIA del CHUBUT

Número 16
Noviembre 2026

Dossier doctrinario



Autores de Chubut

Dr. Mariano Palma

Compilado por Lic. María del Carmen Roldán y Lic. Natalia L. Rodríguez
Una producción de la **Biblioteca de Tribunales Esquel**

Editado por la Dirección de Bibliotecas - Superior Tribunal de Justicia
Provincia del CHUBUT

Dossier doctrinario. Autores de Chubut

Este nuevo servicio de la Red de Bibliotecas del Poder Judicial del Chubut, busca recopilar, en un solo sitio, toda la doctrina publicada por autores locales con trayectoria en el derecho y la función jurídica.

El presente dossier reúne todos los trabajos doctrinarios realizados por el Dr. Mariano Palma hasta la fecha.

Dirección de Bibliotecas

Superior Tribunal de Justicia del Chubut

Dirección de Bibliotecas – Superior Tribunal de Justicia
Roberto Jones y Rivadavia – Rawson – Chubut
biblio@juschubut.gov.ar
Teléfonos: (0280) 4482331 - 4482332

Biblioteca de Tribunales de Esquel
Av. Alvear 509 –Esquel – Chubut
biblioeq@juschubut.gov.ar
Teléfonos: (02945) 450022- 451417 Int. 222

Horario de atención de Lunes a Viernes de 7.00 a 13.00 hs.

Contenido

Sobre el autor..... 12

El agotamiento de la instancia administrativa y las acciones de daños por responsabilidad estatal en la Provincia del Chubut..... 16

La responsabilidad civil del funcionario público en la Provincia del Chubut..... 32

Extensión de los daños punitivos a funcionarios públicos que participen en sociedades del Estado..... 66

Mefistófeles, daños punitivos y el juicio por jurados.....102

La responsabilidad civil del funcionario público en la Provincia del Chubut.....128

Daños punitivos y juicio por jurados en el sistema chaqueño.....196

El Fiscal anticorrupción en la Provincia del Chubut ¿Posee inmunidades? 213

El juicio por jurados en la Provincia de Santa Fe. ¿Un nuevo proceso de orden provincial?..... 230

¿Existe responsabilidad ante el anormal funcionamiento de la justicia (responsabilidad in procedendo)? 249

La Ley 26.216 de entrega voluntaria de armas de fuego. ¿Una forma de eliminar elementos probatorios? 265

La compra, venta o alquiler de partes del cuerpo humano: ¿establece una relación de consumo? 277

El criterio de oportunidad en la Provincia del Chubut..... 290

Residuos sólidos urbanos y el expuesto a una relación de consumo 307

Robo/Hurto de automotores. Relevancia de ciertos criterios constitucionales..... 327

Proyectiles expansivos ¿su utilización representa un exceso en la legítima defensa?..... 343

¿Están habilitadas las provincias para legislar sobre plazos de prescripción? ¿Qué ocurre en la Provincia del Chubut con la Ley de Responsabilidad del Estado (I N° 560)?..... 357

Derecho a la información en la Ley de Defensa del Consumidor.. 371

Consentimiento en caso de operaciones de cambio de sexo: responsabilidad parental, estatal y del funcionario público 398

Teléfonos celulares de abogados ¿un caso de responsabilidad mixta?..... 450

El pagaré de consumo en la Provincia del Chubut..... 463

El proceso de usucapión en la Provincia del Chubut 483

El Cupo Trans y las acciones positivas por parte del Estado frente a la idoneidad para el cargo 514

Las acciones consumeriles de clase en la Provincia del Chubut 550

Análisis filosófico del derecho consumeril..... 584

Luces y sombras respecto de la irrevocabilidad e irrecurribilidad del veredicto absolutorio del jurado popular 598

La inteligencia artificial y el derecho de consumidores y usuarios 623

Participación ciudadana, reforma de la constitución e inmunidades en la provincia del Chubut. El particular caso del Consejo de la Magistratura 640

Responsabilidad por el uso de drones 654

La inteligencia artificial y la responsabilidad de su utilización en el ejercicio de la Magistratura. El caso especial de Chubut 666

Breve análisis al nuevo Código General de Procesos para la Provincia del Chubut..... 690

La declaración de inconstitucionalidad del art. 730 Cód. Civ. y Com. en el régimen de la responsabilidad consumeril 706

Derecho del consumidor: La determinación de la competencia consumeril y sus consecuencias en el proceso 717

Nuevas miradas críticas sobre el sistema representativo, republicano y federal al comienzo del siglo XXI. ¿Vetustez programada o necesaria reprogramación del sistema? 735

Daño punitivo y derecho aeronáutico 753

Este ejemplar recopila todos los trabajos doctrinarios publicados por el Dr. Mariano Palma hasta el año 2026.

Sobre el autor



MARIANO PALMA

E-mail: estudiojuridicopalma@outlook.com

Formación académica:

Abogado con orientación en Derecho Ambiental por la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco (Sede Esquel).

Especialista en Derecho Administrativo por la Universidad Nacional del Comahue.

Profesor en Docencia Superior por la Universidad Tecnológica Nacional.

Especialista en Derecho de Daños por la Universidad de Buenos Aires.

Ha realizado el Programa de Actualización en Ciencias Jurídicas (Cursos de Doctorado) en la Universidad de Buenos Aires.

Doctorando en Derecho Civil de la Universidad de Buenos Aires.

Desempeño laboral y profesional

Pasantía en el Juzgado de Ejecuciones de la Circunscripción Judicial del Noroeste del Chubut (2011-2012).

Asesor Legal y Técnico del Bloque Cambiemos en el Honorable Concejo Deliberante de la Ciudad de Esquel (2020-2021).

Secretario Legislativo del Honorable Concejo Deliberante de la Ciudad de Esquel (2023).

Conjuez de la Circunscripción Judicial del Noroeste del Chubut, designado por Acuerdo Plenario N° 5291/2023 del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut (2024).

Secretario Legislativo del Honorable Concejo Deliberante de Esquel (2024 a la fecha).

Ejercicio libre de la abogacía en el foro de la Circunscripción Judicial del Noroeste del Chubut (Matrícula Provincial y Federal). Matrícula en la Provincia de Buenos Aires, correspondiente al Colegio de Abogados de Quilmes, con una antigüedad de 9 años y 8 meses, actualmente suspendida con motivo de su retorno a Esquel.

Ejercicio de la docencia universitaria

Jefe de Trabajos Prácticos de la cátedra Derecho de las Obligaciones (Civil II) en la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco (2023 a la fecha).

Participante en el Taller de Defensa del Consumidor dictado por la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco (2023 a la fecha).

Menciones y publicaciones periódicas

Autor de doctrina publicada en revistas jurídicas destacada por la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (Serie Actualidad N° 4, Juicio por Jurados, Las Bibliotecas).

Obras publicadas

Palma, M. (2021). *La responsabilidad civil del funcionario público en la provincia de Chubut*. Buenos Aires: Lex.

Palma, M. (2022). *Comentario a la ley de responsabilidad del Estado I N° 560*. Buenos Aires: Autores de Argentina.

Palma, M. (2023). *El funcionario chubutense y su responsabilidad*. Buenos Aires: Editorial Argenta.

Palma, M. (2026). *Ley 24.240 de defensa del consumidor y/o usuario. Comentada y explicada* (T. I). Buenos Aires: Autores de Mundo S.R.L.

Palma, M. (2026). *Responsabilidad del Estado en Argentina*. Buenos Aires: La Ley.

El agotamiento de la instancia administrativa y las acciones de daños por responsabilidad estatal en la Provincia del Chubut

por Mariano Palma

Disponible en: https://www.informacionlegal.com.ar/
Publicado en: JAPatagonia 2023 (febrero), 1. JA 2023-I, 579
Cita: TR LALEY AR/DOC/3702/2022
[Consultado el: 05/01/2026]

Sumario

I. Conceptos previos. — II. ¿Cómo actuar en los casos de responsabilidad contractual y extracontractual? — III. La tutela judicial efectiva en el orden provincial. — IV. ¿Cuáles es la situación en las distintas provincias y en CABA? — V. El Derecho Administrativo y la materialidad del acontecimiento ¿Qué debería primar? — VI. ¿Es viable y posee la administración la estructura necesaria para cuantificar el daño, fuera del ámbito judicial? — VII. Conclusiones.

I. Conceptos previos

Previo a iniciar cualquier tipo de análisis referido al tema, conviene aclarar ciertas particularidades conceptuales que se presentan, ello con la finalidad de permitir al lector ingresar al desarrollo del contenido que se pretende instaurar con ciertas nociones básicas claras.

Bien es sabido, que el Derecho Administrativo es una de las ramas del derecho más antigua existente y que incluso si bien su creación como la conocemos en la actualidad data de la post revolución francesa (1), debemos tener en cuenta, que también encontramos normas referidas a la materia en el Derecho Romano y

ni que hablar en el Derecho Monárquico Absolutista, de las cuales se obtuvieron instituciones jurídicas que incluso llegan a la actualidad.

Vale recordar, que el Derecho Administrativo, como ordenamiento jurídico está muy ligado a las características particulares de la sociedad, su cultura, su historia, etc., es allí donde según lo considero, nuestro Derecho Administrativo patrio debió adoptar los principios de la Constitución Liberal Alberdiana (2) y no los parámetros utilizados por el Derecho de Indias (3) en menor parte y por el Derecho Administrativo Francés en su gran mayoría, para configurarse como una rama del derecho que respeta por sobre todo la libertad individual, el derecho de propiedad y la igualdad ante la ley.

Es dentro de las características históricas y propias de derecho patrio, que la demandabilidad del Estado Nacional en principio era inexistente por entender que este era irresponsable (4), postura esta, que fue evolucionando con la sanción de distintas leyes, que pasaron de requerir venia legislativa previa (5), a un reclamo administrativo previo (6) para culminar en la ausencia/inexistencia de cualquier tipo de exigencia previa ante la administración (7) para acceder a la judicialización de la pretensión fundada en la responsabilidad extracontractual del Estado.

Ahora bien, dentro del marco histórico descripto previamente, surge no solo la Nación Argentina como Estado y entidad jurídica, sino que las distintas provincias que la integran, las cuales como si fuera una copia bíblica debían crearse a "imagen y semejanza" (8), según lo determinaba el art. 5º de la Constitución Nacional (CN).

Estas características de creación provincial impuestas por la norma suprema nacional, generan que la provincia del Chubut adopte ciertos principios y directrices constitucionales vigentes durante el año 1957 (9) en nuestro ordenamiento nacional, para adecuarlos a las situaciones propias que se vivían por debajo del paralelo 42º.

No solo se obtuvieron de la Nación los parámetros constitucionales, sino que, a su vez, se le otorgó a la Provincia la facultad de elegir su sistema local de derecho, entendido ello, como una facultad no delegada a la Nación (arts. 121 y 126, CN), pero adoptando si se lo quiere, institutos jurídicos de Derecho Administrativo, preexistentes en otros órdenes estatales.

Es así, como se incorporaron al sistema local, los institutos jurídicos de los cuales hablamos en el presente estudio, pero ello referido al ámbito del Derecho Administrativo y no propiamente a otras ramas del derecho, ni mucho menos a cuestiones materialmente disímiles al propio orden público.

A tal fin, cuando hablamos de agotamiento de la vía administrativa a través del reclamo administrativo previo (o vía reclamativa) y el agotamiento a través de la vía recursiva, no estamos hablando de una misma institución jurídica con distinta denominación, sino que, por el contrario, nos referimos a distintos supuestos que gobiernan situaciones disímiles (10), pero que tienen una finalidad común en el caso que tratamos y es la de permitir el acceso a la vía judicial.

Así, en el caso del agotamiento de la vía administrativa a través de la vía recursiva, lo que acontece es la necesidad de interposición de los recursos administrativos específicamente determinados en el ordenamiento jurídico y dentro de los plazos perentorios normados, con la finalidad de: revocar, modificar y/o anular un acto/reglamento administrativo que genera un perjuicio para con el administrado, ello sin perjuicio de que el recurso no sea contestado y el administrado recurra al instituto del silencio.

Mientras que cuando hablamos de reclamo administrativo previo (vía reclamativa), hacemos referencia a la necesidad que tiene el administrado de obtener una resolución fundada a su pretensión ante la administración y se da ante un reclamo referido a hechos u omisiones donde se reclama un determinado actuar.

Si bien, el Derecho Administrativo, como derecho de carácter local, se encuentra facultado a diagramar los institutos jurídicos propios que regirán su actuar, sin perjuicio de ello, no puede modificar de antemano la situación de cuestiones materialmente disimiles al Derecho Público, como lo podría ser por ejemplo un accidente de tránsito, un juicio de mala praxis médica, un daño ambiental o un reclamo de defensa del consumidor, por dar una mera enumeración al respecto.

De lo dicho se deriva, que, en la actualidad provincial, con la vigencia de la ley I Nº 560 y las modificaciones que esta trajo a la Ley de Procedimiento Administrativo I Nº 18, el incumplimiento por parte del actor del reclamo administrativo previo o agotamiento de la vía, traerá para el Estado provincial la posibilidad de interponer la excepción de defecto legal, por haber el peticionante incumplido con lo determinado por la normativa de orden público.

Receptar tal postura, no es ni más ni menos que retrotraernos a principios del siglo XX, situación inaceptable para el habitante nacional y provincial, por eso adelantando mi postura diré que lo correcto será realizar la derogación o declaración de inconstitucionalidad de la Ley de Responsabilidad del Estado y de los arts. 136 a 144 de la ley I Nº 18.

II. ¿Cómo actuar en los casos de responsabilidad contractual y extracontractual?

El carácter de derecho local que se le asigna al régimen administrativista ha tenido gran influjo en el orden provincial, permitiendo apartarse de lo sentado por la ley 26.944, para seguir el legislador (ley I 560) un régimen con características propias, pero que como se verá en posteriores puntos, dista mucho de adecuarse a los parámetros constitucionales requeridos en la actualidad.

Ahora bien, en principio conviene dejar en claro que la responsabilidad contractual (11) tendrá lugar en aquellas situaciones

en las cuales ante la existencia de un contrato del cual derivan derechos y obligaciones, una de las partes incumple (12) lo estipulado, dando lugar a la responsabilidad, mientras que la responsabilidad extracontractual, será aquella que deriva de la inexistencia de una obligación preestablecida en un contrato, sino que encontrará su fuente principal en la violación de deberes genéricos y sobre todo en el principio constitucional de alterum non laedere (13) (art. 19, CN).

En lo que respecta al ámbito contractual, el octavo artículo de la Ley Provincial de Responsabilidad del Estado es claro al establecer, que la norma solo será aplicable de manera supletoria cuando no existiera legislación específica, circunstancia que en principio podría eliminar el reclamo administrativo previo y el agotamiento de la vía como requisitos indispensables para acceder a la demandabilidad del Estado provincial.

El art. 8º de la ley I N° 560, es una copia en parte de lo sentado por la ley 26.944, eso sí, con ciertas discrepancias a las establecidas en el régimen nacional.

Lo que, sí queda en claro, es que, en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, serán aplicables los requisitos sentados por la Ley de Procedimiento Administrativo (Ley I 18), sin perjuicio de los casos de excepción que establece la propia normativa (arts. 76, 77 y 137).

Entonces, si nos acogemos a lo estrictamente determinado por la Ley de Procedimiento Administrativo en conjugación con la Ley de Responsabilidad del Estado, situaciones como la responsabilidad por mala praxis médica, deberán cumplir con los requisitos impartidos por el art. 136 de la ley I 18, lo mismo que los accidentes de tránsito en los cuales hubiera algún automotor propiedad del Estado, o los casos de responsabilidad de establecimientos educativos, como en aquellos de responsabilidad por espectáculos públicos (deportivos o no) en los cuales tuviera intervención el Estado, o los casos de defensa del consumidor cuando se vea al Estado Provincial como

proveedor/prestador, sin perjuicio de aquellas situaciones en las cuales el Estado provincial produzca un daño al medio ambiente, etc.

Ahora bien, es menester tener presente que si bien la ley I 560, fija un microsistema de responsabilidad con características propias, que en sí pretende poner cierta claridad a circunstancias que en ocasiones no lo eran, trajo consigo un mayor grado de oscuridad, no solo por no interactuar adecuadamente con el orden local, sino que, además, por repeler a las instituciones básicas del Derecho Constitucional.

No puede entenderse, cómo el legislador provincial no siguió en este ámbito los parámetros fijados por el art. 32 de la ley 19.549, o incluso las propias directrices de la Ley Nacional del Responsabilidad del Estado (art. 8º, ley 26.944), las cuales si bien en ciertos aspectos no comparto, dieron en este tema en el clavo, permitiendo apartarse de la necesidad de agotar la instancia administrativa, misma dirección hubiera sido lógico que adoptara la ley I 560, para de esta manera no controvertir los derechos constitucionales de los administrados, ni retrotraer el Derecho Administrativo local al siglo XX.

Como lo vengo sosteniendo, amparar la necesidad de cumplir con etapas administrativas previas para posibilitar la demandabilidad del Estado provincial, no solo es una concepción vetusta, sino que además no se condice con lo amparado a nivel constitucional, no solo en el orden local, sino también a nivel nacional e internacional.

III. La tutela judicial efectiva en el orden provincial

La tutela judicial efectiva, si bien encuentra su amparo constitucional a nivel nacional en los arts. 18, 109, 116 y 117, se puede decir, que su regulación con el detalle requerido está disponible en los Tratados Internacionales con Jerarquía Constitucional (14) del art. 75, inc. 22 de la CN.

Desarrollar la temática a nivel nacional, no sería más que una repetición de lo que se viene realizando a lo largo de varias décadas por parte de la doctrina.

Sin perjuicio de esto, vale decir que, en el ámbito de la Provincia del Chubut, la cuestión es aun mucho más nítida que a nivel nacional, ello como consecuencia del texto de la Constitución Provincial, que en su art. 21, establece una operatividad (15) de los "derechos reconocidos por la constitución" que se hace extensible en su interpretación (16) (art. 22) a los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos.

De lo dicho en el párrafo precedente, deriva con claridad que cualquier tipo de "violación o instigación" a violentar los derechos amparados en los Tratados Internacionales, conllevará la responsabilidad del funcionario que lo consienta.

En este orden de ideas, la tutela judicial efectiva, implica ni más ni menos que la posibilidad que tienen los habitantes de la Nación (o provincia) a acceder al Poder Judicial, para de esta manera obtener una solución favorable o desfavorable a su pretensión, sin tener que agotar ningún tipo de requisito previo (como es el caso de la decisión administrativa).

Por lo tanto, el debate existente a nivel nacional entre administrativistas (que se pronuncia a favor) y constitucionalistas (que difieren de los anteriores, estando en contra), referido al agotamiento de la instancia administrativa y la tutela judicial efectiva (como posibilidad de acceso al Poder Judicial), según lo tengo entendido quedaría totalmente zanjeado, por encontrarnos en realidad no en presencia de la aplicación de principios y requisitos propios de una materia (Derecho Administrativo), sino por el contrario, por estar en presencia de la aplicación del principio de supremacía constitucional, que viene a ser la respuesta a la solución de la controversia.

Incluso por aplicación de los arts. 1º y 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), los Estados (tanto los provinciales y municipales), deben adecuar su sistema de derecho a fin de efectivizar los institutos jurídicos amparados en la Convención a través de la vía legislativa.

No debemos perder de vista, que el Derecho Administrativo encuentra su fuente y razón de ser en la Constitución (Nacional y Provincial), no siéndole válido abstraerse de dicha circunstancia.

Está más que claro, que, en la actualidad, no existe posibilidad de que el agotamiento de la instancia administrativa sea un requisito ineludible (sino meramente facultativo) para la interposición de la demanda contra el Estado y/o sus funcionarios.

IV. ¿Cuáles es la situación en las distintas provincias y en CABA?

Sin bien, luego de la sanción por parte del Congreso de la Nación de la ley 26.944 se pretendió a través de esta, que las distintas provincias que integran nuestra nación adhirieran, lo cierto es, que hasta el presente solo tienen Leyes de Responsabilidad del Estado: Santa Cruz (17), Chubut (18), Río Negro (19), Mendoza (20), CABA (21), Catamarca (22), Santiago del Estero (23), Entre Ríos (24), Santa Fe (25) y la Rioja (26).

En las restantes provincias la situación se rige por los Códigos Contenciosos Administrativos o por las Leyes de Procedimiento Administrativo, según fuera el caso.

Lo cierto es, que independientemente de la situación provincial, las características derivadas de la aplicación piramidal del derecho y el principio de supremacía constitucional obligan a todos los Estados provinciales, a adecuar sus ordenamientos al bloque de constitucionalidad (27), que surge de la comunión entre la

Constitución Nacional y los Tratados Internacionales con Jerarquía Constitucional.

Sin perjuicio de lo establecido por el art. 2º de la CADH, es la Convención de Viena (28) sobre el Derecho de los Tratados, la cual en su art. 27, establece la imposibilidad de incumplir los principios y derechos contenidos en los Tratados Internacionales, con fundamento en la normativa de derecho interno.

Mayores análisis no corresponderán hacerse, puesto todo resultado devendrá en infructuoso al no respetarse los principios sentados por las cartas supremas (nacional y en un segundo orden la local).

V. El Derecho Administrativo y la materialidad del acontecimiento ¿Qué debería primar?

Con la sanción a nivel nacional de la ley 26.944, de forma conjunta al veto realizado por el Poder Ejecutivo al Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación (actual ley 26.994, arts. 1764, 1765 y 1766) y con las adhesiones producidas en distintas provincias a la normativa nacional en materia de responsabilidad estatal, se ha generado una situación de gran complejidad al momento de determinar la competencia debido a la materia.

Lo dicho queda claro, al observar el posicionamiento que adopte el régimen local frente a la normativa nacional, esto no es otra cosa, que ponderar la materialidad de la situación sobre la cual se va a decidir, por sobre un régimen local que en parte adhiere a un sistema normativo inconstitucional e irrazonable.

Lo que se quiere significar, es que si se adopta la teoría de que las provincias no han delegado ciertas facultades a la Nación (arts. 121 y 126, CN) y que por ello les es propio de legislar sobre estas, la normativa que recaiga sobre la responsabilidad del Estado, podrá determinar qué cuestiones ajenas al Derecho Administrativo (29)

terminen siendo juzgadas por tribunales contencioso-administrativos, como por ejemplo lo podría ser los juicios de mala praxis médica en hospitales públicos, los accidentes de automóviles cuando alguno de los intervinientes fuera de propiedad del Estado, el reclamo por derechos consumeriles en los cuales se ve implicado un ente estatal, la responsabilidad por espectáculos públicos, la responsabilidad por establecimientos educativos, la responsabilidad por el riesgo o vicio de las cosas propiedad del Estado, etc.

En todos los casos mencionados previamente, la materialidad de la situación escapa al Derecho Administrativo bajo el cual se pretende monopolizar la responsabilidad estatal, ni que hablar de cuestiones más técnicas, como por ejemplo el factor de atribución objetivo limitado solamente a la "falta de servicio" o "el sacrificio especial".

Aceptar la posibilidad de que cada provincia digite esto y dictamine normas al respecto, no es ni más ni menos que una flagrante violación a lo estipulado por el art. 75, inc. 12 de la CN, que en la práctica se verá vislumbrado por la reducción del derecho de igualdad ante la ley (art. 16, CN) y acceso a la justicia, puesto un mismo hecho (ej. un accidente de tránsito), podrá ser en una provincia (según el criterio que adopte, puesto estamos en presencia de una facultad no delegada a la Nación) materia civil, mientras que en otra corresponderá a la competencia contenciosa administrativa (30).

La situación que vivimos en la actualidad, de continuar avanzando, conllevará como resultado acontecimientos procesales de una lógica cuestionable, vulneración a derechos constitucionales y sobre todo la irrazonabilidad, de que un hecho, dé la posibilidad de ser regido por 25 ordenamientos jurídicos diferentes (31) según sea la provincia donde acontezca, es más que claro que habrá que realizar la oportuna derogación de los arts. 1764, 1765 y 1766, para restablecer el sistema determinado en el Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, ello con el objeto de cumplir con el preámbulo de la

Constitución Nacional, que establece: "(...) constituir la unión nacional, afianzar la justicia, consolidar la paz interior (...)".

VI. ¿Es viable y posee la administración la estructura necesaria para cuantificar el daño, fuera del ámbito judicial?

El reclamo administrativo previo establecido por la ley I 560, viene a dar la posibilidad de que la administración realice una indemnización (encubierta) de los daños que hubiere ocasionado.

Ahora bien, lo que debe ser atisbado por el lector, será si es viable que la administración o en este caso el Poder Ejecutivo (juez y parte), proceda dentro de las competencias que le fueron asignadas por el constituyente local (y nacional) a la realización de tal acto, argumentando a tal fin, que tendrá por objetivo la "celeridad" y la posibilidad de permitir al Estado provincial "enmendar" los daños y perjuicios realizados.

En el orden nacional, la situación referida a si los entes administrativos, poseen facultades para otorgar indemnizaciones, ha sido resuelta en el precedente "Ángel Estrada" (32), donde la Corte Suprema, deja en claro que la facultad de otorgar indemnizaciones por daños y perjuicios irrazonabilidad es propia del Poder Judicial, puesto allí se posibilita la defensa en juicio (art. 18, CN), siendo una facultad vedada al Poder Ejecutivo (33) (arts. 109 y 116, CN) por atacar el principio de imparcialidad e independencia.

Es del juego de los artículos comentados en el párrafo precedente, que se establece dentro de nuestro régimen legal, la adopción de las teorías constitucionales estadounidenses, a través de las cuales el Poder Judicial es el encargado de llevar adelante el juzgamiento, no siendo viable que la administración se coloque por fuera este y pretenda autojuzgarse, violando sobre todo la igualdad ante la ley.

El sistema constitucional provincial, deberá seguir los pasos y lineamientos fijados por la Constitución Nacional (art. 5º, CN), no correspondiendo apartarse de dichos principios de actuación, por implicar la posibilidad de decretar la inconstitucionalidad de la norma que así lo haga.

Sin perjuicio de lo reseñado en párrafos precedentes, se genera una situación de excepción, en aquellos casos en los cuales los organismos administrativos hayan sido creados por ley, su independencia e imparcialidad esté asegurada y el objetivo económico y político haya sido tenido en cuenta. Ninguno de los requisitos mencionados previamente acontece en el régimen local, puesto que no existe un organismo administrativo único, independiente e imparcial, ya que el reclamo en los términos del art. 138 de la ley I 18, deberá efectuarse ante el "Ministerio del ramo o ante el órgano superior del ente autárquico", generándose también la falta de capacidad técnica a la hora de resolver la cuestión que pudiera plantearse.

El sistema impuesto por la conjugación de las leyes I 560 y I 18, no implica otra cosa que el aseguramiento de la parcialidad en las decisiones, ya que es claro que el Estado no puede ser juez ni parte dentro del reclamo, aun cuando se habilite la vía judicial, previo al reclamo en sede administrativa.

Siguiendo con el razonamiento planteado, la administración carece de todo organismo facultado para llevar adelante la cuantificación de los daños producidos, tema no menor que incluso genera controversias en las sentencias del Poder Judicial.

Por último, habrá que tener en cuenta las posibilidades de ejecución del acuerdo al cual se arribe en sede administrativa, puesto que técnicamente carecerán de las facultades que otorga la "cosa juzgada" a la sentencia judicial, dato no menor estando en presencia de un Estado que puede ser incumplidor.

VII. Conclusiones

La sanción de las leyes 26.944 y 26.994 (en particular arts. 1764, 1765 y 1766), ha venido a significar en el ámbito de la práctica profesional, un desorden que trae consigo vulneración de derechos (igualdad, propiedad, tutela judicial efectiva, imparcialidad, celeridad, etc.), conllevando a las provincias a sancionar normativa conforme su sistema local, pero olvidando en muchos casos, como en el de la Provincia del Chubut, la existencia del principio de supremacía constitucional integrado por el bloque de constitucionalidad.

La recepción del instituto jurídico (agotamiento de la instancia administrativa) no hace más que generar una violación a los derechos y garantías reconocidos en los Tratados Internacionales con Jerarquía Constitucional, respecto de los cuales (y sobre todo en el CADH —art. 2º—), el Estado debería prestar vital atención por contener preceptos que generan obligaciones concretas a desarrollar.

Por otro lado, la materialidad del acontecimiento no puede ser modificada por la voluntad del legislador local, puesto de acontecer dicha solución, el resultado sería el caos.

En lo particular considero, que la reclamación administrativa o agotamiento de la vía, no se corresponde con el sistema constitucional nacional, por ser este último una derivación de la Constitución de Filadelfia de 1787 y no del sistema francés de Derecho Administrativo, por lo tanto deberá suplantarse (en posteriores reformas) por una etapa conciliatoria optativa, en cuyo caso el Estado y/o funcionario podrá enmendar la situación dañosa con la tan ansiada celeridad que sostiene cierta doctrina administrativista.

(1) Conf. CASESSE, Sabino, "Derecho administrativo: Historia y futuro", Ed. Global Law press S.L., 2014, ps. 24 a 47.

(2) Vale recordar al lector, que la Constitución Nacional receptó el sistema Estadounidense en su texto, lo que generó contradicciones con el Derecho Administrativo, que adoptó la postura francesa (o continental) y española (Derecho de Indias).

(3) Recordemos que el Derecho de Indias no era más que el Derecho Monárquico español para lo que en aquella época eran considerado las indias occidentales.

(4) CSJN, Fallos: 1:317; 2:36.

(5) Leyes 475 y 675.

(6) Leyes 3952, TR LALEY AR/LCON/481M y 11.634 TR LALEY AR/LCON/481N.

(7) Leyes 19.549 (art. 32) TR LALEY AR/LCON/0TZY y Ley 26.944 TR LALEY AR/LCON/5L2M.

(8) Génesis 1: 26-27.

(9) 1957 fue el año en el cual entró en vigencia la primer Constitución Provincial.

(10) Conf. PALMA, Mariano, "Comentario a la Ley de Responsabilidad del Estado I N°560", Ed. Editorial Autores de Argentina, Buenos Aires, 2022, 1ª ed., ps. 341 y 342.

(11) Como consecuencia de la delegación de facultades, las provincias han entendido que es el Congreso Nacional (art. 75, inc. 12, CN), el encargado de legislar sobre el régimen de obligaciones a través del Código Civil y Comercial de la Nación (ley 26.994).

(12) Otra característica del Derecho Administrativo como régimen exorbitante, no implica más que la adopción de un modelo autoritario que limita las garantías y los derechos constitucionales de

los administrados, y el cual no debería tener vigencia en el Siglo XXI. Lo que se pretende es tener un derecho administrativo acorde a los Tratados Internacionales con Jerarquía Constitucional (art. 75, inc. 22, CN), abandonando de esta manera, posturas tradicionales inaplicables en la actualidad, más allá que se lo estudie como un microsistema de responsabilidad.

(13) CSJN, Fallos: 182:5; 315:689; 320:1999; 340:1296; 340:1940; 344:809; 344:2256; 344:2258, entre otros.

(14) El instituto jurídico en comentario encuentra regulación jurídica en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 18); Declaración Universal de Derechos Humanos (Art. 8º); Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 8º y 25); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 3º y 14).

(15) La Corte Suprema ya se había pronunciado al respecto, con anterioridad a la reforma Constitucional de 1994, en los precedentes: "Ekmekdjian" (CSJN, Fallos: 315:1492) TR LALEY AR/JUR/648/1992; "Fibraca" (CSJN, Fallos: 316:1669) TR LALEY AR/JUR/2769/1993; "Hagelin" (CSJN, Fallos: 316:3176) TR LALEY AR/JUR/1939/1993.

(16) Conf. GEROSA LEWIS, Ricardo Tomás, "Análisis de la Constitución de la Provincia del Chubut", Tomo I, Ed. Autor-Editor Ricardo Tomás Gerosa Lewis, Esquel, 2002, ps. 97.

(17) Ley 3396, TR LALEY AR/LEGI/83ZI.

(18) Ley I Nº 560, TR LALEY AR/LCON/6W5Q.

(19) Ley 5339, TR LALEY AR/LCON/8K1R.

(20) Ley 8968, TR LALEY AR/LCON/7GE4.

(21) Ley 6325, TR LALEY AR/LCON/8R3Q.

(22) Ley 5536, TR LALEY AR/LEGI/9KXO.

(23) Ley 7179, TR LALEY AR/LEGI/8I1K.

(24) Ley 10636, TR LALEY AR/LCON/88Q5.

(25) Ley 12402, TR LALEY AR/LCON/1YZQ.

(26) Ley 10004, TR LALEY AR/LCON/7Q8S.

(27) Conf. QUIROGA LAVIÉ, Humberto - BENEDETTI, Miguel Ángel - CENICACELAYA, María de las Nieves, "Derecho Constitucional Argentino", Tomo I, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2009, ps. 526.

(28) Aprobada por la ley 19.865.

(29) Conf. GARDA, Juan Bernardo, "La competencia material del proceso contencioso-administrativo en la provincia de Buenos Aires". RDA 2020-129, 169, TR LALEY AR/DOC/1408/2020.

(30) Incluso afecta al ámbito de los seguros, puesto se hace referencia a la responsabilidad civil y no a la administrativa.

(31) Lo dicho implica ni más ni menos que un régimen jurídico por cada provincia, uno por la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y otro por la Nación.

(32) CSJN, Fallos: 328:651.

(33) Conf. GELLI, María Angélica, "Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, Tomo II, 4ª ed., ps. 450.

La responsabilidad civil del funcionario público en la Provincia del Chubut

por Mariano Palma

Disponible en: https://www.informacionlegal.com.ar/
Publicado en: JAPatagonia 2023 (mayo), 1. JA 2023-II, 627
Cita: TR LALEY AR/DOC/1048/2023
[Consultado el: 05/01/2026]

Sumario

I. La responsabilidad en la Constitución Provincial.— II. Presupuestos del art. 69 de la Constitución Provincial.— III. Presupuestos para la responsabilidad civil.—III.1. Antijuridicidad. III.2. Factor de atribución. III.3. Relación de causalidad. III.4. El daño. —V. La regulación en las demás provincias patagónicas.

I. La responsabilidad en la Constitución Provincial

Para tratar el tema en cuestión, conviene recordar [y teniendo en cuenta el desarrollo histórico realizado por el Dr. López (1)] que a nivel nacional el Estado se inició con la doctrina de la "irresponsabilidad" fundada no solo en el antiguo art. 100 de la Constitución Nacional (CN) (que se refería a que el Estado solo podía ser actor nunca demandado), sino que también a ello se le sumaba "La Teoría de la Doble Personalidad del Estado", incluso por aquel entonces la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS), sostenía esta postura en sus fallos (2).

Esta concepción, comienza a cambiar con la irrupción del Código Civil de Vélez y con la sanción a nivel nacional de la ley 675, requiriéndose a través de esta una autorización legislativa (3) para demandar al Estado nacional, este sistema solo duró hasta la sanción de un nuevo cuerpo legal (la ley 3952), en el cual se eliminaría la

autorización legislativa en el caso de demandas contra el Estado nacional, pero como contrapartida se obligaría a efectuar el reclamo administrativo previo.

Es a través de una nueva normativa del Congreso, —esto es la ley 11.634— que se pone fin a la "Teoría de la Doble Personalidad del Estado Nacional", al mismo tiempo que comienzan a surgir precedentes judiciales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como lo es el caso "Tomás Devoto" (4), antecedente judicial en el cual, por responsabilidad de funcionarios públicos (empleados del telégrafo) se comete un incendio por las "chispas desprendidas de un brasero deficiente", obligando al Estado a responder por los perjuicios ocasionados.

Situación similar ocurrió en el caso "Ferrocarril Oeste" (5), donde el Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires, emitió un certificado de dominio defectuoso, la emisión de dicho documento debió ser realizada por un funcionario —quien para ocupar dicho puesto debía cumplir con el requisito de la idoneidad establecido por el art. 16 de la CN— y quien efectivamente tuvo que efectuar las erogaciones dinerarias para solventar la sentencia condenatoria fue el Estado provincial, eso sí, de manera correcta —según mi postura— fue la adopción de una Teoría de la Responsabilidad Indirecta por parte de la Provincia de Buenos Aires.

En el caso "Vadell" (6), acontece nuevamente la misma situación con respecto al obrar de los funcionarios del Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires, pero cambiando de postura y adoptando una nueva posición respecto a la responsabilidad, siendo esta objetiva y directa entendiendo que los funcionarios son "órganos" del Estado y por ende su obrar sería el obrar Estatal.

En el precedente "De Gandia" (7), como consecuencia de la omisión de un funcionario judicial de levantar la orden de secuestro existente sobre un automotor robado —que había sido recuperado

años antes de la adquisición por parte de la Dra. De Gandia— (más allá de lo que consideró la Corte Suprema, como "causa civil"), se resolvió que la Provincia de Buenos Aires, deba indemnizar el daño moral padecido por la actora al tratar de salir del país con el vehículo y ser detenida en la frontera.

Por último, en el caso "Barreto" (8), se genera nuevamente una situación de responsabilidad por el actuar de un funcionario, donde un policía de la Provincia de Buenos Aires asesina a una joven (Gisela Barreto), conllevando como resultado la interposición de una demanda por daños y perjuicios contra el Estado provincial y el funcionario, en los términos del art. 1112 del Cód. Civil. Lo decisivo del caso se funda en que la Corte Suprema de Justicia de la Nación reconoce la autonomía provincial y se aparta de los principios vertidos en el caso "De Gandia", para de esta manera permitir a estas legislar sobre las instituciones jurídicas dentro de los términos de los arts. 121 y 126 de la CN, lo que llevado al tema que nos ocupa implicaría la factibilidad de que en la Provincia del Chubut —más allá de lo que la Corte Suprema haya resuelto respecto de la causa civil— la responsabilidad del funcionario público sea regida por el Código Civil y Comercial (Cód. Civ. y Com.) como lo determinan los arts. 69 y 135, inc. 9 y 15 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia del Chubut (Cód. Proc. Civil y Comercial del Chubut).

En todos los casos mencionados, quienes iniciaron la actividad que culminó en responsabilidad Estatal fueron funcionarios públicos. Lo que vemos en la práctica es que el Estado termina siendo el responsable de cargar con los perjuicios realizados por sus funcionarios, debemos recordar la frase imperante en ciertos ámbitos políticos de la actualidad "El Estado Somos Todos", no menos cierta, puesto que un Estado sin población carecería de existencia como tal (entendiendo que la población es uno de los elementos que lo integran), pero quienes mantienen la existencia del Estado (nacional, provincial o municipal) son los contribuyentes mediante el pago de sus impuestos y sobre estos es que verdaderamente reposa la obligación de resarcir los perjuicios que ocasionan los funcionarios en

el ejercicio u ocasión de sus funciones, motivo por el cual si bien el "Estado Somos Todos" económicamente su manutención no es realizada por todos y ello implica que en principio —como se sostuvo previamente— para ciertos casos, el funcionario responda de manera directa y el Estado lo haga de manera indirecta resguardando su patrimonio y sobre todo el de los contribuyentes.

Teniendo en cuenta la breve enumeración de la normativa y jurisprudencia efectuada previa al año 1957 —con excepción de "Vadell", "De Gandia" y "Barreto"— y con los comentarios vertidos, conviene decir que la primera Constitución de la Provincia del Chubut (cuya entrada en vigencia fue en el año 1957), establecía en su articulado —de avanzada por aquel entonces— la responsabilidad del funcionario público provincial, a través de los arts. 1º (9) y 5º (10), donde sentaba la adopción de la Forma Republicana de Gobierno, ello de conformidad a los principios establecidos por la Constitución de la Nación, para enfocarse plenamente en el tema de fondo, a través del art. 20, el cual pregonaba: "Todo empleado o funcionario público a quien se le imputen delitos en el ejercicio de sus funciones o faltas que afecten su actuación pública, estará obligado a acusar para vindicarse. Gozará del beneficio del proceso gratuito", el artículo en comentario tenía como finalidad prevenir la existencia del "mal desempeño" en la función pública.

Tanto a través de la adopción del sistema republicano, de donde se entiende la "Responsabilidad del Funcionario Público" es uno de sus elementos integrantes, como lo que surge de la lectura in fine del art. 20 de la Constitución Provincial de 1957, puede observarse, cómo el agente chubutense, ha estado sometido a un régimen de responsabilidad a través del cual se veía compelido, en principio, a responder por su actuación en el ejercicio de sus funciones o en ocasión de ellas, para con posterioridad si correspondiere el Estado Provincial hacerse responsables por los daños y perjuicios que se hubieren ocasionado.

La Constitución de la Provincia del Chubut fue modificada por última vez en el año 1994, con la finalidad de no convertirse en ley muerta, en dicha modificación se incorporaron gran cantidad de instituciones jurídicas tendientes a tutelar de mejor manera los derechos de los chubutenses.

Dicha reforma, a diferencia de lo que ocurrió en Nación, vino a significar la posibilidad de exigir a los funcionarios cierta calidad en el ejercicio de sus funciones que se vio amparada por los arts. 67, 68, y 69 ubicados en el Título II, Capítulo I, generando de esta manera la posibilidad de demandar por daños y perjuicios a los funcionarios que actuaren en "mal desempeño" de sus funciones.

Es así, como el art. 69 de la Constitución Provincial establece: "Todos los funcionarios públicos, electivos o no, y aun el Interventor Federal, en su caso, son solidariamente responsables con el Estado por los daños y perjuicios a que dé lugar el mal desempeño de sus funciones. En tales supuestos debe accionarse contra el responsable para que indemnice al Estado los daños que con su actuación le haya erogado. El Estado y los municipios están obligados a hacer citar al juicio en que son demandados a los funcionarios o ex funcionarios que se encuentren en las condiciones precedentes y a ejercitar la pertinente acción de repetición".

La norma en cuestión viene a implicar un adelanto técnico con notable redacción frente al vacío que se generó al respecto con la reforma constitucional a nivel nacional, quedando exceptuados de los temas a tratar por la Convención Constituyente, la responsabilidad de los funcionarios públicos, según lo determinó la ley 24.309 ("Declaración de la Necesidad de su Reforma").

El tema en cuestión, si se analiza en profundidad, tiene una importancia trascendental para la vida de la República y sobre todo del Estado, quienes administran salud, justicia, educación, seguridad, economía, sistemas energéticos, redes viales, redes fluviales, redes de comunicación, sistemas de producción, etc. son funcionarios públicos

y los perjuicios que ocasionen en dicha administración para con los terceros o para con el Estado provincial deben ser solventados de manera plena, en cuyo caso el dinero para palear dichas sentencias condenatorias debería provenir del propio funcionario y el Estado municipal o provincial, responder de manera concurrente.

II. Presupuestos del art. 69 de la Constitución Provincial

En cuanto a los presupuestos establecidos por el art. 69 de la Constitución Provincial, al respecto cabe destacar que solo se hace mención expresa al "mal desempeño en las funciones", lo que conllevará la obligación de indemnizar los "daños y perjuicios" que se ocasionen.

Del propio texto del artículo en mención, se extrae que el funcionario debe obrar en "mal desempeño en las funciones" (11), pero ¿Cómo debe vislumbrarse este concepto a la luz de la normativa y jurisprudencia actual? Cabe decir al respecto, que este se encuentra en consonancia con lo establecido por el art. 53 de la CN, en referencia a las conductas que permitan requerir el juicio político.

Es así, como debe interpretarse al mismo, esto es, como un concepto dinámico y abierto, que puede evocar distintas circunstancias según sea la situación a la cual debe avocarse el funcionario provincial/municipal y/o federal, según se verá más adelante.

Con respecto al "mal desempeño", en principio hay quienes (como el histórico constitucionalista, Joaquín V. González), consideraron a este, como aquel que: "perjudica al servicio público, deshonren al país o la investidura pública e impidan el ejercicio de los derechos y garantías de la Constitución" (12); Gelli por su parte considera que el concepto tiene una doble concepción de acuerdo a quién se aplique, así para los integrantes del Poder Ejecutivo (Presidente, Vice, Jefe de Gabinete, Ministros): "el mal desempeño supone una valoración político institucional no partidaria de los actos

y omisión de los funcionarios teniendo a la vista resultados y consecuencias de aquel obrar para las instituciones o para la confianza pública que los ciudadanos debieran tener en los funcionarios" (13), la misma autora incluso considera como pasible de incurrir en la causal de mal desempeño aquella circunstancia en la cual el funcionario perciba inhabilidades o incapacidades sobrevinientes, actos notorios de vacío de poder, circunstancias de la vida privada que son escandalosas (14), en el segundo aspecto y aplicado a funcionarios del Poder Judicial, considera que los requisitos y las exigencias deben ser incluso más duros para con estos, de conformidad a que los mismos, son inamovibles; por su parte Bielsa entiende que: "la expresión mal desempeño del cargo tiene una latitud considerable y permite un juicio discrecional amplio, pues se trata de la falta de idoneidad no sólo profesional o técnica, sino también moral, como la ineptitud, la insolvencia moral, todo lo cual determina un daño a la función, o sea a la gestión de los intereses generales de la Nación. La función pública, su eficacia, su decoro, su autoridad integral es lo esencial; ante ella cede toda consideración personal" (15); por último, el maestro Sagüés considera que: "es un concepto elástico equivalente a un tipo penal abierto. Comprende actos dolosos o culposos (...) que evidencian incapacidad para ejercer el cargo. El mal desempeño pude aludir a impericia técnica o falta de cualidades éticas para ocupar la magistratura en cuestión" (16).

Por lo visto, estamos en presencia de un concepto que es abierto, como se mencionó al principio, pero que además debe adecuarse a cada caso concreto, juzgando las circunstancias de este y ponderando los intereses provinciales y municipales, dentro de las pautas que fija la Constitución, las leyes, la buena fe y las buenas costumbres.

A nivel provincial y referido a magistrados y funcionarios, la ley V 80 (ex 4461), en su art. 16, establece qué es lo que se debe entender por "mal desempeño de las funciones", siendo: 1) Dejar de cumplir obligaciones que expresamente señalan las leyes y reglamentos que regulan sus funciones o disponga medidas de

manifiesta arbitrariedad; 2) Dejar vencer los términos para dictar sentencia por más de tres [3] veces en un [1] año calendario, sin que pueda alegarse como justificación la falta de pedimentos de pronto despacho o reclamos del interesado; 3) Realizar actos o actividades incompatibles o prohibidas por la Constitución, las leyes y reglamentos que regulan sus funciones; 4) Cuando se resista o desobedezca las ordenes legítimas de sus superiores por vía de superintendencia y a los poderes y órganos de la Constitución.

En las resoluciones del Tribunal de Enjuiciamiento Provincial, incluso se ha determinado que el mal desempeño no requiere de la comisión de delitos (17) para que opere como causal de remoción, sino de un actuar fuera de las pautas establecidas para el ejercicio del puesto (18) y que puede acarrear oportunamente responsabilidad por los daños y perjuicios ocasionados, incluso el mal desempeño se podría configurar con la realización de actividades prohibidas a funcionarios (19).

El art. 69 del Cód. Proc. del Chubut, al referirse al "mal desempeño de sus funciones", deja de lado la frase "en ejercicio u ocasión de las funciones", que en ciertos ámbitos doctrinarios suscitaba severas críticas por parte de los autores.

Así planteada la cuestión, cabe decir, que la distinción no es menor, puesto que con la frase "ejercicio de la función" se hablaría de aquellas actividades que se encuentran amparadas a través de la normativa que rige el actuar del funcionario público (llámese reglamento interno, régimen disciplinario, estatuto del empleado público, etc.), a lo que pretendo referirme es a la existencia de una actividad normada —aun en el caso de actividad discrecional puesto que esta tiene su razón de ser en una norma—, dentro de la cual se pueden generar perjuicios, los cuales deberán ser reparados de manera plena, mientras que en el caso de la frase "en ocasión de la función", se hace referencia a un tipo de actividad, que surgiría, como consecuencia del puesto que ocupa el funcionario, pero que no se correspondería con la propia función que realiza el sujeto, serían

actividades que se podrían vincular y que surgen como consecuencia indirecta de sus facultades o ámbito de actuación, en estos casos se requiere poder determinar la existencia de una vinculación con la cual se pueda llegar a imputar responsabilidad al funcionario y al Estado (no olvidemos que el Estado responde en los casos en los cuales el funcionario carezca de patrimonio para hacer frente a ello).

La Constitución Nacional, elimina esta distinción y directamente establece la frase "mal desempeño de sus funciones", motivo por el cual, parecería que no se genera distinción alguna, solo se requiere que el funcionario haya actuado dentro de las funciones y lo que resta establecer es ¿Cuándo se entiende que actuó como funcionario? Para cuyo caso, deberá apreciarse la situación concreta con la finalidad de arribar a una solución loable, teniendo en consideración las reglas que se establecen para la actividad que desarrolla este, sin embargo, conviene aclarar, que corresponde integrar el concepto de "ocasión de las funciones" y ello con la finalidad de amparar aquellas circunstancias dentro de las cuales los funcionarios en razón del cargo o puesto que detentan pueden llegar a generar daños y perjuicios para con los terceros, pudiendo quedar indemnes en cuanto a una posible indemnización, por carecer el agente de patrimonio suficiente y verse limitados a través de lo establecido por el artículo en comentario, solo a demandar al individuo como sujeto privado y no de forma solidaria con el Estado provincial, por no admitir la responsabilidad en ocasión de la función.

Pasando en limpio lo dicho, debe existir responsabilidad en "ejercicio u ocasión" de las funciones, no solo para satisfacer el derecho a la indemnización plena, sino con la finalidad de cumplimentar con lo requerido en los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos con Jerarquía Constitucional, del art. 75, inc. 22 de la CN.

Por último, considero que el art. 69 del Cód. Proc. del Chubut, hace referencia no solo al caso de que un particular demande al funcionario y al Estado, sino también a diversos casos como pueden

ser: 1) Aquel en el cual, la Provincia demande por daños y perjuicios a un funcionario municipal; 2) El caso de un Municipio que demande por daños y perjuicios a un funcionario provincial; 3) El caso en que la propia Provincia demande al funcionario provincial por los daños y perjuicios sufridos.

Al respecto, no considerar como posible la demanda de daños y perjuicios del propio Estado (municipal/provincial) contra el funcionario, implicaría avalar como mínimo un enriquecimiento sin causa por parte de este último, sin perjuicio la existencia de otras figuras aplicables al caso.

III. Presupuestos para la responsabilidad civil

Con la sanción de la ley nacional 26.994 "Nuevo Código Civil y Comercial", se ha generado una nueva cosmovisión referente a la responsabilidad, que si bien no abandona los parámetros tradicionales (20) estos son: antijuridicidad, factor de atribución, daño y relación de causalidad, viene en ciertos aspectos a generar claridad en relación con los conceptos y finalidades de esta, puesto en épocas pasadas se encontraban debatidos por la doctrina (Ej. La función de la responsabilidad (21), la responsabilidad contractual y extracontractual, etc.) y que en ciertos casos particulares parecieran quedar aclarados mientras que en otros no tanto.

Es así, como los presupuestos de la responsabilidad operan como elementos esenciales que deben tenerse en cuenta a la hora de imputar responsabilidad civil al productor del daño, creando así el surgimiento de la obligación de reparar el perjuicio ocasionado.

De este modo, cuando se cumpla con los presupuestos de la responsabilidad (que estos tengan existencia), se genera en la persona que los sufre un derecho subjetivo que implicará la existencia de una acción que podrá ser ejercitada contra el funcionario, con la finalidad de reclamar los daños y perjuicios.

III.1. Antijuridicidad

Con la finalidad de no ser repetitivos diremos que el art. 69 del Cód. Proc. del Chubut, hace mención expresa al reclamo de los "daños y perjuicios" y al "mal desempeño en las funciones", parecería quedar en claro que la antijuridicidad a la que se refiere, podría pensarse que es aquella que deriva del Código Civil y Comercial, dicha interpretación —realizada con ligereza— no es correcta, puesto que el accionar antijurídico va a obedecer a la totalidad del ordenamiento jurídico (22), no solo a los códigos de fondo, sino que también a la normativa provincial teniendo en consideración las circunstancia del caso concreto para su aplicación.

Con ello, debe dejarse en claro que no existe una relación entre antijuridicidad e ilicitud más que de género y especie, la ilicitud hará referencia a una rama del derecho, requiriendo que ella se configure para que actúe según corresponda el tipo penal, mientras que la antijuridicidad obedece a una concepción más amplia, que tiene relación con la totalidad del derecho y no solo con una única rama de él (23).

De esta manera la antijuridicidad (24) en cuanto actuar se refiere, va a consistir en una actividad que se va a desarrollar mediante una acción u omisión, que permite al sujeto obrar en contra de la totalidad del ordenamiento, (traducido no se requiere que viole todo el ordenamiento jurídico, sino ciertas normas tendientes a generar responsabilidad).

Dentro de los parámetros establecidos por el Código Civil y Comercial, la responsabilidad tiene distintas finalidades, por una parte, la prevención del daño, la disuasión y la sanción, y por la otra, la función resarcitoria de este.

La antijuridicidad no escapa a esta triple función y debe ser interpretada dentro de esta según la función que cumpla la responsabilidad, aunque si bien algunos autores pretendan sostener

que en la función preventiva la antijuridicidad debe ser formal (25), idea con la cual discrepo puesto que entiendo que esta debe obedecer a parámetros de materialidad, dicho en otros términos debe ser material, interpretando este último concepto como violación a los deberes de prevención de daños, teniendo como límite esta antijuridicidad material en la función preventiva, la causal de justificación, para de esta manera evitar la existencia de un sistema intervencionista que paralice la actividad humana, en sentido similar se pronuncia López Herrera: "Solo puede ser antijurídica una omisión si existe un deber legal de actuar para prevenir el daño. Esa antijuridicidad no tiene que ser formal, sino comprensiva del ordenamiento jurídico todo. Es decir, que allí donde existe un deber de actuación impuesto por la ley, reglamento, tratado internacional o por una tendencia jurisprudencial, se podrá plantear la acción preventiva" (26).

Así lo dicho, según el art. 1710 del Cód. Civ. y Com., la antijuridicidad preventiva estará en principio determinada por las siguientes conductas: "a) evitar causar un daño no justificado; b) adoptar de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o no disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c) No agravar el daño si ya se produjo", las conductas descriptas son meramente enunciativas, dejando abierta la puerta a más causales.

En este orden de ideas, todo funcionario se podrá ver compelido al cumplimiento de los principios sentados por el art. 1710 del Cód. Civ. y Com., y ello en virtud de su actuar en forma contraria a la función preventiva establecida por la normativa, queriendo significar que actúa de manera antijurídica en su obrar, tanto a través de medidas proactivas, como omisivas, que culminen en un daño o perjuicio para un tercero.

Así es como el principio de antijuridicidad preventiva de daños, incluso se encuentra establecido en la Constitución Provincial —con anterioridad a la existencia del art. 1710 del Cód. Civ. y Com.— más específicamente en el art. 59 del Cód. Proc. del Chubut (27) "Mandamiento de Prohibición", a través del cual se puede requerir ante el Poder Judicial el cese de una actividad realizada por el Estado o un funcionario, que acarrea o puede llegar a acarrear perjuicios para un sujeto de derecho y que va en contra de las normas (28).

La faz preventiva se encuentra ampliamente tutelada por el ordenamiento jurídico provincial y nacional, ello con la finalidad de evitar ocasionar daños o perjuicios, puesto que, en principio si bien la responsabilidad civil posee una faz resarcitoria, cuya piedra angular es la plenitud (término que se utiliza en la actualidad puesto que en la vigencia del Código Civil se hacía referencia mayoritariamente a la integralidad), en muchas ocasiones dichos resarcimientos por más plenos que fueren, no permiten retornar a la situación previa al daño, ello sobre todo en el ámbito del derecho ambiental o en aspectos vinculados a los daños a las personas (ej.: El honor).

En cuanto a la antijuridicidad en su faz resarcitoria, corresponde en principio tomar como norte lo establecido por el art. 1717 (29) del Cód. Civ. y Com., así como bien dije al comienzo del tema, la nueva concepción del Código Civil y Comercial abandona la posición de Vélez, en donde se requería de culpabilidad identificando a la antijuridicidad de forma subjetiva, esto es con actos dolosos o culposos que transgredían una norma expresa, siendo la antijuridicidad formal y subjetiva en contraposición a la actual que es: 1) Objetiva: no depende de la subjetividad de quien realiza la acción; 2) Material: se corresponde con la totalidad del ordenamiento jurídico, sin embargo puede o no acarrear responsabilidad según la rama del derecho; 3) Atípica: no se encuentra específicamente determinada por la ley, ello en virtud del principio del alterum non laedere y el art. 19 de la CN ("...ni perjudiquen a un tercero...").

Ahora en su faz resarcitoria, se debe evaluar a la antijuridicidad como todo actuar contrario al ordenamiento jurídico en su totalidad no requiriéndose de una norma expresa, debe entenderse como una contradicción entre un comportamiento determinado y el ordenamiento jurídico en su conjunto (derecho positivo, derecho natural, principios generales del derecho, buena fe y costumbres), que puede conllevar la obligación a resarcir los daños según se den o no los elementos de la responsabilidad en el caso concreto (en los casos en los cuales opera una causal de justificación, no corresponderá por ejemplo indemnización alguna).

La antijuridicidad y el deber de resarcir también surgen de lo determinado por los arts. 1716 y 1749 del Cód. Civ. y Com., en ambos artículos se toma como fuente del deber de responder siendo un deber de carácter general y que surge como consecuencia del incumplimiento de una obligación, extrayéndose como conceptos, que la antijuridicidad se refiere específicamente a la conducta lesiva y no al daño.

En cuanto a las conductas que llevarán al funcionario a responder, en principio serán aquellas que dependan de una determinada acción, implicando la producción de un resultado por medio de un movimiento consciente o inconsciente, no se limitará la interpretación en los términos del art. 260 del Cód. Civ. y Com., sino por el contrario, se ampliará la posibilidad de generar responsabilidad incluso a aquellos actos que no sean realizados con intención, discernimiento y libertad, puesto luego de acontecidos, se podrá determinar si corresponde o no aplicar una causal de justificación o eximente de responsabilidad.

Teniendo en consideración lo previamente enunciado, los tipos de actuares que generan responsabilidad a través de un quiebre de la juridicidad podrán ser clasificados de la siguiente manera: 1) Acción: se dará en aquellas situaciones en las cuales existe una norma que dispone no realizar determinada conducta y el funcionario la realiza, podría llegar a ser el caso de la actividad reglada cuando el

funcionario se extralimita o realiza acciones contrarias a las establecidas para el órgano; 2) Comisión por omisión: consiste en un actuar positivo, el funcionario teniendo un deber específico de actuación (esto quiere decir que a través de actividades positivas) no lo realiza, en este caso el perjuicio se causa por el propio funcionario; 3) Omisión: en estos casos, se produce la abstención de una acción que en principio es determinada por el ordenamiento de forma genérica —se vincula con el deber jurídico de obrar— implica un acto negativo del sujeto, consistente en el no cumplimiento.

Por otro lado, respecto de la antijuridicidad y la actividad reglada —entendida esta cuando la actividad que debe desarrollar se encuentra preestablecida a través del ordenamiento normativo y el funcionario no tiene necesidad de actuar librado a su simple voluntad—, es fácilmente deducible cuando el sujeto irrumpe la norma y su actuar es antijurídico, puesto que con simplemente observar cuál es la actividad que debía desarrollar impuesta por el reglamento interno, por los estatutos o por las normas, se podrá vislumbrar su violación.

El funcionario dentro de los términos mencionados (actividad reglada), debe para con el Estado una determinada actividad, que se corresponde con su función, lo que genera una obligación de resultados (30), no solo respecto del Estado —que a mi juicio puede reclamar los daños y perjuicios que se ocasionen—, sino también para con el particular, en cuyo caso, se generará una nueva situación procesal al momento de realizar el reclamo judicial. En estos casos la existencia de la antijuridicidad es fácil de determinar.

Más difícil, es determinar la antijuridicidad cuando estamos en presencia de actividades que son discrecionales, en cuyo caso el funcionario posee ciertas libertades de actuación al no tener una norma que mande a realizar o comportarse ante determinado supuesto de una manera preestablecida, es así que el Superior Tribunal de Justicia del Chubut (STJ) (31), se enrola en la posición de Gordillo, que establece ciertas limitaciones al actuar discrecional: "1) La

razonabilidad: que el autor entiende que la actividad será irrazonable cuando: a) No se den los fundamentos en los cuales se sustenta; b) No se tengan en cuenta los hechos acreditados o estos fueran públicos y notorios; c) No exista una proporción adecuada entre los medios empleados y el fin que se desea lograr. 2) Desviación del poder: a) Cuando el funcionario actúe con venganza o un fin personal; b) Cuando el funcionario actúe con un fin administrativo pero que no sea el querido por la ley. 3) Buena fe: cuando el funcionario utilice la potestad pública con artificios o artimañas para llevar a engaño o error a un administrado" (32). Dichas limitaciones, deben ser acompañadas de aquellas impuestas por la totalidad del ordenamiento jurídico, puesto que el funcionario en su actuar representa al Estado y no se puede pretender que un Estado incumpla la normativa vigente por más que en la vida práctica esto sea moneda corriente.

Por último, la antijuridicidad vista desde el aspecto sancionatorio no implica otra cosa que la violación del orden jurídico, conllevando con ello la violación al principio de alterum non laedere, que encuentra raigambre constitucional a través del art. 19 de la CN.

Como se dijo previamente, el aspecto sancionatorio (en el caso de la antijuridicidad) estaba determinado por el art. 1714 del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación, este fue modificado por la comisión y eliminado del texto actual, sin embargo, esto no obsta a la existencia del ámbito sancionatorio, ya que por ejemplo encontramos normas que avalan dicho actuar en La Ley de Defensa del Consumidor (art. 52 bis, ley 24.240) o en la Ley de Defensa de la Competencia (art. 64, ley 27.442) y en demás normas que se encuentran dispersas a lo largo del régimen jurídico, respecto de las cuales, la doctrina y el intérprete no pueden hacer caso omiso.

III.2. Factor de atribución

Respecto al factor de atribución, podemos decir que consiste en la imputación de la responsabilidad, pudiendo ser esta objetiva (entendiendo que la responsabilidad se atribuye por la ley, la equidad,

la creación de un riesgo, etc.) o subjetiva (en donde la responsabilidad se funda en la culpabilidad, esto es en el actuar doloso o culposo según sea el caso concreto).

El art. 69 de la Constitución Provincial, al hacer referencia a los daños y perjuicios, nos lleva a determinar que rige el régimen del Código Civil y Comercial de la Nación con relación a la responsabilidad del funcionario provincial (33), esto implica, que según sea el caso concreto podrá aplicarse un sistema de responsabilidad cuyo factor de atribución sea objetiva o subjetiva (en principio será subjetivo).

Al respecto conviene hacer un breve análisis histórico, cabe decir que la Reforma a la Carta Magna Provincial, en el año 1994, incorporó al artículo en comentario (art. 69, Cód. Proc. del Chubut) y pretendió, si se lo quiere, fundar la responsabilidad en los términos del derogado art. 1112 del Código Civil, respecto al cual, la doctrina mayoritaria consideraba que imponía un factor de atribución subjetivo en relación con la responsabilidad del funcionario público, esto significa que quien pretendiera accionar en contra del agente estatal debía demostrar la existencia de dolo o culpa en su actuar, para que fuera pasible de indemnizar los daños ocasionados.

En el caso de la Constitución Provincial, siendo previa (año 1994) al Código Civil y Comercial, esta hace expresa mención a la corriente imperante al momento de su sanción que se vinculaba con la idea, incluso, establecida en la Constitución de 1957 (en virtud de la cual no se podía generar irresponsabilidad respecto de los funcionarios públicos en el ejercicio u ocasión de la función), que entendió correspondía la aplicación del Derecho Civil y tal fue el caso que estableció con claridad la posibilidad de reclamar los daños y perjuicios al funcionario que hubiera actuado en "mal desempeño" de sus funciones (34).

Una vez dicho esto y con respecto al factor de atribución, podemos decir que en principio habrá que observar la actividad y el

sujeto que reclame o interponga la pretendida acción, pero en términos generales el factor de atribución será preponderantemente subjetivo para el funcionario.

¿Qué se pretende significar con ello? Entiendo que el funcionario debe responder solo a título de dolo o culpa, pero también le correspondería responsabilidad de tipo objetiva (art. 1723, Cód. Civ. y Com.), ello en virtud de la actividad/función que realice y quien reclame los daños y perjuicios por dicha actividad o función.

A lo que pretendo referirme según lo dicho ut supra, es a ciertos casos en donde el funcionario responderá de manera objetiva, como, por ejemplo, si este, se obliga a la realización de un determinado resultado; es que si estamos en presencia de una actividad reglada en donde el funcionario debe cumplir mecánicamente ciertas funciones, nos encontraríamos en presencia de una obligación de resultados (ello en concordancia con el art. 1723, Cód. Civ. y Com.) para con la Administración, en estos casos el funcionario solo podría liberarse de la responsabilidad civil demostrando una ruptura en el nexo causal (el art. 1722, Cód. Civ. y Com., es claro al respecto) siempre y cuando el Estado haya sido el actor, en el mismo caso, estando en presencia de una función reglada, pero respecto de la cual no se exigen resultados, el particular podrá exigir la indemnización que le atribuye los daños y perjuicios, pero solo a través de un factor de atribución subjetivo (35) en los términos del art. 1724 del Cód. Civ. y Com.

Por otro lado, el particular también podrá demandar al funcionario aduciendo un factor de atribución objetivo cuando estemos en presencia de una actividad que implique un resultado concreto o cuando el funcionario se haya obligado dentro del ejercicio de sus funciones —ya fuere consecuencia de una actividad reglada o discrecional— en los términos del art. 1722 del Cód. Civ. y Com.

En los casos de imputación objetiva del factor de atribución, se generan grandes beneficios procesales, puesto comienza a regir el

principio de las cargas dinámicas, en virtud del cual, quienes se encuentran en mejores condiciones de probar deberán realizar dicha actividad, ello con independencia de lo sustentado por los arts. 1734 y 1735 del Cód. Civ. y Com.

En muchas ocasiones el ejercicio de la función, permite al agente estar en posesión o en contacto con información o datos que hacen a la causa/expediente, en cuyo caso, se genera una dificultad para el Estado, o el propio particular acceder a estos, no es extraño por ejemplo, que el funcionario cuando es interpelado —sobre todo en el ámbito de la responsabilidad penal— destruya información o datos que corresponden a su actuar, generando una imposibilidad probatoria que incluso puede culminar con la irresponsabilidad de este, en estos casos, claramente el Juez de conformidad a lo sentado por el art. 1735 del Cód. Civ. y Com., podrá aplicar la doctrina de las cargas dinámicas para que la parte que se encuentre en mejor situación las suministre.

En el caso de la actividad discrecional la situación pareciera ser otra, en principio daría rienda a la aplicación del factor de atribución subjetivo para con el Estado, sin embargo, nuevamente habría que analizar cada caso concreto, puesto nuevamente si el funcionario se obliga a un resultado, el particular o el Estado según corresponda, deberán obtener dicho resultado.

III.3. Relación de causalidad

La relación de causalidad en el ámbito provincial (respecto a los daños y perjuicios que cause el funcionario por el mal desempeño de sus funciones, ya fueren estos efectuados en ocasión o en ejercicio de la función), implicará la posibilidad de vincular el actuar del sujeto con los daños y perjuicios producidos determinando la existencia de un vínculo material y jurídico relevante, siempre y cuando el funcionario haya actuado en pleno ejercicio de sus facultades, sin que recaiga en el caso concreto una eximente de responsabilidad que rompa el nexo causal.

Entonces, la vinculación de la función realizada por el sujeto y el daño producido es verdaderamente un nexo causal que deberá dar respuesta a los siguientes interrogantes: ¿Quién es el autor del daño? ¿Quién debe responder? ¿Hasta dónde debe responder el autor del daño por los perjuicios ocasionados? ¿Existe alguna causal que rompa este nexo?

En parte, la respuesta a dichos interrogantes es lo que doctrinariamente se conoce como causalidad material —la relación entre el hecho del agente y el daño que permita determinar la existencia de causalidad desde el punto de vista de las ciencias naturales, implicando en ciertos casos una relación de causa/efecto—, y causalidad jurídica (que el nexo sea el adecuado) (36) y causales de ruptura del nexo.

Pero más allá de lo dicho, el intérprete deberá tener en cuenta cuál es el vínculo que une al sujeto con el daño efectuado, a la hora de realizar la adjudicación del daño y pretender iniciar el juicio. Este vínculo no puede ser una mera relación de correlación, siendo esta: "La correlación es un enlace lineal entre dos variables; ella significa un vínculo cuantitativo. La correlación indica el grado de linealidad en el enlace de esas variables conexas. En cambio, el nexo y el análisis causal van más lejos; el nexo causal es una relación compleja entre dos variables; la causalidad es un vínculo cualitativo entre ambos eslabones de la cadena, lazo que precisa el sentido de la relación, el camino de la causa al efecto" (37).

Con respecto a los interrogantes: ¿Quién es el autor del daño? y ¿Quién debe responder? En principio, pareciera justo decir que el funcionario que ocasiona el perjuicio es quien deberá responder, pero en ciertas ocasiones en particular, puede presentarse el escenario, en virtud del cual, a través de un factor objetivo de atribución, quien deba responder no sea precisamente quien ocasionó el daño con su actuar, claros ejemplos de ello se pueden suscitar en los casos establecidos por los arts. 1750, 1753 y 1756 del Cód. Civ. y Com.

Más simple pareciera ser dar respuesta a dichos interrogantes en el caso de encontrarnos en presencia de un factor de atribución subjetivo, puesto que en dicho caso, el funcionario responderá de manera directa por los perjuicios que él ocasione a título de culpa o dolo, ello claro está, podrá cambiar en aquellos supuestos en los cuales actúe en conjunto o a través de un equipo, en cuyo caso habrá que determinar la existencia o no de concurrencia de responsabilidades, aunque igualmente el funcionario responderá por lo que le corresponde como consecuencia de su actuar.

Ahora bien, ¿Quién deberá probar el nexo causal? En principio podemos decir que quien afirma la existencia de la relación causal, deberá suministrar los elementos de prueba necesarios para determinar su existencia (38), esta posición se condice con lo establecido por el art. 1736 del Cód. Civ. y Com., sin embargo, esta puede llegar a ceder de conformidad a lo determinado por el art. 1735 del Cód. Civ. y Com., o incluso cuando concurran los casos de excepción que establece el propio art. 1736 del Cód. Civ. y Com. (cuando lo determina una ley o cuando surja de presunciones).

Si nos encontráramos en presencia de un factor de atribución objetivo, el actor solo deberá probar la causalidad material entre el hecho y el daño (o el incumplimiento en caso de un contrato), debiendo el demandado acreditar una ruptura de dicho nexo causal, con la finalidad de exonerarse de responsabilidad.

¿Qué se deberá reparar? o en otros términos ¿Cuál es la extensión del resarcimiento? en los términos del art. 1726 del Cód. Civ. y Com., se deberá reparar "...las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles" que tuvieran vinculación con el hecho dañoso. Los arts. 1727 y 1728 del Cód. Civ. y Com., establecerán con claridad irrefutable, cuáles son las consecuencias y hasta dónde es el límite por el cual se debe responder en cada caso concreto.

Lo establecido por el art. 1726 del Cód. Civ. y Com., viene a implicar la adopción de la teoría de la causalidad adecuada, en el mismo orden de ideas se enrola nuestra jurisprudencia provincial (39).

Por último, podemos decir que la relación causal se determina en función de la probabilidad y posibilidad del resultado, atendiendo a lo que corrientemente acostumbra a suceder conforme a las reglas de la experiencia y el curso normal de los acontecimientos, básicamente busca indagar si la acción u omisión era o no apta, o adecuada conforme al curso normal y ordinario de las cosas.

III.4. El daño

El daño es uno de los elementos que configura la existencia de responsabilidad civil (40), este encuentra su regulación y conceptualización a partir del art. 1737 del Cód. Civ. y Com.

El articulado del Código Civil y Comercial resulta plenamente aplicable al caso, siendo este, el sistema jurídico que debe de resolver el reclamo por daños y perjuicios derivados de un acontecimiento ocasionado por un funcionario público provincial o municipal "en ejercicio u ocasión" de sus funciones, siempre que no recaiga sobre el caso concreto una causal de justificación o eximente de responsabilidad.

Sin pretender ser reiterativo, en el momento en el cual un funciónario causa un daño y/o perjuicio, la víctima sufre un hecho u acto que implica más allá de este, un menoscabo en su situación patrimonial naciendo de forma inmediata la obligación de indemnizar (salvo el caso de existir una causal de justificación o una eximente de responsabilidad).

De no cumplirse con dicha indemnización se genera una situación de doble beneficio, en primer orden se vislumbra la existencia de un régimen privilegiado donde el funcionario se aprovecha de su situación de tal, para no hacer frente a las

obligaciones que le son propias y que genera en "ejercicio u ocasión" de las función que detenta, en segundo orden y no menos importante es el enriquecimiento sin causa que reposara sobre los hombros del funcionario como consecuencia del deber de resarcir los perjuicios ocasionados (41) que surgen a partir de la obligación nacida por el daño producido.

Ahora bien, ¿Qué es lo que corresponderá indemnizar? El principio general lo sienta el art. 1738 del Cód. Civ. y Com., en virtud del cual, no se hace una distinción como lo hacía el Código de Vélez entre daños patrimoniales y extrapatrimoniales, ello con la finalidad de abarcar la mayor cantidad de casos posibles, de esta manera el daño será o no patrimonial, según sea el interés lesionado, debiendo el funcionario que ocasione el perjuicio indemnizar ambos, según corresponda.

El agente, sin embargo, no responderá por cualquier daño que ocasione, sino por el contrario, este debe reunir ciertos requisitos (42) intrínsecos para que pueda generar responsabilidad en los términos del Código Civil y Comercial.

Como ya se mencionó, la legitimación para reclamar según surge del art. 1737 del Cód. Civ. y Com. —a su vez, debe tenerse en cuenta el art. 1741 del Cód. Civ. y Com.— siendo esta amplia, puesto que el art. 1737 del Cód. Civ. y Com., pone sobre la mesa la existencia de daños sobre derechos subjetivos, pero también sobre intereses (incluso de incidencia colectiva).

Con respecto al interrogante ¿Qué tipo de reparación corresponde? El funcionario en los términos del art. 1740 del Cód. Civ. y Com., deberá realizar una reparación "plena" (43) del daño y perjuicio ocasionado, debiendo pagarlo a través de la indemnización fijada por el juez (en caso de que corresponda, puesto para lesiones al honor o la intimidad e identidad de la persona se puede agregar la obligación de mandar a publicar la sentencia) permitiéndosele a la

víctima volver al estado anterior al cual se encontraba antes de sufrir el daño.

Lo indicado por el art. 1740 del Cód. Civ. y Com., y lo establecido por el art. 69 de la Cód. Proc. del Chubut, por los arts. 15, 17 y 19 y por el art. 75, inc. 22 de la CN, son la base a través de la cual la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha ido pronunciando (44) en situaciones de referencia respecto al tema tratado.

Este principio de reparación plena tiene una excepción establecida por el art. 1742 del Cód. Civ. y Com., consistente en la atenuación de la responsabilidad por parte del juez con fundamento en la equidad. En estos casos el autor del hecho deberá peticionar al juez para su aplicación, debiendo alegar y probar los extremos que a continuación se mencionan: a) Situación de la víctima; b) Desproporción entre los patrimonios de las partes; y c) Las circunstancias del hecho.

Habrá que analizar si corresponde o no aceptar la atenuación por parte del juez, ya que uno de los requisitos constitucionales para que el funcionario sea tal, es la idoneidad motivo por el cual, la existencia de daños y perjuicios debiera verse drásticamente disminuida puesto que en principio el sujeto se encuentra capacitado para realizar la tarea que tiene a su cargo.

Por otro lado, y en cuanto a la prueba del daño, como regla general se puede decir que deberá ser acreditado por quien lo invoca (45) (art. 1744, Cód. Civ. y Com.), sin embargo, dicha regla tiene excepciones: 1) Las presunciones: estas pueden ser legales o judiciales, son legales cuando vienen impuestas por la ley, en cuyo caso pueden admitir prueba en contrario — presunciones iuris tantum— o no admitir prueba en contrario —presunciones iure et de iure—. Por otro lado, son judiciales aquellas en las cuales el juez a través de la falta de prueba infiere, valiéndose de las reglas de la experiencia y la sana crítica, un resultado posible (en consonancia con ello el magistrado deberá cumplir con los requisitos establecidos por el art.

163, inc. 5 del Cód. Civ. y Com.); 2) Los daños notorios de los hechos: así Carestia los define como: "Aquellos cuya existencia es conocida por la generalidad de los ciudadanos, en el tiempo y el lugar en que se emite la decisión; que forman parte de la cultura normal propia de un determinado círculo y no pueden ser desconocidos por el órgano judicial" (46).

IV. La regulación en las demás provincias patagónicas

Es claro, que la totalidad de las provincias analizadas (Tierra del Fuego, Santa Cruz, Chubut, Río Negro, Neuquén y La Pampa) adoptan la forma republicana de gobierno (art. 5º, CN).

Es de la forma republicana de gobierno de donde se desprenden ciertos principios a tener en consideración, los cuales son: a) Publicidad de los actos de gobierno; b) División de Poderes; c) Sistema de elección democrático; d) Responsabilidad del funcionario público; e) Periodicidad en las funciones; y f) Estado de derecho, etc.

Lo dicho en el párrafo anterior no es menor, puesto es la base sobre la cual se articuló el Estado moderno, en contraposición a la existencia de las monarquías absolutistas, donde la totalidad de los principios comentados ut supra carecían de existencia y es en dicha ausencia que no puede sostenerse la vigencia de una responsabilidad por daños del funcionario público sustentada en el Derecho Administrativo (47) (esencia del Estado Monárquico Absolutista), entendida está rama del derecho, como la encargada de organizar y desarrollar lo vinculado al ente estatal.

Con esta breve introducción trataré de hacer un escueto análisis de la situación en las distintas provincias, comenzando desde la más austral del país, así en el caso de Tierra del Fuego, es la propia Constitución provincial, la que en su articulado recepta la responsabilidad de índole civil del funcionario público, el art. 8º hace referencia a la responsabilidad civil del funcionario que incumpla con el principio de publicidad de los actos gobierno, siguiendo el criterio

el art. 122 también toma la pauta referida a la responsabilidad civil en el caso del juicio político, para cerrar el tema encontramos al art. 188 referido con exclusividad a la responsabilidad por daños de los funcionarios públicos.

En el caso de la Provincia de Santa Cruz, si bien adhirió a la ley nacional 26.944 a través de la ley 3396, por lo cual en principio parecería que estaríamos en presencia de una responsabilidad por daños de tipo administrativa, lo cierto es que la propia Constitución Provincial en su art. 17 hace referencia a la responsabilidad civil del funcionario y a la posibilidad de ser demandado en dichos términos, por lo tanto, por aplicación del principio de supremacía constitucional, lo dictaminado en la adhesión a la ley nacional 26.944 y referido con exclusividad al funcionario público no será aplicable.

Con respecto a la Provincia de Río Negro, se presenta un caso particular, puesto la Ley de Responsabilidad del Estado (ley 5339) permite la aplicación supletoria del Código Civil y Comercial (es claro que si se aplica un régimen jurídico de manera supletoria o analógica es debido a que nos encontramos en presencia de una ausencia total de instituciones jurídicas que rijan la cuestión, por lo tanto es difícil comprender como se puede llegar a hablar de autonomía del derecho de daños administrativo, por ser el derecho de obligaciones una rama del Derecho Civil y estar únicamente el Congreso Nacional facultado para su dictado —art. 75, inc. 12, CN—), establece una responsabilidad de tipo administrativa por los daños ocasionados por sus funcionarios (arts. 7º a 10, ley 5339), por último la Constitución Provincial solo hace referencia a la responsabilidad por daños en el art. 54.

Neuquén, Provincia de avanzada en ciertos aspectos referentes a Derecho Administrativo, no cuenta en la actualidad con una Ley de Responsabilidad del Estado, con respecto al tema que nos ocupa surge de la Constitución Provincial una claridad incontrastable, la responsabilidad del funcionario público y/o empleado será civil, así lo determinan el arts. 9º y 71 e incluso se obliga a la Legislatura

Provincial (arts. 189, inc. 20) a dictar leyes para hacer efectiva la responsabilidad civil del funcionario y/o empleado.

Por último, en el caso de la Provincia de La Pampa, esta se une al grupo de provincias que carecen de Ley de Responsabilidad Estatal, con relación a la responsabilidad del funcionario público, la Constitución no menciona un tipo de responsabilidad particular, sin perjuicio de ello, el ST Pampeano resolvió la cuestión en la causa "Varela" (48), remitiendo a una aplicación analógica del Código Civil y Comercial.

(1) LOPÉZ, José Ignacio, "Las Chispas Desprendidas de un Brasero Deficiente. Una Breve Historia de la Responsabilidad Extracontractual del Estado en el Derecho Argentino". Revista Derechos en Acción, UNLP. Año 3/Nº 8 Invierno. 1/09/2018.

(2) CS, Fallos: 1:317; 2:36; etc.

(3) Es lo que se conoce, como "venia legislativa".

(4) CS, Fallos: 169:111, TR LALEY AR/JUR/4/1933.

(5) CS, Fallos: 182:5, TR LALEY AR/JUR/7/1938.

(6) CS, Fallos: 306:2030, TR LALEY AR/JUR/1824/1984.

(7) CS, Fallos: 318:845, TR LALEY AR/JUR/1464/1995.

(8) CS, Fallos: 329:759, TR LALEY AR/JUR/153/2006.

(9) Art. 1º de la Const. Provincial de 1957. "La Provincia del Chubut, como parte integrante de la República Argentina, de acuerdo con el régimen federal de la Constitución Nacional, que es su ley suprema, organiza su gobierno bajo la forma republicana

representativa y tiene el libre ejercicio de todos sus poderes y derechos que no hayan sido delegados al Gobierno Nacional".

(10) Art. 5º de la Constitución Provincial de 1957. "Los derechos, declaraciones y garantías enumerados en la Constitución Nacional y que esta Constitución da por reproducidos, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados, pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo, de la forma republicana de gobierno y que corresponden al hombre en su calidad de tal, como individuo y como integrante de las formaciones sociales en donde desarrolla su personalidad y busca el cumplimiento de los deberes ineludibles de solidaridad política, económica y social".

(11) Se puede observar claramente que se genera la primera distinción con la ley 26.944, en donde se requiere de un "cumplimiento irregular de las funciones", según proclama el art. 9º.

(12) GONZÁLEZ, Joaquín Víctor, "Manual de la Constitución Argentina", Ed. Estrada, Buenos Aires, 1951, p. 504.

(13) GELLI, María Angélica, "Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada, ampliada y actualizada", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, Tomo II, arts. 44 al 129, 4ta ed., p. 35.

(14) Sin ir más lejos, tenemos el caso del Embajador argentino en Chile, Oscar Spinosa Melo, quien durante el gobierno menemista ocupó dicha embajada y fue removido de la misma por actuaciones indecorosas. Más tarde un periodista chileno llamado Francisco Martorell publicaría a través de la editorial Planeta una obra titulada "Impunidad Diplomática" donde describiría las conductas realizadas por el funcionario. No fue sino la propia CSJN, mediante su fallo del 5 de septiembre de 2006 en autos caratulados "Spinosa Melo, Oscar Federico c. E.N. CM. de Relaciones Exter. Comer. Internacional y Culto s/ empleo público" TR LALEY AR/JUR/4221/2006, la que se pronunció al respecto, detallando que

el funcionario debía conducirse decorosamente no solo en su vida pública, sino también en la privada.

(15) BIELSA, Rafael, "Derecho Constitucional", Ed. Roque Depalma, Buenos Aires, 1959, 3ª ed., ps. 599 y 600.

(16) SAGÜES, Néstor Pedro, "Elementos del Derecho Constitucional", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2003, T. 1, 3ª ed., p. 691.

(17) "Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut s/ denuncia jueza de familia de la Ciudad de Esquel" (Expte. Nº 24 - Fº 41 - Año 2002 - Letra C). Se remueve a la a la titular del Juzgado de Familia de la Ciudad de Esquel, por las sanciones recibidas como abogada matriculada y la existencia de un proceso penal de estafa en su contra, sin estas haber sido notificadas oportunamente al Consejo de la Magistratura. Requisito esencial para mantener el puesto no solo el de la aptitud, sino el de la buena conducta.

(18) "Das Neves, Mario y Otro s/ Denuncia Juez de Instrucción Nº 4 de la ciudad de Puerto Madryn Dr. Jorge Luque" (Expte. 28/04). En el expediente en comentario, se destituye al titular del Juzgado de Instrucción Nº4, por un ejercicio irregular de las funciones asignadas en su carácter de Juez de Instrucción, en el marco de una investigación por homicidio.

(19) STJ de Chubut s/ Denuncia (Expte. Nº 58/04 CM)" (Expte. Nº 31/04), en el caso en comentario un Juez de la Cámara de Apelaciones de Trelew, fue removido por el Tribunal de Enjuiciamiento, entre otras cuestiones por ejercer el comercio en el ámbito de la pesca, estando ello vedado por el antiguo art. 22 del Cód. Com. de la Nación.

(20) Conf. CCiv. y Com., Esquel, 25/06/2020, "L., M. E. c. Provincia del Chubut s/ Accidente de Trabajo", TR LALEY AR/JUR/33486/2020 (Expte. Nº 208 - Año: 2019 CANO). En los autos de referencia la Cámara Civil y Comercial de la Circunscripción

Judicial del Noroeste del Chubut, sostuvo que para que exista responsabilidad se deben cumplimentar ciertos elementos, ellos son: antijuridicidad, factor de atribución, daño y relación de causalidad. A través de la existencia de estos el dañado puede efectuar la reclamación pertinente para obtener una indemnización integral si correspondiera.

(21) Art. 1708, Cód. Civ. y Com. "Las disposiciones de este título son aplicables a la prevención del daño y su reparación".

(22) Conf. Cám., Civ. y Com., Esquel, 11/11/2019, "U. D. L. c. D. R. J. A. y otra s/ Daños y Perjuicios" (Expte. Nº:117-Año:2017 CANO). En el voto del Dr. Früchtenicht se hace expresa mención a la antijuridicidad vista no solo en referencia a normas específicas, sino como una violación al ordenamiento jurídico en su totalidad.

(23) Conf. CCiv. y Com., Esquel, "M. M. L. c. P. C. SRL s/ Accidente de T. (Acción Común)" (Expte. Nº 169 Año 2019 CANO). El Dr. Flass en su voto, hace un análisis sintético pero concreto en relación con la cuestión de la ilicitud y la antijuridicidad.

(24) La antijuridicidad encuentra su fundamento normativo en los arts. 19 y 75, inc. 22 de la CN, mientras que en relación con la Carta Suprema a nivel provincial podemos decir que esta surge de la conjugación del Preámbulo con varios artículos entre ellos y a modo meramente enunciativo los arts. 10, 19, 22, etc.

(25) VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., "La función Preventiva de la Responsabilidad Civil. Antijuridicidad Formal o Material", TR LALEY AR/DOC/852/2016, RCyC 2016 (Abril), 3; DJ 14/09/2016. Considera que la antijuridicidad debe ser formal y no material, porque a su juicio no sería aceptable una acción preventiva contra una conducta lícita por la mera posibilidad de que pueda ser generadora de un daño y el autor da el ejemplo del automotor que circula, si bien este puede generar daños, permitiría a cualquier persona estar legitimada para limitar la circulación de los vehículos

debiendo iniciarse acciones preventivas para aquellos vehículos que no reúnan los requisitos de circulación (según la ley 24.449).

(26) LÓPEZ HERRERA, Edgardo S. en, "Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado", Dirigido por Julio C. Rivera y Graciela Medina, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, 1ra. ed., Tomo IV, p. 998.

(27) Art. 59, Cód. Proc. del Chubut. "Si un funcionario o autoridad pública ejecuta actos expresamente prohibidos por las normas, el perjudicado puede requerir del juez competente, por procedimiento sumario, un mandamiento prohibitivo dirigido al funcionario o autoridad pública".

(28) Esta frase "en contra de las normas", debe ser entendida como contraria al ordenamiento jurídico en su totalidad, puesto debemos recordar que, en principio, estamos hablando de una norma de jerarquía constitucional (a nivel provincial), por ende, esta tiene normas superiores a las cuales el funcionario o Estado, deben respetar y con ello adecuar sus conductas a estas.

(29) Art. 1717, Cód. Civ. y Com. "Antijuridicidad. Cualquier acción u omisión que causa un daño a otros es antijurídica si no está justificada".

(30) Según el art. 51, Cód. Proc. del Chubut, se impone una obligación de resultados que deberá ser observada por el funcionario al recibir un preso en las cárceles.

(31) Conf. STJ, Sala, Civ. Com. Lab. Min. Adm., Rawson, "S., S. E. c. Provincia del Chubut s/ Demanda Contencioso Administrativa" (Expte. Nº 24.928 - Año 2018). En el mismo orden de ideas que se viene planteando, el Dr. Panizzi se pronuncia en referencia a la razonabilidad que debe obrar como limitante a la facultad discrecional de la administración siendo uno de los requisitos

para que el poder judicial pueda ingresar a controlar dicho tipo de actividades discrecionales por parte de la administración.

(32) GORDILLO, Agustín, "Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas", 1a ed. Tomo 9, Primeros Manuales, Cap. VIII, Ed. Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2014, 1a ed., Tomo 9, Primeros Manuales, Cap. VIII, ps. 183 y 184.

(33) En el mismo orden de ideas se posiciona el art. 135, incs. 9 y 15 de la Const. Provincial, al hacer expresa mención a que la Legislatura estará facultada para dictar la normativa complementaria referente a la responsabilidad civil. Es más que claro que el constituyente al momento de la creación del nuevo articulado tuvo en miras la responsabilidad civil del funcionario.

(34) Es menester que el lector tenga presente lo establecido por el art. 36 de la CN, en donde se permite el reclamo de daños en los términos de la normativa civilista.

(35) Lo planteado se puede ejemplificar de la siguiente manera, si tenemos una actividad X que se encuentra reglada respecto de la función que el sujeto A debe cumplir, con independencia del resultado al cual arribe dicha actividad —siempre y cuando el reglamento, estatuto o normativa no se lo exija—, nos encontramos en presencia de una obligación de resultado para con la administración, puesto al sujeto A se lo contrata para la realización de dicha actividad. Ahora bien, la actividad desarrollada por A., puede generar perjuicios para con los terceros, en cuyo caso estos particulares deberán iniciar el juicio de daños y perjuicios tomando en consideración un factor de atribución subjetivo o no, según sea el caso. El Estado al momento de realizar la contratación o incluso al momento de tomar juramento (art. 11, Cód. Proc. del Chubut), entiende que quien va a ingresar en la función es idóneo para ocupar el cargo/puesto y de esta manera desempeñarse de forma acorde a la normativa, la idoneidad en el ejercicio (art. 16, CN y art. 67, Cód. Proc. Chubut) es un requisito ineludible que implica saber de lo que se

está haciendo y consiste en una obligación de resultados para con el Estado.

(36) Conf. CCiv. y Com., Esquel, 29/04/2020, "M. M. L. c. P. C. SRL s/ Accidente de T. (Acción Común)" (Expte. Nº 169 Año 2019 CANO), según el voto del Dr. Frúchtenicht.

(37) Conf. CCiv. y Com., Trelew, 02/10/2015, "Quiroga, M. S. c. P., J. y Otra s/ Daños y Perjuicios", (Expte. 204 - Año 2015 CAT), según voto del Dr. López Mesa, Sumario Nro. 000082.

(38) Conf. CCiv. y Com., Sala A, Trelew, 02/10/2015, "Quiroga, M. S. c. P., J. y Otra s/ Daños y Perjuicios", (Expte: 204 - Año 2015 CAT), según voto de la Dra. Spoturno, Sumario Nro. 000100.

(39) Conf. CCiv. y Com., Esquel, 29/04/2020, "M. M. L. c. P. C. SRL s/ Accidente de T. (Acción Común)" (Expte. Nº: 169 Año 2019 CANO) y en el mismo sentido: CCiv. y Com., Sala A, Trelew, 11/08/2015, "Sánchez, Nelson Omar y otros c. Denadei, Daniel Ángel y otra s/ Daños y Perjuicios" (Expte.: 67 - Año 2015 CAT), según voto del Dr. Velázquez, Sumario Nro. 000049.

(40) Conf. CCiv. y Com., Sala A, Trelew, 31/08/2015, "Sandoval, Eduardo Emilio y otro c. Jose, Xiomara Elizabeth y Otros s/ Daños y Perjuicios", (Expte.: 96 - Año 2015 CAT), según voto del Dr. Velázquez, Sumario Nro. 000066. En igual sentido: Conf. CCiv. y Com., Esquel, 11/11/2019, "U. D. L. c. D. R. J. A. y otra s/ Daños y Perjuicios" (Expte. Nº: 117 Año 2017 CANO).

(41) Conf. CCiv. y Com., Sala A, Trelew, 22/12/2015, "Vitancur, Johana y Otras c. Baeza, Hugo Alberto y Otra s/ Daños y Perjuicios", (Expte.: 367 - Año 2015 CAT), según voto del Dr. López Mesa, Sumario Nro. 000119.

(42) Ver art. 1739, Cód. Civ. y Com.

(43) La reparación plena debe ser asimilada a la integral en el ámbito civil y comercial, sin embargo, ambas dos tendrán ciertas limitaciones como consecuencia de la extensión del resarcimiento, las limitaciones por razones de equidad, las limitaciones por convenciones, las limitaciones por imputación de consecuencias. Ahora bien, estas limitaciones que mencione previamente —de forma enunciativa— deben ser entendidas como la excepción y no la regla.

(44) CSJN, "Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales SA", Fallos: 327:3753, TR LALEY AR/JUR/2113/2004.

(45) Conf. STJ, Sala. Civ. Com. Lab. Min. Adm., Rawson, 12/10/2017 "P., M. X. c. Municipalidad de Comodoro Rivadavia s/ Ordinario (Contencioso administrativo)" (Expte. Nº24577-P- 2016).

(46) CARESTIA, Federico S., en BUERES, Alberto J., "Código Civil y Comercial de la Nación y Normas Complementarias. Análisis Doctrinal y Jurisprudencial", ED. Hammurabi, Buenos Aires, 2018, Tomo 3-F, arts. 1708-1881, Derechos Personales, p. 494.

(47) Es el Poder Legislativo Nacional, el encargado de dictar el Cód. Civil —art. 75, inc. 12 CN— por lo tanto, las Provincias han delegado en la nación la posibilidad de expedirse sobre el régimen de las obligaciones, lo que conlleva a que difícilmente puedan lograr una autonomía (como ciencia jurídica) de la responsabilidad del Estado o incluso del funcionario. Lo correcto sería, como lo vengo sosteniendo hace tiempo, proceder a la derogación de los arts. 1764 a 1766 del Cód. Civ. y Com., sustituyéndolos por los originalmente desarrollados en el anteproyecto.

(48) STJ, "VARELA, Nicolás Mauricio c. Provincia de La Pampa s/ Accidente Acción Civil", TR LALEY AR/JUR/41850/2016, del 24/05/2016, Expte. Nº C-36/2016.

Extensión de los daños punitivos a funcionarios públicos que participen en sociedades del Estado

por Mariano Palma

Disponible en: https://www.informacionlegal.com.ar/
Publicado en: La Ley Online
Cita: TR LALEY AR/DOC/1161/2023
[Consultado el: 05/01/2026]

Sumario

I. Introducción. — II. Breve historia de los daños punitivos. — III. Los daños punitivos en Argentina. — IV. Naturaleza jurídica y finalidad de los daños punitivos. — V. Las fórmulas matemáticas y los daños punitivos. — VI. Requisitos de procedencia. VI.1. La situación en la Ley de Defensa del Consumidor. VI.2. La situación en la Ley de Defensa de la Competencia. VI.3. Criterios de aplicación en el caso del funcionario público. — VII. El Estado. VII.1. Tipos de participación del Estado en el mercado. VII.2. Participación dentro de las empresas. — VIII. La supuesta prohibición de la ley 26.944 con respecto a los daños punitivos. — IX. Extensión de la aplicación de daños punitivos al Funcionario Público actuante en una empresa. IX.1. Planteo del caso. IX.2. Posibilidad de quita del velo societario

I. Introducción

El tema del presente trabajo es pasible de generar en el lector una multiplicidad de puntos de vista, la gran mayoría de ellos aún no están siquiera resueltos por la propia doctrina e incluso por los grandes maestros entendidos en el tema.

En virtud de lo expuesto, la elección del mismo tiene como fundamento, poder generar un aporte doctrinario que el día de

mañana permita, no solo a magistrados, funcionarios de toda índole y abogados del ejercicio liberal, sino también al neófito poder tener a su alcance elementos de consulta que estén vinculados a la posibilidad de imponer daños punitivos (1), a quienes verdaderamente administran y direccionan las personas jurídicas que dependen del Estado —o al propio Estado—, pudiendo eliminar el velo protector (según los términos de la ley de Sociedades Comerciales) que genera este tipo de instituciones jurídicas.

De esta manera, se buscará desentrañar si es viable que un funcionario público en ejercicio u ocasión de su función, que posea determinada jerarquía dentro de una persona jurídica, sea pasible de ser sancionado con la imposición de una multa civil (conocida vulgarmente como daño punitivo), por los perjuicios que pueda ocasionar como consecuencia directa de su intervención dentro de la persona ideal.

Al respecto se analizará si las limitaciones impuestas por la Ley 26.944 (art. 1) y aquellos ordenamientos de índole local sobre responsabilidad del Estado que repliquen lo normado en la ley nacional, son verdaderas vallas a la posibilidad de sancionar al funcionario o si por el contrario nos encontramos en presencia de artículos de manifiesta inconstitucionalidad.

Por lo dicho, es de vital trascendencia, que el funcionario se vea respetado en sus garantías constitucionales, pero más importante es que el mismo desempeñe su función con la idoneidad exigida por el art. 16 de la CN, puesto sus decisiones afectarán al erario público que se crea con lo que compulsivamente se obtiene de los contribuyentes a través de los "impuestos", "tasas" y "contribuciones".

En párrafos anteriores se mencionó el direccionamiento de la sanción hacía el funcionario, ello obedece no a fines mezquinos de quien escribe estas palabras, sino por el contrario a la cada vez mayor participación dentro del mundo del consumo (2) que posee el Estado, en nuestra nación, ello en conjugación con la imperiosa necesidad de

tener dentro de las empresas estatales y el propio Estado, personas idóneas (3) para la función que desempeñan.

La idoneidad en el ejercicio de la función/cargo, es de una trascendencia insoslayable, a tal punto, que quien escribe estas palabras, ha sostenido en obras propias (4), que estamos en presencia de una obligación de resultados y no de medios, ya que el ingresante al Estado deberá cumplir con un concurso de antecedentes y oposición y en el caso de ser un puesto político deberá cumplir con los mandatos impuestos por la legislación (la totalidad de ella, desde la Constitución hasta la norma de menor jerarquía).

Algún sector doctrinario podrá sustentar que las sanciones por la mala administración podrán ser impuestas por la propia persona jurídica, ya fuera administrativamente, o a través de otra vía legal, sin perjuicio de lo cual, es imperioso que el derecho del consumo y sobre todo el consumidor (5) tengan acceso a herramientas que permitan a los magistrados imponer las sanciones pertinentes ante conductas gravemente reprochables.

II. Breve historia de los daños punitivos

La doctrina mayoritaria (6), tiene en claro que hay ejemplos de sanciones pecuniarias, desde el Código de Hammurabi, pasando por la Ley de las Doce Tablas, hasta llegar incluso a ordenamientos más modernos como lo pueden ser las Siete Partidas de Alfonso el Sabio, sin perjuicio de ello, todos hacen referencia en sus distintas obras, a que los daños punitivos como los conocemos en la actualidad tienen su surgimiento en el Derecho Inglés, para con posterioridad expandirse a la totalidad del common law y los países que integran dicho sistema (7).

Es en el trabajo (y seguido por gran parte de la doctrina) realizado por el Dr. López Herrera (el cual en lo particular ya considero debe ser tenido como un clásico sobre la temática), en dónde se hace referencia a que los daños punitivos surgieron en

Inglaterra (1763), específicamente de dos casos que analizaremos a continuación y que tienen vital importancia para el estudio de la hipótesis planteada en la presente obra, siendo estos: "Wilkes vs. Wood"(8) y "Huckle vs. Money"(9).

Si bien, ambos precedentes tienen una misma causa, vale recordar los hechos: un periódico inglés publica un artículo ofensivo en contra del Rey Jorge III y algunos de sus Ministros, ante tal situación, el secretario de Estado Lord Halifax, ordena el allanamiento y requisa del Diario Nort Briton, a través de una orden general que no especificaba a quién iba dirigida la misma, motivo por el cual surge el primero de los casos mencionados en el párrafo precedente, en dicho caso se eligió a Wilkes (editor del periódico y miembro del Parlamento Inglés) para efectivizarla, ingresando John Wood (oficial policial-funcionario del Estado-) al domicilio de Wilkes y requisando el mismo, como resultado de ello, Wilkes inicia acciones legales, obteniendo en principio la declaración de ilegalidad de la orden de allanamiento, puesto la misma no podía estar dirigida a persona indeterminada (o sea ser general) para permitir a la policía la búsqueda de elementos incriminantes contra una persona, sino por el contrario debía establecer el sujeto al cual iba dirigida y la causa sobre los elementos de búsqueda que se pretendía encontrar en dicho domicilio, es por ello que el mismo recibe una indemnización por daños punitivos (exemplary damages).

El segundo de los casos en mención también comparte la causa con el primero, con la diferencia que en este caso se procedió al allanamiento (a través de la misma orden general emitida por Lord Halifax) del domicilio del Sr. Huckle, dicho acto nuevamente fue realizado por un funcionario público (Money), e incluso derivó en la detención del allanado por el termino de seis [6] horas. En este precedente se decidió imponer una sanción de 300 libras, en concepto de daño punitivo (exemplary damages) equivalentes a 300 salarios del Sr. Huckle, incluso se estableció que avalar tal orden de allanamiento sería como igualarse a la inquisición española, no debiendo ningún inglés vivir ni siquiera una hora bajo dichas pautas (10).

A partir de dichos casos, los daños punitivos fueron presentándose por distintas causas y situaciones a lo largo de la historia jurisprudencial inglesa, hasta llegar al tercer precedente, a través del cual se fijan ciertas pautas que tienen íntima vinculación con la responsabilidad de los funcionarios, estoy hablando del caso "Rookes vs. Barnard"(11) del año 1964.

Este tercer precedente que se trae a colación, fácticamente tuvo lugar cuando un empleado de una fábrica se desafilia del sindicato que representaba dicha actividad, situación que no cayó bien entre los sindicados, por lo cual solicitaron al dueño de la empresa que despida al Sr. Rookes, puesto de no ser así comenzarían una huelga, entre idas y vueltas el empleado es despedido, por lo cual decide iniciar acciones en contra del presidente del sindicato (Barnard) y otros individuos más integrantes del mismo, en primera instancia obtiene la victoria, no así en su revisión, hasta llegar el caso a la Casa de los Lores, quienes terminan encontrando culpable a los demandados por la práctica extorsiva utilizada y aplican a estos los famosos daños punitivos.

López Herrera, comenta, que el precedente deja como resultado tres pautas a seguir: "1. Comportamiento opresivo, arbitrario o inconstitucional de los funcionarios en contra de un particular o empresa privada: en este caso la desaprobación de la ley se dirige más al acto mismo que al efecto que tiene en la víctima. El acto opresivo debe emanar de una autoridad pública, quedando excluidos los actos de particulares, porque se consideró que los servidores del gobierno son también servidores del pueblo y el uso de su poder debe estar siempre subordinado a su deber de servicio; 2. El caso en el cual el demandado ha calculado que su comportamiento le procuraría un beneficio que sobrepasaría en gran medida la indemnización debida: es necesario enseñar al dañador que el daño no paga. Muy parecido a aquello de que el crimen no paga, se aplica este inciso sobre todo a daños por difamación. Lo que cuenta según Markesinis, es si el demandado era consciente del hecho de que lo que estaba planeando hacer era contrario a la ley y procedió no obstante con su conducta en

la creencia de que las proyecciones de ventajas materiales superaban las posibilidades de pérdidas materiales; 3. Los casos en los cuales expresamente la ley ha previsto los daños punitivos. Éstos son raros en Gran Bretaña, por ejemplo, la ley de derechos de autor (copyright), y es ilustrativo el hecho desde que Rookes v. Barnard, ninguna ley que autorice daños punitivos se ha sancionado"(12).

Por último, en otro precedente de trascendencia caratulado "Broome vs. Cassell & Co Ltd" (13) (1972), en donde el Capitán Broome demanda a Cassel & Co Ltd, por haber publicado un libro donde adjudica a este, la responsabilidad de la destrucción del Convoy PQ 17 en 1942 durante la segunda guerra mundial, situación de la cual había sido absuelto por sus superiores, la corte le otorga una indemnización por 40 mil libras incluyendo 25 mil en concepto de daño punitivo, la demandada apela por considerar desproporcionado el monto, decisión que es mantenida por el tribunal superior, pero que por otro lado es utilizada para revisar los principios sentados por la Casa de Lores en el precedente "Rookes vs. Barnard", puesto limitaba en sobremanera las situaciones donde los daños punitivos podrían ser aplicados, circunstancia que había sido resuelta doctrinariamente y jurisprudencialmente de forma previa a la resolución de "Rookes vs. Barnard". Nuevamente la sentencia fue tratada por la Casa de Lores, los cuales convalidaron la decisión del jurado en cuanto a la aplicación del monto por daños punitivos, pero criticaron la decisión tomada por el tribunal de apelación respecto a las limitaciones impuestas en el precedente "Rookes vs. Barnard", motivo por el cual, para el primer caso (que previamente fue tratado en cita al Dr. López Herrera y que es el que interesa al tema en desarrollo), pudiendo aplicarse la acción opresiva a funcionarios municipales, policías y otros tipos de funcionarios.

Por otro lado, tenemos el caso de Estados Unidos, en donde la aplicación de los daños punitivos tiene su mayor desarrollo, contando en la actualidad con sentencias condenatorias por grandes sumas de dinero (14), lo que reviste un dato no menor, teniendo en

consideración que la Constitución Nacional de 1853, tuvo como base (en parte) la Constitución de Filadelfia de 1787.

Respecto al país del norte, debemos tener en consideración que a partir de 1946 se emite la FTCA (Federal Tort Claims Act), que prohíbe la imposición de daños punitivos a funcionarios federales, sin perjuicio de ello, encontramos desde 1970 (15) pasando por 1980 (16) y más, precedentes dentro de los cuales se sanciona con daños punitivos a funcionarios federales de los Estados Unidos, aun en contra de lo establecido por la FTCA.

Lo que se quiere significar, es que más allá del criterio restrictivo comenzado a utilizar por el sistema inglés y seguido en parte por el sistema estadounidense, los daños punitivos son plenamente aplicables al caso de los funcionarios públicos, situación que incluso tiene vigencia dentro de nuestro sistema jurídico, pero sobre el desarrollo de este me adentraré en puntos posteriores al tratar la ley 26.944.

III. Los daños punitivos en Argentina

Cabe mencionar, que en principio los daños punitivos fueron receptados por la doctrina a través de distintos trabajos presentados en revistas de interés como asimismo en jornadas académicas, no obstante, ello, se puede designar como un pseudoinicio el trabajo de Kraunt (17), pero no quepa ningún tipo de duda, que quién se pronunció sobre su existencia y posible recepción es el gran maestro cordobés Pizzaro (18).

Ahora bien, como todo instituto jurídico innovador y foráneo al sistema continental generó ciertos pronunciamientos en contra de prestigiosos académicos, dentro de los primeros podemos nombrar al Dr. Bustamante Alsina (19) [siguiendo dicha postura, pero con mayor desarrollo en la fundamentación técnica encontramos al Dr. Picasso (20)].

Sin perjuicio de la doctrina elaborada en su contra, los mismos fueron contemplados en el anteproyecto de reforma al Cód. Civil de 1998, que dentro de su articulado hacía mención a la multa civil (21) [art. 1587 (22)], con ciertas características que en lo particular no comparto, a modo de ejemplo puedo mencionar la determinación del destino de la multa, la cual quedaba en manos del tribunal, lo que claramente implica que el interesado en reclamarlos muy probablemente no lo hubiera hecho, puesto no sabría si los mismos serían incorporados a su patrimonio ante una eventual victoria. Otro aspecto que la doctrina señala como oscuro es la ausencia de mínimos y máximos respecto a la imposición de estos (referido a este aspecto vale recordar que la nación se encontraba en una economía estable, sin inflación), lo que no se condice con la nominación —multa civil— que se otorga al instituto.

Ahora bien, los daños punitivos, logran vigencia legal con la reforma efectuada por la Ley 26.361 al estatuto del consumidor (ley 24.240) a través de la incorporación del art. 52 bis.

El artículo mencionado en el párrafo anterior reza: "Daño Punitivo. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable de incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el art. 47 inc. b) de esta ley".

Más allá de las críticas realizadas sobre la redacción del artículo consumeril —y que exceden al presente trabajo en cuanto a su tratamiento—, se puede decir que los mal llamados daños punitivos encuentran raigambre legal luego de casi 20 años de tratamiento

doctrinario, sin perjuicio del plazo, esta incorporación normativa será entendida como el puntapié para su tratamiento con posterioridad en otros órdenes jurídicos.

Así, el anteproyecto de reforma al Cód. Civil —Ley 340— (que culminaría con la sanción de la ley 26.994) incorporaba dentro de su articulado (23) la sanción pecuniaria disuasiva, nueva nominación —que comparto— para hacer referencia a los daños punitivos, sin embargo, al igual que en 1998, tal artículo no lograría tener vigencia dentro de la actual reforma.

Con posterioridad a la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26.994), quien tomaría la posta en la materia, sería la Ley de Defensa de la Competencia (Ley 27.442), la cual a través de su art. 64, nos dice: "Las personas que incumplan las normas de la presente ley, a instancias del damnificado, serán pasibles de una multa civil a favor del damnificado que será determinada por el juez competente y que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan".

El instituto del daño punitivo también debería estar regulado en el régimen de Lealtad Comercial, para de esta manera, cerrar el circuito del derecho consumeril, esto es, Constitución Nacional, Ley de Defensa del Consumidor (art. 52 bis), Ley de Defensa de la Competencia (art. 64) y decreto de Lealtad Comercial (aunque también encontramos normas en el Código Civil y Comercial).

En cuanto a su aplicación práctica, se debe mencionar que el primer caso de daños punitivos en la nación fue luego del 2008, se fundó en una causa de consumo y se caratuló: "Machinandiarena Hernández, Nicolás c. Telefónica de Argentina"(24).

Si bien la doctrina busca casos dentro de los cuales se aplicaron sumas fuera de lo común, básicamente sancionatorias, lo cierto es que los daños punitivos como tales, nunca se aplicaron en la

República Argentina, hasta con posterioridad a la entrada en vigor del art. 52 bis de la Ley 24.240, motivo por cual dichos esfuerzos por tratar de ubicar el instituto jurídico en lugares donde no se lo encuentra, verdaderamente carecerían de toda importancia.

Lo que debe tenerse en consideración es que, a partir de su incorporación, (si bien los montos no fueron elevados ni sustanciales como los casos de sumas millonarias que encontramos en el derecho estadounidense por los límites impuestos —mínimos y máximos—), los tribunales han aplicado el instituto jurídico, de forma tal que su acogida ha sido receptada (aunque paulatinamente) de manera positiva por los juzgados (más que nada por aquellos jueces jóvenes y por los actualizados).

Por último, resta decir que, en el caso específico de imposición de daños punitivos a funcionarios públicos mediante la quita del velo societario, si bien no encontramos casos, corresponde tener presente que el tema de la hipótesis es un planteo técnico que puede presentarse en ámbitos científicos, lo que se conoce vulgarmente como un caso de biblioteca, por lo tanto, avanzado que sea su desarrollo comenzará a tener efectos en la práctica cotidiana.

IV. Naturaleza jurídica y finalidad de los daños punitivos

En cuanto a la naturaleza jurídica, la doctrina al comenzar su tratamiento varió las posturas (igual situación aconteció con su conceptualización íntimamente vinculada —según mi criterio—), motivo por cual, encontramos una gran variedad de posicionamientos.

Haciendo una breve enunciación, en la actualidad podemos decir que la mayoría de los autores que tenemos consideran que estamos ante una sanción, sin perjuicio de ello, las posiciones se bifurcan en dos [2], sanción civil y sanción penal, por lo que a continuación haré un breve resumen de sus principales partidarios y las bases fundacionales de sus tesituras.

Como exponentes de la corriente que considera que nos encontramos frente a una sanción civil, podemos encontrar a: López Herrera (25), Chamatropulos (26), Tambussi (27), Stiglitz (28), Buccheri (29), Ritto (30), Krieger y Barocelli (31), Vázquez Ferreyra (32), entre otros. Todos ellos concuerdan en la factibilidad de la existencia de una sanción de índole privada cuando se cumplan los extremos establecidos por la norma, que básicamente son los de atacar conductas gravemente reprochables, que se realizan en contra de un sujeto que se encuentra en inferioridad de condiciones y de esta manera concurrir con un criterio disuasivo y preventivo a la comisión de la conducta y/o situaciones similares que se realicen en el futuro, facultando al juez civil/consumeril a su imposición.

Bustamante Alsina (33), Jorge A. Mayo y Luis D. Crovi (34), Sánchez Costa (35) y finalmente el Dr. Picasso (36) (entre otros), consideran —en general— que si bien estamos en presencia de una sanción (carácter que comparten con la tesitura expuesta previamente), esta es extraña —como institución jurídica— al sistema de derecho continental, teniendo características propias del derecho penal/administrativo sancionador y justamente por dicha razón es que deberán respetarse y cumplirse todas y cada una de las garantías que para tal microsistema de responsabilidad determina el ordenamiento nacional e internacional, por otro lado entienden, que quien se vea beneficiado por la obtención de dicho rubro en un pleito jurídico tendrá un enriquecimiento incausado (37), por lo tanto en resumidas cuentas abandonan la idea de que sea pasible la existencia del daño punitivo/multa civil dentro de los confines del actual sistema de responsabilidad privado.

Habiendo descripto de forma sucinta las posiciones y sus partidarios, diré que desde mi punto de vista, si bien considero que nos encontramos en presencia de una sanción, esta no es civil, ni penal, ni administrativa, sino por el contrario consumeril y es por esta peculiar característica que considero que la totalidad de los autores previamente mencionados, sin incurrir en ningún tipo de distinción doctrinaria, incurren en un craso error, ya que hablan de multa civil, o

sanción privada, cuando en realidad, deberían referirse a sanción consumeril, puesto los daños punitivos o multa civil están dentro del conjunto de normas que tutelan los derechos de consumidores y usuarios, por lo que su análisis debería enfocarse (en el estado actual de la situación) al micro sistema de la responsabilidad del cual derivan y no pretender extender su posible aplicación a otro ámbito material del derecho.

Ya refiriéndome a la finalidad, al ser considerada una sanción, la misma tendrá un aspecto punitivo, que únicamente podrá ser aplicada por el Estado (magistrado), por ser este el titular exclusivo —en el caso que nos circunda— de su aplicación.

Otro aspecto vinculado a la finalidad será la disuasión, íntimamente ligada con la necesidad de prevenir futuras acciones que denoten correspondencia con la actividad sancionada. Punto este no menor, puesto debemos posicionarnos dentro del mundo del consumo, que muta continuamente de conformidad avanza la tecnología y la sociedad, pudiendo llegar a prevenirse, situaciones fácticas que previamente quizás no eran consideradas o tenidas en cuenta y que llevadas a ciertos extremos podrían llegar a ser tenidas como perjudiciales para los sujetos intervinientes.

V. Las fórmulas matemáticas y los daños punitivos

La cuantificación del daño representa uno de los mayores embrollos a la hora de dictar sentencia, puesto el a quo (al igual que los tribunales superiores) se ven en la difícil tarea de traducir en montos dinerarios los perjuicios que las partes presentan ante sus estrados.

A lo largo de la historia jurisprudencial nacional, se han dictado distintos precedentes judiciales, los cuales sirvieron para ir fijando las pautas sobre la constitucionalización del derecho de daños y sobre todo de la aplicación del principio de integralidad en la

reparación. Se puede mencionar como punta de lanza de dichos precedentes a: "Santa Coloma"(38); "Gunther"(39); "Luján"(40).

Este principio de reparación integral no implicaba otra cosa, que "posibilitar" que el sujeto dañado volviese al mismo estado que se encontraba previamente a la existencia del daño, lo cual era condescendiente con el sistema de reparación civil (y cosmovisión) imperante por aquel entonces y que fuera con posterioridad potenciado por los Tratados Internacionales con Jerarquía Constitucional (art. 75 inc. 22 CN).

Ahora bien, para ciertos aspectos, previo al tridente jurisprudencial mencionado en el segundo párrafo, se dicta un precedente de trascendencia que trae consigo la aplicación de fórmulas matemáticas a la hora de resolver los montos indemnizatorios por muerte (la cual con posterioridad será incluso aplicados a los grados de incapacidad), nominado "Vuoto c. Telefunken"(41), de tal carátula se extraería el nombre para la fórmula matemática que sería replicada en innumerables oportunidades.

La fórmula "Vuoto" no pasó inadvertida por la doctrina, ni por los tribunales siendo aplicada por algunos y descalificada por otros, es la propia Corte Suprema quien en principio rechaza la aplicación de fórmulas a través de tres precedentes, ellos son: "Puddu"(42), "Prille"(43) y "Fernández"(44).

Sin perjuicio de esta breve introducción al tema, lo trascedente es que, dentro de nuestro sistema, se comenzó a tratar de fundar la indemnización aplicable al caso concreto (por muerte o incapacidad) en sistemas matemáticos que tenían por finalidad brindar una fundamentación técnica a las decisiones adoptadas.

La situación tomó distintos estados, una etapa fue la jurisprudencial, mientras que la otra cara de la moneda estuvo enmarcada por la doctrina de los autores, como ser Acciari (45), Irigoyen Testa (46), Picasso (47), Sagarna (48), etc., todos analizando

los diversos aspectos y circunstancias vinculadas a la aplicación de fórmulas.

No obstante, lo antes dicho, la cuestión quedaría saldada (parcialmente), con la irrupción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, que a través de su art. 3 obliga a los magistrados a emitir resoluciones "razonablemente fundadas", mientras que el art. 1746 establece una suerte de obligación para la utilización de fórmulas matemáticas a fin de proceder a la determinación de la indemnización por incapacidad (física o psíquica) de las personas.

Habiendo encontrado asidero legal, la Corte Suprema de Justicia de la Nación emitió dos precedentes de vital importancia para el tema, generando un cambio de postura de 180 grados, de esta manera el primero de ellos fue "Ontiveros"(49) donde se hace presente la existencia de fórmulas tendientes a obtener indemnizaciones por incapacidad, pero fijando la Corte la necesidad de no abandonar de manera completa el criterio judicial que debe considerar otros aspectos de la vida (ver voto del Dr. Lorenzetti).

Ya en la causa "Grippo"(50) se termina de cerrar la cuestión al aceptar que los sistemas matemáticos pueden ser entendidos como una pauta genérica de ayuda a quienes deben realizar la cuantificación de los daños.

Tanto en "Ontiveros" como en "Grippo" lo que se busca es cumplir con el principio de reparación integral fijado en los Tratados Internacionales con Jerarquía Constitucional, pero referido en exclusiva a reclamos de índole laboral por la vía civil.

En el caso que nos ocupa, nos encontramos en presencia de una situación fáctica disímil, dónde existe un ámbito de actuación previamente determinado, así en el caso de la Ley de Defensa del Consumidor, los montos en los que puede fluctuar el daño punitivo estarán determinados por el art. 47 inc. b, mientras que en el caso de la Ley de Defensa de la Competencia, el espacio de actuación por el

magistrado en la aplicación de la multa civil (art. 64 ley 27.442) no estará circunscripto a ningún tipo de limitación (su aplicación en ambos casos no implica una violación al principio de reparación integral, sino que se condice con el principio de reparación plena —propio de cada microsistema de responsabilidad—).

Irigoyen Testa (51), en análisis a un fallo (52) de la CCiv. y Com. de Bahía Blanca, propone para la aplicación de daños punitivos (en el caso de la ley 24.240), la concurrencia de fórmulas matemáticas, a tal fin, considera fundamental su existencia dentro del decisorio para de esta manera poder brindar una fundamentación acabada y concreta a la resolución del conflicto, sin que el instituto pierda el destino o finalidad para el cual fue creado (esto es la sanción, prevención y disuasión).

Ahora bien, en lo particular, considero que si bien las fórmulas matemáticas pueden ayudar a quien toma las decisiones a arribar a un resultado justo que cumpla con el principio de integralidad en la indemnización, en el caso de la aplicación de daños punitivos nos encontramos en presencia de una situación diferente, puesto al tener una naturaleza sancionadora, su aplicación mediante un sistema matemático permitirá que los destinatarios del instituto pueden prever cuáles serán las indemnizaciones por daños punitivos a pagar, lo que en la práctica implica desvirtuar el instituto y sus finalidades, esto es, que el mismo debe ser aplicado de modo tal que quien fuera vencido no pueda mensurar en futuras ocasiones el "costo" judicial de sacar al mercado un producto dañino o de cometer contra usuarios y consumidores hechos graves mediante la prestación de servicios, etc.

A lo dicho, debe sumársele que la aplicación de daño punitivo/multa civil, estará dirigida a funcionarios públicos que ocupen puestos dentro del directorio de empresas estatales que estén activas en el mercado, por lo que claramente dentro de la sociedad de consumo podemos observar dos disrupciones, una dirigida por la empresa contra los consumidores/usuarios y la otra del funcionario público hacía el habitante de la nación por violar los principios

esenciales que hacen al contrato social y las pautas legales fijadas en la normativa, permitiendo realizar a través de la protección que brinda el velo societario, una conducta grave y totalmente reprochable.

Es menester tener presente las pautas fijadas por el art. 49 de la Ley de Defensa del Consumidor, las cuales consisten en: 1) El perjuicio ocasionado al consumidor; 2) La posición en el mercado del infractor; 3) La cuantía del beneficio obtenido; 4) El grado de intencionalidad; 5) La gravedad de los riesgos o los perjuicios sociales producidos; 6) La reincidencia; 7) Las demás circunstancias del caso.

Por lo tanto, de concurrir la fórmula matemática, esta no deberá ser aplicada en forma aislada (53) sino que el magistrado podrá valerse de otras pautas a fin de poder cumplir con la manda del art. 3 del Cód. Civ. y Com.

VI. Requisitos de procedencia

A continuación, se analizarán los requisitos necesarios para la procedencia del daño punitivo/multa civil (54), en cada uno de los ordenamientos jurídicos donde está contenida la figura y dentro de los cuales sería pasible la aplicación a los funcionarios públicos.

Vale tener presente, que en el derecho anglosajón el instituto jurídico en comentario tiene ciertas limitantes que han sido el resultado de resoluciones jurisprudenciales (55) como legales (56), ellos con la finalidad de dar pautas claras y concretas para su imposición, eliminando la posibilidad de violar derechos.

VI.1. La situación en la Ley de Defensa del Consumidor

La Ley de Defensa del Consumidor, luego de la reforma efectuada por la ley 26.361 incorpora a su texto el art. 52 bis, trayendo de esta manera los daños punitivos al orden legal nacional, luego de la frondosa doctrina que los autores desarrollaran al respecto y de los intentos infructuosos de incorporación al sistema nacional (con el

anteproyecto de Código Civil de 1998), se faculta al juez a su imposición —"el juez podrá"—.

Si bien el artículo recepticio de los daños punitivos posee grandes críticas en cuanto a su redacción, queda en claro que una de las más importantes se refiere a las pautas de determinación respecto a su aplicación/graduación.

La norma en comentario hace referencia únicamente a dos parámetros a ser considerados por el magistrado a la hora de llevar adelante la graduación, estos son: "la gravedad del hecho y las demás circunstancias del caso".

Queda en claro, que dichos parámetros son de una amplitud que no guarda relación con la tutela de las garantías constitucionales implicadas en la imposición de una sanción aun en el caso de que esta sea civil y que conllevan pautas de fijación tan generales que no se podrían obtener criterios uniformes de las sentencias que emanen de los tribunales.

Es por ello por lo que la doctrina en conjunción con la jurisprudencia, han ido elaborando ciertos criterios que deberán ser tenidos en consideración a la hora de su graduación y aplicación, así: a. Hay quienes consideran que el art. 52 bis, debe ser ampliado en sus requisitos por la imposición analógica de los establecidos en el art. 8 bis —situaciones vergonzantes, vejatorias e intimidatorias—; b. Otros consideran que es necesaria la presencia de una grosera indiferencia, actuación con desdén, abuso de la posición dominante, graves inconductas de los proveedores de bienes y servicios; c. Por su parte otra corriente requiere de grave desprecio por los derechos de consumidores, procura de una obtención de un lucro indebido y existencia de un daño (57); d. Tambussi, haciendo un resumen de la doctrina en general considera que deberá tenerse en cuenta: "la gravedad de la falta (...), la situación del dañador especialmente en lo atinente a su fortuna personal, los beneficios procurados u obtenidos con el ilícito, la posición de mercado o de mayor poder del castigado,

el carácter antisocial de la inconducta, la finalidad disuasiva futura perseguida, la actitud ulterior del demandado una vez descubierta su falta, el número y nivel de empleados comprometidos en la inconducta de mercado, los sentimientos de la/s víctima/s"(58); por último, López Herrera (59) nos enseña, que se requerirá como factor de atribución, la culpa grave/dolo (subjetivo), la gravedad del hecho, las demás circunstancias, el daño causado, la posición en el mercado del infractor, la cuantía del beneficio obtenido, la reincidencia del demandado, la gravedad del hecho y la violación al trato digno.

VI.2. La situación en la Ley de Defensa de la Competencia

El legislador al momento de llevar adelante la redacción del art. 64 de la ley 27.442 tomó los mismos criterios existentes para el caso de la Ley de Defensa del Consumidor (estos son: "la gravedad del hecho" y "las demás circunstancias del caso").

Con dichas pautas, el juez queda muy liberado en su capacidad de actuación sobre todo teniendo en consideración que nos encontramos en presencia de la aplicación de una sanción de carácter privado.

A tal fin, considero oportuno que el intérprete haga uso no solo de las circunstancias de aplicación y graduación determinadas para el caso de los daños punitivos en la ley 24.240, sino que, además, tenga en consideración lo estipulado por el art. 56 de la Ley de Defensa de la Competencia.

VI.3. Criterios de aplicación en el caso del funcionario público

En el caso concreto del funcionario público, debemos avizorar que deben reunirse los requisitos previamente determinados por la doctrina y la jurisprudencia (tanto en el caso de la Ley de Defensa de

la Competencia como en la Ley de Defensa del Consumidor) a fin de evitar todo tipo de violación a derechos constitucionales (60).

Deberá tenerse en cuenta por el intérprete que quien desempeña la función dentro de la empresa del Estado previamente debía reunir una condición inexorable, determinada constitucionalmente (art. 16 CN) que consiste en la idoneidad para ocupar cargos públicos.

Cuando de idoneidad se habla, en lo particular considero que estamos en presencia de una obligación de resultados (61) para con el Estado (que en última instancia está integrado por los habitantes, ciudadanos y es mantenido económicamente por los contribuyentes), puesto la ocupación de posiciones jerárquicas dentro de una organización empresarial denota como requisitos esenciales, conocimientos referentes al ámbito de actuación, calidad y tipo de productos o servicios a brindar, etc., no se cumpliría con la idoneidad, si por ejemplo en una empresa estatal prestadora de servicios de agua potable colocáramos como director a un politólogo o filósofo (con el respeto que merecen dichas titulaciones) y si en cambio, a un ingeniero civil con una maestría en hidráulica o a un administrador de empresas, etc.

De lo dicho, se deriva que el menosprecio, el desinterés, la falta de preocupación, la actitud con la cual lleva adelante la acción, así como su posterior actuar, se ven agravadas por la "naturaleza de la relación entre el dañador y el dañado"(62), puesto nos encontramos en presencia de un sujeto cuya función esencial — por integrar al Estado- es lograr el "bien común".

Si bien los casos de CEOS, (directores) de empresas privadas, en donde se generen situaciones pasibles de quita del velo societario e imposición de daños punitivos son deleznables, más aún lo son aquellas practicadas por quienes tienen a su cargo la tutela del patrimonio de los ciudadanos (y contribuyentes), por tener sobre sus hombros mayores exigencias, es por ello que la imposición de la multa

civil debe ser ejemplificadora a fin de que logre el fin disuasivo que tiene el instituto jurídico en comentario.

VII. El Estado

VII.1. Tipos de participación del Estado en el mercado

El avance tecnológico y social de la humanidad a lo largo de los siglos, conllevó el surgimiento de nuevas necesidades que debían ser satisfechas y es en este nuevo conjunto de necesidades que el Estado, a fin de lograr su objetivo primordial, crea un oxímoron a través del cual participa dentro del mundo de las relaciones de consumo.

Si bien es sabido, que la participación estatal dentro del mercado se da con mayor énfasis durante la crisis del 29 y se ahonda durante la década del 40 —II Guerra Mundial—, es menester tener en cuenta, que dichas participaciones están vinculadas con el criterio de Estado gendarme, lo que puede tener como resultado que a mayor intervención se genere —de manera inversamente proporcional— la pérdida de libertades y con ello la vulneración de derechos (63).

Ya volviendo a tiempos más modernos y contemporáneos se puede decir que dentro de nuestro sistema jurídico, el ordenamiento avala la posibilidad de que el Estado participe (64) (no de manera directa) a través de distintas formas de sociedades para de esta manera interactuar con los privados en ámbitos que considere estratégicos.

Dentro de las primeras formas de participación que se nos pueden venir a la mente encontramos la figura de las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, persona jurídica dentro de la cual se requiere de una participación estatal del 51% (65), para que sea considerada como tal.

Por otro lado, también encontramos al Estado inmiscuido dentro del mercado a través de las sociedades de economía mixta (66),

las cuales se encuentran compuestas por capitales privados y públicos, siempre que se tenga como finalidad la "satisfacción de necesidades de orden colectivo o la implementación, el fomento o el desarrollo de actividades económicas"(67). Este tipo societario podrá ser considerado una persona de derecho público o privado según fuere el porcentaje de participación de cada uno de los integrantes.

Muy importante, es recordar el caso de las sociedades del Estado regidas por la ley 20.705, donde se prescinde totalmente de la participación de capitales privados, lo que implica que podrán ser integradas (en cuanto a su capital) únicamente por fondos públicos.

Si bien, el Estado puede participar dentro del mercado en diversas formas, las tres más comunes son las comentadas ut supra y tendrán vital importancia a la hora de comprender la hipótesis que se viene trabajando.

El lector, deberá tener presente que los tipos sociales mencionados previamente toman participación directa dentro del mercado y son pasibles de actuar (generalmente así lo hacen) dentro de una relación de consumo —mayoritariamente como proveedores—.

VII.2. Participación dentro de las empresas

La nota tipificante para la imposición de daños punitivos/multa civil a funcionarios públicos es su participación dentro de la sociedad.

A tal fin, los tres casos analizados no dejan dudas al respecto, puesto en todos los casos, los funcionarios públicos deberán integrar los órganos de administración de la sociedad.

Analizando uno a uno los casos podemos desentrañar las características propias de cada organización, así en el primero de los casos, esto es, en el caso de la sociedades anónimas con participación

estatal mayoritaria, el directorio deberá estar integrado por al menos un funcionario público que represente los intereses estatales, dicha participación deberá adecuarse a las limitaciones impuestas por el art. 264 ley 19.550, pero están exentos de las restricciones impuestas por el art. 261, puesto los mismos son funcionarios del Estado debiendo percibir su remuneración de dichos entes.

En el caso de las sociedades de economía mixta, tanto el presidente como el síndico y mínimamente un 33% de los integrantes del directorio deberán ser nombrados por el ente estatal, en esta situación la responsabilidad será determinada por la ley 19.550 para administradores y representantes de sociedades comerciales.

Por último, en el caso de las sociedades del Estado, los directores que las integran deberán acogerse a los beneficios y limitaciones impuestas en la ley 19.550 para las sociedades anónimas, de esta manera las limitantes impuestas por el art. 310 ley 19.550, tendrán plena validez.

VIII. La supuesta prohibición de la ley 26.944 con respecto a los daños punitivos

La teoría de la responsabilidad del Estado que tuvo su expresión normativa en la sanción de la Ley 26.944 "Ley de Responsabilidad del Estado", no fue una creación intempestiva del legislador —aunque por momentos lo pareciera—, sino por el contrario, el surgimiento de la misma obedece a una serie de decisiones judiciales (68) y legislativas (69), que fueron dándose a lo largo de la historia jurisprudencial y legal nacional y que se vieron receptadas en parte, a través del articulado de la ley 26.944.

Ahora bien, tanto la ley 26.944, como la ley 26.994 (70), tratan de eximir de responsabilidad al funcionario público sustrayéndolo de la histórica responsabilidad civil —art. 1112 Cód. Civ.— para llevarlo al ámbito del Derecho Administrativo, violando así uno de los pilares

del sistema republicano de gobierno (la responsabilidad del funcionario público).

Es más, yendo más allá, la ley 26.944 en su art. 1 prohíbe la aplicación de la "sanción pecuniaria disuasiva"(71), por entender que es un instituto ajeno a nuestro sistema, generándose una gran contradicción, puesto el ordenamiento en comentario —ley 26.944— adopta como factor de atribución la "falta de servicio", instituto jurídico de origen francés, creado a partir del fallo "Blanco" proveniente del Concejo de Estado Francés que es adoptado por la Corte Suprema en el precedente "Ferrocarril Oeste" —ni siquiera fue adoptada por el legislador—.

Tanto la ley 24.240, como la ley 27.442, no hacen referencia a la sanción pecuniaria disuasiva, sí al daño punitivo y la multa civil, a su vez, las situaciones dónde regirán ambos sistemas legales serán aquellas amparadas bajo una relación de consumo (art. 42 CN —norma de carácter operativo—), encontrándose legislada en escalafones jerárquicos normativos superiores a la ley 26.944, por lo que aplicando el principio de supremacía constitucional, la prohibición del art. 1 sería inconstitucional, por violar el art. 42 (repito norma de carácter operativo) y como se dijo en párrafos previos, por avasallar al sistema republicano, generando situaciones de privilegio (contrarias a lo establecido por el art. 16 CN) (72) para quienes ocupen puestos públicos dentro de empresas.

Las limitaciones impuestas no deben ser tomadas con seriedad, es más, lo correcto y racional sería la declaración de inconstitucionalidad de varios de los artículos de la Ley o incluso su derogación total (acompañada de la derogación de los arts. 1764 a 1766 del Cód. Civ. y Com. de la Nación), por generar un régimen de excepción que va en contra de la propia Constitución Nacional la cual en su art. 36 establece la responsabilidad civil del funcionario público.

IX. Extensión de la aplicación de daños punitivos al Funcionario Público actuante en una empresa

IX.1. Planteo del caso

La situación fáctica acontecerá, cuando un funcionario público, que ocupe un puesto directivo dentro de una sociedad anónima con participación estatal mayoritaria o una sociedad del Estado o una sociedad de economía mixta, proceda a la realización de actos que conlleven a las situaciones factibles de imponer las sanciones descriptas por el art. 52 bis de la ley 24.240 y por el art. 64 de la ley 27.442.

En el caso de la Ley 24.240, si nos ceñimos estrictamente a lo descripto por el art. 52 bis, se requiere del incumplimiento del proveedor a las obligaciones legales o contractuales, mientras que en el caso de llevar adelante la interpretación literal del art. 64 ley 27.442, nos encontraremos que el requisito para la imposición de la multa civil provendrá del incumplimiento a las pautas fijadas en la propia norma.

Lo cierto es que para la concurrencia de los daños punitivos, se requerirá que el funcionario haya actuado con culpa grave, dolo, malicia o cuando el comportamiento fuera inadmisible para con el consumidor, esto se traduce en una conducta contraria al ordenamiento jurídico y a las bases de moralidad requeridas para ocupar un cargo o función pública, puesto a través de una persona jurídica se perjudica a usuarios y consumidores teniendo plena noción de lo que se está haciendo y evitando cualquier tipo de responsabilidad por estar en presencia de patrimonios disímiles.

En lo particular, considero que la teoría del órgano sería inaplicable al caso, motivo por el cual, el daño punitivo tendría factibilidad de vigencia respecto del funcionario público.

Así en los casos de aumento desmesurado de facturas o importes, deficiente prestación de servicios, comercialización de

productos que incumplan las normas de salubridad impuestas por la autoridad de aplicación, etc., se podrá compeler al funcionario a la imposición de daños punitivos.

Está en claro, que el funcionario no puede salir indemne ante tal situación (sin perjuicio del patrimonio que posea), puesto como se dijo previamente, este no debe ser juzgado con el mismo prisma que una persona normal, ello obedece ni más ni menos que a las circunstancias que se derivan de estar ocupando cargos públicos con la importancia que surge de tales obligaciones teniendo como norte, velar por la tutela de los intereses generales de la sociedad, pero sin infligir ningún tipo de daño a esta.

IX.2. Posibilidad de quita del velo societario

Si bien la Ley de Defensa del Consumidor nada dice respecto a la quita del velo societario para la aplicación de daños punitivos, sí lo hace la Ley de Defensa de la Competencia en su Art. 58, al permitir la aplicación de la multa a los directores, gerentes, administradores, síndicos o miembros del Consejo de Vigilancia, mandatarios o representantes legales.

Haciendo una breve introducción, podemos decir que el Código Civil y Comercial, recepta a la inoponibilidad de la personalidad jurídica a través del art. 144, por lo tanto hace extensivo el instituto jurídico a las personas jurídicas civiles, asociaciones, etc., es que la figura del disregard of legal entity, no tiene únicamente aplicación dentro del Derecho Societario Comercial, sino por el contrario, es extensible a la totalidad de casos donde se utilicen velos para vulnerar derechos (73) y proteger el patrimonio propio.

El art. 144 Cód. Civ. y Com. deberá ser complementado —para el tema que nos ocupa— con el Art. 159 que impone el deber de lealtad y diligencia y con el art. 160 Cód. Civ. y Com., el cual determina la responsabilidad ilimitada y solidaria de quienes

administren, frente a la propia persona de existencia ideal, sus miembros y los terceros afectados por su actuar.

En el caso de la Ley de Sociedades Comerciales (19.550), es el art. 54 en su segunda parte, el que establece: "La actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extrasocietarios, constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros, se imputará directamente a los socios o a los controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados".

En similar sintonía al Código Civil y Comercial —art. 159— tenemos en el régimen societario al art. 59, el cual exige la diligencia del buen hombre de negocios a quienes administren el ente, paso seguido impone una responsabilidad ilimitada y solidaria para quienes generen daños y perjuicios.

La diligencia del buen hombre de negocios no es ni más ni menos que la idoneidad para ocupar el cargo —art. 16 CN—, en cuyo caso, no podrá este ser cubierto por cualquier individuo, sino por el contrario, se requerirá que el funcionario sea capaz e idóneo, por lo que resultará difícil poder negar o desconocer las circunstancias fácticas que lo llevan a actuar con culpa grave o dolo.

Es el art. 274 de la ley 19.550, el que impone una responsabilidad de tipo ilimitada y solidaria hacia los accionistas y terceros por el mal desempeño en su cargo, violación a la ley, estatuto o reglamento y sobre todo por cualquier daño que se hubiera producido obrado con dolo o culpa grave (requisitos esenciales para la concurrencia del daño punitivo), siendo factible la posibilidad de eximirse de responsabilidad el director cuando deje constancia por escrito de su protesto, dando noticia al síndico.

Por lo tanto, aquellos funcionarios públicos que obraren con dolo o culpa grave dentro de una sociedad de las descriptas

previamente y que como consecuencia de tales actuares generen daños dentro de una relación de consumo, serán pasibles de responsabilidad mediante la quita del velo societario, puesto se requiere al menos, que actúen como "buenos hombres de negocios" —art. 59 ley 19.550—, el criterio que no los considera proveedores (en los términos del art. 2 ley 24.240), no lo considero viable, ya que en el caso de la ley 27.442 sería inaplicable —ver art. 58 ley 27.442—.

La extensión de la aplicación del daño punitivo mediante la quita del velo societario, si bien es meramente teórica respecto del funcionario público, podemos decir que tuvo lugar en la práctica, al respecto se puede mencionar el caso de la CNCiv., Sala G, 25/09/2012, "L., N. R. c. Laboratorios Phoenix SAICF y otros s/ Daños y Perjuicios". LA LEY, 2012-F, 177 (74).

(1) Vale aclarar, que se utilizará el término "daños punitivos" por su popularidad, sin perjuicio de que técnicamente deberían ser conceptualizados como "sanciones económicas disuasivas", según mi criterio.

(2) Recordemos que la sociedad actual se erige con distintas características sociológicas cuya enumeración no viene al caso, pero cabe resaltar dentro de las mismas, a la sociedad de consumo, donde tendrán primacía legal, el art. 42 CN, la Ley de Defensa del Consumidor, la Ley de Defensa de la Competencia, el Dec. de Lealtad Comercial y el Código Civil y Comercial de la Nación.

(3) Conf. PALMA, Mariano, "La Responsabilidad Civil del Funcionario Público en la Provincia de Chubut", Ed. Lex, La Plata, 2021, 1ª ed., p. 126.

(4) Ver: PALMA, Mariano, "Comentario a la Ley de Responsabilidad del Estado I N° 560", Ed. Autores de Argentina,

Buenos Aires, 2022, 1ª ed., p. 61 y PALMA, Mariano, "La Responsabilidad Civil del Funcionario Público en la Provincia de Chubut", Ed. Lex, La Plata, 2021, 1ª ed., p. 127.

(5) Que también puede ser contribuyente.

(6) Ver: IRIGOYEN TESTA, Matías, "Daños punitivos. Análisis económico del derecho y teoría de juegos", JA 2006-II, 1024; CHAMATROPULOS, Demetrio A., "Los daños punitivos en la Argentina", Ed. Errepar, Buenos Aires, 2009, 1ª ed.; LÓPEZ HERRERA, Edgardo, "Los daños punitivos: Naturaleza. Tipos. Jurisprudencia comparada. Análisis económico. Aplicación al derecho del consumidor", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, 2ª ed.; FAVIER, Daniela, "Daños punitivos", Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2020m 1ª ed.; TAMBUSSI, Carlos E., "Daño punitivo en las relaciones de consumo", Ed. Llanes Ediciones, Buenos Aires, 2022, 1ª ed.; Etc.

(7) Inglaterra, Australia, Nueva Zelanda, Canadá, Estados Unidos, Escocia, Gales, etc.

(8) Conf. Caso "Wilkes vs. Wood", 2 Wills KB 203, 95 Eng. Rep. 766 (1763).

(9) Conf. Caso "Huckle vs. Money", 2 Wils KB 203, 95 Eng. Rep. 768 (1763).

(10) "To enter a man's house by virtue of a nameless warrant, in order to procure evidence, is worse than the Spanish Inquisition; a law under which no Englishman would wish to live an hour".

(11) Conf. "Rookes vs. Barnard", 1964, AC 1129.

(12) Conf. LÓPEZ HERRERA, Edgardo, "Los daños punitivos: Naturaleza. Tipos. Jurisprudencia comparada. Análisis

económico. Aplicación al derecho del consumidor", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, 2ª ed., ps. 30 y 31.

(13) Conf. "Broome vs. Cassell & Co Ltd.", 1972 1 AII E.R. 801 (H.L.).

(14) Generalmente son impuestas por los jurados en primera instancia y reducidas en los siguientes grados de revisión que posea el Estado integrante de la unión.

(15) "Bivens vs. Six Narcotics Agents", 403 US, 388 (1971).

(16) "Carlson vs. Green", 446 US, 14 (1980); "Smith vs. Wade", 461 US, 30 (1983).

(17) Ver: KRAUT, Alfredo, J., "Faceta preventiva y sancionatoria del derecho de daños. La culpa como agravación de la responsabilidad objetiva", JA 1989-III, 909.

(18) Ver: PIZZARO, Ramón, D., "Daños Punitivos", en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída - PARELLADA, Carlos (Dir.), "Derecho de daños", 2da parte, Ed. La Rocca, Buenos Aires, 1993, ps. 287 a 337.

(19) Ver: BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "Los Llamados daños punitivos son extraños a nuestro sistema de responsabilidad civil", LA LEY, 1994-B, 860.

(20) Ver: PICASSO, Sebastián, "Sobre los denominados daños punitivos", LA LEY, 2007-F, 1154.

(21) Fueron fuentes del artículo: a. La sección 908 del Restatement of Torts 2nd; b. Los precedentes "Rookes vs. Barnard" y "Belmondo" (caso francés); c. La pena privada cuyo desarrollo se dá sobre todo en Francia.

(22) Art. 1587. Multa civil. "El tribunal tiene atribuciones para aplicar una multa civil a quienes actúen con grave indiferencia respecto de los derechos ajenos o de los intereses de incidencia colectiva. Su monto se fija tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial los beneficios que aquél obtuvo o pudo haber obtenido con su conducta, y tiene el destino que le asigne el tribunal por resolución".

(23) Art. 1714. Sanción pecuniaria disuasiva. "El juez tiene atribuciones para aplicar, a petición de parte, con fines disuasivos, una sanción pecuniaria a quien actúa con grave menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva. Pueden peticionarla los legitimados para defender dichos derechos. Su monto se fija prudencialmente, tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas. La sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada".

(24) CCiv. y Com. de Mar del Plata, Sala II, 27/05/2009, "M. H., N. c. Telefónica de Argentina" (Expte. N°143.790).

(25) Conf. LÓPEZ HERRERA, Edgardo, "Los daños punitivos: Naturaleza. Tipos. Jurisprudencia comparada. Análisis económico. Aplicación al derecho del consumidor", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, 2ª ed., ps. 20 a 23.

(26) Conf. CHAMATROPULOS, Demetrio A., "Los daños punitivos en la Argentina", Ed. Errepar, Buenos Aires, 2009, 1ª ed., ps. 38 a 42.

(27) Conf. TAMBUSSI, Carlos E., "Daño punitivo en las relaciones de consumo", Ed. Llanes Ediciones, Buenos Aires, 2022, 1ª ed., ps. 61 a 63.

(28) Conf. STIGLITZ, Rubén - PIZZARO, Ramón, "Reformas a la ley de defensa del consumidor", LA LEY, 2009-B, 949.

(29) Conf. BUCCHERI, Sabrina, "El daño punitivo en el Código Civil y Comercial de la Nación y la Ley 26.361", en GHERSI, Carlos A. - WEINGARTEN, Celia (Dir.), "Consumidores y Usuarios, cómo defender sus derechos", Ed. Nova Tesis, Rosario, 2015, Tomo II, 1ª ed., ps. 60 a 62.

(30) Conf. RITTO, Graciela, "Sistema de defensa del consumidor: paradigmas del nuevo Código y de las leyes 26.993 y 24.240", Ed. 20XXII grupo editorial, Buenos Aires, 2016, 1ª ed., ps. 85 y 86.

(31) Conf. KRIEGER, Walter F. - BAROCELLI, Sergio S., "Derecho del Consumidor", Ed. El Derecho, Buenos Aires, 2017, 2ª ed., ps. 135 y 136.

(32) Conf. VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., "La naturaleza jurídica de los daños punitivos", ver en: MOSSET ITURRASPE, Jorge - LORENZETTI, Ricardo L., "Revista de Derecho de Daños, Daño Punitivo", Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2011, 1ª ed, ps. 101 a 115.

(33) Conf. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "Los Llamados daños punitivos son extraños a nuestro sistema de responsabilidad civil", LA LEY, 1994-B, 860.

(34) Conf. MAYO, Jorge A. - CROVI, Luis D., "Penas civiles y daños punitivos", ver en: MOSSET ITURRASPE, Jorge - LORENZETTI, Ricardo L., "Revista de Derecho de Daños, Daño Punitivo", Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2011, 1ª ed., ps. 9 a 20.

(35) Conf. SÁNCHEZ COSTA, Pablo, "Los daños punitivos y su inclusión en la Ley de Defensa del Consumidor", La Ley, 20/07/2009.

(36) Conf. PICASSO, Sebastián, "Los daños punitivos", ver en: PICASSO, Sebastián - VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., "Ley de Defensa del Consumidor comentada y anotada", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2009, 1ª ed., ps. 593 a 619.

(37) Dicha postura es fácilmente rebatible, puesto la causa de los daños punitivos es la Ley, es la norma la que determina su existencia e imposición a determinados acontecimientos, dicho, en otros términos, es el legislador (como representante del pueblo) el que previamente estipuló el escenario dentro del cual tendría factibilidad la aplicación del instituto —en nuestro ordenamiento se eligió el microsistema de responsabilidad consumeril—.

(38) CSJN, Fallos: 308:1160.

(39) CSJN, Fallos: 308:1118.

(40) CSJN, Fallos: 309:1119.

(41) CNAT, sala III, 16/06/1978, "Vuoto, Dalmero S. c. AEG Telefunken Argentina s/ Artículo 1113 Cód. Civil" (Expte. N° 36.010).

(42) CSJN, Fallos: 310:1591.

(43) CSJN, Fallos: 310:2103.

(44) CSJN, Fallos: 316:912.

(45) Conf. ACCIARRI, Hugo A.- IRIGOYEN TESTA, Matías, "Fórmulas empleadas por la jurisprudencia argentina para

cuantificar indemnizaciones por incapacidades y muertes", publicado en: RCyS, 2011-III, 3.

(46) Conf. IRIGOYEN TESTA, Matías, "Daños punitivos. Análisis económico del derecho y teoría de juegos", JA 2006-II, 1024.

(47) Conf. PICASSO, Sebastián, "La Corte Suprema y las cuentas matemáticas para cuantificar la incapacidad sobreviniente. Una relación tortuosa con final feliz", La Ley, cita on line: AR/DOC/2903/2021.

(48) Conf. SAGARNA, Fernando A., "Las fórmulas matemáticas del art. 1746 del Código Civil y Comercial", RCyS2017-XI, 5.

(49) CSJN, Fallos: 340:1038.

(50) CSJN, Fallos: 344:2256.

(51) Conf. IRIGOYEN TESTA, Matías, "Aplicación jurisprudencial de una fórmula para daños punitivos", La Ley, cita on line: AR/DOC/3569/2014.

(52) Ver: CCiv. y Com., Sala II, Bahía Blanca, "CASTELLI, María Cecilia c/ Banco de Galicia y Buenos Aires SA s/ Nulidad de acto Jurídico" (Exte. N° 141.404).

(53) Vale tener presente la actual reforma al art. 47 inc. b de la ley 24.240, realizado por la Ley 27.701 (art. 119), que modifica los índices a través de los cuales se impondrá el daño punitivo (esto es en 0.5 a 2100 canastas básicas grado 3 del INDEC).

(54) Si bien las dos normas (Ley de Defensa del Consumidor y Ley de Lealtad Comercial) hacen referencia a la "gravedad del hecho" y "las demás circunstancias", queda en claro que dichos

requisitos no son suficientes a la hora de la imposición de la sanción civil.

(55) Ver: "Rookes vs. Barnard", 1964, AC 1129.

(56) Ver: Federal Tort Claims Act (FTCA). En otras ocasiones se requirió: 1. Conducta grave o reprobable del dañador; 2. Que exista dolo o una grosera negligencia; 3. Que exista un daño efectivamente sufrido por la víctima; 4. Posición de superioridad económica.

(57) Conf. KRIEGER, Walter F. - BAROCELLI, Sergio S., "Derecho del Consumidor", Ed. El Derecho, Buenos Aires, 2017, 2ª ed., ps. 136 y 137.

(58) Conf. TAMBUSSI, Carlos E., "Juicios y procesos de consumidores y usuarios", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2014, 1ª ed., p. 158.

(59) Conf. LÓPEZ HERRERA, Edgardo, "Los daños punitivos: Naturaleza. Tipos. Jurisprudencia comparada. Análisis económico. Aplicación al derecho del consumidor", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, 2ª ed., ps. 376 a 383.

(60) Los excesos en la punición podrán ser morigerados en los términos de los arts. 1714 y 1715 Cód. Civ. y Com.

(61) Conf. PALMA, Mariano, "La Responsabilidad civil del Funcionario Público en la Provincia de Chubut", Ed. Lex, La Plata, 2021, 1ª ed., ps. 126 a 128.

(62) Ver: resultados de las Jornadas Nacionales XVII de Derecho Civil celebradas en Santa Fe en 1999.

(63) La existencia de empresas estatales, la sustitución de importaciones y la participación directa del Estado en la economía, no

han traído más que vulneración de derechos a consumidores y usuarios, puesto los bienes y servicios prestados en el territorio de la nación pocas veces alcanzan estándares medios a nivel internacional, uno se pregunta ¿Qué rol deberían tomar las asociaciones de consumidores y usuarios dentro de dicho mapa estratégico? ¿Corresponde que se inmiscuyan dentro de decisiones vinculadas a la importación y exportación de productos? Varios son los interrogantes que uno puede desarrollar a medida que avanza en la profundización del tema de estudio. Ahora bien, en orden a los interrogantes planteados, los hechos son claros y de público conocimiento, puesto el sistema adoptado en las últimas décadas de nada sirve.

(64) La participación podrá ser realizada, por municipios, provincias y nación. También se permite la participación de ciertos órganos que fueran autorizados exclusivamente para tal fin.

(65) Si bien el porcentaje surge de la propia 19.550 (art. 308), la doctrina de manera conjunta con la jurisprudencia (ver: CNCom, Sala A, 13/02/1980, "Hierro Patagónico de Sierra Grande SA") han determinado que el Estado debe tener al menos el 60% del capital social, para de esta manera conseguir el quórum propio y prevalecer en los votos, tanto en asambleas ordinarias como extraordinarias.

(66) Ver al respecto Dec. Ley 15.349/1946, ratificado por la ley 12.962 y art. 389 ley 19.550.

(67) Conf. art. 1 Dec. Ley 15.349.

(68) Ver: "Tomás Devoto" (CSJN, Fallos: 169:111); "Ferrocarril Oeste" (CSJN, Fallos: 182:5); "Vadell" (CSJN, Fallos: 306:2030).

(69) Comenzó con las Leyes: 675 del año 1874, prosiguió con la ley 3952 en el año 1900, se generaron nuevas modificaciones con la ley 11.634 del año 1932, pasando por la Ley 19.549, para culminar con la sanción de la ley 26.944 y 26.994.

(70) Ver art. 1766 Cód. Civ. y Com.

(71) Terminología que se utilizó en el anteproyecto de Código Civil y Comercial (art. 1714), para nominar a los daños punitivos.

(72) Conf. PALMA, Mariano, "Comentario a la Ley de Responsabilidad del Estado I N°560", Ed. Autores de Argentina, Buenos Aires, 2022, 1ª ed., ps. 74 a 78.

(73) CSJN, 4/09/1973, "Compañía Swift de La Plata SA s/ Quiebra", ED, 51-222.

(74) En cuanto a los hechos, se puede decir (de manera sucinta), que se inicia demanda de daños y perjuicios en los términos de la ley 24.240, contra un laboratorio y su director, por sacar al mercado un medicamento que en su prospecto carecía de las contraindicaciones, motivo por el cual produjo severos daños a la actora. El director sabía de ello e igualmente procedió a la puesta en el mercado del producto, sin siquiera solicitar un recall del mismo.

Mefistófeles, daños punitivos y el juicio por jurados

por Mariano Palma

Disponible en: https://www.informacionlegal.com.ar/
Publicado en: ADLA 2023-10, 31
Cita: TR LALEY AR/DOC/1417/2023
[Consultado el: 06/01/2026]

Sumario

I. Introducción.— II. El juicio por jurados en la Constitución Nacional.— III. El juicio por jurados en las provincias.— IV. Tipos de jurados.— V. Casos de "posesión demoníaca", "brujería" y resoluciones de jurados en el derecho comparado.— VI. Daños punitivos y resoluciones de jurados en el derecho comparado.— VII. Responsabilidad y juicio por jurados.— VIII. Conclusiones.

I. Introducción

El presente trabajo tendrá como norte desarrollar ciertos aspectos derivados del juicio por jurados que tuvieron su origen en el derecho comparado, y que pueden llegar a ser (tanto en el presente como en el futuro) situaciones que ocurran en el ámbito del derecho local.

Adelantándome, diré que el lector deberá tener en cuenta que, si bien los juicios por jurados son practicados en el ámbito del Derecho Penal, en ciertas ocasiones (como en la provincia de Chaco) (1), su ejercitación se extiende a procesos civiles, no solo en el derecho comparado, sino también dentro de los límites de nuestra nación.

Popularmente se considera que el juicio por jurados, surge como consecuencia del anteproyecto de Constitución Nacional (denominado por aquel entonces: "Constitución de la Confederación Argentina") presentado por el gran maestro Alberdi, nada dista más de la realidad que esta apreciación (2).

Lo cierto es que nuestra norma suprema federal no es solo el resultado de un proyecto individual o la copia a la carta magna de otra nación, sino por el contrario, es la consecuencia de nuestra propia historia, de nuestros aciertos y fracasos legislativos, es por ello que en ciertos aspectos si bien comparte elementos con el anteproyecto de Alberdi, también lo hace con la Constitución Estadounidense, las Constituciones de 1819 y 1826 (3), etc., en tal idea comparto el criterio sustentado por López Rosas (4), en concebir al texto de nuestra Constitución como una sumatoria de normativa, sucesos históricos y posiciones políticas imperantes por aquel entonces.

Ahora bien, generalmente las voces a favor de aplicar el sistema (que vale recordar es una obligación impuesta por la Constitución Nacional), sostienen que este beneficia a la república, al apuntalar la imparcialidad derivada ser juzgado por los propios pares, por otro lado, permite que la administración de justicia sea realizada por los propios ciudadanos asegurando su participación directa, como así también a la publicidad de los actos de gobierno y la transparencia de ellos (5).

En lo particular, considero que el fundamento esencial, será aquel que manifiesta que la sociedad puede participar de manera directa dentro de las decisiones adoptadas por el Poder Judicial, puesto hasta el presente, si bien "el pueblo no delibera ni gobierna de manera directa sino a través de sus representantes", este toma participación, al igual que otros sectores (abogados, científicos, jueces, etc.), dentro del Concejo de la Magistratura en la elección de magistrados, fiscales, defensores y demás integrantes del Poder Judicial y del Ministerio Público.

Incluso, siguiendo con la idea del párrafo precedente, quienes gocen de los Derechos Políticos podrán elegir a Diputados y Senadores dentro del Congreso Nacional, para que lleven adelante las modificaciones/derogaciones, que consideren pertinentes (siempre bajo el prisma de la norma suprema nacional) para obtener penas mayores y efectivo cumplimiento de la condena (hay que tener en cuenta que el juicio por jurados se instaura en casos de relevante gravedad —sobre todo en el ámbito del Derecho Penal—).

Esta vinculación con el Poder Judicial —Penal— de manera directa, también traerá ciertas particularidades, puesto los jurados (según lo considero oportuno) al igual que fiscales y magistrados (ni que hablar de la responsabilidad estatal), deberán responder de manera directa ante los errores judiciales que puedan llegar a cometer cuando se encuentre culpable a alguien que es inocente o viceversa, puesto como se ve con claridad en el sistema norteamericano, el juicio en ciertas ocasiones pasa a ser más un show que un acto de Estado revestido con la seriedad que corresponde a este.

Es en este último aspecto (comentado ut supra), que deberá observarse si verdaderamente se refuerzan o no las garantías constitucionales del imputado y los derechos de la víctima, por ello es que la forma que adopte el jurado [anglosajón (6) o continental (7)], tendrá vital importancia, no solo para evitar futuros juicios de responsabilidad, sino también para garantizar el cumplimiento de la Constitución Nacional.

Por último, la posibilidad de tomar partido dentro del poder punitivo del Estado y que la decisión respecto a su aplicación no quede en manos de una única persona, carece de sustento legal y técnico, puesto es bien sabido (sobre todo en materia penal) la vasta cantidad de recursos vigentes ante las decisiones (sentencias y otros tipos de resoluciones) existentes dentro de dichos procesos.

II. El juicio por jurados en la Constitución Nacional

La Constitución Nacional legisla sobre el juicio por jurados en tres [3] artículos, los cuales se encuentran ubicados en específicos lugares de la norma suprema, así encontramos la primera mención al proceso en el art. 24 CN, dentro de la parte dogmática ("Declaración de Derechos y Garantías"), mientras que si avanzamos con la lectura, ya el instituto se podrá vislumbrar en el ámbito de las facultades que son otorgadas al Poder Legislativo Nacional (art. 75 inc. 12 CN), en tanto que la última mención se hará en lo referido al Poder Judicial Nacional con remisión al Congreso (art. 118 CN).

El art. 24 de la carta magna fue pensado originariamente como una derivación de principios anglosajones tendientes a permitir la participación del populum dentro de la administración de justicia, si se lo quiere ajeno a nuestro sistema continental del derecho.

Sin perjuicio de ello, podemos decir que se pretende instaurar la posibilidad de que el imputado sea juzgado por personas neutras —sus pares— dentro de la sociedad en la que vive, garantizando la "imparcialidad" (nada más alejando de la realidad, puesto es claro y sabido que la sociedad se mueve pasionalmente —fiel reflejo son los estudios de marketing, los aportes brindados por las neurociencias, etc.—) y por otro lado impone un derecho/deber por parte de la sociedad en tomar participación dentro de ciertas decisiones adoptadas por el Poder Judicial.

Es a través de este tridente de artículos mencionados previamente, que se implanta la obligación al Congreso de la Nación de legislar respecto a la institución del juicio por jurados, obligación que al día de hoy si bien se cumplió no ha tenido vigencia dentro del mundo real (puesto el nuevo Cód. Proc. Penal, encargado de tratar la materia, no se encuentra vigente —más allá de ciertas pruebas piloto— al momento de redactar estas humildes palabras).

La Constitución Nacional es clara (art. 75 inc. 12) al determinar que corresponde al Congreso Nacional el dictado de las normas necesarias para poner en vigencia el juicio por jurados, siendo esta [según mi criterio minoritario (8), puesto prestigiosa doctrina constitucionalista se pronuncia en contra (9)] una facultad delegada por las provincias en la Nación y respecto de la cual les sería imposible llevar adelante el desarrollo legal del proceso.

Sin perjuicio de lo antes dicho, este criterio fue mantenido por la Corte Suprema (10) desde el año 1932, no siendo obligatorio proceder a la regulación de juicio por jurados por parte del Congreso Nacional, sin perjuicio de ello, la postura cambió en el precedente "Canales", donde se discutía sobre la constitucionalidad del Cód. Proc. Penal Neuquino al legislar sobre el juicio por jurados, al respecto se puede extraer del Voto de los Dres. Maqueda y Lorenzetti, las siguientes reflexiones: "Admitir que la regulación del juicio por jurados constituye una excepción a la facultad que se reservaron las provincias, de disponer lo relativo a su sistema de administración de justicia, de modo tal que la atribución de la provincia del Neuquén de dictar los códigos de procedimientos no comprendería la de legislar en la materia, aparejaría una por demás sustancial restricción de las facultades provinciales de darse sus propias instituciones y de disponer su sistema de administración de justicia que no puede ser convalidada por cuanto no se ajusta a la efectiva inteligencia que cabe darle a los preceptos constitucionales" (11).

Por lo visto, la cuestión referida a la constitucionalidad del dictado de las normas reglamentarias del juicio por jurado, en principio pareciera estar saldada, sin perjuicio de ello habrá que observar a futuro cuáles son los criterios seguidos por el máximo tribunal nacional al respecto, puesto como todos sabemos en ciertas ocasiones mantienen posturas pendulares (12).

III. El juicio por jurados en las provincias

En los últimos 20 años han proliferado las legislaciones provinciales referentes al juicio por jurados, tal es así, que incluso se han presentado proyectos en las legislaturas tendientes a promover el instituto jurídico, pero referido no solo al ámbito penal sino también a casos abarcados por el Derecho Civil.

En el derecho provincial podemos distinguir distintas situaciones, en principio mencionaré aquellas provincias que carecen de normativa de toda índole como ser Tierra del Fuego, Santa Cruz, Salta y Jujuy, en estos casos mencionados ni las legislaturas ni las propias constituciones provinciales hacen cuentan de menciones claras y concretas al juicio por jurados.

Por otro lado, sí tiene rango constitucional el instituto en comentario en las normas supremas locales, como las de las siguientes provincias: Chubut (13), Río Negro (14), Córdoba (15), San Luis (16), La Rioja (17), Santiago del Estero (18), Corrientes (19), Misiones (20), Entre Ríos (21) y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (22).

En cuanto al desarrollo legislativo, podemos mencionar que los siguientes estados provinciales son los que cuentan con normas específicas sobre el tema o desarrollos dentro de sus Códigos Procesales Penales: 1) Chubut: Cuenta con la ley XV 30, mientras que también trata la cuestión en el Cód. Proc. Penal —ley XV 9—; 2) Río Negro: Desarrolla la materia la ley 5020 —Cód. Proc. Penal— (modificada por la ley 5192); 3) En Neuquén la situación también es saldada por el Cód. Proc. Penal —ley 2784—; 4) En el caso de La Pampa, si bien no está desarrollado el instituto, es el Cód. Proc. Penal —ley 3192—, el encargado de solicitar la sanción de normas tendientes a su regulación; 5) Buenos Aires, posee la ley 14.543, modificada por la ley 14.589, que legislan sobre la materia en cuestión; 6) Santa Fe, hace mención del juicio por jurados en los arts. 4° y 44 del Cód. Proc. Penal; 7) Córdoba, legisló sobre la materia desde antaño, a través de la ley 9182 y del Cód. Proc. Penal; 8) San Luis, se

limita a hacer una breve mención a través de la ley VI-0152/2021, art. 238; 9) Mendoza posee regulado el proceso a través de la ley 9106; 10) San Juan, regula el juicio por jurados en el Cód. Proc. Penal —ley 1851-O—; 11) Catamarca, posee la ley 5719 y ciertas normas regulatorias en el Cód. Proc. Penal —ley 5097—; 12) Tucumán, solo hace mención en ciertos artículos del Cód. Proc. Penal —ley 8933— (arts. 3°.1, 9° incs. 2 y 50); 13) Chaco se convierte en la única provincia en poseer legislación relativa a juicio por jurados no solo en el ámbito penal (ley 2364-B), sino que también en materia civil (ley 3325-B); 14) Entre Ríos, posee la ley 10.746 encargada de legislar sobre el juicio por jurados; 15) La Ciudad Autónoma de Buenos Aires, legisla sobre el juicio por jurados a través de la ley 6451.

Haciendo un breve resumen de cada sistema, en el caso de Chubut, la ley XV 30 en sus arts. 3° y 4° (conjugados con el art. 173 de la Constitución Provincial) establece los delitos respecto de los cuales sería viable la aplicación del juicio por jurado, vale tener presente que nos encontramos en presencia de un jurado popular integrado por doce [12] miembros titulares —y dos [2] suplentes—, siendo requisitos indispensables para integrar dicho puesto los que surgen del art. 10 (23), mientras que las características que debe reunir el veredicto se encuentran legisladas del art. 51 al 57.

La provincia de Río Negro regula la materia en la ley 5020 (Cód. Proc. Penal), se aplicará para las causas más graves dónde el fiscal solicite una pena mayor a doce [12] años en cuyo caso el jurado estará integrado por doce [12] miembros titulares y tres [3] suplentes, también se prevén jurados para juicios de menor pena, siendo los mismos de siete [7] integrantes y un [1] suplente (24), para ser jurado se requiere cumplir con los requisitos del art. 34 (25), sumados a los del art. 193 Inc. 6 (26), las características y condiciones del veredicto surgirán del juego del art. 197 y del 200 al 205 del Cód. Proc. Penal.

Neuquén en su normativa (ley 2784) estipula una integración de doce [12] jurados populares (para los delitos en cuyo caso el fiscal hubiera solicitado una pena superior a 15 años), estos deberán cumplir

con los requisitos establecidos por los art. 43 y 198 inc. 6 (en cierta forma replican a los de Río Negro), mientras que las características del veredicto estarán dadas por el art. 207.

En el caso de provincia de Buenos Aires, el juicio por jurados se dará para delitos cuya pena máxima en abstracto supere los 15 años, estos estarán integrados por doce [12] jurados populares titulares y seis [6] suplentes, siendo requisitos esenciales para ocupar dicho cargo el cumplimiento de aquellos ítems enumerados en el art. 338 inc. 2 del Cód. Proc. Penal, mientras que el veredicto deberá cumplir con las pautas fijadas por los arts. 371, 371 bis, 371 ter, 371 quáter y 374.

Córdoba fue precursora en la materia, estableciendo ciertas peculiaridades con respecto a los jurados: la institución se aplicará para los delitos contemplados en el art. 7° de la ley 9181, para los homicidios agravados, los delitos contra la integridad sexual cuando resultare la muerte de la víctima, el secuestro extorsivo seguido de muerte, el homicidio con motivo u ocasión de tortura y el homicidio con motivo u ocasión de robo, en cuanto a su integración este lo será por ocho [8] jurados titulares y cuatro [4] suplentes, ahora bien, para ser jurado se requiere cumplir con los requisitos del art. 5° de la ley 9182, mientras que el veredicto deberá realizarse de acuerdo a las pautas fijadas por los arts. 37, 38, 41, 43 y 44, presentando la característica de que los jueces integrantes del tribunal deliberan conjuntamente con los jurados (si se lo quiere podría decirse que es un sistema mixto).

Mendoza regula la institución en la ley 9106, aplicándose al caso de los homicidios del art. 80 del Cód. Penal y los demás delitos derivados de la aplicación de los arts. 54 y 55 Cód. Penal, los jurados serán populares y estarán integrados por doce [12] miembros titulares y cuatro [4] suplentes (debiendo ser la mitad hombres y la otra mitad mujeres), teniendo estos que reunir los requisitos establecidos por el art. 4° de la ley 9106, en cuanto al veredicto deberá adecuarse a las pautas fijadas en el cap. IV de la ley.

Por su parte, San Juan regula el juicio por jurados a través de la ley 1851-O (Cód. Proc. Penal), se requiere para su aplicación que la pena en abstracto supere los 20 años, requiriendo de una integración de doce [12] miembros titulares y cuatro [4] suplentes (art. 458), los requisitos para integrar el jurado serán los impuestos por el art. 462, mientras que el veredicto deberá ser el resultado del cumplimiento de las pautas fijadas del art. 485 al 491 del Código de Rito.

En el caso de Catamarca, el juicio por jurados será de aplicación obligatoria cuando estemos en presencia de delitos cuya pena en abstracto sea superior a 20 años, en estos casos el jurado estará compuesto por doce [12] integrantes titulares y dos [2] suplentes, debiendo las personas cumplir con los requisitos de admisión exigidos por el art. 12 de la ley 5719, mientras que el veredicto deberá dictarse en cumplimiento de las pautas fijadas por el Título X.

Chaco presenta una doble normativa referida al juicio por jurado, por un lado, tenemos la ley 2364-B dedicaba al ámbito penal, la cual se aplica a aquellos delitos que tengan pena de reclusión o prisión perpetua, los contemplados en los arts. 79, 81, 119 3° y 4° párr., 125 2° y 3° párrs. y 165 del Cód. Penal, el jurado se integrará por doce [12] miembros titulares y dos [2] suplentes, presentando la particularidad que en el caso de existir un imputado/víctima que pertenezca a algún pueblo originario, el jurado podrá estar integrado por miembros de la misma etnia, en cuanto a los requisitos para ser jurado surgen del art. 11 de la norma, mientras que el veredicto deberá cumplir con los requisitos establecidos por el Título VIII. En el caso del juicio por jurados, para causas civiles y comerciales (ley 3325-B), regirán respecto de situaciones que traten de determinar la responsabilidad civil extracontractual, cuando se afecten bienes colectivos o intereses individuales homogéneos, cuando el monto de la demanda supere ciento cincuenta [150] salarios mínimos vitales y móviles o cuando estuviere en juego la libertad de expresión, pensamiento, religión, conciencia o no discriminación y por último cuando estemos en presencia de casos de gran trascendencia, en los

casos mencionados el jurado se integrará por doce [12] miembros titulares y dos [2] suplentes, siendo requisitos necesarios para integrar el mismo cumplir con lo establecido por el art. 11 de la ley 2364-B.

En el caso de Entre Ríos, debemos observar la ley 10.746 la cual fija en su art. 2° que corresponderá aplicar el juicio por jurados en aquellos casos cuya pena en abstracto sea superior a 20 años, los jurados estarán integrados por doce [12] miembros titulares y cuatro [4] suplentes, debiendo estos reunir los requisitos establecidos por el art. 13 de la normativa que rige la institución, en cuanto al veredicto debemos remitirnos por cuestiones de brevedad al Título VIII de la ley 10.746.

Por último, en el caso de CABA, la normativa requiere que se aplique la institución en casos donde la pena (aun tentada) en abstracto fuera igual o superior a 20 años, no aplicándose para menores de 18 años de edad, los jurados estarán integrados por doce [12] miembros titulares y dos [2] suplentes, debiendo cumplir para su ingreso con los requisitos establecidos por el art. 9° de la ley 6451, mientras que el veredicto deberá ser emitido dentro de los términos del cap. III de la norma mencionada previamente.

En los párrafos previamente redactados, se ha pretendido hacer un breve resumen respecto a las situaciones legales dentro de las que se encuentra cada una de las jurisdicciones que integran nuestro vasto territorio nacional.

Ahora bien, el lector deberá tener presente a la hora de analizar cada jurisdicción en particular: ¿Cuáles son los casos a juzgar por jurados populares? ¿Cómo se designan los jurados? ¿Quiénes pueden integrar el jurado? ¿Cuáles son las incompatibilidades e inhabilidades para cumplir con el deber de ser jurado? ¿Cómo se puede recusar a un jurado? ¿Cuáles son las características que debe reunir el veredicto?

IV. Tipos de jurados

El juicio por jurados como bien es sabido, es una institución jurídica que tiene por finalidad lograr la participación de la sociedad dentro de la administración de justicia de manera directa.

Dicha participación, puede adoptar diversas dimensiones que a continuación se desarrollarán —de manera breve— para que el lector tenga la posibilidad de tomar contacto con las diferentes posibilidades de actuación las cuales redundarán en un mejor sistema de resolución de conflictos, permitiendo arribar a soluciones justas, sin violentar los derechos constitucionales de las partes.

El primero de los sistemas es el utilizado en la mayoría de los casos planteados en puntos anteriores, el cual es nominado como jurado popular también conocido como sistema clásico —o anglosajón—, es aquel integrado por personas que carecen de cualquier tipo de conocimiento en la ciencia del derecho (vale resaltar la palabra ciencia), suelen estar integrados por doce [12] miembros que previamente son designados en conjunción tanto por la defensa como por la parte acusadora (ello con la finalidad de evitar cualquier tipo de subjetividad que pueda influir dentro de la decisión que tenga como resultado al veredicto), como se puede observar el jurado actúa de manera independiente, siendo inviable bajo pena de nulidad cualquier tipo de actividad desarrollada por los integrantes del juicio (juez, fiscal, querellante, defensores, peritos, etc.) que tenga por finalidad direccionar la decisión del jurado (ello claro está, al momento de llevar adelante la deliberación).

Por otro lado, tenemos el sistema de jurado mixto, también conocido como escabinado (o continental), que es aquel integrado por jurados populares y por jurados que son jueces profesionales, en estos casos, los veredictos son el resultado de la convergencia de ambas decisiones, por un lado el sentir popular que se ve transmitido a través de los jurados populares y por el otro, el aspecto técnico propio de la

ciencia jurídica que se observa en la intervención de los jurados profesionales.

Ambos sistemas tienen sus pro y contras, sin perjuicio de ello, el mejor es el escabinado (o mixto), puesto previene que el veredicto se funde en pasiones populares y no en los aspectos técnicos, sin ir más lejos, ¿Qué es mejor, ser operado por un médico cirujano o por un simple transeúnte mayor de edad que solo sabe leer o escribir?

Según mi criterio, entiendo que la adopción del sistema anglosajón (que poco tiene que ver con nuestro sistema continental de derecho) obedeció al descreimiento que existe en la sociedad respecto a la justicia penal, permitiendo de esta manera la toma de participación del pueblo en las decisiones adoptadas por un ámbito de la justicia muy criticado en la actualidad.

Será vital a la hora de observar la resolución de los conflictos, los requisitos establecidos por cada una de las normas para poder ser designado jurado popular, en la mayoría de los casos solo se exige saber leer y escribir, o tener primaría completa, siempre claro está, siendo mayor de edad. Teniendo en cuenta los resultados obtenidos en distintas pruebas educacionales (27), me pregunto ¿Cómo sociedad, estamos capacitados —el populum— para poder juzgar de manera objetiva, situaciones técnicas que escapan al conocimiento cotidiano? Para dar respuesta a tal pregunta me remito a la incógnita planteada en el párrafo anterior.

Es por ello, que quienes (28) se postulan como defensores del sistema de jurados populares, deberían recapacitar sobre el lugar en el cual nos encontramos respecto a nuestra formación sociocultural como sociedad, las pasiones que la mueven y las circunstancias particulares que implicarían dichas pasiones y formación sociocultural al ser volcada en un veredicto.

Por otro lado, a su vez se deberá tenerse en cuenta un punto no menor, lo que la sociedad reclama es el cumplimiento efectivo de

las penas y el aumento de los mínimos y máximos de las escalas penales determinadas para cada delito, en ambos casos son obligaciones que le corresponden a los legisladores nacionales (Diputados y Senadores), por lo tanto quienes integran dicho cuerpo —en ambas cámaras— elevando la bandera de la participación ciudadana directa dentro de la administración de justicia, en realidad lo que hacen es dejar de tratar temas esenciales, de mucha mayor trascendencia.

V. Casos de "posesión demoníaca", "brujería" y resoluciones de jurados en el derecho comparado

Si bien en el derecho inglés encontramos mayor cantidad de precedentes de posesión demoníaca y/o brujería dentro de procesos donde tomaron participación jurados populares, los más conocidos surgen del cine estadounidense donde la cantidad de casos reales se ve drásticamente reducida en comparación a su madre patria.

Comenzando por Inglaterra, hallamos numerosos precedentes al respecto, sobre todo previos a la asunción del Rey Jacobo I, entre los que podemos nombrar como un leading case de brujería y posesión demoníaca (29), que culminó en absolución. Aquel data del año 1606 donde la acusación se realizó por el Sr. Brian Gunter y su hija adolescente Anne (30) (ello sobre la base de la obra presentada por el Rey de Inglaterra Jacobo I titulada "Daemonologie"). En el caso se consideró a Anne poseída por el demonio como consecuencia de un maleficio realizado por Elizabeth Gregory y Agnes Pepwell (31) —ambas acusadas por Gunter—. En este caso el jurado emitió un veredicto de no culpabilidad respecto de las acusadas; algunos autores consideran que el veredicto tuvo su razón de ser en la poca influencia del sistema de la Inquisición que reinaba en Europa continental, pero no así en Inglaterra y sobre todo en la participación directa de ciertos miembros del jurado que conocían a Anne y su situación, con posterioridad como consecuencia de la intervención directa del Rey Jacobo I, se supo que Anne había sido obligada a fingir ciertos signos de posesión demoniaca por su padre, con la finalidad de perjudicar a

las acusadas, como consecuencia de disputas que habían tenido lugar previamente y por otras causas (con posterioridad ambos denunciantes fueron acusados por conspiración).

Ya avanzando en el tiempo y llegando al siglo XX, se puede hacer mención del caso de Michael Taylor (32) quien asesinó a su esposa Christine el 6 de octubre de 1974, luego de haber sido él mismo, sometido a un exorcismo que quitó de su cuerpo 37 demonios quedando solo 3 por extraer. El asesinato fue llevado a cabo de manera irreproducible, igual suerte también correría el perro de la familia al ser mutilado por el supuesto poseído. En el caso, el jurado encontró al asesino inocente por considerarlo fuera de sus cabales, el juez de la causa ordenó que el acusado fuera enviado a un asilo mental para su tratamiento.

En el caso de Taylor, la estructura de la defensa se fundó en una contraacusación contra la iglesia "Misguided churchmen", por haber realizado un exorcismo de 7 horas sobre una persona que era un sensible padre de familia y que por tal exposición tenían responsabilidad moral por lo acontecido.

Sin perjuicio de lo comentado en párrafos precedentes, ahora con referencia exclusiva a Estados Unidos, no podemos comenzar el análisis sin recordar el famoso caso de los juicios de Salem (Massachusetts) que tuvieron lugar entre febrero de 1692 y mayo de 1693 (33) y donde fueron acusadas alrededor de doscientas [200] personas por el delito de brujería, treinta [30] —en su mayoría mujeres— fueron halladas culpables por un jurado popular, de las cuales diecinueve [19] fueron muertas por la horca, una [1] por aplastamiento y los restantes acusados murieron en la cárcel (34) con anterioridad al juicio y posterioridad al mismo dependiendo del caso particular.

Llegando a casos más próximos en el tiempo, en el año 1978 es llevado adelante el juicio por la muerte de Anna Elisabeth Michel (muerte que se produjo por inanición), donde se condenó no solo a

los padres, sino también a los curas (que tomaron parte en el exorcismo) por homicidio negligente, lo interesante del caso (más allá de la pena impuesta), fue que uno de los pilares que utilizaron los abogados defensores para esgrimir su defensa (valga la redundancia) consistió en repetir las grabaciones tomadas de los 67 encuentros de exorcismo que se practicaron sobre la joven, situación no menor si se toma en cuenta al jurado, que en su mayoría estaba compuesto por creyentes.

Ya en el año 1981 llegó el caso de Arne Cheyenne Johnson, quien asesinó al propietario y vecino de su departamento Alan Bono, en dicha situación la defensa se fundó totalmente en la posesión demoníaca, con la finalidad de evitar la imposición de pena alguna sobre el acusado.

El caso tuvo grandes repercusiones desde lo mediático y legal, sin perjuicio de ello, el juez no acepto dichos postulados rechazándolos y obligando a los abogados a redirigir su estrategia, lo importante a resaltar es que el jurado pasó 3 días deliberando sobre el caso, terminando siendo hallado culpable de asesinato en primer grado, cumpliendo una pena efectiva de solo 5 años.

Tanto en Inglaterra como en los Estados Unidos, es importante analizar que los procesos fueron desarrollados frente a jurados populares y las personas que ocuparon dichos cargos lo hicieron con una impronta sociocultural propia de cada época y de conformidad a su propia formación que en el ámbito de las ciencias jurídicas que era inexistente.

A lo que pretendo referirme, es que la circunstancias del momento histórico que se viven serán de trascendencia insoslayable para que el jurado emita un veredicto, recordemos por ejemplo que durante la década del 80, el gobierno de Ronald Reagan tuvo una fuerte impronta religiosa dónde se ponía a la familia como la primera comunidad, tal es así, que artistas musicales como Dee Snider vocalista de Twisted Sister tuvo que ir ante una comisión del Senado

de Estados Unidos por considerar que las letras de sus temas musicales iban en contra de la familia y eran demoníacas.

Por lo dicho, habrá que analizar las distintas sociedades en los diferentes momentos históricos y de esta manera ser capaces de determinar cuáles son los hechos que los acongojan para tener una idea preliminar de cual puede llegar a ser el resultado de un veredicto emitido por un jurado.

VI. Daños punitivos y resoluciones de jurados en el derecho comparado

El instituto jurídico del daño punitivo, tan arraigado en el sistema anglosajón, más que nada en el derecho estadounidense y a la vez receptado en nuestro sistema continental de derecho por la Ley de Defensa del Consumidor y la Ley de Defensa de la Competencia, no es ajeno a las decisiones de los jurados (35), los cuales tienen en cuenta las características de la ofensa por sobre la compensación económica (36) al momento de dictar su veredicto, a continuación, analizaremos algunos casos:

Un precedente que inicia con ciertos parámetros de limitación a la libertad del jurado para imponer daños punitivos es "Pacific Mutual Life Insurance Co. Vs. Haslip", los acontecimientos que dieron lugar al precedente surgieron como consecuencia de la venta de seguros de vida y salud hacia empleados del Municipio de Roosevelt (Alabama), al momento de ser necesaria su utilización, una empleada se vio privada del servicio por carecer de este, lo que sucedió fue que el corredor de seguros había hecho el primer pago de las primas (situación que la aseguradora conocía), pero captó para sí los restantes pagos, el jurado decidió imponer una sanción de 1.040.000 dólares siendo los daños compensatorios de 200.000 mil dólares. La decisión fue recurrida hasta llegar a la Corte, donde se sostuvo que, si bien los jurados podían obrar con libertad de decisión al momento de dictar el veredicto, no se debía violar el debido proceso que consagra la enmienda XIV, sin perjuicio de ello este se

debía fundar en principios de razonabilidad y adecuada guía al jurado haciéndole saber cuál es la finalidad del instituto del daño punitivo.

En el caso "BMW of North America, Inc. vs Gore" (37), la Corte nuevamente entiende respecto de un caso proveniente del Estado de Alabama. En los hechos, Gore demanda a BMW de Estados Unidos por observar que su auto cero kilómetros había sido repintado, funda su pretensión en el fraude. La demandada basa su defensa aduciendo que cuando el daño no excede el costo de arreglo del 3% (600 dólares), la empresa no informa a la concesionaria ipso facto los consumidores no se enteran. El jurado impone una condena por fraude, de 4 mil dólares por daños compensatorios y 4 millones por daños punitivos, se recurre dicha decisión ante el Superior Tribunal el cual mantiene la decisión del jurado pero reduce el monto de daños punitivos a 2 millones, BMW interpone recurso ante la Corte Federal (38) y esta se pronuncia aduciendo que tales sumas eran desmesuradas ("groseramente excesivas") y por ende violatorias del debido proceso, por lo que manda a dictar nueva sentencia, dónde se reduce la cifra de 2 millones a 50 mil dólares en concepto de daño punitivo, fijándose pautas a seguir como por ejemplo el grado de reprochabilidad de la conducta, la relación entre la condena de daños reales y los daños punitivos y la comparación con otras sanciones.

Otro precedente de gran importancia es el derivado del caso "State Farm Mutual Automobile Insurance Co. Vs Campbell" (39) pleito que se funda en un incumplimiento de una compañía de seguros con respecto al pago de los daños derivados de un accidente de tránsito, pero que es considerado el puntapié para que el actor (Campbell), inicie un juicio a la aseguradora fundado en la mala fe, situación que en primera instancia logra un veredicto condenatorio de 2.600.000 dólares por daños compensatorios y 145.000.000 millones de dólares por daños punitivos, en instancia de apelación los montos se reducen a 1.000.000 de dólares por daños compensatorios y 25.000.000 por daños punitivos. La Suprema Corte de Utha revoca la decisión de cámara y vuelve al veredicto original, está última decisión es revocada por la Corte Federal obligando a dictar un nuevo fallo que

además de sumar los lineamientos establecidos en "BMW vs. Gore", adiciona que los daños punitivos deben ser considerados como accesorios a la condena principal —daños compensatorios—.

En los casos mencionados se fijan pautas para la imposición de daños punitivos que deberán ser explicadas a los jurados populares, a fin de que estos puedan comprender cómo aplicarlos, sin que exista (como lo repitió la Corte Federal estadounidense) una regla matemática para su determinación.

En sí, lo que se está haciendo es tomar parte dentro del proceso de decisión adoptado por los jurados populares a través de jueces técnicos, a fin de arribar a soluciones compatibles con el sistema jurídico y constitucional estadounidense.

Por lo tanto, sería oportuno repensar en el caso de que el derecho procesal civil se direccione hacia los juicios por jurados populares —sobre todo teniendo en consideración los montos impuestos por daños punitivos en el derecho estadounidense—, si es conveniente dicha institución o si por el contrario corresponde la conformación de un jurado mixto (esto lo propongo a fin de lograr apartarme de lo que generalmente ocurre en Argentina, donde tenemos dos posturas que se contradicen y las teorías intermedias quedan subsumidas dentro de una u otra corriente).

VII. Responsabilidad y juicio por jurados

Con respecto a la responsabilidad de los integrantes de los jurados populares por sus veredictos, pocas son las normas que tratan dicho tema en las distintas legislaciones provinciales que se mencionaron en puntos anteriores.

Al respecto, vale rescatar el art. 49 de la ley 9182 de la provincia de Córdoba y el art. 7° de la ley XV 30 de la provincia de Chubut, que tratan la temática de manera directa haciendo

responsable al jurado por su mal desempeño en el dictado del veredicto.

En referencia a la calidad del jurado, considero que cada uno de los integrantes del jurado popular deberá ser considerado como un funcionario público dentro de los términos del art. 77 del Cód. Penal, el cual es claro al establecer que "[p]or los términos funcionario público y empleado público, usados en este código, se designa a todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente".

La cuestión no es menor, puesto dependiendo de la jurisdicción dónde nos encontremos, el proceso de daños podrá estar regulado en el ámbito del Derecho Administrativo o Civil, teniendo en consideración las pautas fijadas para la responsabilidad del funcionario público por los daños y perjuicios que ocasione, todo ello sin perjuicio de la responsabilidad que le corresponda al Estado (municipal, provincial o nacional según fuere la ley aplicable).

Debemos tener presente, que en la mayoría de los casos locales, lo que se juzgan son delitos de importante gravedad, que conllevan como pena muchos años de prisión y en donde por motivos de la dinámica propia de este tipo de procesos (show expositivo tanto de la defensa como de la fiscalía) los jurados pueden tratar de ser convencidos (40) (también debe tenerse en cuenta el avance tecnológico en el ámbito de la criminalística) de situaciones u acontecimientos que quizás no sean como se los presentan, debiendo distinguir con claridad las circunstancias del caso, para arribar a una solución loable con la normativa vigente (situación que es más difícil que acontezca en el caso de jurados mixtos).

Por lo expuesto, considero que el veredicto tampoco puede ni debe ser considerado como un acto final y definitivo respecto del cual no se puede llevar adelante ningún tipo de revisión.

Siguiendo la línea de razonamiento del párrafo anterior, si bien encontramos resoluciones judiciales o actos administrativos que son irrecurribles, estos generalmente están vinculados a cuestiones menores del proceso o procedimiento, puesto de no ser así, se generaría una violación a lo normado por los Tratados Internacionales del art. 75 Inc. 22 CN (es más, la CADH obliga a los Estados parte a adecuar sus sistemas a los derechos y garantías allí reconocidos), por lo que el derecho al recurso (si bien estará otorgado respecto de la sentencia definitiva) considero pertinente que concurra también con relación al veredicto de los jurados, puesto —y esto es un dato no menor— son quienes en el ámbito del proceso penal deciden si una persona es culpable o inocente.

VIII. Conclusiones

a. El pueblo no delibera ni gobierna si no a través de sus representantes y su participación dentro del Poder Judicial, se logra a través de un órgano extrapoder conocido en la actualidad como consejo de la magistratura, donde el "pueblo" junto con otros sectores de la sociedad, poseen representación directa para la elección de magistrados, fiscales y defensores.

b. Si bien es el magistrado quien aplica la ley, el titular de la acción es el Ministerio Público Fiscal, (por lo tanto quien debe llevar adelante y promover el proceso es este mismo), pero tanto magistrado como fiscal operan con las normas preestablecidas por el legislador, cuando la sociedad solicita mayor firmeza a la hora de aplicar la normativa, en realidad (más allá de los casos de mala praxis judicial y fiscal) el requerimiento debería ir dirigido a Diputados y Senadores, por integrar estos el Congreso Nacional, encargado de legislar y de esta manera modificar, derogar o crear nuevas normas que fueran acordes a la Constitución y al sentir popular.

c. Por otro lado, en cuanto a los integrantes del jurado popular, veremos que carecen de la formación académica adecuada para resolver cuestiones jurídicas simples ¿Qué implica ello? que

teniendo en consideración los resultados académicos donde en la formación secundaria solo el 50% de quienes ingresan logran culminar dicha etapa de instrucción, resultará complejo que un jurado con estas características juzgue delitos complejos, como aquellos denominados —popularmente— de "guante blanco".

d. El clamor popular muchas veces será el cual mueva al jurado a dictar un veredicto y no la formación técnica derivada del estudio de las leyes.

e. Es vital que en posteriores reformas se adopte el sistema mixto y no dejar la totalidad de la decisión librada al jurado popular, de esta manera al existir integrantes técnicos se lograrán veredictos ajustados a ley.

f. Cabe tener presente que el veredicto como todo acto de gobierno y sobre todo aquellos que versen sobre la culpabilidad del imputado, deberán cumplir con los requisitos establecidos por la CADH permitiendo así su revisión, por lo tanto, deberá revisarse este concepto de "veredicto final y definitivo", que poco tiene que ver con los paramentaros que provienen del art. 75 inc. 22 CN.

g. Las normas procesales que pretenden juzgar al imputado con jurados integrados por personas que fueren iguales a él y a sus condiciones, simplemente violan el derecho a la igualdad consolidado en el art. 16 CN (no ayudando a la imparcialidad), tómese el caso de la festividad denominada Tinku (de la comunidad boliviana), en principio reviste un delito tipificado en el Cód. Penal, pero no lo es para quienes integran dicha comunidad, pudiéndose lograr la impunidad según cuál fuera la composición del jurado.

(1) Ver: ley 3325-B.

(2) Conf. ALBERDI, Juan Bautista, "Bases y puntos de partida para la organización política de la república Argentina", Ed. Terramar, La Plata, 2009, 1ª ed., pp. 233 a 248.

(3) Ambas Constituciones contemplaban el juicio por jurados tanto la de 1819 —art. CXIV— como la de 1826 —art. 164— (Ver: QUIROGA LAVIÉ, Humberto, BENEDETTI, Miguel A., CENICACELAYA, María de las Nieves, "Derecho Constitucional Argentino", Ed., Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2001, 1ª ed., t. I, p. 456).

(4) LÓPEZ ROSAS, José R., "Historia constitucional argentina", Ed. Astrea, Bs As, 2019, 5ª ed., 7ª reimp., pp. 485 a 500.

(5) Sobre todo en materia de Derecho Penal, donde la sociedad se encuentra claramente desahuciada con las decisiones adoptadas por algunos de nuestros magistrados y fiscales, que ni siquiera se condicen con la propia normativa y el sentido común.

(6) Se integra por ciudadanos no formados en el ámbito del Derecho.

(7) Se integra de manera mixta, por ciudadanos no formados en el ámbito del Derecho y por jueces profesionales.

(8) Ver: GELLI, María A., "Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, 4ª ed., 8ª reimp., t. I, p. 410.

(9) Ver: QUIROGA LAVIÉ, Humberto, BENEDETTI, Miguel A., CENICACELAYA, María de las Nieves, "Derecho Constitucional Argentino", Ed., Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2001, 1ª ed., t. I, p. 459; QUIROGA LAVIÉ, Humberto, "Constitución de la Nación Argentina Comentada", Ed. Zavalía,

Buenos Aires, 2012, 5ª ed., p. 409; GELLI, María A., "Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, 4ª ed., 8ª reimp., t. II, p. 183.

(10) Conf. CS, Fallos 165:258.

(11) Conf. CS, Fallos 342:697.

(12) Un ejemplo claro de decisiones pendulares de la Corte Suprema de Justicia de la Nación fuera del ámbito del juicio por jurados y las facultades propias o delegadas de las provincias, es el vinculado a la despenalización de la tenencia y consumo de marihuana, en donde los cambios radicales de la jurisprudencia se inician en 1978 con el caso "Colavini" (Fallos 300:254) donde la Corte Suprema se pronuncia a favor de la penalización, luego hacia el año 1986 se dicta el fallo "Bazterrica" (Fallos 308:1392) donde la Corte se pronuncia en contra de la penalización, para con posterioridad en el mismo año dictarse el precedente "Capalbo" (Fallos 308: 1392) causa en la cual la Corte mantiene el criterio —despenalización— salvo por los votos en disidencia de Fayt y Caballero que se pronuncian a favor de la penalización, esos votos en disidencia serían la base para que en el año 1990 se dicte "Montalvo" (Fallos 313:1333) en donde el tribunal cimero nuevamente se pronuncia a favor de la penalización, cerrando el tema en la causa del 2009 "Arriola" (Fallos 332:1963) donde se retoma la idea de la despenalización. Es claro y notorio que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, lejos de brindar seguridad jurídica a los habitantes de la nación a través de sus decisiones, produce un efecto adverso para con estos, generando incertidumbre legal que no implica ni más ni menos, que lo que "hoy es, mañana quizás ya no lo sea".

(13) Ver: arts. 135 Inc. 27, 162, 171 y 172 de la Const. Provincial.

(14) Ver: art. 197 de la Const. Provincial.

(15) Ver: art. 162 de la Const. Provincial.

(16) Ver: arts. 191 y 215 de la Const. Provincial.

(17) Ver: art. 144 de la Const. Provincial.

(18) Ver: art. 184 de la Const. Provincial.

(19) Ver: art. 178 de la Const. Provincial.

(20) Ver: art. 12 de la Const. Provincial.

(21) Ver: arts. 122 Inc. 23 y 186 de la Const. Provincial.

(22) Ver: arts. 81 y 106 de la Const. Provincial.

(23) Ellos son: "a) ser argentino, con cinco años de ejercicio de la ciudadanía en el caso de los naturalizados, y ser mayor de edad; b) saber leer, escribir, hablar y comprender el idioma nacional; c) contar con el pleno ejercicio de los derechos políticos; d) tener domicilio conocido; e) tener una residencia inmediata no inferior a los dos años en la circunscripción judicial donde el hecho sucedió".

(24) Ver art. 192 del Cód. Proc. Penal Rionegrino.

(25) 1) Ser argentino. 2) Ser mayor de dieciocho [18] años de edad 3) Estar en pleno ejercicio de los derechos ciudadanos. 4) Tener domicilio conocido, con una residencia permanente no inferior a dos [2] años en el territorio de la jurisdicción del tribunal competente. 5) Tener profesión, ocupación, oficio, arte o industria conocidos.

(26) Art. 193 inc. 6. Integración plural. El jurado deberá quedar integrado, incluyendo los suplentes, por hombres y mujeres en partes iguales. Se tratará de que, como mínimo, la mitad del jurado pertenezca al mismo entorno social y cultural del imputado. Se tratará

también, en lo posible, que en el panel de jurados haya personas mayores, adultas y jóvenes.

(27) El lector deberá remitirse a las pruebas PISA a fin de convalidar lo que se está proponiendo.

(28) Ver: GARGARELLA, Roberto (coord.), "Teoría y Crítica del Derecho Constitucional", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, 1ª ed., 2ª reimp., t. I, p. 424; ROMANO BORDAGARAY, Aldana, PORTERIE, Sidonie, "Jurado popular vs. Jurado Escabinado: una disyuntiva política", en LETNER, Gustavo y PIÑEYRO, Luciana (coords.), Juicio por jurados y procedimiento penal, Ed. JusBaires, 2018, 1ª ed., pp. 169 a 186.

(29) Se solía creer que la brujería era un conjunto de actuares derivados de la posesión demoníaca. Lo interesante para el artículo son las decisiones adoptadas por los jurados populares (los cuales son una muestra del pensamiento de la sociedad en un momento histórico determinado con respecto a hechos concretos).

(30) London, Public Record Office, STAC 8/4/10 (volume 230 folios).

(31) Ver: STAC 8/4/10, fols. 9-18.

(32) Public Record, reference 10674/74.

(33) Aunque se considera que hubo juicios por brujería con antelación a dichas fechas, como por ejemplo el caso de Alse Young que tuvo lugar en Hartford (Connecticut), hacia el año 1647.

(34) Ver: https://www.smithsonianmag.com/history/a-brief-history-of-the-salem-witch-trials-175162489/

(35) Hay que tener en cuenta que las decisiones de los tribunales han sido severamente limitadas por la Corte Federal al

observar los montos sobre los que se fundaban las sentencias. De hecho, la Corte Suprema a través de sus decisiones ha tratado de ir regulando la institución a través de sus precedentes (vale tener presente, que el Estado Federal no puede invadir las facultades de los Estados parte de la unión).

(36) Conf. KELLY, Julio, "Los daños punitivos en el derecho de los Estados Unidos de América", Revista de Derechos de Daños, nro. 2011-2, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2011, p. 261.

(37) 517, US, 559.

(38) Ver: "BMW of North America Inc. vs. Gore", 701 So. 2d 507 (1997).

(39) 538 US, 408, 2003.

(40) Ver: BACRE, Aldo, "Recursos ordinarios y extraordinarios", Ed. La Rocca, Buenos Aires, 2010, 2ª ed., p. 98.

La responsabilidad civil del funcionario público en la Provincia del Chubut

por Mariano Palma

Disponible en: https://www.informacionlegal.com.ar/
Publicado en: RDA 2023-149, 102
Cita: TR LALEY AR/DOC/1930/2023
[Consultado el: 06/01/2026]

Sumario

I. La responsabilidad en la Constitución provincial (art. 69 CPCH).— II. Presupuestos del art. 69 de la Constitución provincial.— III. Presupuestos para la responsabilidad civil. III.1. Antijuridicidad. III.2. Factor de atribución. III.3. Relación de causalidad. III.4. El daño. — IV. Causales de justificación.— V. Eximentes de responsabilidad.— VI. Responsabilidad solidaria.— VII. ¿La responsabilidad es directa o indirecta?— VIII. El caso del interventor federal en la Constitución de la provincia de Chubut, ¿contraría lo establecido para la responsabilidad de los funcionarios nacionales por la ley 26.944?— IX. La idoneidad en el cargo, ¿es una obligación de medios o resultados?— X. La responsabilidad civil del funcionario público en la ley I-18 "Ley de Procedimiento Administrativo".— XI. ¿Qué juez será competente para entender en la cuestión? ¿Se requiere "reclamo administrativo previo"?— XII. La acción de regreso en la provincia de Chubut. XII.1. Requisitos. XII.2. Discrecionalidad en su aplicación. XII.3. Prescripción — XIII. Daño punitivo.— XIV. Astreintes contra el Estado y el funcionario.— XV. Prescripción liberatoria en la ley I-560 respecto del funcionario público.— XVI. La acción civil y la penal. Su relación con la ley I-560 y el art. 69 CPCH.— XVII. La regulación en las demás provincias patagónicas.

I. La responsabilidad en la Constitución provincial (art. 69 CPCH)

Para tratar el tema en cuestión, conviene recordar [y teniendo en cuenta el desarrollo histórico realizado por el Dr. López (1) que a nivel nacional el Estado se inició con la doctrina de la "irresponsabilidad" fundada no solo en el antiguo art. 100 de la norma suprema (que se refería a que el Estado solo podía ser actor nunca demandado), sino que también a ello se le sumaba "la teoría de la doble personalidad del Estado", incluso por aquel entonces la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sostenía esta postura en sus fallos (2).

Esta concepción comienza a cambiar con la irrupción del Cód. Civil de Vélez y con la sanción a nivel nacional de la ley 675, requiriéndose a través de ella una autorización legislativa (3) para demandar al Estado nacional, este sistema solo duro hasta la sanción de un nuevo cuerpo legal (la ley 3.952), en el cual se eliminaría la autorización legislativa en el caso de demandas contra el Estado nacional, pero como contrapartida se obligaría a efectuar el reclamo administrativo previo.

Es a través de una nueva normativa del Congreso —esto es, la ley 11.634— que se pone fin a la "teoría de la doble personalidad del Estado nacional", al mismo tiempo que comienzan a surgir precedentes judiciales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como lo es el caso "Tomás Devoto" (4), antecedente judicial en el cual, por responsabilidad de funcionarios públicos (empleados del telégrafo) se comete un incendio por las "chispas desprendidas de un brasero deficiente", obligando al Estado a responder por los perjuicios ocasionados.

Situación similar ocurrió en el caso "Ferrocarril Oeste" (5), en el cual el Registro de la Propiedad Inmueble de provincia de Buenos Aires emitió un certificado de dominio defectuoso, la emisión de dicho documento debió ser realizada por un funcionario —quien para

ocupar dicho puesto debía cumplir con el requisito de la idoneidad establecido por el art. 16 CN— y quien efectivamente tuvo que efectuar las erogaciones dinerarias para solventar la sentencia condenatoria fue el Estado provincial, eso sí, de manera correcta —según mi postura— fue la adopción de una teoría de la responsabilidad indirecta por parte de la provincia de Buenos Aires.

En "Vadell" (6), acontece nuevamente la misma situación con respecto al obrar de los funcionarios del Registro de la Propiedad Inmueble de la provincia de Buenos Aires, pero cambiando de postura y adoptando una nueva posición respecto a la responsabilidad siendo esta objetiva y directa entendiendo que los funcionarios son "órganos" del Estado y por ende su obrar sería el obrar Estatal.

En el precedente "De Gandia" (7), como consecuencia de la omisión de un funcionario judicial de levantar la orden de secuestro existente sobre un automotor robado —que había sido recuperado años antes, de la adquisición por parte de la Dra. De Gandia— (más allá de lo que consideró la Corte Suprema, como "causa civil"), se generó que la provincia de Buenos Aires, deba indemnizar el daño moral padecido por la actora, al tratar de salir del país con el vehículo y ser detenida en la frontera.

Por último, en "Barreto" (8), se genera nuevamente una situación de responsabilidad por el actuar de un funcionario, siendo que un policía de la provincia de Buenos Aires asesina a una joven (Gisela Barreto), conllevando como resultado la interposición de una demanda de daños y perjuicios contra el Estado provincial y el funcionario, en los términos del art. 1112 Cód. Civil. Lo decisivo del caso se funda en que la Corte Suprema de Justicia de la Nación reconoce la autonomía provincial y se aparta de los principios vertidos en "De Gandia", para de esta manera permitir a estas legislar sobre las instituciones jurídicas dentro de los términos del art. 121 y 126 CN, lo que llevado al tema que nos ocupa implicaría la factibilidad de que en la provincia de Chubut —más allá de lo que la Corte haya resuelto respecto de la causa civil— la responsabilidad del funcionario público

sea regida por el Cód. Civ. y Com. como lo determinan los arts. 69 y 135 inc. 9 y 15 CPCH.

En todos los casos mencionados, quienes iniciaron la actividad que culmino en responsabilidad Estatal fueron funcionarios públicos. Lo que vemos en la práctica es que el Estado termina siendo el responsable de cargar con los perjuicios realizados por sus funcionarios, debemos recordar la frase imperante en ciertos ámbitos políticos de la actualidad "El estado somos todos", no menos cierta, puesto que un Estado sin población carecería de existencia como tal (entendiendo que la población es uno de los elementos que lo integran), pero quienes mantienen la existencia del Estado (nacional, provincial o municipal) son los contribuyentes mediante el pago de sus impuestos y sobre estos es que verdaderamente reposa la obligación de resarcir los perjuicios que ocasionan los funcionarios en el ejercicio u ocasión de sus funciones, motivo por el cual, si bien "el Estado somos todos", económicamente su manutención no es realizada por todos y ello implica que en principio —como se sostuvo previamente— para ciertos casos, el funcionario responda de manera directa y el Estado lo haga de manera indirecta resguardando su patrimonio y sobre todo el de los contribuyentes.

Teniendo en cuenta la breve enumeración de la normativa y jurisprudencia efectuada previa a 1957 —Con excepción de "Vadell", "De Gandia" y "Barreto"— y con los comentarios vertidos, conviene decir que la primera Constitución de la provincia de Chubut (cuya entrada en vigencia fue en 1957), establecía en su articulado —de avanzada por aquel entonces— la responsabilidad del funcionario público provincial, a través de los arts. 1° (9) y 5° (10), donde sentaba la adopción de la forma Republicana de gobierno, ello de conformidad a los principios establecidos por la Constitución de la Nación, para enfocarse plenamente en el tema de fondo, a través del art. 20 el cual pregonaba: "Todo empleado o funcionario Público a quien se le imputen delitos en el ejercicio de sus funciones o faltas que afecten su actuación pública, estará obligado a acusar para vindicarse. Gozará del beneficio del proceso gratuito", el artículo en comentario

tenía como finalidad prevenir la existencia del "mal desempeño" en la función.

Tanto a través de la adopción del sistema republicano, de donde se entiende la "responsabilidad del funcionario público" es uno de sus elementos integrantes, hasta lo que surge de la lectura in fine del art. 20 de la Constitución provincial de 1957, puede observarse, cómo el agente chubutense, ha estado sometido a un régimen de responsabilidad a través del cual se veía compelido, en principio, a responder por su actuación en el ejercicio de sus funciones o en ocasión de ellas, para con posterioridad si correspondiere el Estado provincial hacerse responsables por los daños y perjuicios que se hubieren ocasionado.

La Constitución de la provincia de Chubut fue modificada por última vez en 1994, con la finalidad de no convertirse en ley muerta, en dicha modificación se incorporaron gran cantidad de instituciones jurídicas tendientes a tutelar de mejor manera los derechos de los Chubutenses.

Dicha reforma a diferencia de lo que ocurrió en Nación, vino a significar la posibilidad de exigir a los funcionarios cierta calidad en el ejercicio de sus funciones que se vio amparada por los arts. 67, 68, y 69 ubicados en el Título II, Capítulo I, generando de esta manera la posibilidad de demandar por daños y perjuicios a los funcionarios que actuaren en "mal desempeño" de sus funciones.

Es así como el art. 69 de la norma suprema provincial establece: "Todos los funcionarios públicos, electivos o no, y aun el Interventor Federal, en su caso, son solidariamente responsables con el Estado por los daños y perjuicios a que dé lugar el mal desempeño de sus funciones. En tales supuestos debe accionarse contra el responsable para que indemnice al Estado los daños que con su actuación le haya erogado. El estado y los municipios están obligados a hacer citar al juicio en que son demandados a los funcionarios o

exfuncionarios que se encuentren en las condiciones precedentes y a ejercitar la pertinente acción de repetición".

La norma en cuestión viene a implicar un adelanto técnico con notable redacción frente al vacío que se generó al respecto con la reforma constitucional a nivel nacional, quedando exceptuados de los temas a tratar por la Convención Constituyente, la responsabilidad de los funcionarios públicos, según lo determinó la ley 24.309 ("Declaración de la Necesidad de su Reforma").

El tema en cuestión, si se analiza en profundidad, tiene una importancia trascendental para la vida de la república y sobre todo del Estado, quienes administran salud, justicia, educación, seguridad, economía, sistemas energéticos, redes viales, redes fluviales, redes de comunicación, sistemas de producción, etc. son funcionarios públicos y los perjuicios que ocasionen en dicha administración para con los terceros o para con el Estado provincial deben ser solventados de manera plena, en cuyo caso el dinero para palear dichas sentencias condenatorias debería provenir del propio funcionario y el Estado municipal o provincial, responder de manera concurrente.

II. Presupuestos del art. 69 de la Constitución provincial

En cuanto a los presupuestos establecidos por el art. 69 de la Constitución provincial, al respecto cabe destacar que solo se hace mención expresa al "mal desempeño en las funciones", lo que conllevará la obligación de indemnizar los "daños y perjuicios" que se ocasionen.

Del propio texto del artículo en mención, se extrae que el funcionario debe obrar en "mal desempeño en las funciones" (11), pero ¿cómo debe vislumbrarse este concepto a la luz de la normativa y jurisprudencia actual? Cabe decir al respecto que este se encuentra en consonancia con lo establecido por el art. 53 de la CN, en referencia a las conductas que permitan requerir el juicio político.

Es así como este debe interpretarse, esto es, como un concepto dinámico y abierto, que puede evocar distintas circunstancias según sea la situación a la cual debe avocarse el funcionario provincial/municipal y/o federal, según se verá más adelante.

Con respecto a el "mal desempeño", en principio hay quienes (como el histórico constitucionalista, Joaquín V. González) lo consideraron como aquel que "perjudica al servicio público, deshonren al país o la investidura pública e impidan el ejercicio de los derechos y garantías de la Constitución" (12); Gelli por su parte considera que el concepto tiene una doble concepción de acuerdo a quién se aplique, así para los integrantes del Poder Ejecutivo (Presidente, Vice, Jefe de Gabinete, Ministros): "el mal desempeño supone una valoración político institucional no partidaria de los actos y omisión de los funcionarios teniendo a la vista resultados y consecuencias de aquel obrar para las instituciones o para la confianza pública que los ciudadanos debieran tener en los funcionarios" (13), la misma autora incluso considera como pasible de incurrir en la causal de mal desempeño aquella circunstancia en la cual el funcionario perciba inhabilidades o incapacidades sobrevinientes, actos notorios de vacío de poder, circunstancias de la vida privada que son escandalosas (14), en el segundo aspecto y aplicado a funcionarios del Poder Judicial, considera que los requisitos y exigencias deben ser incluso más duros para con estos, de conformidad a que estos son inamovibles; por su parte Bielsa entiende que "la expresión mal desempeño del cargo tiene una latitud considerable y permite un juicio discrecional amplio, pues se trata de la falta de idoneidad no solo profesional o técnica, sino también moral, como la ineptitud, la insolvencia moral, todo lo cual determina un daño a la función, o sea a la gestión de los intereses generales de la Nación. La función pública, su eficacia, su decoro, su autoridad integral es lo esencial; ante ella cede toda consideración personal" (15); por último, el maestro Sagües considera que "es un concepto elástico equivalente a un tipo penal abierto. Comprende actos dolosos o culposos (...) que evidencian incapacidad para ejercer el cargo. El mal desempeño pude

aludir a impericia técnica o falta de cualidades éticas para ocupar la magistratura en cuestión" (16).

Por lo visto, estamos en presencia de un concepto que es abierto, como se mencionó al principio, pero que además debe adecuarse a cada caso concreto, juzgando sus circunstancias y ponderando los intereses provinciales y municipales, dentro de las pautas que fija la Constitución, las leyes, la buena fe y las buenas costumbres.

A nivel provincial y referido a magistrados y funcionarios, la ley V 80 (ex 4461), en su art. 16, establece qué es, lo que se debe entender por "mal desempeño de las funciones", siendo: 1) dejar de cumplir obligaciones que expresamente señalan las leyes y reglamentos que regulan sus funciones o disponga medidas de manifiesta arbitrariedad; 2) dejar vencer los términos para dictar sentencia por más de tres [3] veces en un [1] año calendario, sin que pueda alegarse como justificación la falta de pedimentos de pronto despacho o reclamos del interesado; 3) realizar actos o actividades incompatibles o prohibidas por la Constitución, las leyes y reglamentos que regulan sus funciones; 4) cuando se resista o desobedezca las ordenes legitimas de sus superiores por vía de superintendencia y a los poderes y órganos de la Constitución.

En las resoluciones del Tribunal de Enjuiciamiento provincial, incluso se ha determinado que el mal desempeño no requiere de la comisión de delitos (17) para que opere como causal de remoción, sino de un actuar fuera de las pautas establecidas para el ejercicio del puesto (18) y que puede acarrear oportunamente responsabilidad por los daños y perjuicios ocasionados, incluso el mal desempeño se podría configurar con la realización de actividades prohibidas a funcionarios (19).

El art. 69 CPCH, al referirse al "mal desempeño de sus funciones", deja de lado la frase "en ejercicio u ocasión de las

funciones", que en ciertos ámbitos doctrinarios suscitaba severas críticas por parte de los autores.

Así planteada la cuestión, cabe decir que la distinción no es menor, puesto que con la frase "ejercicio de la función" se hablaría de aquellas actividades que se encuentran amparadas a través de la normativa que rige el actuar del funcionario público (llámese reglamento interno, régimen disciplinario, estatuto del empleado público, etc.), a lo que pretendo referirme es a la existencia de una actividad normada —aun en el caso de actividad discrecional puesto que tiene su razón de ser en una norma—, dentro de la cual se pueden generar perjuicios, los cuales deberán ser reparados de manera plena, mientras que en el caso de la frase "en ocasión de la funciones", se hace referencia a un tipo de actividad, que surgiría, como consecuencia del puesto que ocupa el funcionario, pero que no se correspondería con la propia función que realiza el sujeto, serian actividades que se podrían vincular y que surgen como consecuencia indirecta de sus facultades o ámbito de actuación, en estos casos se requiere poder determinar la existencia de una vinculación con la cual se pueda llegar a imputar responsabilidad al funcionario y al Estado (no olvidemos que el Estado responde en los casos en los cuales el funcionario carezca de patrimonio para hacer frente a ello).

La Constitución elimina esta distinción y directamente establece la frase "mal desempeño de sus funciones", motivo por el cual, parecería que no se genera distinción alguna, solo se requiere que el funcionario haya actuado dentro de las funciones y lo que resta establecer es ¿cuándo se entiende que actuó como funcionario? Para cuyo caso deberá apreciarse la situación concreta con la finalidad de arribar a una solución loable, teniendo en consideración las reglas que se establecen para la actividad que este desarrolla; sin embargo, conviene aclarar que corresponde integrar el concepto de "ocasión de las funciones" y ello con la finalidad de amparar aquellas circunstancias dentro de las cuales los funcionarios en razón del cargo o puesto que detentan pueden llegar a generar daños y perjuicios para con los terceros, pudiendo quedar indemnes en cuanto a una posible

indemnización, por carecer el agente de patrimonio suficiente y verse limitados a través de lo establecido por el artículo en comentario, solo a demandar al individuo como sujeto privado y no de forma solidaria con el Estado provincial, por no admitir la responsabilidad en ocasión de la función.

Pasando en limpio lo dicho, debe existir responsabilidad en "ejercicio u ocasión" de las funciones, no solo para satisfacer el derecho a la indemnización plena, sino con la finalidad de cumplimentar con lo requerido en los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos con Jerarquía Constitucional, del art. 75 inc. 22 CN.

Por último, considero que el art. 69 CPCH, hace referencia no solo al caso de que un particular demande al funcionario y al Estado, sino también a diversos casos como pueden ser: 1) aquel en el cual, la provincia demande por daños y perjuicios a un funcionario municipal; 2) el caso de un municipio que demande por daños y perjuicios a un funcionario provincial; 3) el caso en que la propia provincia demande al funcionario provincial por los daños y perjuicios sufridos.

Al respecto no considerar como posible la demanda de daños y perjuicios del propio Estado (municipal/provincial) contra el funcionario, implicaría avalar como mínimo un enriquecimiento sin causa por parte de este último, sin perjuicio la existencia de otras figuras aplicables al caso.

III. Presupuestos para la responsabilidad civil

Con la sanción de la ley 26.994 "Nuevo Cód. Civ. y Com.", se ha generado una nueva cosmovisión referente a la responsabilidad, que si bien no abandona los parámetros tradicionales (20) estos son: antijuridicidad, factor de atribución, daño y relación de causalidad, viene en ciertos aspectos a generar claridad en relación a sus conceptos y finalidades, puesto que en épocas pasadas se encontraban debatidos por la doctrina (ej.: la función de la responsabilidad (21), la

responsabilidad contractual y extracontractual, etc.) y que en ciertos casos particulares parecieran quedar aclarados mientras que en otros no tanto.

Es así como los presupuestos de la responsabilidad operan como elementos esenciales que deben tenerse en cuenta a la hora de imputar responsabilidad civil al productor del daño, creando así el surgimiento de la obligación de reparar el perjuicio ocasionado.

De este modo, cuando se cumpla con los presupuestos de la responsabilidad (que estos tengan existencia), se genera en la persona que los sufre un derecho subjetivo que implicará la existencia de una acción que podrá ser ejercitada contra el funcionario, con la finalidad de reclamar los daños y perjuicios.

El análisis de los presupuestos de la responsabilidad civil debe ser observado como el resultado lógico, luego de analizar los arts. 69 y 135 inc. 9 y 15 CPCH, sin perjuicio de lo establecido por la propia ley I 560 (que en su art. 13 remite al art. 69 CPCH). Si el lector, se toma el trabajo de leer dichos artículos, va a surgir con claridad, que, en la provincia de Chubut, la responsabilidad del funcionario público es civil y no administrativa —como pretende la doctrina en boga—.

III.1. Antijuridicidad

Con la finalidad de no ser repetitivos diremos que el art. 69 CPCH, hace mención expresa al reclamo de los "daños y perjuicios" y al "mal desempeño en las funciones", parecería quedar en claro que la antijuridicidad a la que se refiere podría pensarse que es aquella que deriva del Cód. Civ. y Com., dicha interpretación —realizada con ligereza— no es correcta, puesto que, como lo mencioné previamente, el accionar antijurídico va a obedecer a la totalidad del ordenamiento jurídico (22), no solo a los códigos de fondo, sino que también a la normativa provincial teniendo en consideración las circunstancias del caso concreto para su aplicación.

Con ello, debe dejarse en claro que no existe una relación entre antijuridicidad e ilicitud más que de género y especie, la ilicitud hará referencia a una rama del derecho, requiriendo que ella se configure para que actúe según corresponda el tipo penal, mientras que la antijuridicidad obedece a una concepción más amplia, que tiene relación con la totalidad del derecho y no solo con una única rama de él (23).

De esta manera la antijuridicidad (24) en cuanto actuar se refiere, va a consistir en una actividad que se va a desarrollar mediante una acción u omisión, que permite al sujeto obrar en contra de la totalidad del ordenamiento, (traducido no se requiere que viole todo el ordenamiento jurídico, sino ciertas normas tendientes a generar responsabilidad).

Dentro de los parámetros establecidos por el Cód. Civ. y Com., la responsabilidad tiene distintas finalidades, por una parte, la prevención del daño, la disuasión y la sanción, y por la otra, la función resarcitoria.

La antijuridicidad no escapa a esta triple función y debe ser interpretada dentro de ella según la función que cumpla la responsabilidad, aunque si bien algunos autores pretendan sostener que en la función preventiva la antijuridicidad debe ser formal (25), idea con la cual discrepo, puesto que entiendo que esta debe obedecer a parámetros de materialidad dicho en otros términos debe ser material, entendiendo este último concepto, como violación a los deberes de prevención de daños, teniendo como límite esta antijuridicidad material en la función preventiva, la causal de justificación, para de esta manera evitar la existencia de un sistema intervencionista que paralice la actividad humana, en sentido similar se pronuncia López Herrera: "Solo puede ser antijurídica una omisión si existe un deber legal de actuar para prevenir el daño. Esa antijuridicidad no tiene que ser formal, sino comprensiva del ordenamiento jurídico todo. Es decir, que allí donde existe un deber de actuación impuesto por la ley, reglamento, tratado internacional o

por una tendencia jurisprudencial, se podrá plantear la acción preventiva" (26).

Así lo dicho, según el art. 1710 Cód. Civ. y Com. la antijuridicidad preventiva estará en principio determinada por las siguientes conductas: "a) evitar causar un daño no justificado; b) adoptar de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o no disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que este le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c) No agravar el daño si ya se produjo", los conductas descriptas son meramente enunciativas, dejando abierta la puerta a más causales.

En este orden de ideas, todo funcionario, se podrá ver compelido al cumplimiento de los principios sentados por el art. 1710 Cód. Civ. y Com. y ello en virtud de su actuar en forma contraria a la función preventiva establecida por la normativa, queriendo significar que actúa de manera antijurídica en su obrar, tanto a través de medidas proactivas, como omisivas, que culminen en un daño o perjuicio para un tercero.

Así es, como el principio de antijuridicidad preventiva de daños incluso se encuentra establecido en la Constitución provincial —con anterioridad a la existencia del art. 1710 del Cód. Civ. y Com.— más específicamente en el art. 59 CPCH (27) "Mandamiento de Prohibición", a través del cual se puede requerir ante el Poder Judicial el cese de una actividad realizada por el Estado o un funcionario, que acarrea o puede llegar a acarrear perjuicios para un sujeto de derecho y que va en contra de las normas (28).

Este mandamiento de prohibición encuentra clara vinculación con la acción preventiva del art. 1711 Cód. Civ. y Com., en virtud de la cual, ante un actuar positivo —acción— o negativo —omisión (29)— de quien realiza una actividad o tiene a su cargo un deber de

prevención (se debe entender como se dijo previamente que la regla en materia de prevención debe ser la libertad, ello con la finalidad de evitar absurdos).

Por otro lado, no se requiere la existencia de un daño —en esto se diferencia del art. 59 CPCH—, puesto que tácitamente podría entenderse que deberá existir cierto perjuicio, ya que habla de "perjudicado" —bastando que este sea previsible en su producción, tampoco requiere la existencia de un factor de atribución objetivo o subjetivo—, no se busca endilgar responsabilidad a ningún sujeto, menos resarcir un daño (puesto que, en principio, este no existe).

Por otra parte, en cuanto a la legitimación activa se establece una conceptualización amplia, requiriéndose en los términos del art. 1712 Cód. Civ. y Com. un "interés razonable". El proceso culmina con una sentencia (art. 1713 Cód. Civ. y Com.) que deberá sustanciarse por la vía sumaria (art. 59 CPCH) y que dispondrá de oficio o a pedido de parte, obligaciones de dar, hacer o no hacer, así el juez deberá ponderar en el caso concreto que obligación impondrá al funcionario, con la finalidad de evitar la causación del daño y los perjuicios.

La faz preventiva se encuentra ampliamente tutelada por el ordenamiento jurídico provincial y nacional, ello con la finalidad de evitar ocasionar daños o perjuicios, puesto que en principio, si bien la responsabilidad civil posee una faz resarcitoria, cuya piedra angular es la plenitud (termino que se utiliza en la actualidad puesto que en la vigencia del Cód. Civil se hacía referencia mayoritariamente a la integralidad), en muchas ocasiones dichos resarcimientos por más plenos que fueren, no permiten retornar a la situación previa al daño, ello sobre todo en el ámbito del derecho ambiental o en aspectos vinculados a los daños a las personas (ej. el honor).

En cuanto a la antijuridicidad en su faz resarcitoria, corresponde en principio tomar como norte lo establecido por el art. 1717 (30) Cód. Civ. y Com., así como bien dije al comienzo del tema,

la nueva concepción del Cód. Civ. y Com. abandona la posición de Vélez, en donde se requería de culpabilidad identificando a la antijuridicidad de forma subjetiva, esto es con actos dolosos o culposos que transgredían una norma expresa, siendo la antijuridicidad formal y subjetiva en contraposición a la actual que es: 1) objetiva: no depende de la subjetividad de quien realiza la acción; 2) material: se corresponde con la totalidad del ordenamiento jurídico, sin embargo puede o no acarrear responsabilidad según la rama del derecho; 3) atípica: no se encuentra específicamente determinada por la ley, ello en virtud del principio del alterum non laedere y el art. 19 CN ("...ni perjudiquen a un tercero...").

Ahora en su faz resarcitoria, se debe evaluar a la antijuridicidad como todo actuar contrario al ordenamiento jurídico en su totalidad no requiriéndose de una norma expresa, debe entenderse como una contradicción entre un comportamiento determinado y el ordenamiento jurídico en su conjunto (derecho positivo, derecho natural, principios generales del derecho, buena fe y costumbres), que puede conllevar la obligación a resarcir los daños según se den o no los elementos de la responsabilidad en el caso concreto (en los casos en los cuales opera una causal de justificación, no corresponderá por ejemplo indemnización alguna).

La antijuridicidad y el deber de resarcir también surgen de lo determinado por los arts. 1716 y 1749 Cód. Civ. y Com., en ambos artículos se toma como fuente del deber de responder siendo un deber de carácter general y que surge como consecuencia del incumplimiento de una obligación, extrayéndose como conceptos, que la antijuridicidad se refiere específicamente a la conducta lesiva y no al daño.

En cuanto a las conductas que llevaran al funcionario a responder, en principio serán aquellas que dependan de una determinada acción, implicando la producción de un resultado por medio de un movimiento consciente o inconsciente, no se limitará la interpretación en los términos del art. 260 Cód. Civ. y Com., sino por

el contrario, se ampliará la posibilidad de generar responsabilidad incluso a aquellos actos que no sean realizados con intención, discernimiento y libertad, puesto que, luego de acontecidos, se podrá determinar si corresponde o no aplicar una causal de justificación o eximente de responsabilidad.

Teniendo en consideración lo previamente enunciado, los tipos de actuares que generan responsabilidad a través de un quiebre de la juridicidad podrán ser clasificados de la siguiente manera: 1) acción: se dará en aquellas situaciones en las cuales existe una norma que dispone no realizar determinada conducta y el funcionario la realiza, podría llegar a ser el caso de la actividad reglada cuando el funcionario se extralimita o realiza acciones contrarias a las establecidas para el órgano; 2) comisión por omisión: consiste en un actuar positivo, el funcionario teniendo un deber especifico de actuación (esto quiere decir que a través de actividades positivas) no lo realiza, en este caso el perjuicio se causa por el propio funcionario; 3) omisión: en estos casos, se produce la abstención de una acción que en principio es determinada por el ordenamiento de forma genérica —se vincula con el deber jurídico de obrar— implica un acto negativo del sujeto, consistente en el no cumplimiento.

Por otro lado, respecto de la antijuridicidad y la actividad reglada —entendida esta cuando la actividad que debe desarrollar se encuentra preestablecida a través del ordenamiento normativo y el funcionario no tiene necesidad de actuar librado a su simple voluntad—, es fácilmente deducible cuando el sujeto irrumpe la norma y su actuar es antijurídico, puesto que con simplemente observar cuál es la actividad que debía desarrollar impuesta por el reglamento interno, por los estatutos o por las normas, se podrá vislumbrar su violación.

El funcionario dentro de los términos mencionados (actividad reglada), debe para con el Estado una determinada actividad, que se corresponde con su función, lo que genera una obligación de resultados (31), no solo respecto del Estado —que a mi juicio puede

reclamar los daños y perjuicios que se ocasionen—, sino también para con el particular, en cuyo caso, se generara una nueva situación procesal al momento de realizar el reclamo judicial. En estos casos la existencia de la antijuridicidad es fácil de determinar.

Más difícil es determinar la antijuridicidad cuando estamos en presencia de actividades que son discrecionales, en cuyo caso el funcionario posee ciertas libertades de actuación al no tener un norma que mande a realizar o comportarse ante determinado supuesto de una manera preestablecida, es así que el Superior Tribunal de Justicia Chubutense (32), se enrola en la posición de Gordillo, que establece ciertas limitaciones al actuar discrecional: "1) La razonabilidad: que el autor entiende que la actividad será irrazonable cuando: a. No se den los fundamentos en los cuales se sustenta; b. no se tengan en cuenta los hechos acreditados o estos fueran públicos y notorios; c. no exista una proporción adecuada entre los medios empleados y el fin que se desea lograr. 2) Desviación del poder: a. cuando el funcionario actúe con venganza o un fin personal; b. Cuando el funcionario actúe con un fin administrativo pero que no sea el querido por la ley. 3) Buena fe: cuando el funcionario utilice la potestad pública con artificios o artimañas para llevar a engaño o error a un administrado" (33). Dichas limitaciones deben ser acompañadas de aquellas impuestas por la totalidad del ordenamiento jurídico, puesto que el funcionario en su actuar representa al Estado y no se puede pretender que un Estado incumpla la normativa vigente por más que en la vida practica esto sea moneda corriente.

Por último, la antijuridicidad vista desde el aspecto sancionatorio no implica otra cosa que la violación del orden jurídico, conllevando con ello la violación al principio de alterum non laedere, que encuentra raigambre constitucional a través del art. 19 CN.

Como se dijo previamente, el aspecto sancionatorio (en el caso de la antijuridicidad) estaba determinado por el art. 1714 del anteproyecto del Cód. Civ. y Com. y fue modificado por la comisión y eliminado del texto actual. Sin embargo, esto no obsta a la existencia

del ámbito sancionatorio, ya que por ejemplo encontramos normas que avalan dicho actuar en la Ley de Defensa del Consumidor (art. 52 bis ley 24.240) o en la Ley de Defensa de la Competencia (art. 64 ley 27.442) y en demás normas que se encuentran dispersas a lo largo del régimen jurídico, respecto de las cuales, la doctrina y el intérprete no pueden hacer caso omiso.

III.2. Factor de atribución

Respecto al factor de atribución, podemos decir que consiste en la imputación de la responsabilidad, la cual puede ser objetiva (entendiendo que la responsabilidad se atribuye por la ley, la equidad, la creación de un riesgo, etc.) o subjetiva (en donde la responsabilidad se funda en la culpabilidad, esto es en el actuar doloso o culposo según sea el caso concreto).

El art. 69 de la Constitución provincial, al hacer referencia a los daños y perjuicios, nos lleva a determinar que rige con respecto a la responsabilidad del funcionario provincial el régimen del Cód. Civ. y Com. (34), esto implica, que según sea el caso concreto podrá aplicarse un sistema de responsabilidad cuyo factor de atribución sea objetiva o subjetiva (en principio será subjetivo).

Al respecto conviene hacer un breve análisis histórico, cabe decir que la reforma a la carta magna provincial en 1994 incorporó al artículo en comentario (art. 69 CPCH) y pretendió si se lo quiere, fundar la responsabilidad en los términos del derogado 1112 del Cód. Civil, respecto al cual, la doctrina mayoritaria consideraba que imponía un factor de atribución subjetivo en relación a la responsabilidad del funcionario público, esto significa que quien pretendiera accionar en contra del agente estatal debía demostrar la existencia de dolo o culpa en su actuar, para que fuera pasible de indemnizar los daños ocasionados.

En el caso de la Constitución provincial, siendo esta previa (1994) al Cód. Civ. y Com., hace expresa mención a la corriente

imperante al momento de su sanción que se vinculaba con la idea incluso establecida en la constitución de 1957 (en virtud de la cual no se podía generar irresponsabilidad respecto de los funcionarios públicos en el ejercicio u ocasión de la función), que entendió correspondía la aplicación del derecho civil y tal fue el caso que estableció con claridad la posibilidad de reclamar los daños y perjuicios al funcionario que hubiera actuado en "mal desempeño" de sus funciones (35).

Una vez dicho esto y con respecto al factor de atribución, podemos decir que en principio habrá que observar la actividad y el sujeto que reclame o interponga la pretendida acción, pero en términos generales el factor de atribución será preponderantemente subjetivo para el funcionario.

¿Qué se pretende significar con ello? Entiendo que el funcionario debe responder solo a título de dolo o culpa, pero también le correspondería responsabilidad de tipo objetiva (art. 1723 Cód. Civ. y Com.), ello en virtud de la actividad/función que realice y quien reclame los daños y perjuicios por dicha actividad o función.

A lo que pretendo referirme, según lo dicho ut supra, es a ciertos casos en donde el funcionario responderá de manera objetiva, como, por ejemplo, si este, se obliga a la realización de un determinado resultado, es que si estamos en presencia de una actividad reglada en donde el funcionario debe cumplir mecánicamente ciertas funciones, nos encontraríamos en presencia de una obligación de resultados (ello en concordancia con el art. 1723 Cód. Civ. y Com.) para con la administración, en estos casos el funcionario solo podría liberarse de la responsabilidad civil demostrando una ruptura en el nexo causal (el art. 1722 Cód. Civ. y Com. es claro al respecto) siempre y cuando el Estado haya sido el actor, en el mismo caso, estando en presencia de una función reglada, pero respecto de la cual no se exigen resultados el particular podrá exigir la indemnización que le atribuye los daños y perjuicios, pero

solo a través de un factor de atribución subjetivo (36) en los términos del art. 1724 Cód. Civ. y Com.

Por otro lado, el particular también podrá demandar al funcionario aduciendo un factor de atribución objetivo cuando estemos en presencia de una actividad que implique un resultado concreto o cuando el funcionario se haya obligado dentro del ejercicio de sus funciones —ya fuere consecuencia de una actividad reglada o discrecional— en los términos del art. 1722 Cód. Civ. y Com.

En los casos de imputación objetiva del factor de atribución, se generan grandes beneficios procesales, puesto que comienza a regir el principio de las cargas dinámicas, en virtud del cual, quienes se encuentran en mejores condiciones de probar deberán realizar dicha actividad, ello con independencia de lo sustentado por los arts. 1734 y 1735 Cód. Civ. y Com.

En muchas ocasiones el ejercicio de la función permite al agente estar en posesión o contacto con información o datos que hacen a la causa/expediente, en cuyo caso se genera una dificultad para el Estado o el propio particular acceder a ellos. No es extraño, por ejemplo, que el funcionario, cuando es interpelado —sobre todo en el ámbito de la responsabilidad penal—, destruya información o datos que corresponden a su actuar, generando una imposibilidad probatoria que incluso puede culminar con su irresponsabilidad. En estos casos, claramente el juez, de conformidad a lo sentado por el art. 1735 Cód. Civ. y Com. podrá aplicar la doctrina de las cargas dinámicas para que la parte que se haya en mejor situación las suministre.

En el caso de la actividad discrecional la situación pareciera ser otra, en principio daría rienda a la aplicación del factor de atribución subjetivo para con el Estado, sin embargo, nuevamente habría que analizar cada caso concreto, puesto que nuevamente si el funcionario se obliga a un resultado, el particular o el Estado según corresponda, deberán obtener dicho resultado.

Ahora bien, en cuanto a los factores objetivos aplicables, estos podrán ser —dependiendo del caso concreto—: a) La garantía: se da en aquellas situaciones en donde si bien, el sujeto no actúa con culpa o dolo, tampoco lo hizo generando un riesgo, pero igualmente genera un perjuicio. Es así como a través de la garantía debe responder un sujeto para resarcir un daño que en principio resultaría injusto soportar, como por ejemplo la responsabilidad del principal por su dependiente (art. 1757 Cód. Civ. y Com.) o el deber de indemnidad de la ley 24.240. b) El riesgo: teoría cuyo nacimiento se da en Francia (37), para con posterioridad extenderse a todo el mundo occidental. Considera que, quien es dueño o guardián de una cosa riesgosa y como consecuencia de la actividad que realiza genera un daño debe responder por su accionar. Son actividades licitas que acarrean un riesgo potencial. El art. 1757 Cód. Civ. y Com. y subsiguientes amparan dicha teoría. Según la casuística habrá que analizar el caso concreto para realizar una aplicación del 1757 y 1758 con relación a las actividades que pueda realizar un funcionario público. c) La equidad: tuvo su incorporación a partir del art. 907 del Cód. Civil, en donde la responsabilidad se afincaba en la posibilidad que tenían los jueces de mejorar la situación de la víctima de un perjuicio en razón de su posición y la posición o situación del victimario, pudiendo aplicarse en los términos del 1718 inc. c, 1742, 1750 Cód. Civ. y Com., en cada caso obrando y actuando de forma disímil.

III.3. Relación de causalidad

La relación de causalidad en el ámbito provincial (respecto a los daños y perjuicios que cause el funcionario por el mal desempeño de sus funciones, ya fueren estos efectuados en ocasión o ejercicio de la función), implicará la posibilidad de vincular el actuar del sujeto con los daños y perjuicios producidos determinando la existencia de un vínculo material y jurídico relevante, siempre y cuando el funcionario haya actuado en pleno ejercicio de sus facultades, sin que recaiga en el caso concreto una eximente de responsabilidad que rompa el nexo causal.

Entonces, la vinculación de la función realizada por el sujeto y el daño producido es verdaderamente un nexo causal que deberá dar respuesta a los siguientes interrogantes: ¿Quién es el autor del daño? ¿Quién debe responder? ¿Hasta dónde debe responder el autor del daño por los perjuicios ocasionados? ¿Existe alguna causal que rompa este nexo?

En parte, la respuesta a dichos interrogantes es lo que doctrinariamente se conoce como causalidad material —la relación entre el hecho del agente y el daño que permita determinar la existencia de causalidad desde el punto de vista de las ciencias naturales, implicando en ciertos casos una relación de causa/efecto—, y causalidad jurídica (que el nexo sea el adecuado) (38) y causales de ruptura del nexo.

Pero más allá de lo dicho, el intérprete deberá tener en cuenta a la hora de realizar la adjudicación del daño y pretender iniciar el juicio, cuál es el vínculo que une al sujeto con el daño efectuado, este vínculo no puede ser una mera relación de correlación, siendo esta: "La correlación es un enlace lineal entre dos variables; ella significa un vínculo cuantitativo. La correlación indica el grado de linealidad en el enlace de esas variables conexas. En cambio, el nexo y el análisis causal van más lejos; el nexo causal es una relación compleja entre dos variables; la causalidad es un vínculo cualitativo entre ambos eslabones de la cadena, lazo que precisa el sentido de la relación, el camino de la causa al efecto" (39).

Con respecto a los interrogantes: ¿quién es el autor del daño? y ¿quién debe responder?, en principio, pareciera justo decir que el funcionario que ocasiona el perjuicio es quien deberá responder, pero en ciertas ocasiones en particular, puede presentarse el escenario, en virtud del cual, a través de un factor objetivo de atribución quien deba responder no sea precisamente quien ocasionó el daño con su actuar, claros ejemplos de ello se pueden suscitar en los casos establecidos por los arts. 1750, 1753 y 1756 Cód. Civ. y Com.

Más simple pareciera ser dar respuesta a dichos interrogantes en el caso de encontrarnos en presencia de un factor de atribución subjetivo, puesto que en dicho caso, el funcionario responderá de manera directa por los perjuicios que él ocasione a título de culpa o dolo, ello claro está, podrá cambiar en aquellos supuestos en los cuales actúe en conjunto o a través de un equipo, en cuyo caso habrá que determinar la existencia o no de concurrencia de responsabilidades, aunque igualmente el funcionario responderá por lo que le corresponde como consecuencia de su actuar.

Ahora bien, ¿quién deberá probar el nexo causal? En principio podemos decir que quien afirma la existencia de la relación causal deberá suministrar los elementos de prueba necesarios para determinar su existencia (40). Esta posición se condice con lo establecido por el art. 1736 Cód. Civ. y Com.; sin embargo, puede llegar a ceder de conformidad a lo determinado por el art. 1735 Cód. Civ. y Com. o incluso cuando concurran los casos de excepción que establece el propio art. 1736 Cód. Civ. y Com. (cuando lo determina una ley o cuando surja de presunciones).

Si nos encontráramos en presencia de un factor de atribución objetivo, el actor solo deberá probar la causalidad material entre el hecho y el daño (o el incumplimiento en caso de un contrato), debiendo el demandado acreditar una ruptura de dicho nexo causal, con la finalidad de exonerarse de responsabilidad.

¿Qué se deberá reparar?, o, en otros términos, ¿cuál es la extensión del resarcimiento? En los términos del art. 1726 Cód. Civ. y Com. se deberán reparar "...las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles" que tuvieran vinculación con el hecho dañoso. Los arts. 1727 y 1728 Cód. Civ. y Com. establecerán con claridad irrefutable, cuáles son las consecuencias y hasta dónde es el límite por el cual se debe responder en cada caso concreto.

Lo establecido por el art. 1726 Cód. Civ. y Com., viene a implicar la adopción de la teoría de la causalidad adecuada, en el mismo orden de ideas se enrola nuestra jurisprudencia provincial (41).

Por último, podemos decir, que la relación causal se determina en función de la probabilidad y posibilidad del resultado, atendiendo a lo que corrientemente acostumbra a suceder conforme a las reglas de la experiencia y el curso normal de los acontecimientos, básicamente buscar indagar si la acción u omisión era o no apta o adecuada conforme al curso normal y ordinario de las cosas.

III.4. El daño

El daño es uno de los elementos que configura la existencia de responsabilidad civil (42), y encuentra su regulación y conceptualización a partir del art. 1737 Cód. Civ. y Com.

El articulado del Cód. Civ. y Com. resulta plenamente aplicable al caso, siendo este, el sistema jurídico que debe de resolver el reclamo por daños y perjuicios derivados de un acontecimiento ocasionado por un funcionario público provincial o municipal "en ejercicio u ocasión" de sus funciones, siempre que no recaiga sobre el caso concreto una causal de justificación o eximente de responsabilidad.

Sin pretender ser reiterativo, en el momento en el cual un funcionario causa un daño y/o perjuicio, la víctima sufre un hecho u acto que implica, más allá de este, un menoscabo en su situación patrimonial naciendo de forma inmediata la obligación de indemnizar (salvo el caso de existir una causal de justificación o una eximente de responsabilidad).

De no cumplirse con dicha indemnización se genera un situación de doble beneficio, en primer orden se vislumbra la existencia de un de régimen privilegiado donde el funcionario se aprovecha de su situación de tal, para no hacer frente a las

obligaciones que le son propias y que genera en "ejercicio u ocasión" de las función que detenta, en segundo orden y no menos importante es el enriquecimiento sin causa que reposara sobre los hombros del funcionario como consecuencia del deber de resarcir los perjuicios ocasionados (43) que surgen a partir de la obligación nacida por el daño producido.

Ahora bien, ¿qué es lo que corresponderá indemnizar? El principio general lo sienta el art. 1738 Cód. Civ. y Com., en virtud del cual, no se hace una distinción como lo hacía el Código de Vélez entre daños patrimoniales y extrapatrimoniales, ello con la finalidad de abarcar la mayor cantidad de casos posibles, de esta manera el daño será o no patrimonial, según sea el interés lesionado, debiendo el funcionario que ocasione el perjuicio indemnizar ambos según corresponda.

El agente, sin embargo, no responderá por cualquier daño que ocasione, sino que, por el contrario, debe reunir ciertos requisitos intrínsecos para que pueda generar responsabilidad en los términos del Cód. Civ. y Com.

Estos requisitos mencionados en el párrafo precedente, los cuales surgen de lo establecido por el art. 1739 Cód. Civ. y Com., en virtud del cual se requiere que el daño sea: a) directo/indirecto: el daño directo debe ser entendido como aquel que sufre la propia víctima —ej. casos en los cuales un funcionario atropella a un peatón—, mientras el indirecto será aquel que sufra un sujeto distinto de la víctima, pero por cuestiones que estén vinculadas a dicho daño primigenio o lesión a un tercero —ej. en el caso mencionado previamente, el daño directo lo sufrirá la persona atropellada, pero el indirecto lo sufrirá el familiar de la persona atropellada que deberá incurrir en gastos para los cuidados médicos, etc.—; b) actual o futuro: la existencia de un daño actual, hace referencia al daño sufrido a la brevedad de forma inmediata, mientras que el daño futuro implicaría un daño que puede llegar a ocurrir con certeza —ej. de daño futuro se da en muchos casos de contaminación provocada por

verter tóxicos y afectar napas, etc.—; c) cierto y subsistente: para que el daño sea cierto, se requiere que exista, que tenga existencia en el mundo real, ya que un daño hipotético no sería viable para generar en el funcionario la obligación de resarcir, sobre todo por existir en ciertas esferas de la administración, las cuestiones políticas no justiciables —instituto jurídico frente al cual me opongo por vulnerar según lo creo, la posibilidad de contralor, por parte de los ciudadanos a través del Poder Judicial—, mientras que el daño sería subsistente, en aquellos casos en los cuales no hubiera sido reparado. Ahora bien, no debe entenderse como exoneración de responsabilidad del funcionario que la propia víctima repare el daño, puesto que en este caso este permanecerá subsistente.

Como ya se mencionara previamente la legitimación para reclamar según surge del art. 1737 Cód. Civ. y Com. —a su vez, debe tenerse en cuenta el art. 1741 Cód. Civ. y Com.— siendo esta amplia, puesto que el 1737 Cód. Civ. y Com. pone sobre la mesa la existencia de daños sobre derechos subjetivos, pero también sobre intereses (incluso de incidencia colectiva).

Con respecto al interrogante ¿qué tipo de reparación corresponde?, el funcionario en los términos del art. 1740 Cód. Civ. y Com. deberá realizar una reparación "plena" (44) del daño y perjuicio ocasionado, debiendo pagarlo a través de la indemnización fijada por el juez (en caso de que corresponda, puesto que para lesiones al honor o la intimidad e identidad de la persona se puede agregar la obligación de mandar a publicar la sentencia) permitiéndosele a la víctima volver al estado anterior al cual se encontraba antes de sufrir el daño.

Lo indicado por el art. 1740 Cód. Civ. y Com. y lo establecido por el art. 69 de la CPCH, por los arts. 15, 17 y 19 y por el art. 75 inc. 22 CN, son la base a través de la cual la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha ido pronunciando (45) en situaciones de referencia respecto al tema tratado.

Este principio de reparación plena tiene una excepción establecida por el art. 1742 Cód. Civ. y Com., consistente en la atenuación de la responsabilidad por parte del juez con fundamento en la equidad. En estos casos el autor del hecho deberá peticionar al juez para su aplicación, debiendo alegar y probar los extremos que a continuación se mencionan: a. situación de la víctima; b. desproporción entre los patrimonios de las partes; c. las circunstancias del hecho.

Habrá que analizar si corresponde o no aceptar por parte del juez la atenuación, ya que uno de los requisitos constitucionales para que el funcionario sea tal, es la idoneidad motivo por el cual, la existencia de daños y perjuicios debiera verse drásticamente disminuida puesto que en principio el sujeto se encuentra capacitado para realizar la tarea que tiene a su cargo.

Por otro lado, y en cuanto a la prueba del daño, como regla general se puede decir que deberá ser acreditado por quien lo invoca (46) (art. 1744 Cód. Civ. y Com.), sin embargo, dicha regla tiene excepciones: 1) las presunciones: estas pueden ser legales o judiciales, son legales cuando vienen impuestas por la ley, en cuyo caso pueden admitir prueba en contrario— presunciones iuris tantum— o no admitir prueba en contrario —presunciones iure et de iure—. Por otro lado, son judiciales aquellas en las cuales el juez a través de la falta de prueba infiere, valiéndose de las reglas de la experiencia y la sana crítica, un resultado posible (en consonancia con ello el magistrado deberá cumplir con los requisitos establecidos por el art. 163 inc. 5 del Cód. Civ. y Com.); 2) los daños notorios de los hechos: así Carestia los define como: "Aquellos cuya existencia es conocida por la generalidad de los ciudadanos, en el tiempo y el lugar en que se emite la decisión; que forman parte de la cultura normal propia de un determinado círculo y no pueden ser desconocidos por el órgano judicial" (47).

IV. Causales de justificación

En cuanto a las causales de justificación (48) se puede decir que actúan sobre la antijuridicidad quintándola y tornando el actuar que en principio pareciera contrario al ordenamiento jurídico, en legal.

A diferencia de lo que ocurre a nivel nacional con la ley 26.944, en el ámbito provincial al estar vigente el art. 69 CPCH, las causales de justificación serán aquellas establecidas por el ordenamiento jurídico en su totalidad.

Al leer el art. 1717 Cód. Civ. y Com., podemos extraer que hace referencia a cualquier acción u omisión, por lo tanto las causales de justificación en principio importaran la existencia de una acción por parte del sujeto activo, implicando la necesidad de que ese actuar este amparado por una causal de justificación para no tornarse en antijurídico, de esta manera, la acción u omisión nunca logra cumplir con el presupuesto de antijuridicidad, puesto que es el propio ordenamiento jurídico el que avala el actuar, según sea el caso concreto.

En la actualidad el art. 1718 Cód. Civ. y Com. es el encargado de desarrollar la temática, siendo la primera norma que hace expresa referencia a las causales de justificación, ubicándolas en un único texto ordenado y sistematizado.

Con anterioridad se aplicaba la analogía para fundar la vigencia de las causales de justificación (aunque en el caso del ejercicio regular de un derecho se utilizaba el ex 1071 Cód. Civil), debiendo el intérprete remitirse al art. 34 del Cód. Penal de forma conjunta con ciertos artículos del Cód. Civil.

Así planteada la cuestión, las causales de justificación son una excepción al principio de no dañar al otro o alterum non laedere contenido en el art. 19 CN, que nos da el fundamento de la antijuridicidad.

Las causales de justificación tienen como finalidad esencial tutelar los intereses superiores que puedan llegar a estar en juego ante la colisión de estos, en ciertas situaciones fácticas.

Al momento de evaluar, el juez deberá ponderar el caso concreto para no generar una situación de inequidad que torne en meramente intrascendente lo estipulado por la normativa. Por otro lado, el magistrado deberá observar la situación en la que se encuentra el funcionario, no habiendo un verdadero pie de igualdad entre estos y los particulares (puesto que los vínculos que se generan entre particulares se rigen por pautas fundadas en acuerdo de voluntades —regla general—, mientras que las relaciones que se entablan a través del Estado y sus funcionarios con los particulares —aunque debieran ser en igualdad de condiciones— sientan ciertos beneficios a favor de los primeros que no se encuentran en otras relaciones jurídicas).

Por último, resta decir que la existencia de una causal de justificación deberá ser acreditada por la o las parte/s demandada/s.

V. Eximentes de responsabilidad

Con respecto a las eximentes de responsabilidad (49), puedo decir que operarán sobre la relación de causalidad rompiendo el nexo causal, esto las diferencia claramente de las causales de justificación que previamente traté en donde estas operaban sobre la antijuridicidad.

De conformidad a lo dicho, las eximentes de responsabilidad están constituidas por un hecho que es ajeno al sindicado como autor, siendo de obligatoriedad la distinción de la situación en las cuales hay inexistencia de nexo causal y de cuando hay una ruptura del nexo de causalidad, que se da mayoritariamente cuando el autor ha tenido algún tipo de intervención en la cadena causal pero el hecho no le es atribuible materialmente.

De esta manera una de la formas de eximirse de responsabilidad y con ello de la indemnización —mediante la ruptura total o parcial del nexo de causalidad (50) según corresponda— de daños y perjuicios es la determinación de la ruptura del nexo causal, el cual deberá ser acreditado por el demandado (51), ahora bien el sistema procesal chubutense requiere de una rigurosa acreditación, nuestra jurisprudencia (52) provincial ha dicho que se podrá en ciertas ocasiones de dificultad en la probanza recurrir a las presunciones siempre que estemos en presencia de hechos precisos y concordantes.

VI. Responsabilidad solidaria

El art. 69 CPCH de forma clara establece la solidaridad del Estado provincial o municipal con él o los funcionarios, por los daños y perjuicios que estos hubieran ocasionado.

La norma, además de estar subsumida dentro de los principios generales de la responsabilidad civil (esto es, deber de garantía, responsabilidad del principal por el dependiente, etc.), trata de brindar a la persona perjudicada por el actuar del funcionario un patrimonio más liquido —en principio— donde pueda efectivizar el cumplimiento de la sentencia indemnizatoria.

La solidaridad se regirá por lo establecido a partir del art. 827 Cód. Civ. y Com. en adelante y en su caso por el art. 1751 Cód. Civ. y Com., según corresponda a cada caso concreto.

Esta relación de solidaridad se establece entre el Estado y el funcionario, sin perjuicio de que pueda existir pluralidad de sujetos activos que con su actuar hayan incidido en el perjuicio acontecido, por otro lado, hay que tener en consideración, que el Estado será solidario siempre con ellos sin perjuicio de la posterior acción de repetición (53).

Ahora bien, si hay varios funcionarios comprometidos en el actuar dañoso, habrá que determinar si el daño tiene su origen en una

misma causa (54), en cuyo caso se aplicaran los principios de las obligaciones solidarias (independientemente de la solidaridad individual que posee el Estado con el funcionario), mientras que en el caso en el caso en el cual hubiera pluralidad de causas los principios a aplicar serían los de las obligaciones concurrentes (nuevamente en este caso igualmente el Estado es solidario con el funcionario, independientemente de la causa generadora).

A modo de cierre, y teniendo el tema en consideración varias aristas, considero que el establecimiento de una obligación solidaria para el Estado es un exceso, que se da en detrimento del contribuyente, lo correcto sería que se rija por los principios sentados a través de las obligaciones concurrentes, esto con la finalidad de no violar el derecho de propiedad (art. 17 CN) y la igualdad (art. 16 CN), sustentados no solo por la Constitución nacional, sino también por los Tratados Internacionales con Jerarquía Constitucional (art. 75 inc. 22 CN).

VII. ¿La responsabilidad es directa o indirecta?

Podemos decir que la responsabilidad del funcionario será directa por los daños y perjuicios ocasionados por mal desempeño en el ejercicio u ocasión de las funciones, estos son requisitos esenciales, puesto que, si el daño y/o perjuicio escapa al ejercicio de la función, el funcionario dejará de ser tal y responderá por los hechos propios, sin la presencia de la solidaridad estatal establecida por el art. 69 CPCH.

Entonces la responsabilidad del funcionario será en principio directa y subjetiva, mientras que la del Estado será directa —puesto que el propio art. 69 CPCH establece que es "solidaria"— y objetiva (en el mismo orden esgrimido se pronuncian los arts. 1° y 13 ley I 560).

Ahora si el daño se produce como consecuencia del ejercicio u ocasión de la función el funcionario no responderá, lo hará Estado (provincial o municipal) puesto que se requiere que el ejercicio se

efectúe acompañado del requisito del "mal desempeño" en su función o de "manera irregular" según lo menciona el art. 13 de la ley I 560.

En los casos en los cuales se demande directamente al Estado (por convenir desde el punto de vista de la estrategia procesal —factor objetivo de atribución, etc.—) siempre que el funcionario hubiera actuado en "mal desempeño" de su función, el Estado podrá iniciar la demanda por los daños y perjuicios sufridos contra el funcionario. En estos casos convendrá que el Estado cite como tercero obligado al funcionario que actuó con mal desempeño para evitar nuevos procesos en el futuro (art. 32 ley I 231 y art. 95 ley XIII 5).

Ahora, cuando el damnificado decidiese demandar solo al funcionario, este como se dijo previamente responderá a través de un factor de atribución subjetivo y de manera directa, pero la víctima se verá limitada —en cuanto al cobro de la sentencia indemnizatoria— por el patrimonio del funcionario.

VIII. El caso del interventor federal en la Constitución de la provincia de Chubut, ¿contrario a lo establecido para la responsabilidad de los funcionarios nacionales por la Ley 26.944?

En cuanto a la intervención federal y en relación con lo establecido por el art. 69 CPCH, se genera una situación que debe ser resuelta a través de la aplicación del principio de supremacía constitucional.

Así lo mencionado puede sustentarse de la siguiente manera —y refiriéndose exclusivamente al tema que nos ocupa— teniendo en consideración los artículos de la Constitución nacional (en principio los arts. 5°, 27, 28, 31 y 75 inc. 22), que sientan las bases para determinar la supremacía de la norma magna nacional y los Tratados Internacionales con Jerarquía Constitucional, por sobre las leyes

federales la cuales incluso se encuentran por sobre las Constituciones provinciales (arts. 5° y 123).

Las provincias conservarán todo el poder no delegado al gobierno federal (art. 121 CN), situación que coligue la facultad de decretar la intervención de una provincia (más allá de los motivos del caso concreto) corresponde al Congreso Federal (art. 75 inc. 31 CN) y al Poder Ejecutivo nacional en momentos de receso del Congreso (art. 99 inc. 20 CN) —siempre que se convoque simultáneamente— como consecuencia de ser una facultad delegada por las provincias al Gobierno Federal, se entiende que la designación del Interventor será efectuada por los Poderes —Legislativo y Ejecutivo— nacionales, en cuyo caso nada tendrá que ver el orden institucional provincial (es así, como se podría contrariar el art. 11 CPCH, a través del cual, se pretende que el interventor jure en base a la Constitución provincial) en la elección del Interventor, motivo por el cual este responderá por los daños y perjuicios que ocasione en los términos de la ley 26.944 y no se encontrará amparado por el art. 69 CPCH.

Más aún, algunos de los supuestos establecidos por el art. 6° CN, son: "la vulnerabilidad del sistema republicano y representativo", situación que implica la no existencia de un orden institucional y el efectivo cumplimiento del art. 5° CN —por parte de la provincia—, motivo por el cual, se sustituyen a las autoridades locales con la finalidad de mantener la supremacía constitucional que conlleva la organización provincial dentro de los parámetros fijados por el art. 5° CN.

De esta manera, jurídicamente la designación le corresponde en la jerarquía constitucional a órganos superiores, siendo así que corresponderá regirse por la normativa federal en los casos que se ocasionen perjuicios, descartándose la aplicación de cualquier régimen legal de orden local, incluso la propia Constitución provincial por encontrarse esta debajo de las leyes federales en el sistema piramidal (que coloca a la Constitución nacional en su cúspide).

IX. La idoneidad en el cargo, ¿es una obligación de medios o resultados?

Respecto de la idoneidad en el cargo, se ve plasmada en nuestra Constitución nacional a través del art. 16 CN (desde 1853), teniendo este como finalidad permitir y asegurar a los argentinos tomar parte en la administración del gobierno (situación que les estaba vedada cuando existía el virreinato), implicando para lograr dicho objetivo que el habitante nacional fuere idóneo.

En este mismo orden de ideas se pronunció la Constitución provincial de 1957 a través del art. 38 CPCH, para con posterioridad en la reforma de 1994 utilizarse de base del actual art. 67 CPCH que sienta ciertos cambios en su parte final.

También en referencia al tema que nos ocupa se deberá tener en cuenta el art. 117 inc. 6 CPCH que hace mención expresa a la idoneidad como un requisito esencial.

Una vez planteada su ubicación constitucional, podemos decir que la jurisprudencia provincial conceptualizó a la idoneidad como: "aptitud que debe reunir el postulante para ocupar un cargo vacante" (55), mientras que la RAE al hablar de idoneidad nos remite al término "idóneo" definiéndolo a este último como "adecuado y apropiado para algo".

Una vez conceptualizado y delimitado el tema, podemos decir que para ingresar al Estado provincial y municipal en principio se requiere que el aspirante demuestre la idoneidad para cumplir las funciones que requiere el cargo, ellas se podrán evaluar mediante un examen de oposición (que consistirá en un examen escrito u oral) y antecedentes (que hará referencia a las acreditaciones —académicas, profesionales, etc.— que la persona logro a lo largo de su vida para ocupar dicho puesto), con la finalidad de evitar cualquier tipo de privilegio que vulnere los principios constitucionales de igualdad e

idoneidad que surgen de la Constitución nacional y provincial, pero que a su vez son la base del sistema republicano de gobierno.

Este sistema de idoneidad mensurado a través de concursos de oposición y antecedentes tienen como finalidad evitar en la práctica que el partido político de turno ingrese sus allegados a la administración, sin ser estos idóneos y vulnerando el principio de igualdad (56) implicando a su vez discriminación y teniendo como resultado el regreso al sistema previo a la vigencia del art. 16 CN que comente al principio del tema.

Según lo dicho, cuando el aspirante cumplimenta con dichos requisitos (y concurso de oposición y antecedentes e idoneidad) y logra acceder al puesto para el cual concursó, surge —más allá de otros tipos de responsabilidad y deberes— una obligación de resultado para con el Estado, que consistirá en la realización con aptitud de la función que se le asigno como consecuencia del concurso ganado y ello independientemente de que fuere necesario para el cargo tener un título profesional, puesto que en todos los casos el ingresante devenido en funcionario —dentro del concepto amplio— debe cumplir con la función para la cual concursó y que a su vez implica un verdadero certificado de idoneidad para con el Estado.

Así lo dicho, implica que el sujeto está capacitado y es apto para actuar dentro del ámbito en el cual debe cumplir su función, por lo tanto en el caso de generarse daños y perjuicios por "mal desempeño", el Estado no solo debe interponer la acción de repetición —en caso de ser demandado solidario y tener que desembolsar los montos para el pago de la sentencia—, sino que a su vez deberá iniciar dentro del ámbito civil y de conformidad a los parámetros del art. 69 CPCH y el art. 32 ley I 231 (ex 4816), el juicio de daños y perjuicios, puesto que el sujeto rindió un examen a través del cual se determinó aptitud para ejercer la función y sin embargo esta obligación de resultados se incumplió para con el Estado.

De existir dicho juicio, el funcionario al estar en presencia de una obligación de resultados vería una inversión de la carga probatoria (57), en cuyo caso sería este quién debería probar la ruptura del nexo causal para liberarse de responsabilidad.

El principio de idoneidad y el concurso público de oposición y antecedentes sumados a la educación (gratuita) son el mejor sistema para representar y tutelar los derechos de aquellas grupos sociales oprimidos o que se ven afectados por ser minorías, puesto que la total vigencia del sistema implicaría el efectivo ingreso de un sujeto altamente capacitado para cumplimentar la función requerida para el cargo, motivo por el cual redundaría en una mejor administración que implicaría por su parte que los aportes de los contribuyentes estarían bien destinados, conllevando una mejoría en la recaudación puesto que la actividad privada y legal se verían incrementadas al no existir desfalcos o falta de compromiso con la función por parte de los funcionarios.

X. La responsabilidad civil del funcionario público en la Ley I N° 18 "Ley de Procedimiento Administrativo"

Situación que ayuda a reafirmar la teoría que, dentro de los confines de la provincia de Chubut, la responsabilidad del funcionario público es civil, surge de la propia Ley de Procedimiento Administrativo (I — 18).

El art. 5° de la norma en comentario reza: "La demora o negligencia en ejercer la competencia atribuida por ley o reglamento, constituye falta grave y puede ser motivo de remoción y otras sanciones administrativas, según su gravedad, y sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal, en su caso".

Lo dicho en el párrafo precedente deja en claro y fuera de debate la existencia de la responsabilidad civil del funcionario público; ello debe entenderse como complementario de lo fijado en la Constitución provincial (arts. 69 y 135, incs. 9 y 15), que reconocen de

manera explícita, dicho tipo de responsabilidad, para quienes ocupen cargos dentro del organigrama del Estado (provincial y municipal).

Ahora bien, el art. 136 de la ley I 18 fija el requisito del reclamo administrativo previo (58), para poder iniciar todo tipo de acción contra los funcionarios públicos, en este caso estamos en presencia de una clara incongruencia, puesto que si aceptamos que la responsabilidad del funcionario es civil (por manda Constitucional y de la propia Ley de Procedimientos Administrativos —art. 5°—), debemos entender, que escapa al microsistema de responsabilidad administrativa y se sumerge dentro de las plácidas aguas del derecho civil, donde las teorías de la responsabilidad tienen un desarrollo pleno (aunque se encuentren en constante evolución).

En lo particular, considero que el reclamo que requiere el art. 136 es totalmente inconstitucional, por violar el principio de tutela judicial efectiva, la igualdad ante la ley, la prohibición establecida en el art. 109 CN (que garantiza la imparcialidad e independencia), ni que hablar de los principios contenidos en los Tratados con Jerarquía Constitucional (art. 75 inc. 22 CN), los cuales dentro del ámbito provincial son operativos (art. 21 CPCH).

Por último, la Corte Suprema en el precedente "Ángel Estrada" (59), ha establecido la incapacidad de los órganos administrativos para otorgar indemnizaciones por daños y perjuicios, situación no menor, que desecha toda posibilidad a la cual quiera arribarse por aplicación del art. 136 concordantes y subsiguientes de la ley I 18.

XI. ¿Qué juez será competente para entender en la cuestión? ¿Se requiere "reclamo administrativo previo"?

Respecto de los aspectos procesales, surgen varias incógnitas que en principio parecieran diluirse por la aplicación del sentido común y la supremacía constitucional.

Sin embargo, la cuestión parece tornarse oscura a partir de lo determinado por la ley I 560. Si bien el art. 1° establece que "...las disposiciones del Cód. Civil no son aplicables al Estado de manera directa ni subsidiaria", esta incurre en un craso error, puesto que el Estado, al ejercitar la acción de daños y perjuicios contra el funcionario (recordemos que el Estado está legitimado), lo hará en los términos del Cód. Civ. y Com., de conformidad a lo que surge del art. 69 CPCH (complementado por el art. 135 inc. 9 y 15 CPCH), norma de carácter superior en la jerarquía normativa provincial a la cual la ley I 560 en su totalidad debió subordinarse.

Más aun del juego de los arts. 9° y 12 de la ley I 560 en principio pareciera hablar de que incluso el Estado debería presentar reclamación administrativa previa (60), para poder iniciar la correspondiente acción de daños y perjuicios ante el juez civil.

El desafortunado camino adoptado por la Ley de Responsabilidad del Estado y por la Ley de Procedimiento Administrativo provincial, no se condice con la realidad jurídica —en referencia exclusiva a la responsabilidad del funcionario público— tanto la ley I 560 como la ley I 18 (art. 136 y ss.) no pueden ir en contra de lo establecido por la Constitución provincial, así el art. 98 CPCH dispone: "...pueden ser demandados ante la justicia ordinaria, sin perjuicio de lo dispuesto por las leyes federales, sin necesidad de autorización previa y sin privilegio alguno", de donde se extrae que el requisito de la reclamación administrativa previa que surge de la ley I 560 y se plasma en la ley I 18 (vale recordar, que es el art. 5° de dicho ordenamiento el que reconoce la responsabilidad civil del funcionario), deviene en contra de lo estipulado en la Constitución provincial y por lo tanto inconstitucional.

Por otro lado, y en el mismo peldaño de la pirámide constitucional tenemos una norma en particular que es la encargada de marcar los pasos a seguir en la materia, así el art. 69 CPCH, es el encargado de organizar la cuestión debatida y expresar de forma clara y concreta que para el inicio de los daños y perjuicios contra un

funcionario solo se requiere de la interposición de la acción en sede civil o penal (art. 1774 Cód. Civ. y Com.) según corresponda teniendo en cuenta el caso concreto.

Lo mencionado se condice con lo establecido por el art. 13 de la propia Ley de Responsabilidad del Estado Provincial, en donde remite al art. 69 CPCH en los siguientes términos: "...los hace responsables de los daños que causen en los términos y alcances de lo prescripto en el art. 69 de la Constitución Provincial", de ello se colige en el mismo orden de ideas que vengo sosteniendo, que resultaría un absurdo en principio exigir la reclamación administrativa previa (art. 136 ley I 18 —antes ley 920—) para poder iniciar el juicio de daños y perjuicios al funcionario y al Estado (municipal o provincial) cuando fueran codemandados por los daños y perjuicios ocasionados en el "mal desempeño" de la función (ello en los términos del art. 69 CPCH).

Tanto la ley I N° 18 como la ley I N° 560, plantean un proceso que no se condice incluso con el espíritu de la jurisprudencia imperante (en donde se busca que el justiciable no quede desamparado de toda protección jurisdiccional) en la actualidad y ello porque la reclamación administrativa previa tendrá como objetivo pronunciarse sobre la validez o no del acto administrativo, siendo referente a una órbita de la responsabilidad, mientras que la acción de daños y perjuicios nada tiene que ver con dicho ámbito, motivo por el cual esta debe ser considerada independiente.

A nivel nacional con la sanción de la ley 25.344, en su art. 12 se establece la modificación al art. 30 de la ley 19.549 exigiendo el reclamo administrativo previo —para los casos de responsabilidad contractual, puesto que en caso de responsabilidad extra contractual no correspondería en los términos del art. 32 de la ley 19.549—, tornándose netamente inconstitucional dicha normativa de orden nacional por violar los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos del art. 75 inc. 22 CN.

La ley 26.944 ha escapado a dicha forma de razonamiento, así a través del art. 8°, se podría plantear la nulidad del acto administrativo en sede judicial directamente permitiéndose la interposición de forma conjunta tanto de la acción de nulidad como la de resarcimiento —sistema que debería implementarse en la normativa provincial—.

También, se genera una violación directa a la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) arts. 8.1 y 25, en donde se garantiza a toda persona el derecho a ser oída y aun "recurso efectivo ante los jueces y tribunales competentes" en contra de cualquier acto que viole los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la propia convención.

Es más, el propio instrumento internacional que comente en el párrafo anterior impone a los Estados parte la obligación de adecuar los sistemas nacionales, provinciales y municipales (como consecuencia de la supremacía Constitucional del art. 75 inc. 22 CN) para el cumplimiento de los preceptos allí establecidos (arts. 1° y 2° CADH), circunstancia que estaría siendo violada por los parámetros de actuación que surgen de la ley I N° 18 y ley I N° 560 (restará observar oportunamente la responsabilidad de los funcionarios que sancionaron dicha normativa y la posibilidad de iniciar el juicio de daños y perjuicios si correspondiere).

De lo dicho hasta ahora debe deducirse que el art. 69 CPCH, no exige reclamo administrativo previo por parte del legitimado activo y ello por estar en consonancia con el art. 75 inc. 22 CN (Convención Americana de Derechos Humanos arts. 8.1 y 25; Declaración Universal de Derechos Humanos arts. 8° y 10; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 14; Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial art. 6°), motivo por cual, no correspondería su aplicación incluso por normas de inferior jerarquía las cuales deberían estar subordinadas a este artículo de la Constitución provincial.

Sonaría carente de toda razonabilidad y un absurdo, requerir previo a iniciar cualquier denuncia en el ámbito penal el cumplimiento de la reclamación administrativa previa, misma situación se presenta con relación a la responsabilidad civil (recordemos que la acción que surge del art. 69 CPCH no es contenciosa administrativa sino que es una acción civil por daños y perjuicios), motivo de ello es que mantiene su independencia del ámbito administrativo siendo estas distintas esferas de responsabilidad que no se repugnan entre sí.

XII. La acción de regreso en la provincia de Chubut

Respecto de la acción de regreso, también conocida como acción de repetición, de recupero o actio in rem verso, tiene como finalidad y objetivo recuperar los montos desembolsados por el Estado en el pago de la sentencia de daños y perjuicios que tuviera lugar contra el funcionario dentro de los términos del art. 69 CPCH (esto es como deudor solidario).

La acción de regreso obedece a la posibilidad de obtener funcionarios más eficientes y eficaces en su actuar que a su vez respondan por los desaciertos que cometen dentro del Estado, evitando de este modo cualquier tipo de sensación de indemnidad por parte de estos que termine conllevando como resultado un Estado endeble cuyas prestaciones son menos eficientes, puesto que quienes deben llevarlas adelante se ven compulsados a no realizar las actividades que les corresponden, por existir una irresponsabilidad tacita respecto a la función que ejecutan.

En este caso, de no producirse su ejercitación, concurriría una situación de enriquecimiento sin causa (61) por parte del funcionario en detrimento del Estado y sobre todo de los contribuyentes que son en definitiva quienes lo dotan de existencia económica.

XII.1. Requisitos

Respecto de los requisitos, surgen de lo establecido por el art. 69 CPCH, siendo ellos los siguientes: 1) en principio debe existir una sentencia que obligue a indemnizar por los daños y perjuicios ocasionados en el "mal desempeño" de la función; 2) que el Estado —provincial o municipal— haya sido demandado solidariamente con el funcionario por los daños y perjuicios ocasionados en el "mal desempeño" de la función; 3) en el caso en el cual el Estado hubiera sido el único demandado por daños y perjuicios ocasionados por funcionarios en el "mal desempeño" de las funciones, debe existir citación como terceros obligados (62) (art. 95, ley XIII N° 5 —Cód. Proc. Civ. y Com.—) dentro de los juicios en los cuales el Estado (provincial o municipal) sea demandado, ello con la finalidad de evitar la alegación con posterioridad de una "deficiente defensa" (63) que tendrá como consecuencia que el funcionario vea violado su derecho de defensa en juicio, motivo por el cual resulta imprescindible la citación; 4) que se haya efectuado el desembolso de los montos requeridos para satisfacer el cumplimiento de la sentencia; 5) lo reclamado dentro de la acción de regreso deberá tener como límite el empobrecimiento que hubiera sufrido el Estado (64), reclamos mayores implicarían un enriquecimiento incausado por parte de este.

XII.2. Discrecionalidad en su aplicación

De conformidad a la redacción actual del art. 69 CPCH, es una obligación del Estado efectuar la ejercitación de la acción de regreso.

Esta situación no es menor, puesto que, como vengo mencionando, la falta de ejercitación conlleva a la existencia de una creencia falaz respecto a que los funcionarios no responden por los perjuicios que ocasionan en el "mal desempeño" del ejercicio de sus funciones, redundado en una prestación de servicios cada vez más mediocre e irresponsable que en parte logra como arista el cansancio y la evasión fiscal por parte del contribuyente —único sostén

económico del Estado— al no ver que el dinero aportado a través de los impuestos se materialice en una excelente prestación de servicios (siendo este el mínimo nivel de exigencia que se debe requerir en base a los montos aportados).

Según tengo entendido, a nivel provincial el art. 215 CPCH y la ley V N° 96 art. 7° inc. 3 y 7, determina que le corresponderá al Fiscal de Estado llevar adelante el ejercicio de la acción de regreso, para obtener la pertinente reparación, ello con la finalidad de que el patrimonio del Estado provincial no se viera diezmado.

XII.3. Prescripción

En cuanto a la prescripción el art. 69 CPCH, no se pronuncia al respecto, pero la respuesta la encontramos en la ley I N° 560 art. 14 párr. 2° en virtud del cual se establece: "La acción de repetición del Estado contra los funcionarios o agentes causantes del daño prescribe a los tres [3] años de la sentencia firme que estableció la indemnización".

Pareciera no encontrar objeción alguna, sin embargo, debemos entender que los lineamientos que plantea la institución de la prescripción deben ser analizados dentro lo establecido por el Cód. Civ. y Com., al ser esta una facultad delegada (65) por las provincias a la Nación de conformidad a lo sentado por el art. 135 inc. 19 CPCH y los arts. 75 inc. 12 y 126 de la CN (aún vigente), esto implica nuevamente que lo establecido por el art. 1° de la ley I N° 560 será improcedente, ya que se aplicará lo establecido por el Código de fondo.

XIII. Daño punitivo

La doctrina mayoritaria (66) tiene en claro que hay ejemplos de sanciones pecuniarias, desde el Código de Hammurabi, pasando por la Ley de las Doce Tablas, hasta llegar incluso a ordenamientos más modernos como lo pueden ser las Siete Partidas de Alfonso el

Sabio, sin perjuicio de ello, todos hacen referencia en sus distintas obras, a que los daños punitivos como los conocemos en la actualidad tienen su surgimiento en el derecho inglés, para con posterioridad expandirse a la totalidad del common law y los países que integran dicho sistema (67).

Es en el trabajo (y seguido por gran parte de la doctrina) realizado por el Dr. López Herrera (el cual considero debe ser tenido como un clásico sobre la temática), en dónde se hace referencia a que los daños punitivos surgieron en Inglaterra (1763), específicamente de dos casos que analizaremos a continuación y que tienen vital importancia para el estudio de la hipótesis planteada en la presente obra, siendo estos: "Wilkes vs. Wood" (68) y "Huckle vs. Money" (69).

Si bien ambos precedentes tienen una misma causa, vale recordar los hechos: un periódico inglés publica un artículo ofensivo en contra del rey Jorge III y algunos de sus ministros; ante tal situación, el secretario de Estado Lord Halifax ordena el allanamiento y requisa del Diario Nort Briton, a través de una orden general que no especificaba a quién iba dirigida, motivo por el cual surge el primero de los casos mencionados en el párrafo precedente, en dicho caso se eligió a Wilkes (editor del periódico y miembro del Parlamento Inglés) para efectivizarla, ingresando John Wood (oficial policial-funcionario del Estado) al domicilio de Wilkes y requisando este. Como resultado de ello, Wilkes inicia acciones legales, obteniendo en principio la declaración de ilegalidad de la orden de allanamiento, puesto que esta no podía estar dirigida a persona indeterminada (o sea ser general) para permitir a la policía la búsqueda de elementos incriminantes contra una persona, sino por el contrario debía establecer el sujeto al cual iba dirigida y la causa sobre los elementos de búsqueda que se pretendía encontrar en dicho domicilio, es por ello que este recibe una indemnización por daños punitivos (exemplary damages).

El segundo de los casos en mención también comparte la causa con el primero, con la diferencia que en este caso se procedió al

allanamiento (a través de la misma orden general emitida por Lord Halifax) del domicilio del Sr. Huckle, dicho acto nuevamente fue realizado por un funcionario público (Money), e incluso derivó en la detención del allanado por el término de seis [6] horas. En este precedente se decidió imponer una sanción de 300 libras, en concepto de daño punitivo (exemplary damages) equivalentes a 300 salarios del Sr. Huckle, e incluso se estableció que avalar tal orden de allanamiento sería como igualarse a la inquisición española, no debiendo ningún inglés vivir ni siquiera una hora bajo dichas pautas (70).

A partir de dichos casos, los daños punitivos fueron presentándose por distintas causas y situaciones a lo largo de la historia jurisprudencial inglesa, hasta llegar al tercer precedente, a través del cual se fijan ciertas pautas que tienen intima vinculación con la responsabilidad de los funcionarios, estoy hablando del caso "Rookes vs. Barnard" (71) del año 1964.

Este tercer caso que se trae a colación fácticamente tuvo lugar cuando un empleado de una fábrica se desafilió del sindicato que representaba dicha actividad, situación que no cayó bien entre los sindicados, por lo cual solicitaron al dueño de la empresa que despidiera al Sr. Rookes, puesto que de no ser así comenzarían una huelga. Entre idas y vueltas, el empleado fue despedido, por lo cual decidió iniciar acciones en contra del presidente del sindicato (Barnard) y otros individuos más integrantes de este. En primera instancia obtuvo la victoria, no así en su revisión, hasta llegar el caso a la Casa de los Lores, quienes terminaron encontrando culpables a los demandados por la práctica extorsiva utilizada y aplicaron a estos los famosos daños punitivos.

López Herrera comenta que el precedente deja como resultado tres pautas a seguir: "1. Comportamiento opresivo, arbitrario o inconstitucional de los funcionarios en contra de un particular o empresa privada: en este caso la desaprobación de la ley se dirige más al acto mismo que al efecto que tiene en la víctima. El acto opresivo debe emanar de una autoridad pública, quedando excluidos

los actos de particulares, porque se consideró que los servidores del gobierno son también servidores del pueblo y el uso de su poder debe estar siempre subordinado a su deber de servicio; 2. El caso en el cual el demandado ha calculado que su comportamiento le procuraría un beneficio que sobrepasaría en gran medida la indemnización debida: es necesario enseñar al dañador que el daño no paga. Muy parecido a aquello de que el crimen no paga, se aplica este inciso sobre todo a daños por difamación. Lo que cuenta según Markesinis, es si el demandado era consciente del hecho de que lo que estaba planeando hacer era contrario a la ley y procedió no obstante con su conducta en la creencia de que las proyecciones de ventajas materiales superaban las posibilidades de pérdidas materiales; 3. Los casos en los cuales expresamente la ley ha previsto los daños punitivos. estos son raros en Gran Bretaña, por ejemplo, la ley de derechos de autor (copyright), y es ilustrativo el hecho desde que Rookes v. Barnard, ninguna ley que autorice daños punitivos se ha sancionado" (72).

Por otro lado, tenemos el caso de Estados Unidos. Si bien debemos tener en consideración que a partir de 1946 se emite la FTCA (Federal Tort Claims Act), que prohíbe la imposición de daños punitivos a funcionarios federales, encontramos desde 1970 (73), pasando por 1980 (74), y más, precedentes dentro de los cuales se sanciona con daños punitivos a funcionarios federales de los Estados Unidos, aun en contra de lo establecido por la FTCA.

Lo que se quiere significar es que, más allá del criterio restrictivo comenzado a utilizar por el sistema inglés y seguido en parte por el sistema estadounidense, los daños punitivos son plenamente aplicables al caso de los funcionarios públicos, situación que incluso tiene vigencia dentro de nuestro sistema jurídico.

Ya pasando a nuestro régimen, el instituto del daño punitivo va a encontrar raigambre legal a través del art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor (24.240) y el art. 64 de la Ley de Defensa de la Competencia (27.442). Este es aplicable siempre que exista una relación de consumo en los términos del art. 42 CN (norma de índole

operativa), inclusive se faculta al titular de la acción a demandar de forma solidaria a la totalidad de la cadena de consumo (art. 40 ley 24.240) o que estemos en presencia de un acontecimiento amparado por la ley 27.442.

El principio general y rector en la materia es marcado por la Constitución nacional (art. 42 CN), por la ley 24.240, por la ley 27.442 y por el art. 69 CPCH, en el cual no se menciona imposibilidad o limitación alguna de aplicación de los daños punitivos tanto al Estado (que responde solidariamente) como al funcionario por el "mal desempeño" de su función.

Recordemos que la ley I N° 560 pretende a través del art. 1° prohibir la aplicación de las "sanciones pecuniarias disuasivas" al Estado y a los funcionarios y agentes públicos, pero no resiste el menor análisis de constitucionalidad.

Al respecto solo resta decir, que estamos en presencia de un artículo que violenta el principio de igualdad establecido en el art. 16 CN y en el art. 75 inc. 22 CN (Tratados Internacionales con Jerarquía Constitucional) generando una situación de privilegio poco antes vista con relación a quien en principio debiera ser el ente que cumplimenta y respeta la normativa vigente debiendo ser el ejemplo a seguir por parte de la sociedad.

Por otro lado repugna al sistema de supremacía constitucional, ello en virtud de que como se viene sosteniendo a lo largo de este trabajo, la Constitución nacional y la Constitución provincial no hace referencia ni limitación alguna al respecto, cabe decir que en el marco del art. 69 CPCH, el mismo Estado puede ser solidariamente demandado por los "daños y perjuicios", la aplicación de la multa civil/daño punitivo tendría total vigencia, por encontrarse rigiendo la materia y por corresponder su sanción al Congreso nacional en los términos del art. 75 CN, habiendo sido ello una facultad delegada por las provincias a la Nación (art. 42 CN) en los términos del art. 126 CN. Resultado de ello es, que se encuentra a la normativa consumeril

y de defensa de la competencia en un escalón superior dentro de la pirámide jurídica a la propia Constitución provincial, norma esta última que se encuentra por sobre la ley I N° 560.

XIV. Astreintes contra el Estado y el funcionario

Nuevamente respecto de las astreintes (art. 804 Cód. Civ. y Com. y art. 37 de la ley XIII N° 5) se genera una situación de peculiaridad que debe ser resuelta de forma análoga a lo establecido para el caso de los daños punitivos (art. 52 bis ley 24.240 y art. 64 ley 27.442), haciéndonos de los principios de la supremacía constitucional (arts. 5°, 27, 28, 31, 75 inc. 22 CN y 123 CN), igualdad ante la ley (arts. 16 y 75 inc. 22 CN) e incluso de las facultades delegadas (art. 121 y 126 CN y art. 135 inc. 19 CPCH).

Así lo dicho, corresponde entender que las astreintes, si bien encuentran su prohibición de aplicación al Estado o funcionarios/agentes provinciales en el art. 1° de la ley I N° 560, esta queda superada por la existencia del art. 69 CPCH en el ámbito provincial y en el orden nacional del art. 804 Cód. Civ. y Com. el cual las regula específicamente, norma esta última que esta por sobre la Constitución provincial y por ende la ley I N° 560 siendo una facultad delegada por las provincias en los términos del art. 135 inc. 19 CPCH y los arts. 126 CN y 75 inc. 12 CN.

Lo dicho conlleva a deducir que incluso sigue en plena vigencia el art. 37 de la ley XIII N° 5 (Cód. Proc. Civ. y Com. de la provincia de Chubut), que faculta al juez o tribunal a imponer las sanciones conminatorias prohibidas por el art. 1° de la ley I 560, de hecho en esta última norma, en el Capítulo IV "Modificaciones a la ley I N° 18", se desarrollaron ciertos cambios en la Ley de Procedimiento Administrativo Provincial, debiendo extenderse la modificación incluso al código procesal civil (art. 37 ley XIII N° 5) situación que no aconteció y solo quedó plasmada en el art. 1° de la Ley de Responsabilidad del Estado Provincial.

Dicho esto y como vengo sosteniendo, la existencia de astreintes y la posibilidad de aplicación al Estado o funcionario son más que elocuentes y reales, no solo amparadas por la normativa vigente sino también en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación vinculada a la tutela judicial efectiva, a la dilación en el cumplimiento de las sentencias por parte del Estado (plazo razonable), y a su vez por el Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Chubut (75), motivo por el cual los magistrados (como integrantes de un Poder independiente) deben exigir el cumplimiento efectivo del pago de la suma liquida requerida por la sentencia y la imposición de astreintes ante dicho incumplimiento, lo que implica un método para disuadir a la efectivización y materialización de la sentencia.

En este orden de ideas es el propio art. 98 CPCH el que establece la facultad de ejecutar al Estado provincial o municipal ello siempre dentro de los parámetros fijados por la ley I N° 209.

XV. Prescripción liberatoria en la ley I N° 560 respecto del funcionario público

El art. 69 CPCH no hace mención respecto a los plazos de prescripción, tanto de la acción de daños y perjuicios, como de la acción de regreso que oportunamente el Estado debería ejercitar.

Es la ley I N° 560 la encargada de legislar sobre la materia, motivo por cual para resolver la cuestión habrá que recurrir al art. 14 párr. 1° y 2°. Una vez dicho esto, conviene ventilar que en principio el plazo de prescripción tanto para la acción de daños como la de regreso sería de tres [3] años.

Especial énfasis debe ponerse respecto de casos especiales, como ser los delitos de lesa humanidad, en donde el art. 2561 Cód. Civ. y Com. establece que las acciones correspondientes a dichos delitos son imprescriptibles, motivo por el cual, y tomando como base al principio de supremacía constitucional en conjunción con las

facultades delegadas debería prevalecer la norma nacional por sobre la provincial, situación semejante se presenta en el caso de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor, en virtud de la cual y según el principio de in dubio pro consumidor (art. 1094 Cód. Civ. y Com.), habrá que aplicar el plazo de cinco [5] años que surge del art. 2560 Cód. Civ. y Com. y no el de tres [3] años que surge del art. 50 la ley 24.240 que es asimilable al de la ley I N° 560. Estas situaciones que se presentan deberán ser resueltas oportunamente por el juez a la hora de ventilar la cuestión, el caso no es un tema menor, puesto que está en juego la factibilidad del reclamo.

Así corresponderá analizar si la provincia puede fijar plazos de prescripción (76) (art. 14 ley I N° 560), cuando es el propio art. 69 CPCH el que estable la aplicación de forma tácita del Cód. Civil aduciendo los "daños y perjuicios" dentro de su texto (y en forma expresa en el art. 135 incs. 9 y 15 CPCH) y a su vez, teniendo en cuenta que la regulación de la prescripción fue una materia delegada (art. 135 inc. 19 CPCH y art. 126 CN) por las provincias a la Nación (art. 75 inc. 12 CN).

Por lo dicho en el párrafo anterior, queda en claro que el art. 14 de la ley I 560 deviene en inconstitucional, puesto que legisla sobre una materia delegada por las provincias a la Nación, la única manera de salvar la situación es si la provincia hubiera adherido a una Ley del Congreso Nacional donde el Poder Legislativo federal hubiera fijado los plazos de prescripción.

Por último, y al igual que se comentó previamente, al tratar la situación del funcionario público a nivel federal, la interposición de la prescripción en los términos del art. 2553 Cód. Civ. y Com., deberá ser efectuada en el plazo para contestar demanda en los procesos de conocimiento, siempre y cuando el demandado no haya sido declarado en rebeldía; en el caso de los juicios ejecutivos en el plazo para interponer excepciones y por último en el caso de terceros interesados en la primera presentación.

XVI. La acción civil y la penal. Su relación con la ley I N° 560 y el art. 69 CPCH

En aquellas situaciones donde un funcionario público cometa un delito en el ejercicio u ocasión de la función que ejerce, este no solo responderá en el ámbito penal, sino que también será responsable en otras áreas del derecho como lo es en el caso de la responsabilidad civil.

Una vez dicho esto, teniendo en consideración la irrupción en el ámbito provincial de la ley I N° 560 "Ley de Responsabilidad del Estado", se analizará la cuestión tratando de lograr una conjugación normativa que arribe a un resultado lógico y razonable entre los distintos caminos expuestos.

Previo al inicio del examen de la normativa provincial, conviene recordar al lector que el art. 29 Cód. Penal (77) es el fundamento y razón de ser (78) de la indemnización civil en sede penal. De forma conjunta habrá que interpretar dicha norma con los actuales arts. 1774 a 1780 Cód. Civ. y Com. (79), los cuales establecen la relación existente entre la acción civil y la penal, para ello, debe entenderse que las provincias han delegado en la nación la normativización de tal actividad (art. 75 inc. 12 CN).

Una vez planteado el marco legal, vale decir que el código ritual penal provincial legisla sobre la materia a partir de los arts. 57 a 59, de los cuales se deriva una limitación en cuanto a la legitimación para iniciar las actuaciones respecto de la responsabilidad civil.

Por otro lado, el art. 334 CPPC fija dentro de las posibilidades de la sentencia (absolutoria o condenatoria), la de determinar una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia del delito.

Ya pasando a lo que nos concierne, el art. 1774 Cód. Civ. y Com. establece con claridad la posibilidad de interponer la acción civil

ante los jueces penales. Ahora bien, el problema se presenta cuando se toma en consideración lo establecido por el art. 136 de la ley I 18, que exige la reclamación previa en sede administrativa, ante cualquier tipo de acción daños que se intente contra funcionarios, dando ciertas excepciones, dentro de las cuales no se encuentra el caso de la acción civil en sede penal.

Según surge de lo establecido en el párrafo anterior, se presenta un problema que el legislador no atisbó, puesto que podría ocurrir que en sede penal se condene a un funcionario y a su vez se le exija el pago de la indemnización civil por los daños y perjuicios ocasionados y esta no fuere valedera, por no haber cumplido con lo establecido en la Ley de Procedimiento Administrativo Provincial (I N° 18).

Lo cierto es (como lo sostuve en otras obras de mi autoría) (80) que la responsabilidad del funcionario público en materia de daños corresponde a la esfera del derecho civil, ello con fundamento en el art. 69 CPCH y en el 135, inc. 9 y 15 de la norma suprema provincial.

Ahora bien, de conformidad a lo dicho ut supra, entendiendo que la provincia de Chubut delegó en el Congreso de la Nación la facultad de dictar el Cód. Civil (art. 75 inc. 12 CN) y con ello la interposición de la acción civil en sede penal, entendiendo a su vez, que el constituyente provincial, quiso mantener a la responsabilidad del funcionario, como una responsabilidad civil, queda en claro que lo requerido por el art. 136 de la ley I N° 18, no se aplicará al caso de quien pretenda el pago de la indemnización de daños y perjuicios en sede penal.

Resulta de una incongruencia e irracionabilidad absoluta mantener la vigencia del capítulo III de la ley I N° 18, ello por contradecir no solo la supremacía constitucional, sino que también, por ir en contra del sistema republicano de gobierno, puesto que en el fondo, no permitir a los habitantes y/o damnificados tener una acción

expedita para el cobro de los perjuicios ocasionados por los delitos de los funcionarios, no implica otra cosa, que retrotraernos al sistema de monarquías absolutistas, donde el funcionario estaba exento de todo tipo de responsabilidad, incluso en el ámbito penal implicaría la adopción de las teorías abolicionistas (81).

Resta decir, respecto a la acción penal, que en caso de suspensión (art. 253 CPCH), podrá continuarse con el ejercicio de la acción civil, por ser esta independiente (arts. 1774 Cód. Civ. y Com.) pudiendo ser ejercitada en ciertos casos de excepción (art. 1775 Cód. Civ. y Com.).

Por último, vale recodar que el art. 1764 Cód. Civ. y Com., establece una prohibición de aplicación normativa respecto de la responsabilidad del Estado, sin hacer mención de la responsabilidad del funcionario público.

XVII. La regulación en las demás provincias patagónicas

Es claro que la totalidad de las provincias analizadas (Tierra del Fuego, Santa Cruz, Chubut, Río Negro, Neuquén y La Pampa) adoptan la forma republicana de gobierno (art. 5° CN).

Es de la forma republicana de gobierno de donde se desprenden ciertos principios a tener en consideración, los cuales son: a. publicidad de los actos de gobierno; b. división de poderes; c. sistema de elección democrático; d. responsabilidad del funcionario público; e. periodicidad en las funciones; f. Estado de derecho, etc.

Lo dicho en el párrafo anterior no es menor, puesto que es la base sobre la cual se articuló el Estado moderno, en contraposición a la existencia de las monarquías absolutistas, donde la totalidad de los principios comentados ut supra carecían de existencia y es en dicha ausencia, que no puede sostenerse la vigencia de una responsabilidad por daños del funcionario público sustentada en el derecho administrativo (82) (esencia del Estado monárquico absolutista),

entendida está rama del derecho, como la encargada de organizar y desarrollar lo vinculado al ente estatal.

Con esta breve introducción trataré de hacer un escueto análisis de la situación en las distintas provincias, comenzando desde la más austral del país, así en el caso de Tierra del Fuego, es la propia Constitución provincial, la que en su articulado recepta la responsabilidad de índole civil del funcionario público, el artículo octavo —8— hace referencia a la responsabilidad civil del funcionario que incumpla con el principio de publicidad de los actos gobierno, siguiendo el criterio el art. 122 también toma la pauta referida a la responsabilidad civil en el caso del juicio político, para cerrar el tema encontramos al art. 188 referido con exclusividad a la responsabilidad por daños de los funcionarios públicos.

En el caso de la provincia de Santa Cruz, si bien adhirió a la ley 26.944 a través de la ley 3396, por lo cual en principio parecería que estaríamos en presencia de una responsabilidad por daños de tipo administrativa, lo cierto es que la propia Constitución provincial en su art. 17 hace referencia a la responsabilidad civil del funcionario y a la posibilidad de ser demandado en dichos términos, por lo tanto, por aplicación del principio de supremacía constitucional, lo dictaminado en la adhesión a la ley nacional 26.944 y referido con exclusividad al funcionario público no será aplicable.

Con respecto a Río Negro, se presenta un caso particular, puesto que la Ley de Responsabilidad del Estado (ley 5339) permite la aplicación supletoria del Cód. Civ. y Com. (es claro que si se aplica un régimen jurídico de manera supletoria o analógica es debido a que nos encontramos en presencia de una ausencia total de instituciones jurídicas que rijan la cuestión, por lo tanto es difícil comprender como se puede llegar a hablar de autonomía del derecho de daños administrativo, por ser el derecho de obligaciones, una rama del derecho civil y estar únicamente el Congreso nacional facultado para su dictado —art. 75 inc. 12 CN—), establece una responsabilidad de tipo administrativa por los daños ocasionados por sus funcionarios

(arts. 7° a 10 ley 5339), por último la Constitución provincial solo hace referencia a la responsabilidad por daños en el art. 54.

Neuquén, provincia de avanzada en ciertos aspectos referentes a derecho administrativo, no cuenta en la actualidad con una Ley de Responsabilidad del Estado, con respecto al tema que nos ocupa surge de la carta magna provincial una claridad incontrastable, la responsabilidad del funcionario público y/o empleado será civil, así lo determinan el art. 9° y art. 71 e incluso se obliga a la Legislatura provincial (art. 189 inc. 20) a dictar leyes para hacer efectiva la responsabilidad civil del funcionario y/o empleado.

Por último, en el caso de La Pampa, se une al grupo de provincias que carecen de Ley de Responsabilidad Estatal, con relación a la responsabilidad del funcionario público, la Constitución no hace mención de un tipo de responsabilidad particular, sin perjuicio de ello, el Superior Tribunal pampeano resolvió la cuestión en la causa "Varela" (83), remitiendo a una aplicación analógica del Cód. Civ. y Com.

(1) LÓPEZ, José Ignacio, Las Chispas Desprendidas de un Brasero Deficiente. Una Breve Historia de la Responsabilidad Extracontractual del Estado en el Derecho Argentino, Revista Derechos en Acción, año 3, nro. 8, UNLP, 01/09/2018.

(2) CS, Fallos 1:317; 2:36; etc.

(3) Es lo que se conoce, como venia legislativa.

(4) CS, Fallos 169:111.

(5) CS, Fallos 182:5.

(6) CS, Fallos 306:2030.

(7) CS, Fallos 318:845.

(8) CS, Fallos 329:759.

(9) Art. 1 de la Constitución Provincial de 1957. La Provincia del Chubut, como parte integrante de la República Argentina, de acuerdo con el régimen federal de la Constitución nacional, que es su ley suprema, organiza su gobierno bajo la forma republicana representativa y tiene el libre ejercicio de todos sus poderes y derechos que no hayan sido delegados al Gobierno Nacional.

(10) Art. 5 de la Constitución Provincial de 1957. Los derechos, declaraciones y garantías enumerados en la Constitución Nacional y que esta Constitución da por reproducidos, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados, pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo, de la forma republicana de gobierno y que corresponden al hombre en su calidad de tal, como individuo y como integrante de las formaciones sociales en donde desarrolla su personalidad y busca el cumplimiento de los deberes ineludibles de solidaridad política, económica y social.

(11) Se puede observar claramente que se genera la primera distinción con la ley 26.944, en dónde se requiere de un cumplimiento irregular de las funciones, según proclama el art. 9.

(12) GONZÁLEZ, Joaquín Víctor, Manual de la Constitución Argentina, Ed. Estrada, Buenos Aires, 1951, p. 504.

(13) GELLI, María Angélica, Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada, ampliada y actualizada, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, 4ª ed., t. II arts. 44 al 129, p. 35.

(14) Sin ir más lejos, tenemos el caso del Embajador argentino en Chile, Oscar Spinosa Melo, quien durante el gobierno menemista ocupó dicha embajada y fue removido de la misma, por actuaciones indecorosas. Más tarde un periodista chileno llamado Francisco Martorell publicaría a través de la editorial Planeta una obra titulada Impunidad Diplomática donde describiría las orgías de sexo y drogas organizadas por el funcionario, que a su vez eran utilizadas como medios de extorsión según los dichos del periodista. No fue sino la propia CSJN, mediante su fallo del 6 de diciembre de 2006 en autos caratulados Spinosa Melo, Oscar Federico c. EN - CM° de Relaciones Exter. Comer. Internacional y Culto s/ empleo público, la que se pronunció al respecto, detallando que el funcionario debía conducirse decorosamente no solo en su vida pública, sino también en la privada.

(15) BIELSA, Rafael, Derecho Constitucional, Ed. Roque Depalma, Buenos Aires, 1959, 3ª ed., ps. 599 y 600.

(16) SAGÜÉS, Néstor Pedro, Elementos del Derecho Constitucional, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2003, 3ª ed., t. 1, p. 691.

(17) Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut s/ denuncia jueza de Familia de la ciudad de Esquel, Expte. N° 24 - F° 41 - Año 2002 - Letra C. Se remueve a la a la titular del Juzgado de Familia de la Ciudad de Esquel, por las sanciones recibidas como abogada matriculada y la existencia de un proceso penal de estafa en su contra, sin estas haber sido notificadas oportunamente al Consejo de la Magistratura. Requisito esencial para mantener el puesto no solo el de la aptitud, sino el de la buena conducta.

(18) Das Neves, Mario y otro s/ denuncia juez de Instrucción N° 4 de la ciudad de Puerto Madryn Dr. Jorge Luque, Expte. 28/04. En el expediente en comentario, se destituye al titular del Juzgado de Instrucción N° 4, por un ejercicio irregular de las funciones asignadas en su carácter de juez de Instrucción, en el marco de una investigación por homicidio.

(19) Superior Tribunal de Justicia de Chubut s/ denuncia, Expte. N° 58/04 CM, Expte. N° 31/04, en el caso en comentario un juez de la Cámara de Apelaciones de Trelew, fue removido por el Tribunal de Enjuiciamiento, entre otras cuestiones por ejercer el comercio en el ámbito de la pesca, estando ello vedado por el antiguo art. 22 del Cód. Com. de la Nación.

(20) Conf. CCiv. y Com., Esquel, L., M. E. c. Provincia del Chubut s/ accidente de trabajo, 25/06/2020, Expte. N° 208 - Año: 2019 CANO. En los autos de referencia la Cámara Civil y Comercial de la Circunscripción Judicial del Noroeste del Chubut, sostuvo que para que exista responsabilidad se deben cumplimentar ciertos elementos, ellos son: antijuridicidad, factor de atribución, daño y relación de causalidad. A través de la existencia de estos el dañado puede efectuar la reclamación pertinente para obtener una indemnización integral si correspondiera.

(21) Art. 1708. Cód. Civ. y Com. Las disposiciones de este título son aplicables a la prevención del daño y su reparación.

(22) Conf. CCiv. y Com., Esquel, U. D. L. c. D. R. J. A. y otra s/ daños y perjuicios, 11/11/2019, Expte. N° 117 - Año 2017 CANO. En el voto del Dr. Früchtenicht se hace expresa mención a la antijuridicidad vista no solo en referencia a normas específicas, sino como una violación al ordenamiento jurídico en su totalidad.

(23) Conf. CCiv. y Com., Esquel, M. M. L. c. P. C. SRL s/ accidente de t. (Acción Común), Expte. N° 169 - Año 2019 CANO. El Dr. Flass en su voto, hace un análisis sintético pero concreto con relación a la cuestión de la ilicitud y la antijuridicidad.

(24) La antijuridicidad encuentra su fundamento normativo en los arts. 19 y 75 inc. 22 CN, mientras que con relación a la carta suprema a nivel provincial podemos decir que la misma surge de la conjugación del preámbulo con varios artículos entre ellos y a modo meramente enunciativo el 10, 19, 22, etc.

(25) VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., La función Preventiva de la Responsabilidad Civil. Antijuridicidad Formal o Material, RCyC 2016 (abril), 3; DJ 14/09/2016. Considera que la antijuridicidad debe ser formal y no material, porque a su juicio no sería aceptable una acción preventiva contra una conducta lícita por la mera posibilidad de que pueda ser generadora de un daño y el autor da el ejemplo del automotor que circula, si bien el mismo puede generar daños, permitiría a cualquier persona estar legitimada para limitar la circulación de los vehículos debiendo iniciarse acciones preventivas para aquellos vehículos que no reúnan los requisitos de circulación (según la ley 24.449).

(26) LÓPEZ HERRERA, Edgardo S., Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado, RIVERA, Julio C. y MEDINA, Graciela (dirs.), Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, 1ª ed., t. IV, p. 998.

(27) Art. 59 CPCH. Si un funcionario o autoridad pública ejecuta actos expresamente prohibidos por las normas, el perjudicado puede requerir del juez competente, por procedimiento sumario, un mandamiento prohibitivo dirigido al funcionario o autoridad pública.

(28) Esta frase en contra de las normas, debe ser entendida como contraria al ordenamiento jurídico en su totalidad, puesto debemos recordar que, en principio, estamos hablando de una norma de jerarquía constitucional (a nivel provincial), por ende, la misma, tiene normas superiores a las cuales el funcionario o Estado, deben respetar y con ello adecuar sus conductas a estas.

(29) El actuar omisivo antijurídico en la faz preventiva se da cuando se requiere por parte del ordenamiento jurídico que el funcionario actúe de determinada manera.

(30) Art. 1717 Cód. Civ. y Com. Antijuridicidad. Cualquier acción u omisión que causa un daño a otros es antijurídica si no está justificada.

(31) Según el art. 51 CPCH, se impone una obligación de resultados que deberá ser observada por el funcionario al recibir un preso en las cárceles.

(32) Conf. STJ, Sala Civ. Com. Lab. Min. Adm., Rawson, S., S. E. c. Provincia del Chubut s/ demanda contencioso-administrativa, Expte. N° 24.928 - año 2018. En el mismo orden de ideas que se viene planteando, el Dr. Panizzi se pronuncia en referencia a la razonabilidad que debe obrar como limitante a la facultad discrecional de la administración siendo uno de los requisitos para que el poder judicial pueda ingresar a controlar dicho tipo de actividades discrecionales por parte de la administración.

(33) GORDILLO, Agustín, Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas, Ed. Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2014, 1ª ed., t. 9, Primeros Manuales, cap. VIII, ps. 183 y 184.

(34) En el mismo orden de ideas se posiciona el art. 135 incs. 9 y 15 de la Constitución Provincial, al hacer expresa mención a que la legislatura estará facultada para dictar la normativa complementaria referente a la responsabilidad civil. Es más que claro que el constituyente al momento de la creación del nuevo articulado tuvo en miras la responsabilidad civil del funcionario.

(35) Es menester, que el lector tenga presente lo establecido por el art. 36 CN, en donde se permite el reclamo de daños en los términos de la normativa civilista.

(36) Lo planteado se puede ejemplificar de la siguiente manera, si tenemos una actividad X que se encuentra reglada respecto de la función que el sujeto A debe cumplir, con independencia del resultado al cual arribe dicha actividad —siempre y cuando el reglamento, estatuto o normativa no se lo exija—, nos encontramos en presencia de una obligación de resultado para con la administración, puesto al sujeto A se lo contrata para la realización de

dicha actividad. Ahora bien, la actividad desarrollada por A puede generar perjuicios para con los terceros, en cuyo caso estos particulares deberán iniciar el juicio de daños y perjuicios tomando en consideración un factor de atribución subjetivo o no, según sea el caso. El Estado al momento de realizar la contratación o incluso al momento de tomar juramento (art. 11 CPCH), entiende que quien va a ingresar en la función es idóneo para ocupar el cargo/puesto y de esta manera desempeñarse de forma acorde a la normativa, la idoneidad en el ejercicio (art. 16 CN y art. 67 CPCH) es un requisito ineludible que implica saber de lo que se está haciendo y consiste en una obligación de resultados para con el Estado.

(37) Conf. CCiv. y Com., Esquel, M. M. L. c. P. C. SRL s/ accidente de t. (Acción Común), 29/04/2020, Expte. 169 - año 2019 CANO.

(38) Ibidem, según el voto del Dr. Frúchtenicht.

(39) Conf. CCiv. y Com., Trelew, Quiroga, M. S. c. P., J. y otra s/ daños y perjuicios, 02/10/2015, Expte. 204 - año 2015 CAT, según voto del Dr. López Mesa, Sumario Nro. 000082.

(40) Ibidem, según voto de la Dra. Spoturno, Sumario Nro. 000100.

(41) Conf. CCiv. y Com., Esquel, M. M. L. c. P. C. SRL s/ accidente de t. (Acción Común), 29/04/2020, Expte. 169 - año 2019 CANO, y en el mismo sentido: CCiv. y Com., Sala A, Trelew, Sánchez, Nelson Omar y otros c. Denadei, Daniel Ángel y otra s/ daños y perjuicios, 11/08/2015, Expte. 67 - año 2015 CAT, según voto del Dr. Velázquez, Sumario Nro. 000049.

(42) Conf. CCiv. y Com., Sala A, Trelew, Sandoval, Eduardo Emilio y otro c. José, Xiomara Elizabeth y otros s/ daños y perjuicios, 31/08/2015, Expte. 96 - año 2015 CAT), según voto del Dr. Velázquez, Sumario Nro. 000066. En igual sentido: Conf. CCiv. y

Com., Esquel, U. D. L. c. D. R. J. A. y otra s/ daños y perjuicios, 11/11/2019, Expte. 117 - año 2017 CANO.

(43) Conf. CCiv. y Com., Sala A, Trelew, Vitancur, Johana y otras c. Baeza, Hugo Alberto y otra s/ daños y perjuicios, 22/12/2015, Expte. 367 - año 2015 CAT, según voto del Dr. López Mesa, Sumario Nro. 000119.

(44) La reparación plena debe ser asimilada a la integral en el ámbito civil y comercial, sin embargo, ambas dos tendrán ciertas limitaciones como consecuencia de la extensión del resarcimiento, las limitaciones por razones de equidad, las limitaciones por convenciones, las limitaciones por imputación de consecuencias. Ahora bien, estas limitaciones que mencione previamente —de forma enunciativa— deben ser entendidas como la excepción y no la regla.

(45) CS, Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales SA, Fallos 327:3753.

(46) Conf. STJ, Sala Civ. Com. Lab. Min. Adm., Rawson, P., M. X. c. Municipalidad de Comodoro Rivadavia s/ ordinario (Contencioso administrativo), 12/10/2017, Expte. 24577-P-2016.

(47) CARESTIA, Federico S., en BUERES, Alberto J., Código Civil y Comercial de la Nación y Normas Complementarias. Análisis Doctrinal y Jurisprudencial, Ed. Hammurabi., Buenos Aires, 2018, t. 3-F, arts. 1708-1881, Derechos Personales, p. 494.

(48) Podemos nombrar de manera enunciativa a las siguientes: 1) Ejercicio regular de un derecho; 2) Legítima defensa; 3) Estado de necesidad; 4) Obediencia debida; 5) Consentimiento del damnificado.

(49) Podemos nombrar a las siguientes: a. Hecho del damnificado; b. Caso fortuito o fuerza mayor; c. Hecho de un tercero;

d. Asunción de riesgos; e. Imposibilidad de cumplimiento; f. Hecho del príncipe.

(50) Conf. CCiv. y Com., Sala A, Trelew, M. J. B. c. H. R. y otra s/ daños y perjuicios, 27/02/2018, Expte. 158 - año 2017 CAT, según voto de la Dra. Spoturno.

(51) Conf. CCiv. y Com., Esquel, E. H. R. c. Oros, L. D. s/ daños y perjuicios, 13/02/2008, Expte. 149/07 CANO, según voto del Dr. Magallanes. En el mismo orden de ideas: CCiv. y Com., Sala A, Trelew, S. J. D. c. A. C. W. y/u otros s/ daños y perjuicios, 25/08/2008, Expte. 22.717 - año 2008 CAT, según voto del Dr. López Mesa.

(52) Conf. CCiv. y Com., Sala A, Trelew, C. A. M. y otras c. L. D. A. s/ daños y perjuicios, 19/04/2007, Expte. 21796 - año 2006 CAT, según voto del Dr. Velázquez.

(53) Conf. CCiv. y Com., Sala B, Trelew, G. G. S. y otro c. F. D. M. y otro s/ daños y perjuicios, 18/05/2020, Expte. 449 - año 2019 CAT, según voto del Dr. Cunto.

(54) Conf. CCiv. y Com., Sala A, Trelew, P. C. A. c. Provincia del Chubut s/ daños y perjuicios, 30/07/2008, Expte. 22.675 - año 2008 CAT, según voto del Dr. López Mesa.

(55) Conf. CCiv. y Com., Esquel, C. P. E. c. Municipalidad de Epuyén s/ recurso contencioso, 14/05/2002, Expte. 47/00 CANO, según voto del Dr. Margara.

(56) Conf. CCiv. y Com., Esquel, M. S. A. c. Municipalidad de Gobernador Costa s/ contencioso administrativo, 13/04/2015, Expte. 187/12 CANO, según voto del Dr. Flass.

(57) Conf. CCiv. y Com., Sala B, Trelew, I. M. L. y otros c. LA U.D.S. SA (fiduciaria del fideicomiso Empresa Transportadora

V.T.) s/ daños y perjuicios, 07/10/2014, Expte. 161 - año 2014 CAT, según voto del Dr. López Mesa.

(58) Ver: PALMA, Mariano, El agotamiento de la instancia administrativa y las acciones de daños por responsabilidad estatal en la Provincia de Chubut, La Ley, cita on line AR/DOC/3702/2022.

(59) Conf. CS, Fallos 328:651.

(60) Incluso se llegó a modificar la ley I 18, estableciendo a través del art. 136 a 144 un procedimiento que pretendería eludir los principios establecidos por la Constitución Provincial, con la finalidad de realizar los reclamos de daños y perjuicios contra funcionarios. Estamos claramente en presencia de un bloque normativo (ley I - 560 y arts. 136 a 144 de la ley I - 18), que tienen como única finalidad vulnerar los principios republicanos y retornar a un Estado de tipo monárquico absolutista, donde el funcionario carece de cualquier tipo de responsabilidad.

(61) Conf. CCiv. y Com., Sala A, Trelew, V. J. y otras c. B. H. A. y otra s/ daños y perjuicios, 22/12/2015, Expte. 367 - año 2015 CAT, según voto del Dr. López Mesa.

(62) Conf. CCiv. y Com., Sala A, Comodoro Rivadavia, C. A. G. c. Municipalidad de Rada Tilly s/ ordinario, 19/11/2014, Expte. 827/13, según voto del Dr. Nahuelanca.

(63) Conf. CCiv. y Com., Sala B, Trelew, P. S. A. c. Municipalidad de Dolavon s/ daños y perjuicios, 06/08/2011, Expte. 104 - año 2011, según voto del Dr. Cunto.

(64) Conf. CCiv. y Com., Sala A, Trelew, V. J. y otras c. B. H. A. y otra s/ daños y perjuicios, 22/12/2015, Expte. 367 - año 2015 CAT, según voto del Dr. López Mesa.

(65) CS, Fallos 178:31; 326:3899; 332:616; 344:1952, entre otros.

(66) Ver: IRIGOYEN TESTA, Matías, Daños punitivos. Análisis económico del derecho y teoría de juegos, JA 2006-II, 1024; CHAMATRÓPULOS, Demetrio A., Los daños punitivos en la Argentina, Ed. Errepar, Buenos Aires, 2009, 1ª ed.; LÓPEZ HERRERA, Edgardo, Los daños punitivos: Naturaleza. Tipos. Jurisprudencia comparada. Análisis económico. Aplicación al derecho del consumidor, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, 2ª ed.; FAVIER, Daniela, Daños punitivos, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2020, 1ª ed.; TAMBUSSI, Carlos E., Daño punitivo en las relaciones de consumo, Ed. Llanes Ediciones, Buenos Aires, 2022, 1ª ed., etc.

(67) Inglaterra, Australia, Nueva Zelanda, Canadá, Estados Unidos, Escocia, Gales, etc.

(68) Conf. Caso Wilkes vs. Wood, 2 Wills KB 203, 95 Eng. Rep. 766 (1763).

(69) Conf. Caso Huckle vs. Money, 2 Wils KB 203, 95 Eng. Rep. 768 (1763).

(70) To enter a man's house by virtue of a nameless warrant, in order to procure evidence, is worse than the Spanish Inquisition; a law under which no Englishman would wish to live an hour.

(71) Conf.: Rookes vs. Barnard, 1964, AC 1129.

(72) Conf. LÓPEZ HERRERA, Edgardo, Los daños punitivos: Naturaleza. Tipos. Jurisprudencia comparada. Análisis económico. Aplicación al derecho del consumidor, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, 2ª ed., ps. 30 y 31.

(73) Bivens vs. Six Narcotics Agents, 403 US, 388 (1971).

(74) Carlson vs. Green, 446 US, 14 (1980); Smith vs. Wade, 461 US, 30 (1983).

(75) Conf. STJ, Sala Civ. Com. Lab. Min. Adm., Rawson, D. S. P. I en autos: D. S. P. I. c. Municipalidad de Comodoro Rivadavia s/ Ejecución de Sentencia - Expte. N° 15936/06 s/ incidente (Incremento y progresividad de sanciones conminatorias), 03/08/2017, Expte. 22172-D-2012.

(76) La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dejado en claro la imposibilidad que poseen las Provincias de legislar sobre plazos de prescripción (salvo la excepción otorgada por el Cód. Civ. y Com. referida a los tributos —derivación de Filcrosa SA—), en un precedente referido al Cód. Proc. Penal de la Provincia de Chubut (Ver: CS, Price, Brian Alan y otros s/ homicidio simple, 12/08/2021). Ahora bien, distinto sería el caso, en el cual la Provincia adhiere de total o parcialmente a una norma dictada por el Congreso nacional, donde se legisla sobre plazos de prescripción, puesto en dicha situación se ejercita la facultad delegada por las Provincias.

(77) Art. 29 CP. La sentencia condenatoria podrá ordenar: 1) La reposición al estado anterior a la comisión del delito, en cuanto sea posible, disponiendo a ese fin las restituciones y demás medidas necesarias; 2) La indemnización del daño material y moral causado a la víctima, a su familia o a un tercero, fijándose el monto prudencialmente por el juez en defecto de plena prueba; 3) El pago de las costas.

(78) Lo que buscaba la norma en comentario era tratar de borrar cualquier perjuicio que hubiera ocasionado el delito y para ello facultaba al juez penal a pagar las indemnizaciones que correspondieren a tal efecto. Se puede decir, que es una derivación de la escuela positivista.

(79) En el código velezano se regían por el art. 1096 Cód. Civil y ss.

(80) Ver: PALMA, Mariano, La responsabilidad civil del funcionario público en la Provincia de Chubut, Ed. Lex, La Plata, 2021, 1ª ed.; PALMA, Mariano, Comentario a la Ley de Responsabilidad del Estado I N° 560, Ed. Autores de Argentina, Buenos Aires, 2022, 1ª ed.; PALMA, Mariano, El agotamiento de la instancia administrativa y las acciones de daños por responsabilidad estatal en la Provincia de Chubut, La Ley, cita on line: AR/DOC/3702/2022.

(81) El lector deberá tener presente, que el patrimonio de un individuo se integra por bienes, estos pueden ser materiales o inmateriales, los últimos hacen referencia a los derechos. Teniendo esto en consideración, vale recordar que los posicionamientos de izquierda (socialismo/comunismo, etc.), no aceptan al sujeto como un individuo con patrimonio propio, motivo por el cual, la lesión a sus bienes poco interesaría, puesto el patrimonio implica propiedad privada, algo que repugnan dichas ideologías. Bajo los posicionamientos doctrinarios de izquierda, han tenido lugar las mayores violaciones de derechos existentes en la historia de la humanidad, ejemplos claros, son el régimen del Nacional Socialismo, el Leninismo/Estalinismo (pseudo marxismo), el Maoísmo o incluso el Castrismo, solo por nombrar algunos, puesto la lista sigue. En lo particular entiendo, que, si bien existe el principio de autodeterminación de los pueblos, este debe tener vigencia tomando como base la declaración universal de los derechos del hombre, todo sistema que vulnere dichos derechos, debería ser entendido como un ataque a la humanidad en su conjunto, algo inaceptable en pleno siglo XXI.

(82) Es el Poder Legislativo nacional, el encargado de dictar el Cód. Civil —art. 75, inc. 12, CN— por lo tanto, las Provincias han delegado en la nación la posibilidad de expedirse sobre el régimen de las obligaciones, lo que conlleva a que difícilmente puedan lograr una autonomía (como ciencia jurídica) de la responsabilidad del Estado o incluso del funcionario. Lo correcto sería, como lo vengo sosteniendo

hace tiempo, proceder a la derogación de los arts. 1764 a 1766 del Cód. Civ. y Com., sustituyéndolos por los originalmente desarrollados en el anteproyecto.

(83) STJ, Varela, Nicolás Mauricio c. Provincia de La Pampa s/ accidente acción civil, 24/05/2016, Expte. N° C-36/16.

Daños punitivos y juicio por jurados en el sistema chaqueño

por Mariano Palma

Disponible en: https://www.informacionlegal.com.ar/
Publicado en: JALitoral 2023 (noviembre), 3. JA 2023-IV, 618
Cita: TR LALEY AR/DOC/2603/2023
[Consultado el: 06/01/2026]

Sumario

I. ¿Qué debe entenderse por daño punitivo?— II. ¿En qué casos correspondería su aplicación?— III. ¿Al jurado le corresponde la cuantificación del daño?— IV. ¿Cuál sería la forma del veredicto?— V. ¿Los criterios limitantes en cuanto a la cuantificación de los daños establecidos por la Suprema Corte de EE.UU. podrán ser aplicados en nuestro ordenamiento?— VI. ¿Qué sucede respecto de la exigencia de que los daños punitivos deben ser impuestos por los jueces?— VII. Conclusión.

I. ¿Qué debe entenderse por daño punitivo?

El instituto jurídico de los daños punitivos ha dado mucho que hablar, desde los primeros trabajos (1) que se elaboraron al respecto, se ha generado un gran revuelo dentro del ámbito del derecho de daños.

Gran cantidad de ríos de tinta han pasado por debajo del puente, generando en la doctrina una gran variedad de conceptos y criterios de determinación, sin perjuicio de ello considero oportuna la posición adoptada por López Herrera, quien lejos de adjudicarse la conceptualización (que implica ni más ni menos que un señoreaje sobre el término) del instituto, en su obra eligió remitirse a conceptos brindados por la doctrina comparada dentro de su obra (2), que en lo

particular considero se encuentra en la cúspide de la doctrina referida a la temática.

Vale tener presentes los conceptos dados por Favier, quien entiende que el daño punitivo, es una: "sanción, pecuniaria, disuasiva, gravosa aplicada a determinadas conductas y dirigida por la desidia y la especulación, causadora de daños injustificados" (3).

Picasso por su parte considera que los daños punitivos son: "otorgados en los supuestos de daños para castigar al demandado por una conducta particularmente grave, y para desalentar esa conducta en el futuro" (4).

El maestro Pizarro entiende que los daños punitivos son: "sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro" (5).

Así según entiendo, para observar si el instituto del daño punitivo se encuentra presente, el intérprete deberá atisbar la concurrencia de dos elementos fundamentales, por un lado, un aspecto de índole sancionador, mientras que por el otro encontramos aspectos de índole preventivos, la conjugación de dichas finalidades conlleva como lógico resultado tratar de prevenir cualquier tipo de hecho que se enmarque dentro de los posibles ámbitos de aplicación de este.

Por último, desde la humildad de quien escribe estas palabras, considero pertinente conceptualizar al daño punitivo como el instituto jurídico, que a través de una sanción de índole económica que puede ser abonada en dinero o especie, que busca prevenir, disuadir y castigar la comisión de actos realizados con dolo o culpa grave que vulneren directa o indirectamente los intereses de un sujeto de derecho.

El concepto brindado en el párrafo anterior, obedece a la creencia de que el daño punitivo no solo debe aplicarse dentro del microsistema de responsabilidad de defensa del consumidor (ver leyes nacionales 24.240 —art. 52 bis— y 27.442 —art. 64—), sino que al mismo tiempo debe ser extensible (dentro de los términos que fije el legislador) a otro tipo de situaciones que no se encuentran reguladas en la actualidad.

II. ¿En qué casos correspondería su aplicación?

Como se deduce de la simple lectura del punto anterior, el daño punitivo tendrá lugar en cuanto a su aplicación en aquellas situaciones claramente delimitadas por el legislador a través de la norma, fuera de ella no corresponde que los mismos tengan existencia.

Lo que se quiere significar, es que el ámbito de vigencia actual de los daños punitivos se encuentra drásticamente reducido a los casos amparados por la ley 24.240 (estos son aquellos incumplimientos graves que permitan enmarcar la conducta dentro del art. 52 bis de la norma consumeril) o en los casos regidos por la ley 27.442 de Defensa del Competencia.

Fuera de los regímenes mencionados en el párrafo precedente, el daño punitivo carece de existencia, por lo tanto, su aplicación y vigencia no es más que una simple utopía de algunos de quienes creemos que la modificación al art. 1714 del anteproyecto de Cód. Civ. y Com., no fue más que un retroceso.

Ahora bien, retomando el tema, en el caso de la Ley de Defensa del Consumidor el art. 52 bis (es vital interpretarlo de manera conjunta al art. 8º bis del mismo plexo) es el encargado de legislar de forma primigenia sobre la materia, pero con grandes falencias que han sido descriptas por la doctrina más exquisita y que a modo meramente enunciativo repetiré de manera breve, puesto el tema ya ha sido tratado en forma abundante. Así se le critica los presupuestos de

aplicación (incumplimiento de las obligaciones legales o contractuales), el carácter facultativo de su imposición por parte del magistrado (el juez "podrá"), la índole del factor de atribución (aunque la doctrina mayoritaria considera que se requiere de culpa grave o dolo), también se pone en tela de juicio la frase que hace referencia a "la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso", también se le criticó la remisión al art. 47 para la gradación de la multa, esta crítica en la actualidad se ha tornado abstracta por la modificación realizada a través de la ley 27.701 (art. 119), por último la doctrina minoritaria considera que estamos en presencia de un instituto jurídico que es incompatible con la Constitución Nacional (CN) por crear un tipo penal abierto.

Así lo dicho, el daño punitivo se aplicará cuando concurra un incumplimiento contractual u obligacional por parte del proveedor siempre que hubiere actuado con culpa grave o dolo, ponderando la gravedad del hecho y las demás circunstancias que lo rodean. Sin perjuicio de lo antes mencionado, el instituto también tendrá vigencia en aquellas situaciones donde concurra trato indigno y prácticas abusivas, como ser la "colocación de los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias", en sí cualquier tipo de actividad que por parte del proveedor implique humillación o menosprecio.

En el caso de la ley 27.442 de Defensa de la Competencia, el daño punitivo se encuentra legislado en el art. 64, el cual estipula: "Las personas que incumplan las normas de la presente ley, a instancia del damnificado, serán pasibles de una multa civil a favor del damnificado que será determinada por el juez competente y que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan".

Las causales de aplicación parecieran ser amplias por la variedad de casos que legisla la normativa de la competencia, pero en realidad únicamente están circunscriptas a los casos específicos de la norma, no pudiendo el juzgador extenderse en su aplicación (6).

Así, situaciones que den lugar a acuerdos entre competidores, concentraciones económicas, aquellos actos que tengan por objeto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado, aquellos que impliquen un abuso de la posición dominante, etc. (por cuestiones didácticas se recomienda al lector remitirse a los arts. 1º y 2º de la ley 27.442).

Como se dijo previamente, fuera de las causales establecidas por la norma, no corresponderá la aplicación de ninguna multa civil, es de gran importancia repetir dicho concepto, puesto de no ser así entendido el juez podrá incurrir en grave violación a los derechos constitucionales correspondientes a una de las partes de la controversia.

Para ir ingresando en tema, lo que corresponderá es analizar si más allá de los casos específicamente determinados por la normativa (ya fuere por los requisitos a reunir como por la materia) es menester que un nuevo integrante del proceso (el jurado), decida sobre su aplicación o no.

Nuevas casuísticas podrán presentarse y serán dignas de análisis con la intervención de los jurados dentro de los procesos y sobre todo con aquello que fuere relativo a la aplicación de los daños punitivos.

III. ¿Al jurado le corresponde la cuantificación del daño?

Previo a realizar todo tipo de análisis sobre el fondo de la cuestión, conviene tener presente que el instituto del jurado ha sido establecido por la Constitución de 1853 (hoy arts. 24, 75, inc. 12 y 118, CN), como una forma de participación ciudadana dentro de los procesos judiciales y que tienen como finalidad que el pueblo se inmiscuya en la cosa pública (7).

Vale aclarar que existen dos tipos de jurados, por un lado el clásico (o anglosajón), donde un conjunto de miembros de la sociedad lo integra deliberando y decidiendo de manera separada al juez de la causa, por otro lado tenemos el sistema escabino donde los jurados legos se vinculan con los magistrados tomando todos parte dentro de la decisión y por último el sistema mixto en cual se utiliza la modalidad del jurado anglosajón hasta la culminación del proceso cuando nos encontramos en presencia de la sentencia donde se torna en escabino.

En el caso de la Provincia del Chaco, se adopta el proceso del juicio por jurados en materia civil a través de la ley 3325-B, esta norma implementa el sistema clásico, pero con las adecuaciones necesarias para poder implementarse dentro de nuestro ordenamiento jurídico (ver arts. 10 y 11, ley 3325-B).

Es por lo dicho en el párrafo precedente, que el jurado tendrá —dentro de este proceso civil y comercial— gran importancia, no pudiendo quedar liberado a decisiones carentes de fundamentación, es que dentro de la dinámica enunciada previamente deberá observar para la determinación de responsabilidad: la conducta del demandado, la relación de causalidad y las consecuencias dañosas que trajo consigo el hecho, la valoración de la prueba será realizada según la íntima convicción. Recordemos que la norma fija que el veredicto debe ser el resultado del "real saber y entender" de los individuos que integran el jurado.

Es dentro de la lógica planteada en el párrafo precedente que tendrá lugar "la determinación del daño", etapa de importante trascendencia que permitirá una vez culminada realizar la cuantificación de este (8), para de esta manera poder imponer la obligación a cumplir (ya fuere dineraria o en especie).

Respecto al interrogante planteado en el subtítulo, la respuesta es ecléctica, el jurado previa explicación del juez sobre las cuestiones sustantivas, deberá pronunciarse respecto de la responsabilidad, la

valoración de la conducta, la causalidad y por último los daños y perjuicios.

El veredicto deberá declarar ganador al actor o al demandado según las pruebas rendidas que serán apreciadas sobre la base de la íntima convicción de cada jurado —como lo mencioné previamente—, a su vez este establecerá los montos indemnizatorios, los daños punitivos y la reparación plena en función de los distintos elementos probatorios presentados en el proceso. Vale tener presente que el jurado podrá establecer responsabilidades concurrentes y adjudicar el porcentaje que correspondiere a cada uno de los demandados si este fuere el caso (ver art. 53, ley 3325-B).

Como puede observarse, la normativa chaqueña va más allá de las atribuciones que son otorgadas a jurados, donde estos se limitan a declarar culpable o no culpable al demandado.

En concreto se le están otorgando facultades que corresponden al juez y que el jurado por más instrucciones que reciba del a quo, carece de la formación adecuada para llevar adelante las facultades del magistrado dentro de un proceso de las características que presenta el relativo a la responsabilidad civil, ni que hablar si agregamos el aditivo de la cuantificación del daño punitivo dentro de un proceso colectivo o de clase.

La cuantificación del daño, entiendo es uno de los temas que mayor incertidumbre genera tanto en las partes (reclamante y reclamado), como en el juez, puesto sobre el mismo se va a ceñir la pretensión resarcitoria propia (en su gran mayoría) del derecho de daños (civil y comercial).

Si bien pareciera que el juzgamiento a través de jurados para procesos civiles se ciñe a escuetos casos, analizando en profundidad el articulado de la norma procesal (ley 3325-B) se puede vislumbrar un amplio abanico de situaciones, es que la ley (arts. 3º y 4º) hace referencia a: 1) Casos sobre responsabilidad civil extracontractual

individual; 2) Vulneración de derechos colectivos (tanto aquellos cuyo objeto sean bienes colectivos o intereses individuales homogéneos); 3) Casos vinculados a la libertad de expresión, pensamiento, religión, consciencia o no discriminación; 4) Aquellos casos que revistan interés público o institucional o relevancia desde el punto de vista político, social o jurídico.

El universo de situaciones abarcadas por el juicio por jurados es amplio, más allá de las limitaciones monetarias que se pretenda imponer para su requerimiento. Es dentro de esta universalidad que el juez quedará relegado (dentro de los parámetros tradicionales que manteníamos en el proceso nacional hasta la aparición de la ley 3325-B) a un nuevo posicionamiento y forma de participación.

Las facultades otorgadas por la normativa adjetiva chaqueña, generan una gran modificación al sistema imperante desde el año 1853 al presente, donde el magistrado fue el encargado indiscutido de realizar la cuantificación del daño basándose en los elementos probatorios otorgados por las partes dentro del expediente judicial.

La Constitución Nacional (art. 18, CN), establece con claridad los parámetros de actuación para la realización del proceso (dicho en términos jurídicos "el debido proceso legal adjetivo") (9) y si bien habla de la competencia penal, los mismos son extrapolables al ámbito del Derecho Civil y Comercial (y demás ramas del derecho), es el magistrado el encargado de realizar la sentencia fallando sobre los elementos probatorios aportados durante el proceso, es este mismo el obligado a la determinación del hecho controvertido y a la cuantificación de la sanción a imponer (si correspondiera), ello como derivación del cargo que ocupa y al cual accedió a través de un concurso de oposición y antecedentes, para el cual debió cumplir la calidad de abogado.

De lo dicho en el párrafo anterior se deriva el eje de mi postura, el jurado no se encuentra capacitado (más allá de las explicaciones que pueda brindársele) para realizar un análisis técnico

de las situaciones planteadas dentro del proceso y con ello luego poder arribar a una solución lógica y razonable con base en los parámetros de actuación fijados por la normativa. Dicha función —según mi criterio, vuelvo a repetir— corresponde únicamente al juez, lo que quizás debiéramos observar en caso de jueces no probos, es métodos —respetando siempre las garantías constitucionales— de remoción de magistrados más eficientes y eficaces, o controles más asiduos y repetitivos que permitan a la sociedad una mayor seguridad con respecto a quienes emiten los actos de estado (sentencia).

Siguiendo el criterio plasmado en el párrafo precedente, el Código Civil y Comercial (ley 26.994), en principio el art. 3, obliga al a quo a resolver las cuestiones que sean sometidas a su jurisdicción mediante una sentencia, razonable y fundada, esto no implica otra cosa que impregnar al juez de obligaciones sustanciales para el desarrollo del proceso a través del acto que da finalización a este, "la sentencia".

Por otra parte, se faculta al juez a atenuar la indemnización en función del patrimonio del deudor (art. 1742, Cód. Civ. y Com.), lo que quiere significar que el sujeto encargado de la cuantificación y determinación es el magistrado y no el jurado como vengo sosteniendo.

Por último, cabe destacar que sería bastante interesante tener acceso a la aplicación de las fórmulas matemáticas (10) para la cuantificación de los daños por parte de los jurados, el tema no es menor y merece un desarrollo en profundidad que excede al presente trabajo, ya que el mismo genera problemas en su aplicación para los propios magistrados, ello sin perjuicio de las pautas dadas por el art. 1746 del Cód. Civ. y Com. y los fallos de la Corte Suprema (11), donde se busca respetar el principio de reparación plena/integral con la conjugación de las fórmulas matemáticas.

IV. ¿Cuál sería la forma del veredicto?

La norma en comentario es clara al respecto, el veredicto determina en ganadora a una de las partes intervinientes (art. 53, ley 3325-B), para arribar a esta solución el mismo deberá analizar y deliberar en relación con las pruebas presentadas durante el proceso, teniendo en consideración la conducta, la relación causal y las consecuencias dañosas (esto sobre la previa instrucción brindada por el magistrado sobre el derecho sustantivo aplicable al caso).

La forma de interpretación del veredicto se fundará sobre la base de su "leal saber y entender" (íntima convicción), sin necesidad de expresar los motivos de su decisión (12), ahora bien, dicha decisión debe seguir un inter causal el cual es explicado por el a quo, siendo en primer lugar obligación de los mismos pronunciarse sobre la responsabilidad, en segundo orden la valoración de la conducta, en tercera instancia la relación de causalidad, para finalizar con la determinación de los daños y perjuicios.

La breve enunciación efectuada en los dos primeros párrafos pareciera brindar una respuesta concreta y clara a la forma de resolución procesal, sin embargo lejos está de esclarecer situaciones que podrán o no afectar los derechos de la partes, como por ejemplo el análisis que el jurado realice si existiera una causal de justificación o una eximente de responsabilidad, ni que hablar del tratamiento de cuestiones técnicas que se dan no solo en el derecho de daños clásico, sino sobre todo en los aspectos más modernos como ser el Derecho a un Medio Ambiente Sano, o el desarrollo tecnológico en los productos (y sobre todo en el ámbito alimenticio), etc., todas ellas situaciones que requerirán desde el punto de vista técnico una gran capacidad de resolución que no puede ser amenguada con una "charlita" sobre las cuestiones de derecho sustantivo que se desarrollen durante el juicio.

Los errores al momento de evaluar la prueba, las conductas, la relación de causalidad no pueden ser aminorados por el principio de

participación ciudadana dentro del proceso judicial, es claro que la ciudadanía busca obtener un resultado objetivo e imparcial y por tal motivo crea instituciones como el Concejo de la Magistratura o el Tribunal de Enjuiciamiento ello con la finalidad de obtener los mejores juzgadores y remover a aquellos magistrados que no cumplen con un nivel determinado.

El jurado al momento de emitir su veredicto —más allá de lo fijado en la normativa—, lo hace teniendo en consideración sus criterios personales y que en muchas ocasiones son movidos no por la objetividad e imparcialidad (propias del magistrado), sino por motivos propios de conformidad a las vivencias de cada individuo lo que en la práctica genera un resultado contrario al buscado por la sociedad, (o sea la obtención de la verdad formal y material).

Por lo tanto, en cuanto la forma, el veredicto estará conformado por las apreciaciones de quienes integren el jurado sobre la base de las pautas fijadas por la ley y las instrucciones del magistrado ¿el demandado sentirá que se está obteniendo una resolución objetiva, imparcial y justa? Este último interrogante es de difícil respuesta cuando estamos en presencia de un juez técnico, imaginemos cuando la determinación de la responsabilidad corresponda a personas que carezcan de formación técnica en áreas del derecho.

Por último una situación legislada por el art. 7º de la ley 3325-B genera grandes dudas, en principio pareciera ser un art. de avanzada que permite la participación de los pueblos originarios, pero si uno analiza en profundidad lo escrito (y teniendo en la mano la Constitución Nacional —art. 16, CN—), puede observar con claridad que se estaría generando una situación de privilegio que no alcanza a otros individuos que integran otro tipo de naciones dentro de nuestro Estado, pues en estos casos habrá que analizar el veredicto que se emita y deberá hacerse hincapié en no violar el derecho de igualdad ante la ley (13), la eliminación de todo tipo de privilegio por cuestiones nobiliarias o de sangre, etc.

V. ¿Los criterios limitantes en cuanto a la cuantificación de los daños establecidos por la Suprema Corte de EE.UU. podrán ser aplicados en nuestro ordenamiento?

Dentro del sistema del Common Law, es tradicional contar con el instituto jurídico del jurado, tal es así, que el sistema se ha trasladado desde Inglaterra por naciones a lo largo y ancho del globo terráqueo, pero podemos decir que donde encontró su mayor desarrollo es dentro del sistema estadounidense, puesto allí se ven en la actualidad los juicios más caudalosos por imposición de daños punitivos.

Es que, si bien el daño punitivo ha sido utilizado desde antaño dentro del derecho inglés, es allí donde se verifica una gran cantidad de limitaciones en cuanto a su imposición, ya lo vimos en el precedente "Rookes vs. Barnard" (14), López Herrera, comenta, que el precedente deja como resultado tres pautas a seguir: "1. Comportamiento opresivo, arbitrario o inconstitucional de los funcionarios en contra de un particular o empresa privada: en este caso la desaprobación de la ley se dirige más al acto que al efecto que tiene en la víctima. El acto opresivo debe emanar de una autoridad pública, quedando excluidos los actos de particulares, porque se consideró que los servidores del gobierno, son también servidores del pueblo y el uso de su poder debe estar siempre subordinado a su deber de servicio; 2. El caso en el cual el demandado ha calculado que su comportamiento le procuraría un beneficio que sobrepasaría en gran medida la indemnización debida: es necesario enseñar al dañador que el daño no paga. Muy parecido a aquello de que el crimen no paga, se aplica este inciso sobre todo a daños por difamación. Lo que cuenta según Markesinis, es si el demandado era consciente del hecho de que lo que estaba planeando hacer era contrario a la ley y procedió no obstante con su conducta en la creencia de que las proyecciones de ventajas materiales superaban las posibilidades de pérdidas materiales; 3. Los casos en los cuales expresamente la ley ha previsto los daños punitivos. Estos son raros en Gran Bretaña, por ejemplo, la ley de

derechos de autor (copyright), y es ilustrativo el hecho desde que "Rookes vs. Barnard", ninguna ley que autorice daños punitivos se ha sancionado" (15).

Respecto al país del norte, debemos tener en consideración que a partir de 1946 se emite la FTCA (Federal Tort Claims Act), que prohíbe la imposición de daños punitivos a funcionarios federales, sin perjuicio de ello, encontramos desde el año 1970 (16) pasando por el año 1980 (17). También vale tener presente ciertos precedentes en donde los daños punitivos impuestos por los tribunales inferiores fueron reducidos ampliamente al momento de realizar la revisión por órganos superiores, vemos así el famoso caso de "BMW vs. Gore", quien en primera instancia obtuvo cuatro [4] millones de dólares, la Corte estatal redujo la decisión del jurado a dos [2] millones, finalmente la Corte Suprema de Estados Unidos entendió que los dos [2] millones fijados por la Corte Suprema de Alabama eran una violación al debido proceso legal adjetivo de manera conjunta con el principio de legalidad y estableció tres criterios a tener en cuenta a la hora de fijar los daños punitivos por parte del jurado: a) El grado de reprochabilidad de la conducta; b) La relación que existe entre la condena por los daños realmente sufridos y los daños punitivos; y c) La comparación con otras sanciones impuestas al demandado.

VI. ¿Qué sucede respecto de la exigencia de que los daños punitivos deben ser impuestos por los jueces?

Dentro de nuestro sistema legal —como previamente se mencionó—, los daños punitivos tienen vigencia únicamente en el régimen de la Ley de Defensa del Consumidor (24.240) y más modernamente en la Ley de Defensa de la Competencia (27.442), fuera de estos dos microsistemas de responsabilidad el lector puede llegar a encontrar institutos que se le asemejen, pero no son propiamente daños punitivos o multa civil (como también se lo llama).

La ley 24.240 fija con claridad (art. 52 bis) que es el magistrado quien se encuentra únicamente facultado a aplicar el instituto, ello a través de la siguiente frase: "...el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor...", claro está que nada dice respecto de otro sujeto que sea pasible de llevar adelante la imposición de la sanción pecuniaria disuasiva.

En el caso de la ley 27.442 (art. 64) la misma profundiza el criterio establecido por el estatuto consumeril y esboza que la multa civil "será determinada por el juez competente que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso...", por lo tanto claramente no se deja espacio para la posibilidad de que los jurados arremetan en la imposición de la multa civil, realizando la cuantificación del daño, su determinación e imposición sobre la base de la relación de causalidad o participación del demandado.

Por lo expuesto, la norma procesal chaqueña (ley 3325-B) concede facultades por sobre lo establecido en las leyes de fondo sancionadas por el Congreso de la Nación, al otorgar al jurado la potestad de determinar y cuantificar los daños, punto este último dentro del cual se encuentran los daños punitivos.

Según mi criterio, los jurados dentro de los términos de la normativa adjetiva vigente estarían incapacitados para poder llevar adelante su imposición, puesto carecerían de los atributos previamente reseñados por el derecho sustantivo federal, circunstancia no menor que podría (en etapas recursivas) conllevar la anulación de la condena de daños punitivos.

VII. Conclusión

A modo de conclusión de este breve trabajo, que trata una temática de amplitudes tales que serían propias de una obra de otras dimensiones, se puede decir que:

a) El jurado (más allá de la imposición determinada en la ley procesal local) no se encuentra capacitado para imponer daños punitivos;

b) El jurado carece de capacidad para realizar la cuantificación del daño dentro de los términos del Código Civil y Comercial, siendo esta una tarea propia y exclusiva del magistrado;

c) El jurado carece de solvencia técnica —de conformidad a los requisitos establecidos a nivel constitucional— para fijar la relación de causalidad, la extensión del daño y la imposición de los daños y perjuicios;

d) El jurado no puede ni debe, ello según lo determina la Ley de Defensa de la Competencia [27.442 (art. 64)] y la Ley de Defensa del Consumidor [24.240 (art. 52 bis)] imponer bajo ningún rótulo daños punitivos o multas civiles, por ser una facultad exclusiva de los jueces;

e) El jurado solo debe circunscribir su función a declarar ganador o no a una de las partes, esto dentro de los términos de la ley 3325-B.

(1) Conf. PIZZARO, Ramón D., "Daños Punitivos", en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y PARELLADA, Carlos (dirs.), Derecho de Daños. Homenaje al Profesor Doctor Félix A. Trigo Represas, 2ª Parte, La Rocca, Buenos Aires, 1993, ps. 287 a 337; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "¿Conviene la introducción de los llamados Daños Punitivos en el derecho argentino?", Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Segunda Época, año XXXVIII, nro. 31, 1993, Buenos Aires, 1994, ps. 71 a 128; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "Los llamados daños punitivos son extraños a nuestro sistema de responsabilidad civil", LA LEY, 1994-B, 860; entre otros.

(2) LÓPEZ HERRERA, Edgardo, "Los daños punitivos: Naturaleza. Tipos. Jurisprudencia comparada. Análisis económico. Aplicación al derecho del consumidor", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011 2ª ed., ps. 17 y 18.

(3) FAVIER, Daniela, "Daños Punitivos", Ed., Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2020, 1ª ed., p. 11.

(4) PICASSO, Sebastián, en PICASSO, Sebastián - VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. (dirs.) La Ley de Defensa del Consumidor, comentada y anotada, La Ley, Buenos Aires, 2009, 1ª ed., t. I, p. 593.

(5) PIZZARO, Ramón D., "Daños Punitivos", en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída - PARELLADA, Carlos (dirs.), Derecho de Daños. Homenaje al Profesor Doctor Félix A. Trigo Represas, 2ª Parte, La Rocca, Buenos Aires, 1993, ps. 287 a 337.

(6) Recordemos que la imposición de sanciones debe tener ciertas restricciones, más allá de que particularmente propicie la extensión del daño punitivo en su vigencia a otros casos, pero esto debe ser ejercitado dentro de parámetros preestablecidos por la norma.

(7) GELLI, María Angélica, "Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, 4ª ed., 8ª reimp., ps. 408 a 412.

(8) ROSSI, Jorge O., "Determinación y cuantificación del daño", Ediciones DyD, Buenos Aires, 2018, 1ª ed., p. 37.

(9) QUIROGA LAVIÉ, Humberto - BENEDETTI, Miguel Ángel - CENICACELAYA, María de las Nieves, "Derecho Constitucional Argentino", Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2001, 1ª ed., t. I, p. 450.

(10) IRIGOYEN TESTA, Matías, "Aplicación jurisprudencial de una fórmula para daños punitivos", TR LALEY AR/DOC/3569/2014; IRIGOYEN TESTA, Matías, "Daños punitivos. Análisis económico del derecho y teoría de juegos", JA 2006-II, 1024.

(11) Ver al respecto: CS, "Ontiveros", Fallos 340:1038; CS, "Grippo", Fallos 344:2256; entre otros.

(12) Sin perjuicio de ello, la decisión podrá ser controlada tomando en consideración las instrucciones impartidas por el magistrado, los escritos de demanda, contestación o reconvención si los hubiere y por último el registro de la totalidad de las audiencias.

(13) QUIROGA LAVIÉ, Humberto, "Constitución de la Nación Argentina Comentada", Ed. Zavalía, Buenos Aires, 2012, 5ª ed., p. 101.

(14) Conf. "Rookes vs. Barnard", 1964, AC 1129.

(15) LÓPEZ HERRERA, Edgardo, "Los daños punitivos: Naturaleza. Tipos. Jurisprudencia comparada. Análisis económico. Aplicación al derecho del consumidor", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, 2ª ed., ps. 30 y 31.

(16) "Bivens vs. Six Narcotics Agents", 403 US, 388, 1971.

(17) "Carlson vs. Green", 446 US, 14, 1980; "Smith vs. Wade", 461 US, 30, 1983.

El Fiscal anticorrupción en la Provincia del Chubut ¿Posee inmunidades?

por Mariano Palma

Disponible en: https://www.informacionlegal.com.ar/
Publicado en: JAPatagonia 2023 (noviembre), 5. JA 2023-IV, 703
Cita: TR LALEY AR/DOC/2697/2023
[Consultado el: 07/01/2026]

Sumario

I. Introducción.— II. Las inmunidades en la Constitución Nacional.— III. Facultades de las provincias a la hora del dictado de prerrogativas.— IV. ¿Quién es el encargado de determinar las prerrogativas?— V. ¿Qué criterio fijó nuestro Supremo Tribunal nacional respecto de la determinación de las inmunidades con relación al fiscal anticorrupción?— VI. ¿Los precedentes de la Corte Suprema pueden actuar como limitantes en los casos de inmunidades?— VII. ¿Cuál es la situación en la Provincia del Chubut?— VIII. ¿Es viable el reconocimiento de inmunidades por parte de una provincia a los funcionarios de otra?

I. Introducción

La justicia y el control de la institucionalidad han sido pilares fundamentales de nuestro sistema, previos a la creación del Estado nacional. Desde la conformación de la organización indiana para América por parte de la Corona española (1) se puede atisbar la importancia que se le otorga a dicha institución (2).

Lo cierto es que la justicia como valor y como actuar concreto dentro de una sociedad debe tender a evitar que proceda cualquier tipo de parcialidad, pasión o venganza, teniendo virtualidad suficiente

al punto tal de ser necesaria su existencia para poder llevar adelante el gobierno de las comunidades del mundo.

Esta búsqueda de justicia (como valor), no solo se verá con respecto a los gobernados, sino también desde la óptica del propio Estado, el cual tenderá a la creación de nuevas instituciones jurídicas que tengan como finalidad compensar cualquier tipo de acto de corrupción o de mala administración de parte de quienes se encuentran vinculados a los recursos públicos.

Como bien es sabido, la corrupción no es una situación propia de la actualidad o del Estado moderno, sino que por el contrario su existencia surge en épocas de antaño y se ve subsumida dentro de la propia condición del ser humano.

En sociedades como la romana, los actos de corrupción o ataque al erario público eran sancionados a través de normativas, estas últimas con características limitadas durante la monarquía (3) fueron ampliándose y perfeccionándose durante la República (4) y el imperio (5).

Se puede decir que la responsabilidad del funcionario público ha evolucionado desde los inicios de la humanidad hasta el presente, sin tener ningún tipo de freno o limitación, ahora esta evolución se ve correlacionada con la creación de nuevas instituciones jurídicas que tienen como finalidad tratar de tutelar el patrimonio estatal de forma conjunta a los derechos de los ciudadanos.

Dentro de la cosmovisión fijada en el párrafo precedente es que se crea (6) la Fiscalía Anticorrupción del Estado nacional, como un organismo administrativo que funciona dentro del ámbito del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y cuya finalidad es la "prevención e investigación" de las conductas fijadas en la Convención Interamericana Contra la Corrupción (ley nacional 24.759).

Ya en el caso de la Provincia del Chubut, la situación es disímil, puesto que la Oficina Anticorrupción es creada por la ley I 267, sin perjuicio de ello, la normativa provincial hace referencia a la ley nacional 24.759 a la que suma como base de su actuación la existencia de cualquier tipo de irregularidad funcional o violación a los deberes de funcionario público.

Como puede verse, la función que cumple es vital para el contralor de los intereses estatales, actuando en la Administración Pública centralizada, descentralizada, entes autárquicos, empresas del Estado y sociedades con participación estatal mayoritaria, tendiendo siempre a la transparencia y al cumplimiento de la normativa.

La actividad realizada (de índole administrativa en su mayoría) implica ni más ni menos que la exposición y de manera conjunta de la facultad de hurgar intereses que pueden llegar a afectar a funcionarios en el ejercicio u ocasión de la función o incluso a aquellos que ya hubieran abandonado el puesto.

Es por ello, que tendrá vital trascendencia el instituto de las inmunidades, condición que tanto la Constitución Nacional (CN) como la Provincial establecen para determinado conjunto de funcionarios (ello de conformidad lo fijó el convencional constituyente), que tienen como finalidad evitar la intromisión de los Poderes Públicos en las actividades y funciones por ellos ejecutadas.

En este orden de ideas es que se centrará la tesitura sostenida en el presente trabajo, puesto que tendrá como finalidad establecer si efectivamente el Fiscal Anticorrupción Provincial se encuentra tutelado por los beneficios comentados en el párrafo anterior o si por el contrario es ajeno a dichas circunstancias y por lo tanto se ve desprovisto de estas.

El análisis habrá que centrarlo en aspectos constitucionales esenciales que hacen a la existencia de la Norma Suprema, no solo de índole provincial sino también nacional, ya que de conformidad a lo

pautado por el art. 5º de la CN, la normativa de rango inferior debe ser dictada de conformidad a los parámetros fijados en la Constitución Nacional.

II. Las inmunidades en la Constitución Nacional

La Constitución Nacional es clara y precisa, solo reconoce dos tipos de inmunidades, aquellas de carácter expreso que se dan respecto de cierto grupo de funcionarios públicos y que tienen como finalidad propender a la efectiva ejercitación del sistema republicano y representativo de gobierno, mientras que por otro lado tenemos un grupo de carácter implícito y se dan para ciertos órganos establecidos constitucionalmente por el constituyente.

En sí, la norma suprema nacional distingue dos tipos de inmunidades respecto de las cuales se podrá mencionar a: "la inmunidad de opinión" (art. 68, CN) y la "inmunidad de arresto" (arts. 69 y 70, CN).

Estas prerrogativas, no solo son concedidas a favor de los legisladores (Diputados y Senadores), sino que su vigencia es extensible por determinación del Convencional Constituyente de 1994, al Defensor del Pueblo (art. 86, CN); a los sujetos que integren el Ministerio Público (art. 120, CN); a los jueces federales, aunque no esté explícitamente consagrada (7); y a ciertos integrantes del Poder Ejecutivo nacional que se encuentran en una situación particular (8).

Lo imperioso a destacar es que la Constitución dentro de lo sentado por el Principio de Supremacía Constitucional es la encargada de fijar las pautas para el desarrollo de los parámetros de actuación dentro de los cuales las provincias deberán fijar sus sistemas constitucionales.

De lo dicho ut supra, surge con claridad que la manda establecida por el art. 5º de la CN no es ni más ni menos que una determinación previa de los principios y límites de actuación que debe

contener el régimen provincial (9), esto quiere decir que deberá respetar como "piso" los principios fijados en la Constitución Nacional.

Ahora bien, en cuanto a las inmunidades que encontramos en el régimen nacional, la Norma Suprema habla de inmunidad de arresto (art. 69, CN); inmunidad de opinión (art. 68, CN); inamovilidad en el puesto durante la vigencia del cargo (10).

Estas prerrogativas tienen como finalidad evitar el mal funcionamiento del Sistema de División de Poderes, prohibiendo que un Poder del Estado limite la actuación de otro, generando la posibilidad, por una parte de que los opositores políticos tengan la tutela del ordenamiento en referencia a las críticas que puedan realizar respecto al desarrollo del gobierno de turno, mientras que en contraposición permiten a los integrantes del oficialismo llevar adelante las actividades que crean necesarias para el desarrollo de su plan de gobierno.

Lo que el lector deberá tener en cuenta, en referencia al presente apartado, es que las prerrogativas (o inmunidades) son facultades fijadas por el Convencional Constituyente dentro de la Constitución Nacional, siendo esta la encargada de fijar los parámetros o pisos mínimos que deben respetarse al momento del dictado de las Constituciones Provinciales.

No es aceptable que por una ley del Congreso se produzca la derogación (11), otorgamiento o ampliación de las prerrogativas fijadas por el Convencional Constituyente en la Carta Magna, puesto que dicho órgano está incapacitado para su dictado y otorgamiento (art. 75, CN), en cambio sí puede regular instituciones como el "desafuero", etc.

Lo que se quiere significar, es que el Poder Constituyente Derivado solo le corresponde en su ejercitación al Convencional Constituyente, dentro de los parámetros fijados por la Constitución,

respetando las cláusulas pétreas, los pactos preconstituyentes, los límites ideológicos, los límites jurídicos, los Tratados Internacionales y toda normativa que tienda a regular su funcionamiento —ello en respeto a las pautas fijadas por el Poder Constituyente Originario—.

III. Facultades de las provincias a la hora del dictado de prerrogativas

En principio vale recordar, que las prerrogativas han sido impuestas a fin de posibilitar el ejercicio del poder por parte de los funcionarios de cada órgano. Su existencia obedece a razones de protección del Sistema de División de Poderes y el efectivo cumplimiento de la forma republicana de Estado (12).

Las menciones efectuadas en el párrafo precedente no hacen más que esbozar un análisis histórico de las prerrogativas, suscitando en el lector la posibilidad de comprender los fundamentos que dieron origen a su existencia, aunque bien la Corte Suprema ha dicho que no son absolutos y que pueden tener diversos matices (13).

Como se mencionó previamente, las Provincias son Estados que poseen autonomía en relación con la Nación, pero esta es ejercitada con las limitaciones impuestas a través de la Constitución Nacional, la cual fija las pautas y parámetros básicos de actuación que deben ser respetados dentro de los términos del art. 5º de la CN.

Como bien es sabido, las provincias conservan atribuciones que le son propias, ello en virtud de la Carta Magna Nacional (art. 121, CN) que fija los parámetros a tomar en cuenta a la hora de proceder a la determinación de las facultades de los Estados de grado inferior al Nacional, pero superior al municipal.

Este conjunto de atribuciones, puede ser tanto expreso como tácito en su determinación, lo que nos lleva a concluir que muchas veces las provincias guardarán facultades propias que no son

explícitamente determinadas por la Constitución y otras tantas lo serán de forma clara y concreta.

Es dentro de estos parámetros ya reseñados que debe ser realizado el análisis referente al otorgamiento de prerrogativas a funcionarios públicos provinciales, o sea dentro de lo estipulado como facultades privativas que se encuentran otorgadas por los lineamientos fijados en la Carta Magna provincial por el convencional constituyente.

IV. ¿Quién es el encargado de determinar las prerrogativas?

Como surge de puntos anteriores, las prerrogativas serán determinadas por el Poder Constituyente (ya fuere en su carácter de originario o derivado), esto obedece a la existencia de un sistema de prelación normativa que implica ni más ni menos que la subordinación de un sistema jurídico a pautas implantadas por uno de jerarquía superior.

La Convención Constituyente de cada provincia, será la encargada de elaborar y de determinar las pautas, parámetros de actuación y límites existentes y aplicables con relación a las prerrogativas a otorgar en cada uno de los sistemas provinciales existentes.

Las pautas fijadas por dicho órgano al momento de redactar el sistema no podrán ser suplantadas por lineamientos de las legislaturas (provinciales), por carecer estas últimas de la posibilidad de realizar modificaciones al texto constitucional a través del dictado de leyes provinciales.

Lo mencionado previamente se condice con la doctrina fijada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el famoso precedente "Molinas" (14) (se analizará en profundidad en puntos venideros), donde se establecen pautas claras relativas a las facultades

que poseen los órganos inferiores para la determinación de las inmunidades o la posibilidad de imponer juicios políticos a distintos tipos de funcionarios (sobre este ahondaremos en posteriores puntos).

En el caso de la Provincia del Chubut, la Convención Constituyente de 1994 fijó de manera expresa las inmunidades de los funcionarios desde los arts. 246 a 255 de la Constitución de la Provincia del Chubut, es dentro de este modelo disruptivo que se va a enarbolar y fortalecer la doctrina sentada por la Corte Suprema en sus precedentes.

A modo someramente enunciativo se puede decir que los funcionarios electivos, como aquellos que no lo fueren (siempre claro está, que estemos hablando de aquellos funcionarios determinados por la Constitución Provincial) gozan de inamovilidad en el cargo, además de ello son tutelados con la completa inmunidad en su persona y domicilio, y a esto debe sumársele la inmunidad de opinión.

Vale tener presente que las inmunidades mencionadas en párrafos precedentes cesan en el momento en el cual el funcionario deja el cargo o cuando concurra el desafuero y/o juicio político según fuere la situación ante la cual nos encontremos.

V. ¿Qué criterio fijó nuestro Supremo Tribunal nacional respecto de la determinación de las inmunidades con relación al fiscal anticorrupción?

El interrogante del subtítulo presenta distintas aristas, pero es importante retrotraernos a un antiguo precedente de la Corte Suprema, donde se analizó la cuestión tomando en consideración un caso particular que generó gran revuelo por aquel entonces y que es menester traer a colación en el presente trabajo.

Así, el lector deberá tener en cuenta el precedente "Molinas", donde el actor (Fiscal General de Investigaciones Administrativas) deduce recurso de amparo contra el dec. 265/91 que dispuso su cese

en el cargo, argumentando que dicho decreto lesionaba los derechos y garantías consagrados por los arts. 18, 45, 51 y 52 de la CN. Tanto en primera como en segunda instancia determinaron la nulidad del dec. 265/91 aduciendo la necesidad de que concurriera a juicio político, la inexistencia de una causa que dé razón de ser a la sanción y la falta de un sumario administrativo.

Nuestro Máximo Tribunal realizó un análisis pormenorizado del caso creando los cimientos para la determinación de la asunción de prerrogativas, más aún, yendo más allá posibilitó un análisis hermenéutico del texto constitucional no dejando espacios a interpretaciones ambiguas.

Tal es así, que del propio Considerando Sexto se determina: "Que, en ese orden de ideas, debe señalarse que el Fiscal General no goza de inmunidad en los términos del art. 45 de la CN, porque los únicos magistrados y funcionarios que pueden ser sometidos a juicio político son los que enumera esa norma y una ley de rango inferior no puede crear más inmunidades que las que contiene la Carta Magna; lo contrario implicaría crear otras inmunidades no instituidas por los constituyentes, otorgando una garantía de antejuicio que únicamente puede conferir la Ley Fundamental. A ello se agrega la circunstancia de que el funcionario inicialmente aludido haya sido nombrado con acuerdo del Senado no supone que para su remoción deba aplicarse el procedimiento establecido por el citado artículo 45. Esta interpretación debe mantenerse en el ámbito estricto de la regla constitucional, porque si se admitiese la discrecionalidad del Congreso para determinar de antemano quiénes gozarán del privilegio derivado de ese status hasta que se levante su inmunidad, se vulneraría el principio de igualdad ante la ley, que es derivación directa del sistema republicano adoptado por la Constitución Nacional" (15).

De lo transcripto puede deducirse con claridad que el único órgano facultado para el otorgamiento de prerrogativas o inmunidades es la Convención Constituyente, estando la misma obligada a plasmarlo en el texto de la Constitución (nacional o provincial según

fuere el caso o incluso municipal —cuando hablemos de cartas orgánicas—), de no ser así, se entenderá que estas no existen, puesto como bien dijo la Corte, implican una vulneración al Principio de Igualdad ante la Ley y al Sistema Republicano de Gobierno.

VI. ¿Los precedentes de la Corte Suprema pueden actuar como limitantes en los casos de inmunidades?

Al realizar un análisis de los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de cómo estos actúan con relación a los tribunales inferiores, se genera la inevitable circunstancia de que el lector se tope con precedentes que hacen exclusiva referencia a la situación que ventilamos en este punto.

Por un lado, debemos tomar en consideración los lineamientos fijados en el precedente "Cerámica San Lorenzo" (16), fallo que se pronuncia respecto de la obligatoriedad de las sentencias de nuestro Máximo Tribunal para con los tribunales de grado inferior.

Por otro lado, vale recordar —y sobre todo en casos de Derecho Público— que los lineamientos fijados en el precedente "Lopardo" son de una envergadura tal, que el intérprete de la norma, no podrá dejarlo de lado, es por ello, que comparto el siguiente extracto de dicho fallo: "A pesar de la autoridad de que están investidos y el respeto que merecen los precedentes de la Corte, en cuanto Tribunal Supremo de la Nación toda, y las razones de economía procesal, certeza y seguridad jurídicas que aconsejan la conveniencia de tender a la uniformidad de la jurisprudencia —en la medida de lo prudente y dentro de la ineludible variedad de las circunstancias de tiempo y lugar— ha de reconocerse que los precedentes del Tribunal carecen de fuerza general legalmente vinculante para los tribunales locales en materia de derecho público local, en virtud de lo dispuesto en los arts. 67, inc. 11, 100, 104 y 105 de la CN. El hecho de que dichos tribunales y los nacionales de la Capital Federal puedan apartarse fundadamente de aquellos precedentes no es, a pesar de algunos inconvenientes que de ello

pudiera derivar, sino una consecuencia necesaria del sistema federal adoptado en la Carta Magna y específicamente en los artículos citados" (17).

Así, lo sentando por dos grandes precedentes que continuamente son tratados en distintas áreas académicas y vinculados a diversas temáticas, en el caso propio de las inmunidades considero que dichos fallos no deberán ser tenidos como pautas rectoras que determinen el actuar del jurista.

Para sustentar lo esgrimido ut supra, debemos tener en cuenta que lo que se encuentra en juego no es ni más ni menos que el Sistema Republicano de Gobierno y con ello la responsabilidad del funcionario público, sin perjuicio de la tutela que el art. 16 de la CN —derecho de igualdad— reconoce a la totalidad de los habitantes de la Nación, siendo pautas irrenunciables que ni siquiera el más desorientado jurista podrá dejar de lado.

Dentro de este posicionamiento doctrinario, el precedente "Molinas", tendrá plena vigencia, aun en el caso de encontrarnos en presencia de un hecho que surja a nivel provincial adecuándose a dicha normativa, en una palabra, lo que se pretende significar como se lo hizo a lo largo del presente, es que únicamente la Convención Constituyente puede otorgar inmunidades/prerrogativas a los funcionarios.

VII. ¿Cuál es la situación en la Provincia del Chubut?

La Provincia del Chubut tiene un sistema particular que presenta ciertas peculiaridades, es así como a través de la Ley I 267 (ex ley 5130) crea la Oficina Anticorrupción como organismo integrante de la Legislatura Provincial, cuya finalidad es la de velar por la prevención e investigación de las conductas comprendidas dentro de la Convención Interamericana contra la Corrupción (ley nacional 24.759), así como también todo tipo de irregularidad y violación a los deberes de funcionario público.

A través de la ley provincial, comentada en el párrafo superior, se demarca su ámbito de actuación siendo encuadrado dentro de los entes centralizados, descentralizados y autárquicos, sociedades del Estado y sociedades con participación estatal mayoritaria.

En lo que a este trabajo compete es de vital trascendencia lo establecido por la conjugación de los arts. 6º y 7º, en donde se determina como procedimiento aplicable para la destitución del Fiscal Anticorrupción el juicio político (se encuentra legislado en la Parte Segunda, Título I, Sección IV del Capítulo I de la Constitución Provincial), esto quiere decir que la Legislatura a través de una ley equiparó a un nuevo funcionario por ella creado con aquellos fijados en el texto constitucional por el Convencional Constituyente.

Es más, siguiendo la línea, se le otorga inamovilidad durante el ejercicio de sus funciones, pero siendo esta dada por la simple decisión del legislador, es por ello de conformidad a lo que vengo sosteniendo el Fiscal Anticorrupción no puede ni debe ser equiparado a los demás funcionarios que constitucionalmente se encuentran sometidos en cuanto a su remoción al procedimiento del juicio político.

El precedente "Molinas" —tratado previamente— fija con claridad y certeza los parámetros para la determinación de quienes deben ser los funcionarios sometidos a juicio político dentro de la estructura nacional, ahora bien, dicho principio —como también se analizó previamente— obedece a la necesidad de tutelar el Sistema Republicano de Gobierno y el Principio de Igualdad ante la Ley.

Con fundamento en los pilares jurídicos enunciados en el párrafo precedente, es que los tribunales locales no podrán apartarse del decisorio efectuado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN, Fallos: 314:1091), pues lo que se encuentra en juego es la esencia del sistema organizativo nacional y los principios con base a

los cuales se fijó el contrato de convivencia por parte de la sociedad que en la actualidad llamamos Constitución.

En resumidas cuentas, y dicho de otro modo, el Fiscal Anticorrupción Provincial carece de todo tipo de inmunidad establecida en la Constitución para otros funcionarios, por no estar previamente determinado por el constituyente en el texto de la norma suprema.

Por último, en cuanto al problema de su remoción, vendría a estar dado por la propia Legislatura, siendo esta la encargada de llevar adelante la remoción del Fiscal Anticorrupción, con la mayoría agravada de dos tercios (2/3) del total de sus miembros, cantidad requerida para el desafuero (18).

VIII. ¿Es viable el reconocimiento de inmunidades por parte de una Provincia a los funcionarios de otra?

La Ley provincial chubutense V 18 (art. 1º) genera un peculiar sistema de reconocimiento de inmunidades a funcionarios de distintas provincias. Así el artículo primero establece: "Reconócese en todo el territorio de la Provincia del Chubut, los privilegios e inmunidades consagradas en los arts. 246, 247, 248, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 255 de la Constitución Provincial, a los Gobernadores, Vicegobernadores, Legisladores y Magistrados del Poder Judicial de todas las provincias argentinas y a todos aquellos funcionarios que por sus respectivas constituciones provinciales gocen de las mismas prerrogativas fueros o inmunidades".

La norma comentada previamente incurre en un craso error jurídico, siendo inconstitucional, puesto es la Constitución Nacional, la que a través de su plexo normativo (art. 5º, CN) reconoce la viabilidad del sistema republicano dentro de los distintos sistemas provinciales, por lo que se entiende que las provincias jamás podrían garantir el conjunto de prerrogativas o inmunidades otorgado por otra

provincia a sus funcionarios, por serle una facultad que les excede y que fuera otorgada oportunamente a favor de la Nación.

El tema en cuestión fue tratado en el año 1914 en el famoso leading case "Tabernera", al respecto corresponde poner en conocimiento el siguiente extracto: "Entre los privilegios parlamentarios, la Constitución Nacional consagra el de exención de arresto y el previo desafuero en el procesamiento criminal, en favor de los miembros del Congreso, sin que se encuentre en ella disposición alguna que autorice a dar a los privilegios con que las Constituciones provinciales invisten a los miembros de sus legislaturas, la misma eficacia y alcance de aquéllos en todo el territorio de la República. El privilegio del previo desafuero en proceso criminal contra el legislador de una provincia no es inherente o esencial al sistema representativo republicano. Bajo las condiciones que expresa el art. 5º de la CN, el gobierno federal, garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones, pero ello debe entenderse, dentro del orden provincial respectivo y sin extender el imperio de las instituciones de una al territorio de otra. La disposición del artículo 8º de la Constitución Nacional se refiere a los privilegios e inmunidades inherentes al título de ciudadano argentino, únicos que ella reconoce y a quienes acuerda iguales prerrogativas y derechos, cualquiera que sea el punto de la Nación en que se encuentren" (19).

Por lo expuesto, es que debe interpretarse que el reconocimiento efectuado por la ley V 18 (art. 1º) carece de total validez, que la norma es inconstitucional en la totalidad de su articulado por resultar incorrecto e imposible el reconocimiento de prerrogativas e inmunidades a funcionarios de otras provincias dentro del territorio de chubutense.

(1) La Corona española se sienta sobre la base del Derecho Romano y la religión Católica Apostólica Romana, confluyendo ambas posiciones en criterios concretos comunes que permitieron generar un desarrollo propio en dicho ámbito de actuación.

(2) Conf. ZORRAQUÍN BECÚ, Ricardo, "La función de la justicia en el derecho indiano", Apartado de la Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, tercera época, año III, Buenos Aires, 1948, p. 14.

(3) El Rey era considerado la máxima autoridad en materia criminal, sobre quien recaía la facultad de condenar, teniendo la ayuda para el cumplimiento de dicha función de los duoviri perduellionis y los quastores parricidii. El Rey apelaba más que nada a la costumbre, pero también fundaba sus decisiones en las leyes regias.

(4) Durante la República surgieron nuevas organizaciones estatales como: Las colonias, los municipios y las provincias; todos estos requerían de un nuevo sistema de control, que tuviera por finalidad la vigilancia e inspección de las actividades realizadas por los funcionarios públicos. Así es como podemos mencionar a modo meramente ejemplificativo la aparición del crimen repetundarum, la Lex Calpurnia de Pecunia Repetundis, Lex Sempronia Iudiciaria, Lex Servilia Repetundis, Lex Livia Iudiaria, Lex Lulia Repetundarum, siendo el máximo referente normativo la Ley de las Doce Tablas.

(5) Una de las características principales del imperio es el arancelamiento de la función pública (traducido, funcionarios públicos pagos), pero con respecto a lo tratado en el presente trabajo tendrá virtualidad insoslayable la creación de nuevas instituciones jurídicas como la Concussio, el Crimen Repetundarum y el Código Teodosiano.

(6) Dec. 102/1999.

(7) QUIROGA LAVIÉ, Humberto - BENEDETTI, Miguel Ángel - CENICACELAYA, María de las Nieves, "Derecho Constitucional Argentino", Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2001, 1ª ed., Tomo II, ps. 1173 y 1174.

(8) Vale tener presente que los Ministros al igual que el Jefe de Gabinete (imperiosa lectura merece el voto en disidencia del Dr. Fayt en el precedente "Cavallo" —Fallos 321:2617)—, gozan de la inmunidad de opinión cuando sean convocado —o concurran por propia voluntad— por alguna de las Cámaras del Congreso de la Nación, misma situación se repite con respecto al Vicepresidente (actuando como Presidente del Senado —art. 57 CN—).

(9) Conf. KELSEN, Hans, "Teoría pura del derecho", Ed. Eudeba, Buenos Aires, 2003, 4ª ed., 2ª reimp., p. 113.

(10) Debe tenerse en cuenta que el funcionario puede ser removído a través del juicio político, siempre que este fuere el procedimiento determinado por la Constitución.

(11) Un caso que generó gran revuelo fue el de la ley 25.320 encargada de regular el desafuero, instituto que se encontraba legislado por los Códigos de rito, manteniendo su vigencia respecto de los pedidos realizados tanto por jueces provinciales, nacionales, federales o de la Ciudad de Buenos Aires.

(12) ARMESTO, Diego H., "inmunidades parlamentarias y su actualidad", en Sup. Act., TR LALEY AR/DOC/2040/2014, p. 1.

(13) CS, Fallos: 119:291, TR LALEY AR/JUR/14/1914.

(14) CS, Fallos: 314:1091, TR LALEY AR/JUR/1286/1991.

(15) CS, Fallos: 314:1091, TR LALEY AR/JUR/1286/1991.

(16) CS, Fallos: 307:1094, TR LALEY AR/JUR/1595/1985.

(17) Conf. CSJN, Fallos: 304:1459, TR LALEY AR/JUR/391/1982.

(18) PALMA, Mariano, "El funcionario Chubutense y su responsabilidad", Ed. Argenta, Buenos Aires, 2023, 1ª ed., ps. 253 y 254.

(19) CS, Fallos: 119:291, TR LALEY AR/JUR/14/1914.

El juicio por jurados en la Provincia de Santa Fe. ¿Un nuevo proceso de orden provincial?

por Mariano Palma

Disponible en: https://www.informacionlegal.com.ar/
Publicado en: DPyC 2024 (septiembre), 124.
Cita: TR LALEY AR/DOC/1997/2024
[Consultado el: 07/01/2026]

Sumario

I. Introducción.— II. El juicio por jurados en la Constitución Nacional y Provincial.— III. El juicio por jurados en las provincias.— IV. Características propias del proceso santafesino.— V. Prórroga de la jurisdicción.— VI. El fiscal y/o el querellante ante el veredicto absolutorio del jurado.— VII. Responsabilidad de daños y juicio por jurados.— VIII. Conclusiones.

I. Introducción

El pasado jueves 4 de abril de 2024 tuvo lugar la publicación en el boletín oficial de la provincia de Santa Fe de la ley 14.253 "Juicio por Jurados". Dicha normativa viene a significar la incorporación del instituto procesal al ámbito penal, si bien fueron varios los intentos previamente realizados para obtener una norma que rigiera el instituto, es recién con la nueva integración del gobierno que el tan mentado objetivo fue logrado.

La provincia de Santa Fe (1) ha estado ligada desde 1853 al proceso de juicio por jurados, ello como consecuencia de ser la sede de la Convención Constituyente que daría origen a la Constitución Nacional, por lo que históricamente no puede ser escindida del instituto respecto al cual me voy a referir en el presente artículo.

El sistema de juicio por jurados ha venido evolucionando en los últimos años a pasos agigantados, si bien la norma suprema obliga al Congreso al dictado de una ley referida al proceso en cuestión, fueron las jurisdicciones provinciales las que avanzaron sobre dicha temática de forma previa a la nación.

Este avance no ha sido en solitario, sino que por el contrario surge a través del cambio del sistema procesal mixto a uno netamente acusatorio, donde la oralidad y la intermediación son vitales para su existencia, permitiendo de esta manera, la participación directa de la ciudadanía en los procesos penales más ríspidos.

Hay corrientes doctrinarias que consideran que estos nuevos procesos vienen a asegurar la participación ciudadana (2) dentro del Poder Judicial en donde hasta no hace mucho solo se podía tener injerencia de manera indirecta en la elección de los magistrados a través del Consejo de la Magistratura. Por otro lado, hay quienes consideran que los juicios por jurados si bien son constitucionales por estar dentro del plexo normativo de la Constitución Nacional, deberían operar a través de un sistema mixto con jueces probos y no ser impuestos a las provincias puesto estas tienen competencias no delegadas a la nación siendo una de ellas la de dictar su propio código de procedimientos.

Más allá de los distintos posicionamientos respecto del instituto y su forma de aplicación práctica, lo cierto es que este ya rige en doce [12] provincias y que lejos está de ser un sistema en repliegue.

Con lo dicho, Santa Fe se incorpora a las provincias que regularon la institución presentando para su aplicación una intervinculación normativa (tanto con normas de índole provincial como nacional) ciertas particularidades que serán oportunamente analizadas.

II. El juicio por jurados en la Constitución Nacional y Provincial

El proyecto de Constitución de Alberdi carecía (3) de una mención expresa al juicio por jurados, es la Convención Constituyente (4) la encargada de incorporar el instituto al plexo constitucional de 1853, a través de los arts. 24, 64 inc. 11 y 99, contraviniendo en cierta forma el sistema continental al cual estábamos y estamos adecuados (5).

La vigencia de tal institución dentro de nuestra norma suprema obedece a tratar de fomentar la participación de la sociedad dentro de las decisiones del Poder Judicial, contribuyendo en parte a lo que se considera como democracia social.

Durante la reforma a la Constitución Nacional en 1994, los artículos referidos al juicio por jurados no fueron modificados ni eliminados por el convencional constituyente, de hecho, los textos se mantuvieron en los arts. 24, 75 inc. 12 y 118 de la actual norma suprema.

Si bien, tanto el art. 24 como el art. 75, inc. 12 implican mandas constitucionales para el Poder Legislativo Federal, es el art. 118 quien viene a limitar la institución solo para aquellos procesos de índole penal ("criminal ordinario"), no haciéndose mención alguna al proceso civil (6), circunstancia no menor que deberá ser observada por las distintas jurisdicciones locales al momento de legislar sobre la cuestión.

En sí, lo que vale destacar a nivel constitucional son las distintas posturas que pueden surgir según sea la interpretación que se efectúa sobre la validez del instituto jurídico, así quienes se posicionan a favor suelen fundar su tesitura en que la participación ciudadana surge del sistema republicano amparado en el art. 1º, sacando validez del principio de "afianzar la justicia" propio del preámbulo de la Constitución Nacional, es más consideran que al estar inserto en la

primera parte de la norma suprema, debe ser considerado un derecho-garantía (del imputado) incluso como una parte integrante del debido proceso, quienes se posicionan en contra suelen recurrir al principio de que el "pueblo no delibera ni gobierna, sino a través de sus representantes", y en el caso estaría tomando intervención directa en funciones propias de un Poder del Estado, contraviniendo de esta manera dicho principio básico.

En el caso de las provincias, se considera que estamos en presencia de una facultad no delegada a la Nación (7) y por lo tanto propia de estas (8), ya la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha pronunciado al respecto en el famoso precedente "Canales" (9), donde validó la facultad de dictar sus propias leyes procesales a la Provincia de Neuquén.

De acuerdo a lo mencionado, la ley 14.253, tiene plena vigencia y validez, incluso esta encuentra su fundamentación constitucional a nivel provincial en el art. 9° in fine de la norma suprema local y en el Código de rito penal (arts. 4° y 44).

De esta manera será imposible objetar la facultad de la Provincia de Santa Fe de dictar su propia normativa referida al juicio por jurados, sin perjuicio de ello habrá que observar ciertas particularidades que presenta el proceso que pueden llegar a vulnerar los derechos de la víctima, ello en la excesiva tutela que posa sobre los hombros del victimario y que en muchas ocasiones conlleva a resoluciones judiciales que no son toleradas por la ciudadanía, en este caso será de vital importancia la posibilidad de revisión del veredicto en base a su razonabilidad (10), dando así lugar a una amplia facultad recursiva, situación que en la actualidad no surge de la norma.

Ahora bien, la constitucionalidad de la institución es inobjetable, aquellos que consideran que nos encontramos en presencia de un instituto foráneo y ajeno a nuestras prácticas habituales no toman en consideración que la Constitución Nacional hace mención concreta a los juicios por jurados desde 1853, no

habiendo el Congreso Nacional legislado al respecto y por dicha omisión el proceso no es de aplicación histórica, sin perjuicio de ello, como mencioné previamente, la llegada de los procesos acusatorios adversariales ha venido a traer consigo mayores posibilidades de vigencia del juicio por jurados.

En lo particular considero que las críticas que puedan recaer sobre el proceso de juicio por jurados no deben observarse en la constitucionalidad de la institución, sino por el contrario en la capacidad recursiva, en las características del veredicto (11), en la composición del jurado y en los gastos que implica para el Estado su aplicación.

III. El juicio por jurado en las provincias

El proceso de juicio por jurados ha quedado relegado al dictado de la normativa local como consecuencia de la omisión del Congreso Nacional en el cumplimiento de las mandas constitucionales (12).

Dentro de los distintos ordenamientos provinciales encontramos diversas disposiciones tanto a nivel de constituciones provinciales, códigos procesales penales y leyes específicas sobre el proceso de juicio por jurados.

A continuación, analizaremos la situación en cada una de las jurisdicciones: tanto Tierra del Fuego como Santa Cruz carecen de disposiciones específicas sobre el juicio por jurados tanto en sus constituciones provinciales, como en los códigos procesales penales.

En el caso de Chubut, la Constitución hace mención concreta en los arts. 135 inc. 27, 162, 171 y 172, el Cód. Proc. Penal (ley XV 9) también se refiere al instituto (13) y además de ello posee la ley XV 30 de juicio por jurados.

Rio Negro hace referencia a la institución en el art. 197 de su carta magna provincial, teniendo normativa específica sobre el juicio por jurados (leyes 5020 y 5192).

En el caso de Neuquén la Constitución Provincial no hace mención concreta al juicio por jurados, hay que remitirse a la ley 2784 (14) para hallar normativa específica sobre el tema.

La Pampa no contiene disposiciones referidas al juicio por jurados en su Constitución Provincial, es el Cód. Proc. Penal (ley 3192) quien en su artículo primero sostiene que es la legislatura la encargada de legislar sobre el juicio por jurados, careciendo a la fecha de normativa referenciada al proceso.

La Provincia de Buenos Aires no posee una norma concreta dentro de su constitución que haga referencia al juicio por jurados, ahora bien, sí se encuentra normativamente legislada a través de la ley 14.543 (que fue modificada por la ley 14.589).

Córdoba, provincia pionera, posee en su Constitución provincial el art. 162, la ley 9182 y la ley 8123 (15).

San Luis en su Constitución provincial hace referencia exclusiva en los arts. 191 y 215, y su Cód. Proc. Penal (ley VI 152) hace referencia al juicio por jurados en su art. 238, requiriendo una ley especial que aún no posee.

Por su parte Mendoza, si bien carece de un artículo a nivel constitucional que haga referencia al juicio por jurados, posee la ley 9106 que articula la institución.

San Juan, no posee mención expresa al juicio por jurados en su Constitución Provincial, sin perjuicio de ello, es el Cód. Proc. Penal (ley 1851) (16) el que regula al juicio por jurados.

Catamarca, no tiene una norma a nivel constitucional referida al proceso por jurados, pero sí se hace mención en el Cód. Proc. Penal (17) (ley 5097) y en la ley especial que regula la institución (ley 5719).

La Rioja solo posee el art. 144 de su Constitución Provincial, haciendo referencia exclusiva a dicho proceso.

Salta, Jujuy y Formosa carecen de todo tipo de referencia al juicio por jurados, tanto a nivel constitucional, como en los restantes escalafones de la pirámide jurídica.

Tucumán a nivel constitucional carece de normativa, es el Cód. Proc. Penal (ley 8933) (18) el encargado de legislar sobre la temática.

Santiago del Estero hace referencia al juicio por jurados en su carta magna a través del art. 184.

El caso de Chaco es único en el país puesto si bien carece de regulación constitucional, posee doble regulación legal, tanto para el proceso penal (ley 2364-B - ex. 7661), mientras que en materia civil se rige por la ley 3325-B.

Corrientes (art. 178) y Misiones (art. 12) solo hacen mención al juicio por jurados en sus constituciones provinciales, careciendo de normativa de índole inferior que haga referencia a la institución.

Entre Ríos, posee la ley 10.746 que se dedica exclusivamente al juicio por jurados, a su vez la Constitución Provincial refiere al proceso por jurados en los arts. 122 inc. 23 y 186.

En el caso de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el juicio por jurados se encuentra reglamentado a través de la ley 6451, mientras que se encuentra legislado en los arts. 81 y 106 de su norma suprema.

IV. Características propias del proceso santafesino

La primera característica que debemos observar es la base fáctica de aplicación respecto de la cual hace una mención de índole taxativa el segundo artículo (19) de la ley 14.253, incluyendo dentro de la enunciación a los homicidios calificados, abusos sexuales seguidos de muerte, robo calificado por homicidio y aquellos donde el personal policial o penitenciario hubiera actuado en situación de enfrentamiento, incluso encontrándose en retiro o franco de servicio, estos delitos también serán acompañados por aquellos que fueran juzgados en grado de tentativa, en cualquier forma o grado de participación, como así también los delitos conexos o cuyo juzgamiento fuere unificado.

El proceso presenta una particularidad (que también se da en otras provincias) que es la posibilidad de que el acusado solicite la renuncia a ser juzgado por el jurado siempre y cuando esta fuera aceptada por la fiscalía.

En cuanto a la integración del jurado, este será integrado por doce [12] miembros y dos [2] suplentes, en todos los casos se deberán observar el cumplimiento de la paridad de género entre varones y mujeres, sin perjuicio de que en lo particular considero oportuno que el juez al momento de brindar las instrucciones al jurado (20) lo haga con perspectiva de género (21) teniendo en consideración que los mismos actuarán como funcionarios públicos (22)(23) al momento de llevar adelante dicho deber cívico por lo que tendrán que cumplir con la "Ley Micaela" (24).

Las condiciones para ser jurado están determinadas en el capítulo II, siguiendo el orden de ideas vertido en el párrafo precedente se puede mencionar que el cumplimiento de la función constituye un derecho/deber, por lo tanto es una carga pública para quienes reúnan las condiciones determinadas en la normativa, vale tener presente que las listas de personas a integrar los jurados serán elaboradas a partir de los padrones electorales a través de un sorteo

realizado en una audiencia bianual por la lotería de la Provincia de Santa Fe.

La función esencial del jurado será la emisión de un veredicto según su "leal saber y entender" sin expresión de los motivos pero tomando en consideración la prueba vertida durante el proceso, por ello este actuará de manera independiente al juez o cualquier tipo de intromisión que pudieran tener de las partes, llevando adelante la deliberación de forma secreta —garantizando así la libertad e independencia—, es por ello que la elección de los integrantes deberá realizarse a través de un sorteo (una vez que esté firme la designación del juez) en donde se convocara a las partes a presenciar la audiencia, en cuyo caso se podrá solicitar el envío de un cuestionario a cada uno de los jurados con el fin de observar las características de los mismos (las respuestas deben ser entregadas a las partes antes de la audiencia de selección).

Cabe mencionar que en la audiencia de selección de los jurados (la cual será moderada por el juez), las partes podrán realizar todo tipo de preguntas que tengan como finalidad evitar parcialidades a la hora de dictar el veredicto, en cuyo caso, se podrán realizar las recusaciones con causa (son ilimitadas) y sin causa, en el caso de estas últimas solo podrán realizarse cuatro [4], circunstancia vital, puesto si las mismas fueran ilimitadas y estuviéramos en presencia de un abogado hábil (ya fuere de la defensa o la fiscalía), este podría conformar el jurado a su antojo formando de antemano una gran posibilidad de veredicto absolutorio o acusatorio según fuere el caso.

En cuanto al debate, la norma no presenta muchas diferencias respecto de las restantes jurisdicciones, el juez penal, será quien ejerza las facultades de "dirección, policía y disciplina", este será el encargado de tomar juramento a los doce [12] jurados titulares y a los dos [2] suplentes —quienes deberán presenciar el debate—, culminada la formalidad se declara abierto el juicio, el juez da las instrucciones referidas a como se desarrollará el proceso, qué es y no

es prueba, los delitos por los que se juzga al acusado y los principios constitucionales básicos.

Una vez cumplido con los requisitos establecidos en el párrafo precedente el juez comunicará al imputado lo que va a suceder y paso seguido la parte acusadora iniciará los alegatos de apertura, a lo que continuará la defensa, para luego producirse la prueba (la cual mantendrá el mismo orden que el de los alegatos, salvo pacto en contrario), todo el proceso debe realizarse en audiencias públicas que mantendrán su continuidad hasta la clausura de este.

Los jurados deberán denunciar cualquier tipo de presión o violencia a la que fueren sometidos, pudiendo el juez disponer medidas de protección especiales a fin de garantizar la seguridad e imparcialidad.

Finalizado el debate, las partes realizan los alegatos de clausura, culminados estos el juez invita a retirarse a los jurados de la sala y celebra una audiencia con los abogados de las partes a fin de que presenten sus propuestas de veredicto e instrucciones, el juez debe confeccionar un formulario con las propuestas que serán obligatoriamente utilizadas por el jurado.

El juez hace ingresar al jurado a la sala de audiencia, imparte las instrucciones pertinentes para completar el formulario de veredicto, debiendo este último ser unánime (salvo casos de excepción donde se requerirá una mayoría agravada de diez votos) y leído en voz alta por el portavoz del jurado a solicitud del juez.

El veredicto declarará culpable o no culpable por razón de inimputabilidad, o podrá declararlo culpable sin ningún tipo de fundamentación, solo se debe indicar el delito o grado por el cual este debe responder, también podrá declarar al acusado culpable por cualquier delito de índole inferior.

V. Prórroga de la jurisdicción

El cuarto [4] artículo de la ley 14.253, fija las pautas referidas a la jurisdicción territorial donde los individuos deberán ser electos para integrar el jurado.

El principio general establece que será dentro de la circunscripción judicial en la cual se hubiera cometido el hecho el lugar de realización del juicio por jurados (con la elección de estos).

Ahora bien, en el caso de que estemos en presencia de un hecho que hubiera generado gran conmoción social dentro de la jurisdicción donde se realizará el juicio a fin de garantizar la "imparcialidad" del jurado, el acusado podrá solicitar al juez el cambio de jurisdicción y este mediante resolución fundada estará facultado para concederlo.

En principio la norma pareciera tener cierta razonabilidad si es analizada desde el punto de vista de la tutela irrestricta de los derechos del imputado que durante los últimos años vino marcándose de forma efusiva por la llamada doctrina garantista (aunque en realidad son abolicionistas) (25), pero vista la situación desde otro paradigma podríamos decir que se afectan derechos inalienables, tanto de la víctima, como de los miembros que integren el jurado.

En principio, no se establecen de manera objetiva las pautas para determinar cuándo estamos en presencia de un hecho que hubiere conmocionado a la sociedad, por lo tanto, al no tener parámetros el imputado podrá solicitar el cambio de jurisdicción y de esta manera lograr que el caso sea decidido por ciudadanos de otra comunidad.

En segundo orden, se genera una violación al art. 18 CN, cuando hace referencia al juez natural, puesto por más resolución fundada que exista de un magistrado autorizando el cambio de jurisdicción, se lleva adelante una modificación de los ciudadanos que

por ley deben integrar el jurado de acuerdo a su domicilio, por lo tanto, habría que analizar hasta qué punto no estaríamos en presencia de la creación de fueros personales o comisiones especiales. Recordemos que la participación de los ciudadanos dentro del jurado no solo es un deber, sino también un derecho, puesto posibilita la intervención dentro de las decisiones adoptadas por el Poder Judicial.

Por otro lado, se limita a la parte acusadora (fiscal o querellante) respecto de la resolución tomada por el juez, ya que con relación a esta se verán imposibilitados de interponer recurso alguno, generándose de esta manera una violación directa a los Tratados Internacionales con Jerarquía Constitucional del art. 75 inc. 22 CN que habilitan a la interposición de recursos. Vale tener presente, que la situación no es menor puesto se está cambiando la jurisdicción territorial para la elección de los jurados sin posibilidad de revisión por parte de una segunda instancia.

Lo referido en el párrafo precedente considero que es vital, puesto hace a los derechos de la víctima tan dejados de lado en los últimos tiempos.

Una situación que se asemeja a la presente es la que ocurre en el caso del juicio por jurados legislado en la Provincia del Chaco en donde la ley 2364-B (ex 7661), en su artículo cuarto [4] obliga a que el jurado se conforme con integrantes de distintas comunidades aborígenes según fuera la etnia a la que pertenece el imputado, situación que genera una violación directa al derecho de igualdad ante la ley (art. 16 CN).

VI. El fiscal y/o el querellante ante el veredicto absolutorio del jurado

Se presenta una situación que se da en el marco del art. 85 de la ley 14.253 y que es básicamente cuando nos encontramos en presencia de un veredicto absolutorio, en dicho caso tanto el fiscal como el querellante se ven impedidos de interponer recurso alguno

frente a la decisión del jurado o la sentencia absolutoria cuando no se reunieren las mayorías necesarias, salvo los casos de excepción enumerados en la norma que tienen lugar cuando el acusador demuestre que la decisión del jurado fue producto de soborno, amenaza o coacción tanto de los integrantes del jurado como de sus familiares.

La particularidad que presenta el caso no es menor, puesto se limitan derechos constitucionales esenciales que dan base al debido proceso legal adjetivo y que se encuentran amparados no solo en la parte dogmática de la Constitución Nacional, sino también en los Tratados Internacionales con Jerarquía Constitucional (26).

Tal es así que los jurados podrían llegar a un veredicto absolutorio, como consecuencia de un error involuntario en los lineamientos dados por el juez (27) en la oportunidad que estos tengan que ser llamados a deliberar.

Otro aspecto que deberá tenerse en cuenta es que los individuos que integran el jurado al momento de emitir el veredicto lo hacen como funcionarios públicos en cumplimiento de una actividad reglada, dicha resolución (por más que fuere absolutoria) no puede ser absoluta e irrevocable, limitada solamente por los casos de excepción que contempla la norma de forma taxativa.

En lo particular considero que un acto procesal que conlleva ni más ni menos que la libertad del acusado no puede ser irrecurrible y tornarse en cosa juzgada, vale tener presente dos aspectos, en principio el acusado llega al juicio porque existe una investigación penal previa, donde se busca obtener la mayor cantidad de elementos probatorios que puedan fundar una sentencia condenatoria, por otro lado los distintos códigos procesales penales ponen el foco de manera exclusiva en los derechos del imputado olvidando la existencia de las víctimas, sin perjuicio que estas actúen como querellantes o no.

Lo cierto es, que la irrecurribilidad del veredicto absolutorio o la sentencia implicarán la violación de derechos constitucionales básicos que hacen a la contraparte del proceso, vale tener presente (sin perjuicio que estemos hablando de otra rama del derecho público) lo dictaminado por la Corte Suprema de Justicia en el precedente "Fernández Arias" (28), en donde se estableció la posibilidad de interponer recursos frente a las decisiones finales de los órganos administrativos.

VII. Responsabilidad de daños y juicio por jurados

Con respecto a la responsabilidad de los integrantes de los jurados populares por sus veredictos, pocas son las normas que tratan dicho tema en las distintas legislaciones provinciales que se mencionaron en puntos anteriores.

Al respecto, vale rescatar lo estipulado por los arts. 6° y 7° de la ley 14.253, donde se fijan ciertas pautas que deberán ser tenidas en consideración a la hora de iniciar un posible juicio de daños y perjuicios por mala praxis de los jurados.

En los casos donde el juez dicta resoluciones arbitrarias o contrarias a derecho puede ser denunciado ante el Consejo de la Magistratura y sometido a un Tribunal de Enjuiciamiento para ser destituido de la función (ello sin perjuicio de la responsabilidad civil que le corresponda asumir).

En referencia a la calidad del jurado, considero que cada uno de los integrantes del jurado popular deberá ser tenido como un funcionario público dentro de los términos del art. 77 del Cód. Penal, el cual es claro al establecer que "[p]or los términos funcionario público y empleado público, usados en este código, se designa a todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente".

La cuestión no es menor, puesto dependiendo de la jurisdicción dónde nos encontremos, el proceso de daños podrá estar regulado en el ámbito del Derecho Administrativo o Civil, teniendo en consideración las pautas fijadas para la responsabilidad del funcionario público por los daños y perjuicios que ocasione, todo ello sin perjuicio de la responsabilidad que le corresponda al Estado.

Debemos tener presente, que en la mayoría de los casos locales, lo que se juzgan son delitos de importante gravedad, que conllevan como pena muchos años de prisión y en donde por motivos de la dinámica propia de este tipo de procesos ("show" expositivo tanto de la defensa como de la fiscalía) los jurados pueden tratar de ser convencidos (29) (también debe tenerse en cuenta el avance tecnológico en el ámbito de la criminalística) de situaciones u acontecimientos que quizás no sean como se los presentan, debiendo distinguir con claridad las circunstancias del caso, para arribar a una solución loable con la normativa vigente (situación que es más difícil que acontezca en el caso de jurados mixtos).

VIII. Conclusiones

Analizando la normativa y teniendo en vista las demás normas sobre juicio por jurados existentes en el país, se puede arribar a las siguientes conclusiones:

a. Si bien considero que "el pueblo no delibera ni gobierna, sino a través de sus representantes", la norma suprema a nivel nacional desde su puesta en vigencia se pronunció respecto de la existencia de jurados y la necesidad de la regulación del sistema en procesos de índole penal.

b. La ley 14.253 cumple con el régimen de paridad de género a la hora de conformar el jurado.

c. El sistema de selección de jurados no es disímil al de otras provincias que regularon la institución.

d. La prórroga de la jurisdicción en casos de delitos aberrantes que conlleven a una conmoción social, debe ser mensurada de manera objetiva, para la cual la norma debería haber determinado pautas preestablecidas dentro de las cuales el juez pudiera (a pedido del imputado) decidir sobre la cuestión.

e. Los jurados al momento de emitir el veredicto son responsables de este en su carácter de funcionarios públicos.

f. La irrecurribilidad del veredicto absolutorio genera una violación al derecho de igualdad ante la ley que deberá ser oportunamente modificado a fin de garantizar a la contraparte la posibilidad de interposición de un recurso, evitando la existencia de decisiones absolutas e irrevisables dentro de un proceso penal.

g. Santa Fe, se ha sumado al conjunto de provincias que regularon la institución cumpliendo con lo sentado por la Constitución Nacional.

(1) Ver: LÓPEZ ROSAS, José Rafael, "Historia constitucional argentina", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2019, 5ª ed., 7ª reimpresión, p. 463.

(2) Conf. ZAYAT, Demian, "Jueces y jurados hacia un bicameralismo en el poder judicial", en GARGARELLA, Roberto, Teoría y crítica del Derecho Constitucional, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, 1ª ed., 2ª reimp., t. I, ps. 424 a 425.

(3) Ver: ALBERDI, Juan Bautista, "Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina", Ed. Terramar, La Plata, 2009, 1ª ed., ps. 233 a 252.

(4) La Convención utiliza como fuente directa la VI enmienda de la Constitución de Estados Unidos.

(5) Conf. SABSAY, Daniel Alberto - ONAINDIA, José Miguel, "La constitución de los argentinos", Ed. Errepar, Buenos Aires, 1994, 1ª ed., p. 77.

(6) Ver: PALMA, Mariano, "Daños punitivo y juicio por jurados en el sistema chaqueño", Ed. La Ley, TR LALEY AR/DOC/2603/2023.

(7) Ver: arts. 5°, 121, 122 y 123 CN.

(8) Conf. CS, Fallos 327:3610. TR LALEY AR/JUR/2065/2004.

(9) Conf. CS, Fallos 342:697. TR LALEY AR/JUR/7772/2019.

(10) . Conf. Corte IDH, Caso "V. R. P., V. P. C. y otros vs. Nicaragua", resuelto el 08/03/2018, TR LALEY AR/JUR/19505/2018.

(11) Un veredicto definitivo, viola el derecho a la interposición de recursos que se mencionan en los tratados internacionales (art. 75, inc. 22 CN).

(12) Incumplimiento que en parte ha sido suplido por la ley 27.063 (el nuevo Cód. Proc. Penal) que actualmente se encuentra en vigencia solo a modo de prueba en algunas circunscripciones específicas.

(13) Ver: arts. 5°, 61, 71, 131, 168, 299, 301, 302, 303, 304, 315, 336 inc. 7, 339, 345 y 346.

(14) Ver: arts. 3°, 21, 25 a 47, 173, 197 a 212, 238 y 241.

(15) . Ver: arts. 34 ter inc. 3, 369, 403 inc.2, 405, 406, 408, incs. 1, 2, 5, 413, inc. 6 y 558.

(16) Ver: arts. 2°, 9°, 71, 370, 388, 413, 418 y el cap. 6.

(17) Ver: arts. 27 bis y 398, inc. 2.

(18) Ver: arts. 3.1., 9°, inc. 2 y 50.

(19) Ver: art. 2°, ley 14.253.

(20) Ver: arts. 5° y 6°, ley 14.253.

(21) Conf. REYES, Analía V., "Argentina: sistema modelo de juicio por jurados con perspectiva de géneros", Ed. La Ley, cita online: TR LALEY AR/DOC/2267/2023.

(22) Ver: PALMA, Mariano, "El funcionario Chubutense y su responsabilidad", Ed. Argenta Sarlep, Buenos Aires, 2023, 1ª ed., ps. 49 a 51.

(23) Hay que tener presente el concepto de funcionario público que brinda nuestro Cód. Penal en el art. 77.

(24) La ley 27.449 impone la capacitación obligatoria en género y violencia de género.

(25) Los delitos generan una afectación directa en el patrimonio, las posturas de izquierda al considerar que el patrimonio individual no existe como tal, abolen los derechos de propiedad y por lo tanto atacan directamente a la imposición de sanciones ante dichas violaciones.

(26) Ver: Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 8°); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 3°); Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas

de Discriminación Racial (art. 6°); Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, inhumanos o Degradantes (art. 13).

(27) Conf. BAKROKAR, Denise - ORTIZ, Lilián A., "Los nuevos horizontes recursivos en el juicio por jurados. Comentario al fallo 'A. L. E. y T. A. D.' de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires", Ed. La Ley, TR LALEY AR/DOC/2137/2023.

(28) Conf. CS, Fallos 247:646. TR LALEY AR/JUR/7/1960.

(29) Ver: BACRE, Aldo, "Recursos ordinarios y extraordinarios", Ed. La Rocca, Buenos Aires, 2010, 2ª ed., p. 98.

¿Existe responsabilidad ante el anormal funcionamiento de la justicia (responsabilidad in procedendo)?

por Mariano Palma

Disponible en: https://www.informacionlegal.com.ar/
Publicado en: ADLA 2024-10, 9
Cita: TR LALEY AR/DOC/1904/2024
[Consultado el: 07/01/2026]

Sumario

I. Introducción.— II. El anormal funcionamiento de la justicia (responsabilidad in procedendo).— III. ¿Por qué el Estado no habría de responder cuando genera un daño a través del Poder Judicial por actividad lícita?— IV. ¿En qué situación se encuentran los tribunales arbitrales y los amigables componedores?— V. ¿Qué responsabilidad tiene el Poder Judicial por la caída del sistema de presentaciones digitales en plena era digital?— VI. ¿Qué responsabilidad le corresponde al Poder Judicial (Estado) por el dictado de acordadas?— VII. ¿Qué responsabilidad le corresponde al Ministerio Público?— VIII. Conclusiones.

I. Introducción

Por lo visto, el principio de la excepcionalidad en la responsabilidad por actividad lícita estatal (que conlleva a la restricción), tuvo un efecto expansivo respecto de ciertas áreas. Así, el último párrafo del art. 5° ley 26.944, contempla la irresponsabilidad estatal por los daños producidos a través de la actividad judicial legítima (1).

El párrafo en comentario no es más que la exposición literal y burda de lo que podría considerarse un derecho administrativo de

corte monárquico absolutista, disociado de la realidad jurídica del siglo XXI y contradictorio con la supremacía constitucional y el sistema republicano de gobierno.

Antes de iniciar el desarrollo del tema, corresponde recordar que el principio rector en materia de daños es el alterum non laedere reconocido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el art. 19 CN, por otro lado, este principio de no dañar al otro deberá ser interpretado de forma conjunta con el principio de indemnización integral amparado por los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos del art. 75 inc. 22 CN.

Analizando ya el fondo de la cuestión, es fácil entender que el art. 5° último párrafo (2) (cuya fuente son ciertos precedentes (3) de la Corte Suprema) solo hace mención a la responsabilidad judicial por actividad lícita, dejando abierta la puerta para que se permita su demandabilidad por actividad ilícita o ilegítima, en cuyo caso correspondería aplicar los presupuestos (4) sentados en el art. 3° (5) de la presente norma, a fin de lograr una solución acorde al ordenamiento jurídico dentro del cual se desarrolla la temática, sin tachar al mismo de inconstitucional (6).

Quienes amparan (7) la irresponsabilidad por actuar lícito del Poder Judicial, sustentan su postura en que las sentencias y resoluciones judiciales no tienen carácter de índole general (adelanto que no comparto la posición), ni buscan fines comunitarios, sino por el contrario resuelven casos concretos (8).

Siguiendo la postura comentada en el párrafo precedente, en el proceso civil, el perjuicio que se ocasione como consecuencia de la responsabilidad estatal por actividad judicial legítima debería ser soportado por los particulares (puesto la litis se traba entre las partes y la resolución de esta es en referencia al caso concreto), ahora bien, en el ámbito penal, la cuestión no es la misma, ya que en ciertas ocasiones acontece el dictado de medidas cautelares (9) con respecto a un individuo o a un objeto, que en el fondo tiene como finalidad

tutelar los intereses generales de la comunidad, en cuyos casos, de acontecer algún daño por actividad legítima del Poder Judicial, no se respondería (según el ordenamiento actual), sin embargo, en el caso hipotético de proceder la derogación o inconstitucionalidad del último párrafo del art. 5°, la responsabilidad por actividad judicial legítima, debería regirse en última instancia, por el art. 4° (10) de la ley 26.944.

Una vez analizado lo dicho, el lector, puede deducir fácilmente, que estamos en presencia de un párrafo (último párrafo del art. 5°), que violenta el principio de igualdad ante las cargas públicas (art. 16 CN), sustentado por la Constitución Nacional, de forma conjunta con el principio de alterum non laedere y el derecho de propiedad, todos de rango constitucional.

Respecto a la legitimación pasiva, recordemos que recaerá sobre funcionarios y magistrados, pero también sobre los auxiliares de justicia, puesto al aplicar la teoría del órgano, estos a través de los actos que realicen en ejercicio u ocasión de la función, obligan al Estado.

II. El anormal funcionamiento de la justicia (responsabilidad in procedendo)

Autores como Andrada (11), Piaggio y Mattera (12) y Rosatti (13), consideran que la responsabilidad por el anormal funcionamiento de la justicia constituye una subclase de la responsabilidad por falta de servicio, ello con fundamento en que esta, tiene lugar por acción u omisión de un órgano del Estado que provoca un anormal funcionamiento del Poder Judicial.

Los casos abarcados por el presente instituto son variados y no siempre involucran al juez, sino que, por el contrario, a todos los órganos del Poder Judicial y del Ministerio Público Fiscal y de la Defensa.

Dentro de los casos más comunes, podemos mencionar: a) omisión en la comunicación del levantamiento de un secuestro que recaía sobre un automotor (14); b) irregularidades en levantamientos de embargos (15); c) errores en el libramiento de cheques (16); d) falta de dinero en una cuenta judicial (17); e) percepción de cheques por sujetos indebidos (18); f) perjuicios ocasionados, en libramiento de oficios y cédulas (19); g) anomalías en procesos de subasta (20); incumplimiento de los plazos procesales (21); h) mal determinación de la prohibición de salida del país (22); i) pérdida de documentación (23), etc.

Si se pretende imputar responsabilidad al Estado, con fundamento en el anormal funcionamiento de la justicia, deberá iniciarse el reclamo teniendo presente el cumplimiento de los requisitos y presupuestos establecidos por el juego de los arts. 1° y 3° de la Ley de Responsabilidad del Estado.

III. ¿Por qué el Estado no habría de responder cuando genera un daño a través del Poder Judicial por actividad lícita?

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha tratado el tema en gran variedad de oportunidades, y siempre ha considerado que "[l]as sentencias y demás actos judiciales no pueden generar responsabilidad del Estado por sus actos lícitos ya que no se trata de decisiones de naturaleza política para el cumplimiento de fines comunitarios, sino de actos que resuelven un conflicto en particular; los daños que puedan resultar del procedimiento empleado para dirimir la contienda, si no son producto del ejercicio irregular del servicio, deben ser soportados por los par-ticulares, pues son el costo inevitable de una adecuada administración de justicia" (24).

Si bien, en el ámbito del derecho público provincial sería factible apartarse de los parámetros fijados por la Corte Suprema ["Cerámica San Lorenzo" (25) y "Lopardo" (26)], entiendo que la postura sustentada por la Corte y en cierto modo replicada por la

Cámara Civil y Comercial de Puerto Madryn (27), ha quedado obsoleta frente al paso del tiempo y la plena vigencia de los principios y derechos constitucionales amparados no solo por la parte dogmática de la Constitución Nacional, sino también por los Tratados Internacionales con Jerarquía Constitucional.

Sustentar como eximente para no responder por actividad lícita judicial que los actos no obedecen a contenidos políticos con fines comunitarios (como en el caso del Poder Ejecutivo y Legislativo), no es ni más ni menos, que buscar una excusa para no responsabilizarse de los daños ocasionados y apartarse del principio alterum non laedere (art. 19 CN), generando una clara situación de privilegio para uno de los Poderes del Estado (pareciera correspondiente aclarar que ningún Poder del Estado posee personalidad jurídica independiente a este último, sino que son todos parte integrante de este, por lo tanto no se entiende como para ciertos Poderes si hay responsabilidad, mientras que para otros no).

No responder, cuando se ocasiona un daño (28), es —como lo vengo sosteniendo— impracticable dentro del paradigma de la responsabilidad existente en pleno siglo XXI e implica una vuelta a los vestigios monárquicos absolutistas.

Dentro de los parámetros señalados, una vez planteada la demanda, pocos serán los jueces de derecho que acorde a pautas claras y precisas, imputen responsabilidad al Estado por su actuación lícita a través del Poder Judicial.

IV. ¿En qué situación se encuentran los tribunales arbitrales y los amigables componedores?

En el caso de los árbitros, si bien ejercen funciones jurisdiccionales al momento de dictar sus laudos, considero que no integran el Poder Judicial por no ejercer la jurisdictio (29) que sí poseen los jueces, como consecuencia de la soberanía estatal que los inviste como funcionarios públicos (30).

Al no integrar el Poder Judicial (ni siquiera como auxiliares de justicia, conviene recordar, sin embargo, que los peritos de oficio, martilleros, etc., al momento de actuar como tales lo hacen como órganos del Estado, obligando al mismo), no pueden ser tenidos como órganos del Estado, por lo tanto, no lo obligarán, ni generarán responsabilidad.

Finalmente, en el caso de los amigables componedores para resolver la cuestión (si bien cabe aclarar que no son lo mismo que los árbitros), corresponde aplicar la misma lógica utilizada para los tribunales arbitrales, motivo por el cual, no serán alcanzados por la Ley de Responsabilidad del Estado.

El razonamiento es claro, se deduce de lo establecido por el art. 1° ley 26.944 (en referencia al ámbito de aplicación de la norma), motivo por el cual al momento de reclamar los daños y perjuicios deberá interponerse la acción dentro de los términos del Cód. Proc. Civ. y Com., utilizando como ley de fondo la 26.994 (Cód. Civ. y Com.).

V. ¿Qué responsabilidad tiene el Poder Judicial por la caída del sistema de presentaciones digitales en plena era digital?

En referencia a la responsabilidad que pueda atribuirse al Poder Judicial, como consecuencia de la caída del sistema de presentaciones judiciales, corresponde en principio entender que estaremos en presencia de una responsabilidad cuyo factor de atribución es objetivo y será la falta de servicio (arts. 1° y 3° ley 26.944).

Ahora bien, entendiendo que a dicho sistema se puede acceder, no solo como abogado en representación de la parte, sino también como ciudadano, en este último caso, la situación cambiará de manera abrupta, puesto quien cumpla con las características

previamente reseñadas, deberá ser considerado un usuario de servicios, en los términos de la ley 24.240.

Si el ciudadano, es considerado un usuario de servicios y la norma que rige la materia es la consumeril, no corresponderá la aplicación de la ley 26.944, sino por el contrario, se responsabilizará al Estado por aplicación de los principios sentados por el Cód. Civ. y Com., dando mayor amplitud en cuanto a los tipos de factores de atribución objetivos aplicables.

Incluso, considero que el propio abogado deberá ser tenido como usuario (31) (en los términos de la ley 24.240), en aquellos casos en los cuales el sujeto haga una utilización mixta del servicio prestado por el Estado.

Por otro lado, también se podrá demandar al funcionario que hubiera tenido a su cargo el manejo del portal, en cuyo caso, podrá el actor iniciar la demanda por los daños y perjuicios que hubiere ocasionado su mal desempeño de la función, siendo el Estado responsable solidario en los términos de la manda constitucional.

Para culminar el tema, considero que las pautas fijadas por la Corte Suprema, en el precedente "Rodríguez, María Belén c. Google Inc. y otros s/ daños y perjuicios" (32), que hace referencia a la responsabilidad de los buscadores de internet, no son aplicables al caso, ya que la situación que se desarrolla en este punto, el Estado falla en la prestación de un servicio, más allá que de forma conjunta, no se cumpla con el principio republicano (arts. 1° y 5° CN) de publicidad de los actos de Gobierno.

VI. ¿Qué responsabilidad le corresponde al Poder Judicial (Estado) por el dictado de acordadas?

Si bien cada uno de los Poderes integrantes del Estado, tiene una función primordial, podemos observar que en ciertas ocasiones se los faculta a realizar funciones que corresponderían a otro Poder, así

por ejemplo, en el caso del Poder Ejecutivo, este está facultado para emitir ciertos actos de carácter general como lo pueden ser los decretos reglamentarios (art. 99, inc. 2 CN) o de necesidad y urgencia (art. 99, inc. 3 CN), también realiza funciones jurisdiccionales (33) (Ej. juzgados de faltas a nivel municipal), por otro lado el Poder Legislativo, por su parte, está facultado para llevar adelante el juicio político (art. 53 CN) y funciones ejecutivas respecto a la administración de su presupuesto.

En el caso del Poder Judicial, nos encontramos en la misma situación, estando facultado para ejecutar el presupuesto asignado, pero a su vez teniendo ciertas funciones reglamentarias (art. 108 CN), consistentes en el dictado de reglamentos internos y acordadas para su organización.

El problema se presenta, en aquellas situaciones en donde el Poder Judicial, viola atribuciones propias —constitucionalmente establecidas— de otro Poder, mediante el dictado de este tipo de actos conocidos como acordadas, generando daños y perjuicios.

A nivel nacional, la situación se puede ejemplificar claramente a través de tres casos nítidos: a) a través del art. 1° de la ley 24.631 se estableció la eliminación de la exención al pago de impuestos a las ganancias respecto de los magistrados. Dicha norma, fue dictada por el Congreso Nacional dentro de las atribuciones y facultades que le son propias (art. 75 CN). La Corte Suprema de Justicia de la Nación, al observar que el legislador tocaba los intereses económicos de los magistrados (se dice vulgarmente que el bolsillo es el órgano más sensible del ser humano), el 11 de abril de 1996 emite la acordada 20/96 (firmada por los Ministros: Nazareno, O'Connor, Fayt, Belluscio, Boggiano, Bossert), declarando inaplicable (34) lo establecido por el art. 1° de la ley 24.631 y atacando directamente la Constitución Nacional; b) El 5 de abril de 2016, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, dicta la acordada 12/2016 "Reglamento de Actuación en Procesos Colectivos", legislando sobre materia procesal, violando de esta manera atribuciones propias del Congreso Nacional

(art. 75 CN), incluso se establece en la propia acordada, que mantendrá su vigencia, hasta que el Poder Legislativo Nacional, se pronuncie con una norma al respecto (el lector, podría pensar ¿Sobre qué otros aspectos podría llegar a legislar el Poder Judicial Nacional?); c) Por último, tenemos el caso de la acordada dictada el 10 de Septiembre de 1930, donde la Corte Suprema de Justicia de la Nación reconoció el gobierno provisional de Uriburu que había derrocado a Yrigoyen (La Corte Suprema estaba integrada por los Dres.: Figueroa Alcorta, Repetto, Lavalle, Sagarna, Rodríguez Larreta y actuando como secretario Giménez Videla).

En todos los ejemplos, el Poder Judicial viola la decisión del pueblo, puesto este no delibera ni gobierna sino a través de sus representantes, que son, ni más ni menos, que los legisladores.

En relación al tema que nos ocupa, deberá entenderse, que todo acto que no cumpla con las pautas fijadas constitucionalmente, no solo para su emisión, sino también respecto del contenido de este, deberá ser tenido como ilegítimo, motivo por el cual, en el caso de concurrir cualquier tipo de daño, se aplicarán los presupuestos sentados por el art. 3° de la Ley de Responsabilidad del Estado.

Por último, cabe decir que Gordillo se posiciona en un mismo orden de ideas al decir: "Lo mismo cabe sostener de las acordadas que dictan los tribunales, que constituyen típicos actos reglamentarios, de contenido y régimen administrativo: están por debajo de la ley y si la violan son antijurídicos" (35).

VII. ¿Qué responsabilidad le corresponde al Ministerio Público?

A partir de 1860, con la reforma efectuada sobre la Constitución Nacional de 1853, se mantiene al Ministerio Público como integrante del Poder Judicial (36), sin embargo, a lo largo de la historia, comienzan a plantearse nuevas corrientes que lo observan como un verdadero órgano independiente.

La reforma a la Constitución Nacional de 1994 trajo consigo la incorporación al texto de la norma suprema del art. 120 CN, en virtud del cual, se incorpora un nuevo órgano extrapoder (37), independiente con autonomía funcional y autarquía financiera, denominado Ministerio Público.

Habiéndose establecido la existencia de un nuevo órgano extrapoder, las constituciones provinciales debían adecuar sus sistemas, para cumplir con lo determinado por el art. 5° CN, incorporando al orden público provincial una nueva figura tutelada como un verdadero órgano extrapoder (38).

La Constitución de la Provincia de Chubut de 1994 trata el tema desde los arts. 194 a 197, pero establece una sustancial diferencia con la Constitución Nacional, ya que en el art. 194, se fijan los siguientes parámetros: "El Ministerio Público, forma parte del Poder Judicial, con autonomía funcional".

La distinción establecida en el párrafo precedente a los fines del análisis de la presente ley no es menor, puesto todas aquellas actividades que realice y que fueran consideradas "actividad judicial" estarían subsumidas dentro del último párrafo del art. 5° de la ley I-560.

La voluntad del legislador federal claramente no fue la de abarcar al Ministerio Público (art. 120), dentro del art. 5° de la ley 26.944.

VIII. Conclusiones

Teniendo en consideración el breve análisis realizado sobre la normativa vigente respecto de la Responsabilidad del Estado (ley 26.944), es pertinente concluir:

a. El Estado debe responder por la actividad lícita del Poder Judicial, puesto eximirlo de responsabilidad implicaría una violación a

pautas constitucionales establecidas no solo en la parte dogmática de nuestra Constitución Nacional, sino también en los Tratados Internacionales con Jerarquía Constitucional (art. 75 inc. 22 CN).

b. Oportunamente deberá decretarse la inconstitucionalidad del último párrafo del art. 5° de la ley 26.944, por violar el principio de alterum non laedere, contenido en el art. 19 CN.

c. El ciudadano (y el abogado en el caso de uso mixto) debe ser tenido como usuario del servicio prestado por el Poder Judicial a través de su página web (u expediente digital), en cuyo caso no será pasible de aplicarse lo establecido por la Ley de Responsabilidad del Estado, sino que regirá el estatuto consumeril.

d. La caída del sistema de presentaciones judiciales genera responsabilidad cuyo factor de atribución será la falta de servicio.

e. En el caso de las provincias (como Chubut) que tengan al Ministerio Público Fiscal bajo la órbita del Poder Judicial, este responderá también por los daños producidos por su actividad lícita. Sin perjuicio de ello, si no estuviera dentro del Poder Judicial, igualmente será pasible de responsabilidad por violar el principio de no dañar a otro contenido en nuestra carta magna.

(1) Conf. CCiv. y Com., Pto. Madryn, "H. R. W. c. Provincia de Chubut s/ daños y perjuicios", 28/03/2019, Expte. N.º 218, Año 2018.

(2) Art. 5°. Ley 26.944 último párrafo "Los daños causados por la actividad judicial legítima del Estado no generan derecho a indemnización".

(3) CS, Fallos 327:1738; 328:4175; 330:2112; 333:2353; 321:1712; 318:1990; 317:1233; 325:1855, entre otros.

(4) La Corte Suprema, tiene dicho que los presupuestos y sobretodo el nexo de causalidad, deberán ser probados de manera objetiva (CS, Fallos 323:1981; 308:2494). Por otro lado, se exigía, previo a la existencia de la Ley de Responsabilidad del Estado, que no se haya podido encontrar remedio en el marco del proceso y del ejercicio regular de la función jurisdiccional, requiriendo de un nuevo pronunciamiento judicial que declare la ilegitimidad de los actos del juez y los deje sin efecto.

(5) Entiendo que, en estos casos, una vez cumplidos los presupuestos establecidos por la normativa, no correspondería ningún tipo de limitación respecto de los rubros a indemnizar, debiéndose cumplir el principio de integralidad (CS, Fallos 315:2309 y 322:2683, entre otros). Todo esto, más allá de las oportunas declaraciones de inconstitucionalidad que corresponda decretar, conforme a la débil técnica jurídica que posee el artículo tercero de la Ley de Responsabilidad del Estado.

(6) En principio, el art. 5° último párrafo podría ser tachado de inconstitucional por repugnar a los arts. 8° y 25 y de la CADH (GELLI, María Angélica, "Lectura constitucional de la Ley de Responsabilidad del Estado", Publicado en el Suplemento Constitucional, 25/08/2014).

(7) La posición, que dio fundamento al artículo, surge de ciertos antecedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos 317:1233; 318:1990, entre otros).

(8) Situación particular, se presenta en el caso de las acciones de clase, teniendo en consideración el tipo de interés que se pretenda tutelar a partir de la interposición de la acción.

(9) Un claro ejemplo (aunque la Corte Suprema considera que no corresponde indemnizar —Fallos 314:1668—, salvo que se determine a la resolución como incuestionable, arbitraria o infundada —Fallos 333:2353; 328:4175; 329:3894; 327:1738—), es el de aquel sujeto que haya sido detenido, procesado y con posterioridad se determine su inocencia. ¿Quién se hace responsable por la mala publicidad que recae sobre el sujeto? ¿Quién responderá por el estado de sospecha que se mantendrá en la sociedad respecto de su situación judicial? ¿Quién responderá por el daño moral y el lucro cesante ocasionados como consecuencia de la privación de la libertad? Estos y más interrogantes tienen como única respuesta el Estado, siendo este el encargado de velar por la vigencia Constitucional y el cumplimiento efectivo del Estado de derecho dentro de un sistema republicano de gobierno.

(10) Conf. CCiv. y Com., Esquel, "G., M. H. c. Municipalidad de Esquel s/ daños y perjuicios", 02/2018, Expte. N.º 169/2017 CANO, según voto del Dr. Früchtenicht.

(11) Conf. ANDRADA, Alejandro Dalmacio, "Ley 26.944. Responsabilidad del Estado y funcionarios públicos. La situación en las Provincias", Ed. La Ley Thomson Reuters, Buenos Aires, 2017, p. 122.

(12) PIAGGIO, Lucas Aníbal - MATTERA, María Eugenia, "El Nuevo Régimen de Responsabilidad del Estado", ED, 2018, p. 158.

(13) Conf. ROSATTI, Horacio, "Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado. Análisis Crítico y exegético", Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014, p. 570.

(14) CS, Fallos 318:845.

(15) CS, Fallos 312:316.

(16) Conf. CNFed. Cont. Adm. Sala II, "Lusquiños, Horacio R. c. Estado nacional", 12/02/1999, JA 2000-I-252.

(17) CS, Fallos 177:171.

(18) CS, Fallos 335:585.

(19) CS, Fallos 307:821; 318:845; 326:4445, entre otros.

(20) Conf. CNFed. Cont. Adm. Sala IV, "Nahoum, Alberto V. c. Gobierno nacional (Ministerio de Justicia)", 08/04/1986, LA LEY, 1987-A, 225.

(21) Conf. "Mezzadra" (Fallos 334:1302) y "Arisnabarreta" (Fallos 332:2159), entre otros.

(22) CS, Fallos 329:1881.

(23) CS, "Kaerger, Arturo Otto y otra c. Estado Nacional Argentino y otro s/ daños y perjuicios", 14/05/2013, K 9. XLVI. RHE.

(24) CS, Fallos 325:1855.

(25) CS, Fallos 307:1094.

(26) CS, Fallos 304:1459.

(27) Conf. CCiv. y Com. Pto. Madryn, "H. R. W. c. Provincia de Chubut s/ daños y perjuicios", 28/03/2019, Expte. N.º 218/2018.

(28) Salvo, que concurra alguna causal de excepción o de justificación que ataque a alguno de los presupuestos de la responsabilidad.

(29) CS, Fallos 320:2379.

(30) Conf. LOS ARCOS VIDAURRETA, Jesús, "Responsabilidad de los Jueces", Ed. Zavalía, Buenos Aires, 2011, 1ª ed., ps. 33 y 34.

(31) En un caso resuelto por la Cámara Civil y Comercial de Esquel, donde fui actor contra Telefónica Móviles de Argentina SA, el tribunal consideró: "El nuevo concepto de consumidor se funda en el hecho que el adquirente sea o no sea conocedor de la actividad directamente vinculada a su quehacer específico de forma tal que tenga o no real poder negociador, o al menos, real conocimiento del bien o servicio adquirido. Por eso, la tutela se extiende a aquellos consumos de bienes y servicios realizados por un profesional, y que se relacionan con su profesión, pero no son propios de ella", conf. CCiv. y Com., Esquel, "Palma, Mariano c. Telefónica Móviles de Argentina SA (Movistar) s/ cumplimiento de contrato - daños y perjuicios", 21/08/2018, Expte. 124/2018 CANO.

(32) CS, Fallos 337:1174.

(33) Aunque las funciones judiciales se encuentran vedadas por el art. 109 CN.

(34) Gargarella desarrolla con detalle la situación de los magistrados de la Corte Suprema, postura del autor que, si bien no comparto, es interesante de exponer: "Interesa pensar, sí, en la posibilidad de que en un futuro los argentinos piensen en la débil influencia que ejercen en torno a la elección, reproche y remoción de los principales jueces encargados de interpretar para todos ellos la Constitución. Es necesario pensar, en un futuro esperablemente cercano, acerca del valor de seguir manteniendo un sistema de revisión judicial que permite que funcionarios no electos por la ciudadanía conserven la "última palabra" institucional, con aun virtual presidencia de los intereses y aspiraciones de la ciudadanía" (GARGARELLA, Roberto, "Teoría y Crítica del Derecho Constitucional, Tomo I Democracia", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2010, p. 79). Considero que el autor olvida la importancia de las

sentencias judiciales emitidas sin ceder ante el clamor popular (no siendo el caso de nuestra Corte Suprema), para de esta manera tener magistrados que fundan sus actos en la ley —de forma imparcial— y no en la voluntad transitoria de la sociedad, de conformidad a un momento histórico determinado.

(35) Conf. GORDILLO, Agustín, "Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas: Las funciones del Poder", Ed. Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2014, 1ª ed., t. 1, cap. IX.

(36) Conf. GELLI, María Angélica, "Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada", Ed. La Ley Thomson Reuters, Buenos Aires, 2015, 4ª ed. ampliada y actualizada, t. II, arts. 44 al 129, p. 578.

(37) Conf. SABSAY, Daniel A. - ONAINDIA, José M., "La Constitución de los Argentinos. Análisis y Comentario de su Texto Luego de la Reforma de 1994", Ed. Errepar, Buenos Aires, 1994, p. 360.

(38) Conf. QUIROGA LAVIÉ, Humberto, "Estudio Analítico de la Reforma Constitucional. Actualización de la obra Derecho Constitucional (3ª edición, 1993)", Ed. De Palma, Buenos Aires, 1995, p. 65.

La Ley 26.216 de entrega voluntaria de armas de fuego. ¿Una forma de eliminar elementos probatorios?

por Mariano Palma

Disponible en: https://www.informacionlegal.com.ar/
Publicado en: DPyC 2024 (noviembre), 3
Cita online: TR LALEY AR/DOC/2506/2024
[Consultado el: 07/01/2026]

Sumario

I. Introducción.— II. ¿Qué se considera prueba en materia penal?— III. Responsabilidad del Estado por actividad lícita.— IV. Presentación del caso.— V. Formas de prevenir atropellos.— VI. Conclusiones.

I. Introducción

El presente trabajo tiene como finalidad brindar al lector otra perspectiva respecto a ciertos puntos de la ley 26.216 sobre regulación de armas de fuego y entrega voluntaria de las mismas, teniendo en consideración que el pasado quince [15] de Mayo, de dos mil veinticuatro (2024), el Poder Ejecutivo nacional remitió a la Cámara de Diputados un nuevo proyecto (1) de Ley de prórroga de la normativa bajo análisis.

En dicho contexto, es preciso tener presente que el proyecto solo refiere a la prórroga de los plazos de vigencia, sin realizar ninguna modificación respecto al contenido de este, manteniendo de esta manera las pautas esenciales que componen el texto de la ley 26.216.

Al haberse mantenido el texto original de la normativa en comentario se genera un serio atropello contra el debido proceso legal adjetivo y contra principios constitucionales esenciales dentro de un

sistema republicano (2) (art. 1° CN) como lo pretende ser el argentino.

Avanzada que sea la lectura sobre el artículo, al lector le quedará en claro que la amnistía a la que hace referencia el art. 8° ley 26.216 no solo se aplica sobre los casos referidos al art. 189 bis del Cód. Penal (3), sino que también a otros delitos que no se encuentran amparados por la norma.

La situación descripta en el párrafo precedente pareciera significar una ventaja que propicia a que individuos que posean armas de fuego o material explosivo en su poder lo entreguen al Estado para su posterior destrucción, no generando ningún tipo de delito y a su vez siendo premiados con la entrega de una suma de dinero como incentivo (art. 6° ley 26.216).

Ahora bien, la norma bajo análisis (ley 26.216) no hace referencia alguna a realizar ningún tipo de investigación (peritación) sobre las armas de fuego o material explosivo entregado, puesto debemos tener en cuenta que con las mismas se podría haber cometido algún hecho ilícito que no se encuentre resuelto al presente por carecer de pruebas suficientes.

Entonces, siguiendo la idea planteada en los párrafos precedentes, la amnistía no será solo con respecto al tipo penal descripto por el art. 189 bis, sino que también tácitamente se dará con relación a los delitos que se hubieren cometido con dichas armas, eximiendo a los autores de toda responsabilidad, ya que una vez destruida el arma, difícil será practicar algún tipo de pericia sobre esta que pueda llegar a implicarlos en algún hecho ilícito bajo investigación.

La situación es compleja, puesto si bien se puede llegar a comprender la finalidad que tuvo el legislador al momento de sancionar la norma, cuesta entender cómo se dejó pasar o fue inadvertida la situación descripta en el presente trabajo.

Por otro lado, en lo particular considero que el programa de desarme ha sido un total fracaso (aunque haya doctrinarios (4) que lo apoyen), si uno se remite a las cifras (5) que brinda la propia ANMAC (Agencia Nacional de Materiales Controlados), desde el año 2007 (fecha en que entró en vigencia la ley 26.216) al año 2022, solo se entregaron voluntariamente 209.014 armas, lo cual implica un promedio de 15.934, 26 armas por año.

A partir de las cifras expuestas en el párrafo precedente, se generan los siguientes interrogantes: ¿ha disminuido el delito con la utilización de armas de fuego a partir de la entrada en vigencia de la ley 26.216? ¿Existen menos armas de fuego circulando en la vía pública? ¿Si el régimen es un fracaso estrepitoso, no convendría su modificación? ¿Qué criterios son los que obligan a mantener la vigencia de un sistema infructuoso? ¿El Estado responderá por su actividad lícita si llegará a descubrirse que un arma que estuvo en un hecho delictivo fue destruida como consecuencia de la entrega voluntaria y anónima?

Estas preguntas, son solamente algunas de las cuales puede realizarse cualquier ciudadano de a pie, ello sin ni siquiera mencionar la cantidad de legítimos usuarios existentes al día de la fecha y la que existía durante la década del noventa, números que han descendido drásticamente mostrando ya no una falencia del Estado para permitir que el individuo que desee ser propietario de un arma de fuego lo haga dentro del marco de la ley, sino por el contrario una política de Estado dirigida a la desaparición de los usuarios particulares de armas de fuego, no ahondaré más en el tema puesto este excede los fines del presente trabajo.

Por lo expuesto, es que se pretenderá desarrollar el tema desde una perspectiva amplia, que permita mantener vigente el sistema actual con las adecuaciones pertinentes para sufragar las falencias que este presente.

II. ¿Qué se considera prueba en materia penal?

Si bien todo el ordenamiento jurídico se encuentra cortado transversalmente por el Derecho Constitucional, el Derecho Penal y sobre todo el Derecho Procesal Penal, han sido los más expuestos a las pautas fijadas en la Constitución Nacional, ello quizás con la finalidad de evitar todo tipo de atropello a las libertades individuales por parte del Estado.

En sí el proceso penal [en cumplimiento del principio del debido proceso legal adjetivo (6)], según lo consideró la Corte Suprema en distintos precedentes (7), debe cumplir con 4 etapas: acusación, defensa, prueba y sentencia (8), ello con la finalidad de poder llevar adelante la reconstrucción del hecho que se le imputa al sujeto, para de esta manera poder determinar la existencia o no de responsabilidad penal (o sea la imposición de una pena).

Debemos distinguir dos etapas esenciales en todo proceso penal que son desarrolladas por los distintos códigos procesales. La primera de dichas etapas consiste en la investigación del hecho, donde el Ministerio Público Fiscal (acompañado o no del querellante) reúne elementos de prueba, que serán tenidos en consideración al momento de efectuar la acusación y pasar a la segunda etapa del proceso, que consiste en el juicio, donde los elementos probatorios recolectados a lo largo del proceso de investigación (o instrucción) son expuestos ante el imputado a fin de que este pueda ejercitar el derecho de defensa en juicio (9). Es en esta etapa del proceso que se consideran como prueba los elementos aportados durante la etapa de investigación (prueba documental, testimonial, etc.).

Jauchen, citando a Devis Echendía, considera que "en su sentido más estrictamente técnico procesal, se puede enunciar la conceptualización de prueba como el conjunto de razones que resultan del total de elementos introducidos al proceso y que le suministran al juez el conocimiento sobre la existencia o inexistencia

de los hechos que conforman el objeto del juicio y sobre el cual debe decidir" (10).

Por lo expuesto, y vinculado al tema que nos ocupa, el Ministerio Público Fiscal durante la etapa de investigación podrá requerir la realización de una prueba pericial sobre una determinada arma y de esta forma dictaminar si esta fue utilizada o no en el hecho delictivo. Al imputado (durante el juicio) no se le puede negar el ofrecimiento de contraprueba que desvirtúe la pretensión del Ministerio Público Fiscal.

Zanjadas estas cuestiones, el lector podrá entender la importancia que recae sobre las armas que se entreguen para ser destruidas, de manera anónima y sin ser peritadas, vital será que en el futuro se realicen reformas tendientes a modificar dichas circunstancias y a realizar las pericias correspondientes sobre el armamento que se va a destruir, ello con la finalidad de no obstruir a la justicia durante el curso de una investigación penal.

III. Responsabilidad del Estado por actividad lícita

Luego de la sanción de la ley 26.944 sobre "Responsabilidad del Estado", la situación que se presenta en el caso debe subsumirse dentro de los requisitos que estipula el art. 4° de dicha normativa, a tal fin, se deberá cumplir con: "a) Daño cierto y actual debidamente acreditado y mensurable en dinero; b) Imputabilidad material de la actividad a un órgano estatal; c) Relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva entre la actividad estatal y el daño; d) Ausencia de deber jurídico de soportar el daño; e) Sacrificio especial en la persona dañada, diferenciado del que sufre el resto de la comunidad, configurado por la afectación de un derecho adquirido".

De esta manera la responsabilidad del Estado por actividad legítima tiene lugar en aquellas situaciones en las cuales un sujeto de derecho se ve vulnerado en los mismos, como consecuencia de un actuar desarrollado por el Estado dentro de las competencias legales

que tiene realizando tal actividad con finalidad de obtener beneficios comunes, violentando la igualdad en las cargas públicas y el derecho de propiedad de los sujetos que se ven perjudicados por dicho actuar legal.

Perrino conceptualiza la situación descripta previamente, diciendo que "la responsabilidad derivada de la actuación legítima tiene lugar cuando el Estado mediante comportamientos válidos, perjudica o lesiona los derechos de las personas de una forma especial o anormal ocasionando daños que superan las cargas o limitaciones generales propias de la convivencia social" (11).

Ahora bien, será necesario interpretar al cuarto artículo (art. 4°) de la Ley de Responsabilidad del Estado, en consonancia con el quinto artículo (art. 5°) del mismo plexo normativo, ello debido a que en ambos se desarrolla la responsabilidad del Estado por su actividad legítima.

Así, cuando el lector lea en profundidad ambas normas (arts. 4° y 5° ley 26.944), podrá visibilizar que se genera una limitación en el ámbito de aplicación —véase el art. 1° ley 26.944—, puesto se exime de responsabilidad al Poder Judicial (12) por su actividad legítima [por entender que las resoluciones judiciales son actos que resuelven casos particulares (13) y solo darán lugar a responsabilidad cuando fueren el resultado de un ejercicio irregular (14)], mas no al Poder Legislativo y Ejecutivo, manteniendo la norma en comentario plena vigencia respecto de estos dos últimos Poderes (administración pública centralizada y descentralizada).

En cuanto al fundamento constitucional, se encontrará su razón de ser en los arts. 14 y 17 CN, que hacen referencia a la propiedad (15), se deberá tener en cuenta el principio de equidad (16) y el principio de alterum non laedere (17), el cual es considerado como derivado del art. 19 CN.

También tiene vital trascendencia, el principio de igualdad ante las cargas públicas (art. 16 CN), en virtud del cual se prohíbe que un sujeto de derecho soporte de manera desigual cargas públicas (18), debiendo estas, ser repartidas de conformidad a las posibilidades de cada individuo, en cuyo caso, de no concurrir tal distingo corresponderá una indemnización por los daños sufridos siempre que no exista una obligación de tolerar los mismos, en igual sentido se pronuncian constitucionalistas de la talla de González (19), Gelli (20), Sabsay y Onaindia (21), entre otros.

Por último resta decir, que teniendo en consideración la situación analizada en el presente trabajo, es claro que nos encontramos en presencia de una causal de responsabilidad del Estado por actividad lícita, pensemos que a través del Poder Legislativo se dicta una norma (ley 26.216) que viola derechos constitucionales esenciales de los individuos y que a su vez genera un daño que no es obligatorio soportar, por ello todos los requisitos establecidos por el art. 4° de la ley 26.944 se reúnen en la situación bajo análisis (22).

IV. Presentación del caso

En puntos anteriores el lector pudo hacerse la idea de la situación que se pretende enfatizar respecto de la ley 26.216 y su aplicación práctica, tanto de sus aspectos positivos (los cuales se presentan en menor medida) como de sus puntos negativos (que son la mayoría de las situaciones reguladas). En el presente acápite se buscará desarrollar en profundidad el caso que considero la columna vertebral del presente trabajo.

Sin más dilaciones, diré que la ley 26.216 genera una situación de suma gravedad, puesto pensemos en las siguientes situaciones hipotéticas (o no): un criminal comente un robo con la utilización de un arma de fuego (art. 166 Cód. Penal), o el caso de que un individuo asesine a una persona (art. 79 Cód. Penal), o la persona que cometa el delito de abuso de armas de fuego (art. 104 Cód. Penal), en todos los

casos comentados (la ejemplificación es meramente enunciativa) observamos como factor común la utilización de un arma de fuego, así pues, de conformidad a la normativa de entrega voluntaria, el delincuente podrá entregar la pistola, revolver, fusil, escopeta, ametralladora, etc., que hubiere utilizado para cometer los delitos. En principio no recibirá ningún tipo de sanción de índole administrativa, ni tampoco responderá penalmente en los términos del art. 189 bis Cód. Penal, pero como se puede ver, tampoco lo hará en los otros casos, ya que la entrega del arma de fuego se puede realizar de manera anónima y una vez que esta fuera entregada no se realizará ningún tipo de pericia balística, etc., sobre esta, incluso se le otorgará un incentivo económico (un premio) por la entrega.

¿Queda en claro lo que estoy planteando? ¿Resulta lógica y razonable la redacción de la norma junto con su aplicación en el mundo real? ¿En los últimos quince años nadie tomó conciencia de que se puede eximir de responsabilidad a un delincuente y dejar impunes hechos delictivos? ¿A ningún funcionario o legislador se le ocurrió la idea de realizar pericias sobre las armas entregadas y a su vez prohibir que la entrega sea anónima?

No se requiere realizar mayores consideraciones al respecto, puesto es tan visible la irrazonabilidad de la forma en la cual se pretende poner en vigencia la entrega voluntaria de armas que genera una repulsión directa a quienes nos consideramos con por lo menos un IQ promedio.

Por otro lado, imaginemos la situación en la cual un individuo que no cometió ningún tipo de actuar ilícito, solo infracciones administrativas (ej. tener vencida la credencial de legítimo usuario —CLU—), desea hacer entrega voluntaria del arma (o las armas), recordemos que ciertas armas son de gran valor (la mayoría de ellas se cotizan en dólares), ¿se le entregará un incentivo económico proporcional al valor que posee el arma en el mercado? ¿Quién fija los valores a entregar en concepto de incentivo? ¿Con relación a qué estándar se establecen?

V. Formas de prevenir atropellos

Si bien se intentaron mostrar ciertas falencias que posee el sistema de entrega voluntaria de armas, en lo particular considero que sería viable su mantención, siempre y cuando se realicen ciertas reformas sobre este.

En principio, deberá modificarse el anonimato respecto de la entrega de armas de fuego y materiales explosivos. En segundo orden es necesario que se practiquen las pericias balísticas y las demás que fueren necesarias sobre las armas y materiales explosivos a entregar. En tercer orden corresponde que el monto del incentivo se fije con relación al valor que el arma de fuego tiene en el mercado.

Realizando las modificaciones comentadas ut supra, no se avasallará ningún principio constitucional, puesto al quedar asentado quién es la persona que entrega el arma y al realizar las pericias pertinentes sobre esta podremos mantener la información necesaria para ventilar cualquier tipo de pretensión judicial que se requiera (puesto las mismas deberían ser realizadas por funcionarios públicos), a su vez evitaríamos que criminales se presenten con la finalidad de eliminar material probatorio que los vincule con algún acontecimiento ilícito que se hubiere realizado.

En cuanto al incentivo económico, si este fuera acorde al valor de mercado del arma, las personas que estén en posesión de dicho material se verían mucho más incentivadas a realizar la entrega voluntaria requerida por la normativa, puesto recuperarían un monto dinerario similar al que pierden y ello los entusiasmaría a realizar las entregas pertinentes.

Las modificaciones a realizarse sobre el régimen jurídico son enunciativas, pueden concurrir otras de otro tipo o calidad que tengan en cuenta circunstancias o situaciones que no se plantearon a lo largo del presente trabajo.

VI. Conclusiones

Habiendo desarrollado el tema, corresponde sacar las siguientes conclusiones:

a. El Estado debería propender a que el individuo regularice su situación legal frente al ANMAC y de esta manera se podría tener cifras precisas y concretas respecto de las armas y material bélico que se encuentra en poder de individuos particulares.

b. La ley 26.216 debería ser modificada parcialmente, con la finalidad de evitar que criminales queden exentos de responsabilidad penal respecto de ciertos hechos delictuosos cometidos con armamento que se entregaría para su destrucción.

c. El incentivo económico al cual hace mención la legislación debería ser otorgado en relación al precio de mercado del arma, a tal fin, para su determinación se requeriría de la peritación por un mecánico armero.

(1) Proyecto N.º: NO-2024-50125524-APN-SRPYSC#JGM.

(2) Ver: PALMA, Mariano, "Comentario a la Ley de Responsabilidad del Estado I N.º 560", Ed. Autores de Argentina, Buenos Aires, 2022, 1ª ed., p. 171.

(3) Ver: RIQUERT, Marcelo A., "Código Penal de la Nación: Comentado y Anotado", Ed. Erreius, Buenos Aires, 2022, 2ª ed., t. III, ps. 1703 a 1768.

(4) Ver: URRISTI, Ramiro, "Las políticas públicas argentinas para combatir el desvío de armas de fuego a los canales ilícitos", RDA 2021-137, 179, TR LALEY AR/DOC/ 2315/2021.

(5) Ver: https://www.argentina.gob.ar/justicia/anmac/datos-del-desarme-voluntario

(6) CREUS, Carlos, "Derecho procesal penal", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2013, 1ª ed., ps. 9 a 11.

(7) Conf. CS, Fallos 96:23; 99:284; 116:23; 119:284; 125:268; 183:68; 318:2098; entre otros.

(8) QUIROGA LAVIÉ, Humberto, BENEDETTI, Miguel A., CENICACELAYA, María de las Nieves, "Derecho constitucional argentino", Rubinzal Culzoni, Bs As, 2001, 1ª ed., t. I, p. 450 y 451.

(9) Ver: arts. 18 y 75 inc. 22 CN; CS, Fallos 199:617.

(10) JAUCHEN, Eduardo, "Tratado de derecho procesal penal", Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2012, 1ª ed., t. II, p. 697.

(11) Conf. PERRINO, Pablo Esteban, "La Responsabilidad del Estado y los Funcionarios Públicos. Código Civil y Comercial. Ley 26.944 Comentada", Ed. La Ley Thomson Reuters, Buenos Aires, 2015, 1ª ed., p. 126.

(12) En el caso de los tribunales municipales de faltas, corresponderá entender que no integran el Poder Judicial, sino que los mismos son el resultado de la función jurisdiccional realizada por la administración dependiente del Poder Ejecutivo y las resoluciones que estos emitan estarán amparadas en los términos del art. 109 CN, siempre que se permita el control judicial suficiente (CS, "Fernández Arias c. Poggio", Fallos 247:646, TR LALEY TR LALEY AR/JUR/7/1960). Mención no menor y vinculada al tema que nos ocupa, merece el caso "Ángel Estrada" (CS, Fallos 328:651, TR LALEY TR LALEY AR/JUR/57/2005), en donde se obliga a que los entes administrativos dotados de función jurisdiccional cumplan con ciertos requisitos: 1) Que sean creados por ley; 2) que se asegure la

independencia y la imparcialidad; 3) que el objetivo político para su creación haya sido razonable.

(13) CS, Fallos 326:1238, según el voto del Dr. Moliné O'Connor; 322:2525 y 321:1712, entre otros.

(14) Conf. CCiv. y Com., Pto. Madryn, "H. R. W. c. Provincia de Chubut s/ daños y perjuicios", 28/03/2019, Expte. N.º 218, Año 2018, según vto. del Dr. Jalil. TR LALEY AR/JUR/8892/2019.

(15) Conf. CS, Fallos 253:316; 274:432; 277:225; 301:403 y 305:1045, entre otros.

(16) Conf. CS, Fallos 111:107 y 129:5, entre otros.

(17) Conf.CS, fallos 308:118; 320:1999; 327:3753, entre otros.

(18) Conf. CS, Fallos 328:2654; 320: 568, entre otros.

(19) Conf. GONZÁLEZ, Joaquín V., "Manual de la Constitución Argentina. 1853/1860", Estrada, Lanús, 1983, p. 125.

(20) Conf. GELLI, María Angélica, "Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada", Ed. La Ley Thomson Reuters, Buenos Aires, 2015, 4ª ed. ampliada y actualizada, t. I, arts. 1° a 43, ps. 246 y 247.

(21) Conf. SABSAY, Daniel A. - ONAINDIA, José M., "La Constitución de los Argentinos. Análisis y Comentario de su Texto Luego de la Reforma de 1994", Ed. Errepar, Buenos Aires, 1994, 1ª ed., ps. 65 a 67.

(22) Ver: PALMA, Mariano, "Comentario a la Ley de Responsabilidad del Estado I N.º 560", Ed. Autores de Argentina, Buenos Aires, 2022, 1ª ed., ps. 167 a 246.

La compra, venta o alquiler de partes del cuerpo humano: ¿establece una relación de consumo?

por Mariano Palma

Disponible en: https://www.informacionlegal.com.ar/
Publicado en: RCCyC 2024 (diciembre), 265. ADLA 2025-2, 211
Cita online: TR LALEY AR/DOC/2085/2024
[Consultado el: 07/01/2026]

Sumario

I. Introducción.— II. El art. 17 Cód. Civ. y Com. y las limitaciones que impone, ¿son efectivas en la realidad?— III. El caso de la enajenación de cabellos.— IV. La extracción de objetos incorporados al cuerpo y su posterior enajenación.— V. El alquiler de vientres como una relación de consumo.— VI. Conclusiones.

I. Introducción

La palabra persona (personae) surge en el derecho romano como consecuencia de una derivación de las máscaras utilizadas por los actores al brindar sus espectáculos. Peña Guzmán y Argüello (1) describen con nitidez la situación al decir que el término persona expresaba con claridad el rol que un individuo podía tomar dentro de una sociedad y su vida en relación, dicho término estaba únicamente reservado para las personas libres (que no fueran extranjeros), ya que los esclavos eran considerados cosas (res) u objetos de derechos (no sujetos).

Desde ese incipiente comienzo en el derecho romano, a lo largo de la historia se han producido eventos insoslayables a través de los cuales se atacó directamente la calidad de ser humano (2), como consecuencia de tales situaciones es que se han generado grandes avances respecto al reconocimiento de la persona humana (3) como

un ser susceptible de ser titular de derechos pero al mismo tiempo de obligaciones, lo que ha llevado a la sociedad mundial a enaltecer la dignidad del hombre mediante el dictado de Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos (4) tendientes a tutelar los derechos más básicos que corresponden al sujeto.

Sin perjuicio de lo previamente mencionado es que se presentan situaciones a través de las cuales se ponen en contradicción derechos esenciales del individuo y facultades que este posee como consecuencia de su condición de sujeto de derechos.

La dignidad (5) del hombre (art. 75, inc. 22 CN), como cúspide de la pirámide axiológica y como brújula que marca el camino hacia donde seguir es incuestionable, sin embargo el principio de autodeterminación en su intervinculación con el principio de reserva y legalidad (art. 19 CN) confluyen en la libertad, poniendo límites a la tan ponderada dignidad (6), recordemos que ningún derecho es absoluto y que, por el contrario, estos poseen ciertas limitaciones, en tales circunstancias es que debe comenzar a ponderarse la posibilidad de la enajenación de ciertas partes del cuerpo, más allá del posicionamiento doctrinario que adoptemos, fácticamente dichos escenarios se presentan a diario y es necesario que el derecho los regule (7).

El caso de las partes del cuerpo debe ser analizado de manera particular, puesto una libertad absoluta sobre el cuerpo en un sistema de mercado (8) que permita la enajenación de estas conllevaría a que los miembros de sectores más pudientes se beneficien de la desgracia socioeconómica en la que se encuentra gran parte de la población.

Esta situación de vulnerabilidad y tutela del régimen jurídico es la misma que se observa en el derecho de consumidores y usuarios, donde una de las partes es la más fuerte de la relación (proveedor/prestador) y la otra se encuentra en una clara situación de inferioridad, (en sí, es claro que nos encontramos en presencia de un régimen que se subsume en la doctrina de los derechos humanos) (9).

Por lo dicho, con la finalidad de no cometer atropellos que vulneren derechos esenciales del hombre, es importante tener presente (más allá de lo regulado en la actualidad por el Cód. Civ. y Com.) (10) la distinción que realiza López Mesa (11) dividiendo a las partes del cuerpo en aquellas que pueden ser susceptibles de renovación y las que no, doctrina que podría regular lo que acontece fácticamente sin perjuicio de las limitaciones impuestas en el mundo del "deber ser".

Lo que se pretende no es aceptar la creación de un mercado de "partes" del cuerpo humano, sino por el contrario, tratar de tutelar los derechos de los consumidores en las relaciones que establezcan con proveedores y que puedan llegar a vulnerar sus derechos.

Es importante que el lector tenga presente, que en la actualidad existen verdaderas relaciones de consumo (12) que tienen por objeto partes del cuerpo humano (13), más allá de que estas sean adquiridas o no, por donación o compraventa y que es oportuno señalar que en ocasiones específicas el régimen consumeril podría tutelar a estos consumidores y/o usuarios a fin de que no se vean violentados en sus derechos.

II. El art. 17 Cód. Civ. y Com. y las limitaciones que impone, ¿son efectivas en la realidad?

El art. 17 del Cód. Civ. y Com. establece: "Los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes no tienen un valor comercial, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social y solo pueden ser disponibles por su titular siempre que se respete alguno de esos valores y según lo dispongan las leyes especiales" (14). La comisión redactora buscó a través del mencionado artículo generar una limitación a la creación de un mercado de compraventa/prestación de servicios vinculados al cuerpo humano, eliminando su valor económico.

En sí, lo que se busca enaltecer es la solidaridad frente a los vínculos comerciales que puedan llegar a generarse, tratando de esta manera de tutelar los derechos personalísimos (15) de forma tal, que el individuo dentro de nuestro sistema no pueda ser visto como "cosa".

Sin perjuicio de la voluntad que tuvo el legislador al momento de redactar dicha norma, el fin que se pretendía lograr fue alcanzado, pero de manera parcial, ya que por ejemplo la compraventa de pelucas jamás cesó, siendo que el cabello es claramente una parte del cuerpo humano.

Entonces, el art. 17 deberá ser vinculado a los arts. 15 y 16 Cód. Civ. y Com., puesto una vez que el cabello se separa del cuerpo humano (es una parte separada de este) en el mundo del ser adquiere un verdadero valor pecuniario susceptible de transacción comercial que genera la existencia de una cadena de comercialización.

En este mismo orden de ideas, deberá tenerse en consideración lo pautado por el art. 55 Cód. Civ. y Com. que requiere del consentimiento para la disposición de derechos personalísimos, siempre que este sea de "interpretación restrictiva y libremente revocable" y el art. 56 del Cód. Civ. y Com. que prohíbe aquellos actos de "disposición del propio cuerpo que ocasionen una disminución permanente de su integridad o resulten contrarios a la moral o las buenas costumbres", por lo que de ambas disposiciones se interpreta se podría dejar una ventana abierta para la disposición de ciertas partes del cuerpo humano que sean separables de este y vuelvan a crecer.

Un punto no menor será aquel en donde un objeto sea incorporado al cuerpo humano (16) (ej. marcapaso), formando parte de este y con posterioridad el individuo proceda a su extirpación y posible enajenación, por ejemplo, imaginemos que una persona que padece de calvicie se implanta cabello, este crece y decide cortárselo y venderlo para que sea utilizado en la confección de pelucas, otro

ejemplo sería el caso de la incorporación de artefactos al cuerpo humano (ej. un clavo de titanio o un diente de oro), que con posterioridad sean removidos para su enajenación.

Es así como en la vida cotidiana encontramos situaciones o casos en los cuales las partes del cuerpo humano son enajenadas y adquiridas por otros individuos y en muchos de esos casos se ven envueltos proveedores y prestadores que conforman una verdadera cadena de consumo.

III. El caso de la enajenación de cabellos

El caso paradigmático de la enajenación de cabellos para la confección de pelucas es uno de tantos otros que existen en la vida diaria y que forman parte de un verdadero sistema de producción, elaboración, distribución y venta, generando el surgimiento de figuras propias del derecho consumeril, como lo son los proveedores/prestadores y los consumidores/usuarios.

Analicemos la situación, pensemos en un individuo que deja crecer su cabello con la finalidad de enajenarlo a un peluquero, el cual al obtener el cabello procederá a la elaboración de una peluca (o extensiones), que será exhibida en una vitrina o vidriera (o incluso publicada por internet) para su venta, la cual al producirse crea la existencia de una oferta dirigida a potenciales consumidores indeterminados (art. 7° ley 24.240). Los adquirientes (art. 3° ley 24.240 y art. 1092 Cód. Civ. y Com.) de dichas pelucas serán considerados consumidores (art. 1° ley 24.240) siempre y cuando utilicen el bien como "destinatarios finales, en beneficio propio o de su grupo familiar o social".

¿Por qué no podemos tomar al peluquero o al vendedor de las pelucas como proveedores (art. 2° ley 24.240)? ¿Qué restricción y tutela efectiva por parte del régimen legal existe en dicha circunstancia para los consumidores? ¿Qué régimen jurídico tutela de mejor manera la situación descripta?

Sin necesidad de realizar mayores análisis, es claro que nos encontramos en presencia de una relación de consumo (17), entendiendo que esta excederá el concepto clásico de contratantes, para incorporar nuevas situaciones que en muchas ocasiones no se encontrarán avaladas por la existencia de un contrato, es que los expuestos o también los equiparados (18), carecen de todo vínculo contractual con el proveedor o prestador y sin perjuicio de ello, son pasibles de ser tutelados por la normativa en comentario.

Por lo dicho en el párrafo precedente es que el lector podrá entender que nos encontramos en presencia de un concepto amplio, que tratará de abarcar todas las situaciones existentes e incluso aquellas que fueran dudosas, puesto para dichos casos el propio art. 3° de la ley 24.240 habla del in dubio pro consumidor.

El concepto de contrato ya no será de aplicación exclusiva al ámbito de la defensa del consumidor, sino que en dicho territorio tendrán vigencia la "adquisición" y la "utilización", siempre que fueran realizadas como destinatario final, lo que abrirá la puerta a la relación de consumo como un vínculo jurídico determinante.

La relación de consumo podrá conceptualizarse como el vínculo jurídico que une al consumidor/usuario con el proveedor/prestador, sin importar que exista un contrato como se conoce en el derecho clásico.

De esta manera, queda en claro que, al referirnos a la elaboración y venta de pelucas realizadas con cabello humano, nos encontramos en presencia de una relación de consumo que debe ser tutelada por la Ley de Defensa del Consumidor.

IV. La extracción de objetos incorporados al cuerpo y su posterior enajenación

Previo al desarrollo del tema debemos efectuar ciertas aclaraciones técnicas con respecto a los objetos que se incorporan al

cuerpo humano (19) en efecto, es preciso describir que dicha incorporación no podrá ser entendida dentro de los términos de los derechos reales (20) (ej. la transformación y la accesión) (21), pero los principios allí vertidos pueden servir de guía para resolver los dilemas que se presentan ante ciertas situaciones, siempre recordando y recalcando la vigencia del principio de dignidad humana (22) de raigambre constitucional (art. 75 inc. 22 CN).

Una vez realizadas las aclaraciones previas, corresponde incursionar en las situaciones que pueden llegar a plantearse, siendo una de estas la venta de dientes de oro u otros materiales.

Describamos la situación fáctica: un individuo que pierde una pieza dental decide reemplazar dicha pérdida por una prótesis. Al incorporarse al cuerpo del sujeto, esta comienza a formar parte de él integrando un todo, siendo este inescindible (en principio). Sin perjuicio de ello, la persona con posterioridad decide vender dicha pieza dental (que en muchas ocasiones puede ser de cerámica, porcelana, composite o circonio, pero también lo pueden ser de oro o plata), caso en el cual estamos en presencia de un material precioso o que representa cierto valor y este es introducido en una cadena de producción para elaborar un nuevo producto o simplemente para enajenarlo tal cual se encuentra: comienza a surgir lo que en el punto anterior tratamos como la relación de consumo.

De esta forma, quien adquiera un collar o anillo elaborado con una pieza dental de oro o de otro material, pero proveniente de una persona, estará siendo consumidor de una parte del cuerpo de un ser humano y quien enajene u oferte dicho producto no será ni más ni menos que un proveedor (art. 2° ley 24.240).

Siguiendo el orden de ideas planteando, el derecho consumeril es el mejor régimen para tutelar las relaciones jurídicas que se establezcan entre las partes, dicho sea de paso, vale recordar que nos encontramos en presencia de un sistema de orden público que no puede ser dejado de lado, ello en beneficio del propio consumidor.

Por último, resta mencionar que, en todos los casos expuestos tanto en el punto actual como en anteriores, corresponde tener presente que no se podrá exigir el cumplimiento forzado de la entrega de la parte del cuerpo (cabello, dientes, etc.) puesto rige el art. 55 Cód. Civ. y Com.

V. El alquiler de vientres como una relación de consumo

Mucho es lo que se ha dicho respecto del alquiler de vientres, ya sea desde el derecho de familia vinculado sobre todo a la filiación y al derecho a la identidad o incluso desde la óptica quizás un poco más moderna del derecho laboral donde se busca la maximización de los aportes efectuados por cada recurso y sobre todo el humano.

La situación planteada no se encuentra regulada dentro de nuestra sociedad, en la actualidad el Cód. Civ. y Com. no hace mención al respecto, aunque si bien el tema fue tratado dentro de la comisión redactora, el legislador no quiso ir más allá adoptando una posición errónea, según mi criterio.

De esta forma se va generando una situación de inseguridad jurídica que se ve potenciada ante la falta de regulación legal, en casos como estos los jueces deberán apelar a las facultades derivadas de la conjugación de los arts. 1°, 2° y 3° del Cód. Civ. y Com., teniendo el deber de resolver los casos que se les presenten.

Ahora bien, imaginemos el caso de argentinos en pareja o una persona de forma individual que desean alquilar un vientre, en alguno de los países (23) donde dicha actividad es permitida con fines comerciales lo podrían realizar libremente, pero entonces ¿qué régimen jurídico sería el que regularía dichas relaciones? ¿Es posible aplicar la Ley de Defensa del Consumidor 24.240? ¿Existe efectivamente una relación de consumo?

A priori la respuesta que debemos otorgar será por aplicación de los principios sentados en los arts. 2650 y 2652 Cód. Civ. y Com.,

esto significa que se regirá por la ley del lugar de cumplimiento del contrato, aunque las partes podrán pactar en ejercicio de su autonomía de la voluntad, otras opciones (art. 2651 Cód. Civ. y Com.).

Una circunstancia particular se presenta cuando nos encontremos frente a relaciones de consumo debidamente identificadas, en dichos casos la materia se rige por las pautas fijadas en el art. 2654 Cód. Civ. y Com., en virtud del cual: "Las demandas que versen sobre relaciones de consumo pueden interponerse, a elección del consumidor, ante los jueces del lugar de celebración del contrato de cumplimiento de la prestación del servicio, de la entrega de bienes, del cumplimiento de la obligación de garantía, del domicilio del demandado o del lugar donde el consumidor realiza actos necesarios para la celebración del contrato. También son competentes los jueces del Estado donde el demandado tiene sucursal, agencia o cualquier forma de representación comercial, cuando estas hayan intervenido en la celebración del contrato o cuando el demandado las haya mencionado a los efectos del cumplimiento de una garantía contractual. La acción entablada contra el consumidor por la otra parte contratante solo puede interponerse ante los jueces del Estado del domicilio del consumidor. En esta materia no se admite el acuerdo de elección de foro".

Con respecto a si existe o no una relación de consumo, en lo particular considero que (vale tener presente que es un criterio minoritario) es valedero distinguir varias circunstancias que saldrán a la luz en virtud de qué fuere lo que se demanda, ello teniendo en cuenta las particularidades que presenta el caso, ¿qué se quiere decir con esto? Que aquellos reclamos jurídicos que tengan relación con el estado de las personas (filiación, etc.,) deberán resolverse por la aplicación del derecho internacional vinculado a las relaciones de familia, sin perjuicio de ello en el caso de incumplimientos o violación a cláusulas contractuales por parte de alguno de los integrantes de la relación, habrá que analizar el caso concreto, en principio considero que nos encontramos frente a una relación de consumo, puesto "la

pareja" o "el individuo" al momento de contratar no lo hacen de forma directa con la persona que subrogará el vientre, sino por el contrario se ponen en contacto con agencias o clínicas especializadas en la materia, las cuales despliegan una organización empresarial a fin de otorgar los servicios requeridos por los usuarios.

De la descripción efectuada en el párrafo anterior surge con claridad que nos encontramos en presencia de un prestador (más allá de que este sea foráneo) y que quienes contratan la prestación de dichos servicios lo hacen en una posición de inferioridad técnica, económica y estructural, sobre todo teniendo en consideración el objeto que da nacimiento a la relación jurídica.

VI. Conclusiones

En virtud de las consideraciones vertidas en los distintos puntos del presente trabajo, es lógico concluir que como consecuencia de los avances tecnológicos existentes en la actualidad nuevas situaciones vinculadas al cuerpo humano se presentan teniendo que ser reguladas por el orden jurídico sin olvidar principios esenciales que enaltecen la calidad del ser humano como persona y sujeto de derechos.

No por permitir el comercio de ciertas partes del cuerpo que fueren separables de él se cosificará a la persona humana, sino que, por el contrario, lo que debe tratar de buscarse es la mayor tutela posible a las situaciones que se presentan en la vida diaria y las cuales muchas veces exceden en su existencia y forma de resolución al derecho vigente.

En lo particular, considero que estas formas de establecer relaciones jurídicas como consecuencia de su novedad traen aparejadas ciertas incertidumbres y quizás ponen en tela de juicio principios, doctrinas y nociones que fueron incuestionables desde hace tiempo, sin embargo, el avance de la sociedad implica el avance del derecho, por ejemplo considero que nadie podría poner en tela

juicio que el contrato que se celebra con una funeraria es un contrato consumeril o aquel que se ventila con un cementerio privado también lo es, ahora por qué no aceptar que la venta de una peluca, la enajenación de un diente, el alquiler de un vientre, la congelación de óvulos o incluso la solicitud de eutanasia (en este caso una clara obligación de resultados) se engendran como consecuencia de la existencia de proveedores/prestadores y consumidores/usuarios que se intervinculan a través de una relación de consumo.

(1) Conf. PEÑA GUZMÁN, Luis A., ARGÜELLO, Luis R., "Derecho Romano", Ed. TEA, Buenos Aires, 1966, 2ª ed., t. I, p. 391.

(2) El lector deberá recordar los abusos cometidos por el régimen NAZI o el Comunismo Chino o de la Unión Soviética, por mencionar los ejemplos más modernos y trascendentales.

(3) Ver: art. 19 Cód. Civ. y Com.

(4) Ver: art. 75 inc. 22 CN.

(5) Ver: CS, Fallos 331:819; 333:405, entre otros.

(6) Ver: art. 51 Cód. Civ. y Com.

(7) Es preciso tener presente que el art. 52 Cód. Civ. y Com., faculta a la persona humana que sea vulnerada en su dignidad a realizar los reclamos pertinentes para la prevención y reparación de los daños sufridos, situación no menor que en parte abriría la puerta al posible reclamo consumeril, sumándole las peculiaridades del régimen tutelar del consumidor (daños punitivos, etc.).

(8) Ver: ANDORO, Roberto, "La venta de órganos: problemas de cosificación, explotación y respeto de la dignidad humana", SJA 18/07/2018, TR LALEY AR/DOC/ 3243/2018.

(9) Conf. TAMBUSSI, Carlos E. (dir.), "Ley de defensa del consumidor", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2019, 2ª ed., p. 39.

(10) Hay que tener presente las limitaciones impuestas por el art. 279 Cód. Civ. y Com.

(11) Conf. LÓPEZ MESA, Marcelo, BARREIRA DELFINO, Eduardo (dirs.), "Código Civil y Comercial de la Nación", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2019, 1ª ed., t. I, ps. 291 y 292.

(12) Ver: art. 3° ley 24.240 y art. 1092 Cód. Civ. y Com.

(13) Ej. compraventa de pelucas de cabello humano.

(14) La norma en comentario no debe ser interpretada de manera aislada, sino por el contrario en conjugación con los arts. 54, 56, 57,58, 59 y 279 Cód. Civ. y Com.

(15) Conf. LAVALLE COBO, Jorge, en BUERES, Alberto J. (dir.), "Código Civil y Comercial de la nación y normas complementarias", Hammurabi, Bs As, 2016, 1ª ed., t. 1-A, p. 181.

(16) SHINA, Fernando E., "Los derechos sobre el propio cuerpo ¿El valor del cuerpo humano o el precio de la moral?", Microjuris, cita on line: MJ-DOC-16036-AR/MJD16036.

(17) Conviene hacer un pequeño análisis histórico, si bien la ley 24.240, al momento de su entrada en vigencia en el año 1993, no hacía referencia a la relación de consumo, sino que entendía que el régimen normativo consumeril solo era aplicable entre contratantes, es a partir de la reforma a la CN de 1994, cuando a través del art. 42, se hace mención explícita a la relación de consumo. Con la sanción y entrada en vigencia de las reformas efectuadas por la ley 26.361 a la ley 24.240, toma vigencia normativa dentro del texto de la Ley de Defensa del Consumidor, la "relación de consumo" (art. 3° ley 24.240). En la actualidad la ley 26.994, también legisla sobre la

relación de consumo en el art. 1092 Cód. Civ. y Com. Por lo dicho, la relación de consumo podrá conceptualizarse, como el vínculo jurídico, que une al consumidor/usuario con el proveedor/prestador, sin importar que exista un contrato, como se conoce en el derecho clásico.

(18) Ver: CNCom., Sala A, "Mercado, Mariano Ezequiel c. BAPRO mandatos y negocios SA s/ organismos externos", 04/10/2022, TR LALEY AR/JUR/139672/2022.

(19) Ver: DE LORENZO, Miguel F., "El cuerpo humano que vuelve cosa, cosas que se vuelven cuerpo humano", LL TR LALEY AR/DOC/612/2010.

(20) Ver: COSSARI, Nelson G. A., "La protección de la persona humana: algunas consideraciones desde los derechos reales", TR LALEY AR/DOC/1349/2024.

(21) Ver: TOBÍAS, José W., en ALTERINI, Jorge H. (dir.), "Código Civil Comentado. Tratado Exegético", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, 1ª ed., t. I, p. 132.

(22) Art. 1°.- Declaración Universal de Derechos Humanos.

(23) A modo de ejemplo podemos nombrar los siguientes países: Ucrania (art. 123.2 del Código de Familia); Rusia (se encuentra reglamentado en el Código de Familia de la Federación Rusa y la Ley Federal de Salud); India (no tiene regulación específica, pero se rige por las guías nacionales para la acreditación, supervisión y regulación de las clínicas de TRA); México (el Código de Familia de Sinaloa lo avala); EE. UU. (según la décima enmienda cada Estado tiene la potestad de legislar al respecto, así lo hicieron: Virginia, Texas, Florida, Utah, Illinois).

El criterio de oportunidad en la Provincia del Chubut

por Mariano Palma

Disponible en: https://www.informacionlegal.com.ar/
Publicado en: JAPatagonia 2024 (noviembre), 1. JA 2024-IV, 707
Cita online: TR LALEY AR/DOC/2757/2024
[Consultado el: 07/01/2026]

Sumario

I. Introducción.— II. Criterios de oportunidad en la Provincia del Chubut.— III. El criterio de oportunidad, el indulto y la amnistía ¿Qué rol juega el Ministerio Público Fiscal al imponer un criterio de oportunidad?— IV. El criterio de oportunidad y la afectación directa al derecho de propiedad.— V. ¿Qué es lo que busca la sociedad en la actualidad?— VI. La Constitución Nacional como única norma eximente de responsabilidad.— VII. La violación al principio de igualdad ante la ley.— VIII. Conclusiones.

I. Introducción

A través del presente trabajo se pretende analizar el instituto del criterio de oportunidad (1) dentro del ámbito de la Provincia del Chubut, teniendo en consideración su vigencia desde la sanción del Código Procesal Penal Acusatorio (ley XV-9) (2) en el año 2006, adelantando que la postura seguida en la actualidad es minoritaria.

La mención a la entrada en vigor de la normativa no es menor, puesto que el lector deberá tener presente las modificaciones que trajo consigo la ley nacional 27.063 (Cód. Proc. Penal Federal) que incorpora en su articulado al instituto bajo tratamiento y con posterioridad la ley nacional 27.147, que modifica directamente los

arts. 59, 71, 73, 76 (y derogando el art. 75) del Cód. Penal, adoptando entre otros institutos jurídicos el criterio de oportunidad.

A su vez, íntimamente relacionado con lo mencionado previamente se encuentra lo establecido por el convencional constituyente al llevar adelante la reforma a la Constitución Nacional de 1994 (CN), en donde a través del art. 120 se le otorga al Ministerio Público Fiscal la titularidad de la acción penal (3) en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad, siendo de su exclusiva prosecución cuando estemos en presencia de una acción de carácter público. Sobre esta idea se ahondará en puntos posteriores.

En sí, el ejercicio de la acción se va a fundar en el Principio de Legalidad (arts. 19 y 18, CN) (4) que tienen como finalidad esencial iniciar el proceso de investigación correspondiente a los hechos denunciados por los integrantes de la sociedad, culminando este con una sentencia que permita determinar o no, la autoría o responsabilidad del imputado.

Lo dicho debe entenderse en los términos de una obligación de resultados para con el Ministerio Público Fiscal (5), un deber inexcusable del cual no puede apartarse, por estar establecido específicamente en la Constitución Nacional, circunstancia que se transmite a las provincias como lógica derivación de lo estipulado en los arts. 5º, 16, 121 y 122 de la CN.

Esencialmente el criterio de oportunidad viene a significar una limitación a la manda constitucional comentada en el párrafo precedente, puesto dota al fiscal de la facultad de solicitar al juez el cese de la acción penal (de forma total o parcial) (6), incluso en el caso en el cual el magistrado no otorgue dicho beneficio, se puede recurrir ante el fiscal superior para que se pronuncie al respecto.

Sin embargo, como dije previamente, la Constitución Nacional dota al Ministerio Público Fiscal de la prosecución de los hechos que sean considerados delito, pero no le otorga la facultad de

determinar si la acción perece ante determinado hecho, puesto su función esencial consiste en acusar y de esta manera tutelar los derechos de las víctimas, parte totalmente excluida y casi no tenida en consideración dentro del proceso penal.

En otras palabras, lo que se quiere significar es que la aplicación de métodos alternativos de solución de conflictos no genera más que un beneficio para los imputados y para los operadores de la justicia penal, puesto que fundan su ejercicio en la posibilidad que otorga su aplicación dotando de mayor tiempo para poder enfocarse en otros delitos más complejos.

Lo cierto es, según mi criterio, que el problema se encuentra en la limitación de recursos que posee el Estado (nacional o provincial) a la hora de poder satisfacer la demanda de la sociedad respecto a la prosecución de la acción penal, dicho en términos menos científicos lo que el populum denomina "la búsqueda de justicia", justicia (penal) que se encuentra en gran tela de juicio por su actuar respecto de la tutela de los intereses de la sociedad (obligación de resultados) de la cual son empleados.

Por lo tanto, el legislador (que "supuestamente" representa a la sociedad) a pedido de vaya a saber quién, introduce estos nuevos institutos jurídicos dentro de los códigos procesales con la finalidad de descomprimir el sistema, olvidando que la Constitución Nacional es la que manda a iniciar los procedimientos pertinentes para la averiguación de la existencia, o no, de un delito y la imposición de la correspondiente sanción.

II. Criterios de oportunidad en la Provincia del Chubut

Los arts. 44, 45 y 46 de la ley XV-9 son los encargados de incorporar al Código de rito el instituto del criterio de oportunidad, detallando las formas, caracteres y requisitos necesarios para su ejercitación.

El art. 44 explícitamente determina los criterios de los cuales el fiscal es pasible de servirse para ejercitar el cese de la acción penal de forma total o parcial o la limitación a alguna o a varias infracciones. Analicemos a continuación cada caso en concreto:

a) La insignificancia está regulada en el primer punto, siempre que se trate de un hecho insignificante, o tuviere exigua contribución del partícipe o mínima culpabilidad que no afecte el interés público. Ahora paso seguido se comentan las excepciones a la aplicación del principio de insignificancia, que se dan cuando el hecho fuere cometido por un funcionario público en abuso de su cargo o que la pena mínima exceda de tres [3] años.

A tal fin, se requiere para su aplicación que el imputado haya: reparado, firmado un acuerdo o afianzado suficientemente la reparación del ilícito para que la aplicación del principio sea plausible.

Al realizar un análisis sobre el criterio de insignificancia y su aplicación, claramente debemos entender que el legislador al incorporarlo al Código Procesal Penal tuvo en vista únicamente las circunstancias laborales (en cuanto a cantidad de procesos que deberían iniciarse) de la Fiscalía, dejando totalmente de lado la voluntad de la víctima. ¿A qué quiero referir con ello? En sucintas palabras diré que, si la víctima deseara una reparación económica, concurriría por la vía civil (vale tener presente que la acción civil se puede iniciar en sede penal, pero para que ello acontezca debemos estar en otra etapa del proceso) y no habría iniciado la denuncia penal del hecho. Entonces, si existe una denuncia penal, es debido a que la víctima busca la imposición de una sanción a través del Estado (único titular de la facultad punitiva) y no iniciar una querella donde deba costear abogados particulares para lograr la imposición de una pena.

b) El segundo punto hace referencia al caso de los delitos culposos, correspondiendo su aplicación en aquellas situaciones en donde el imputado hubiere sufrido un daño físico o moral grave, que vuelva desproporcionada la aplicación de una pena.

En principio debemos tener en consideración que la finalidad de la pena no es solo sancionatoria, sino —por el contrario— dentro de nuestro sistema constitucional (arts. 18 y 75, inc. 22, CN) tiene como finalidad la resocialización del reo, por lo tanto, si bien el imputado sufre un daño (físico o moral) que puede llegar a equipararse al aspecto sancionatorio de la pena, lo cierto es que no se encuentra resocializado, por lo tanto, será muy difícil que se integre en sociedad.

c) El tercer punto hace referencia a la situación en la cual un imputado haya cometido otros hechos y se le hubiere impuesto una pena más severa o cuando deba esperar por la aplicación de penas correspondientes a otros ilícitos.

Lo cierto es que la aplicación de este criterio genera una impunidad absoluta, puesto si bien el imputado recibirá penas más severas por otros hechos que haya cometido, quedará impune respecto al hecho al cual se le hubiere aplicado el criterio de oportunidad.

¿Qué respuesta le damos a la víctima que con sus impuestos mantiene al Estado y con ello la facultad punitiva? ¿Se pretende fomentar la impunidad con respecto a los criminales más peligrosos en relación con los delitos que cometan que fuera menos severos?

d) El cuarto caso se presenta cuando el imputado padeciera de una enfermedad incurable en estado terminal (siempre que fuera acreditado por dictamen pericial) o cuando tuviera más de setenta [70] años.

Nuevamente se presenta un caso de impunidad. Es más, el Código de rito ni siquiera requiere que el imputado ofrezca abonar una indemnización (si puede llamársela así) por los perjuicios ocasionados. ¿Qué responsabilidad tiene la víctima de la situación particular en la que se encuentre el victimario?

e) El supuesto contemplado se da cuando existan lesiones leves, cuando concurra la conciliación o la víctima exprese desinterés en la persecución penal (salvo que hubiere un menor de edad).

En sí, lo que se busca es conseguir la descriminalización de hechos delictivos.

Es menester tener presente que la determinación de responsabilidad penal permite el reclamo a la víctima o a los herederos de una indemnización en sede civil si esta fuera correspondiente, circunstancia que procedería de efectivizarse alguno de los casos mencionados ut supra, pero con mayores dificultades, puesto no estaría probado el hecho.

Como puede observarse, la aplicación de un criterio de oportunidad (cualquiera fuera este) conlleva a una violación directa del principio de legalidad, el cual se determina por la obligación que tienen los órganos encargados de la persecución penal de realizar las investigaciones correspondientes a los hechos denunciados y determinar si correspondiere (de acuerdo con las pruebas existentes y las peculiaridades del caso) iniciar la elevación a juicio de las actuaciones labradas, permitiendo de esta manera que el imputado ejercite su derecho de defensa en juicio.

La postura sustentada en el párrafo precedente no implica la adopción de un posicionamiento que inhiba o imposibilite el desarrollo de nuevos modelos de administración de justicia. Por el contrario, tiene como finalidad esencial el cumplimiento de las obligaciones determinadas no por el legislador, sino que por el convencional constituyente al momento de labrar la Constitución Nacional. Así lo dicho, lo que se debe buscar (desde mi humilde pensamiento) es tener un sistema procesal penal donde la mayor cantidad de causas puedan ser juzgadas, sin que por limitaciones presupuestarias, problemas con el recurso humano o imposibilidades tecnológicas se viole el principio de acceso a la justicia y el plazo razonable, ya que institutos como el que estamos tratando (ej.

conciliación, suspensión del juicio a prueba), en sí, parecieran ser un beneficio para los operadores del sistema, más que para las víctimas de los delitos, circunstancia no menor que integra una de las tantas causas que llevan a la sociedad a descreer en el sistema penal argentino.

III. El criterio de oportunidad, el indulto y la amnistía ¿Qué rol juega el Ministerio Público Fiscal al imponer un criterio de oportunidad?

La Constitución Nacional establece en su art. 75, inc. 20 la amnistía general (7) como una facultad propia del Congreso Nacional. Debemos recordar que el instituto bajo análisis consiste en la posibilidad que tiene el Poder Legislativo de eliminar las consecuencias del delito, esto es la pena o dicho, en otros términos, no implica otra cosa que la supresión de la criminalidad (8) de determinados hechos (9).

Siempre que concurra la aplicación de la amnistía, esta deberá referirse a situaciones que engloben varios actores, esto quiere decir que se aplica a casos generales, sin importar el tipo de conducta delictual sobre la cual recaiga el beneficio, teniendo como finalidad mantener la paz y tranquilidad social (10).

El Poder Judicial, en relación con su aplicación, encuentra una limitación clara y concisa, puesto que esta no estará sujeta a revisión de los magistrados, ya que nos encontramos en presencia de una decisión política no justiciable. Sin perjuicio de ello, autores como Quiroga Lavié sostienen la factibilidad de que los jueces (11) se pronuncien respecto a si un delito puede o no ser comprendido dentro de una ley de amnistía (12).

En sí, el legislador nacional es el sujeto facultado por la Constitución Nacional (art. 75, inc. 12, CN) para la determinación de las acciones que deberán ser consideradas delito. Por lo tanto, el convencional constituyente consideró apropiado que el mismo órgano

que sanciona el Código Penal, sea aquel que determine la imposición de la amnistía general cuando la situación lo amerite.

Por otro lado, ya como una facultad propia del Poder Ejecutivo (art. 99, inc. 5º, CN) nos encontramos con el indulto (13), el que, según el maestro González, consiste en "el perdón absoluto de la pena ya impuesta por el juez competente" (14). El requisito esencial es que la sentencia esté firme y es únicamente aplicable con relación a delitos federales siempre y cuando no hubieren sido cometidos por funcionarios públicos (ello en el afán de evitar que la máxima Magistratura beneficie a sus amigos políticos).

Ahora bien, habiendo analizado de forma sucinta ambas instituciones jurídicas, podemos extraer ciertas conclusiones a priori. En principio tanto la amnistía como el indulto se encontraban en el Proyecto Constitucional de Alberdi y luego pasaron a tener vigencia como consecuencia de su adopción por el convencional constituyente en la Constitución de 1853, no siendo modificados —ambos institutos— por las reformas posteriores que sufrió nuestra Carta Magna. De esto se deriva como lógica consecuencia, que únicamente el Poder Legislativo y Ejecutivo nacional están facultados para eliminar la "criminalidad" o la "pena" en un hecho delictuoso. Por lo tanto, el Ministerio Público Fiscal no podría dentro del sistema imperante en la actualidad proceder directamente a la extinción de la aplicación de un proceso de investigación que conlleve a un juicio y la imposición de una sanción.

En palabras más simples, si bien es el legislador nacional el encargado de determinar cuáles acciones u omisiones son delictivas y los casos en los cuales la acción penal se extinguirá (art. 59, Cód. Penal), es el convencional constituyente el sujeto encargado de otorgar dichas facultades a través de las diversas reformas constitucionales. Continuando con este orden de ideas, es claro que jamás se pretendió dotar al Ministerio Público Fiscal de la posibilidad de no investigar un hecho delictivo, elevándolo posteriormente a juicio ya que, si se hubieren querido obtener dichos resultados, se

hubiere procedido a su adjudicación al momento de redactar el art. 120 de la CN.

Por último, una situación particular —que merece la elaboración de un análisis más profundo— es la referida a la ubicación del Ministerio Público Fiscal Chubutense, como parte del Poder Judicial (art. 194, Constitución Provincial), violando de manera directa lo establecido por los arts. 5º y 120 de la CN, en donde es clara la voluntad del convencional constituyente de crear un órgano extrapoder.

IV. El criterio de oportunidad y la afectación directa al derecho de propiedad

Sabido es que el Convencional Constituyente de 1853 adoptó gran parte de los criterios liberales establecidos en el Proyecto de Alberdi (15) y los plasmó en el texto de la Constitución Nacional, de este modo permitir la tutela de ciertos principios básicos que hacen a la esencia del pacto de convivencia que es determinado por la existencia de una Constitución para una sociedad.

Dentro de los principios adoptados, se encuentra el establecido por el art. 17 de la CN al considerar que la propiedad es inviolable, sin embargo, debemos entender que no existen derechos absolutos y por lo tanto podrán observarse ciertas limitaciones al ejercicio de la propiedad [sobre todo en el caso del Derecho Administrativo, medio ambiente o propiedad indígena (16)], los cuales se ventilarán según surge de la norma cuando exista una sentencia fundada en ley.

No obstante, si tenemos en consideración que la propiedad de un individuo es su patrimonio, esto es, el conjunto de bienes que lo integran, los cuales pueden ser materiales (cosas) o inmateriales (derechos), cuando concurre la comisión de un delito lo que se está afectando (sobre todo en el caso de delitos contra la propiedad) de manera directa son los bienes que integran el patrimonio de un sujeto

generando distintos tipos de responsabilidad (civil, penal, etc.) y, dado que este vive dentro de una sociedad, estos pueden repugnar al orden jurídico, o sea ir en contra de lo que la propia sociedad fijó en su acuerdo de convivencia (Constitución Nacional).

Siguiendo el razonamiento del párrafo precedente, se puede concluir que la comisión de delitos afecta al patrimonio de una persona, en estos casos el sujeto acude al órgano constitucional que tiene a su cargo la prosecución de la acción para que inicie el proceso y lleve adelante la investigación que si correspondiere (según las pruebas existentes), podrá concluir en un juicio y posteriormente en la imposición de una sentencia condenatoria o absolutoria.

A lo largo de la historia se han ido elaborando diversas teorías políticas, filosóficas y sociológicas, vinculadas a la organización estatal y sobre todo dirigidas a imponer ciertas limitaciones respecto a la utilización privada del patrimonio, que tenían como finalidad utópica generar una sociedad más justa, donde no existieran diferencias de clase y donde el Estado regulara la mayor parte de la vida de los sujetos. Estas teorías políticas que suelen plasmarse en el comunismo (17), socialismo, marxismo (18), etc., consideran que el delito como tal no puede existir, puesto no existe la propiedad privada (19) (o sea el patrimonio) y por lo tanto no hay una afectación directa a bienes individuales.

Generalmente el tipo de posiciones comentadas en el párrafo precedente se condicen con criterios abolicionistas sobre la pena y la teoría del delito en general. Sin embargo, es menester recordar que históricamente las sociedades que adoptaron dichos criterios terminaron inmersas en sistemas totalitarios, donde la violación de derechos era moneda corriente (ej. URSS, Cuba, etc.).

La adopción del instituto del criterio de oportunidad (como muchos otros que tienden a desvirtuar la aplicación de la pena —suspensión del juicio a prueba—) implica una afectación directa al derecho de propiedad de la víctima por parte del Ministerio Público

Fiscal, puesto al eliminar la prosecución penal no hace otra cosa que abolir la posible sanción que corresponda al sujeto (más allá que para determinados casos deba concurrir una oferta monetaria o suerte de indemnización).

V. ¿Qué es lo que busca la sociedad en la actualidad?

Desde la década del noventa a la actualidad, muchas han sido las reformas que se efectuaron sobre el Código Penal y sobre su instrumentación (códigos procesales), que si bien han sido realizadas por los representantes del pueblo (ya que el pueblo no delibera ni gobierna sino a través de sus representantes), en muchas ocasiones no representan verdaderamente los intereses que la sociedad busca proteger.

La problemática criminal ha aumentado en estos últimos treinta años y el sistema penal no ha otorgado una solución valedera con la que la sociedad esté conforme. Es más que claro que los reclamos sociales respecto de lo que se conoce vulgarmente como "justicia" están dirigidos a la materia penal y en menor medida a la Seguridad Social y al Derecho Laboral.

La adopción de instituciones como la suspensión del proceso a prueba, los criterios de oportunidad, la conciliación, etc., no han tenido otra finalidad que solucionar los problemas de orden funcional que posee el Ministerio Público Fiscal y la Judicatura Penal sumado al Poder Ejecutivo, puesto se adoptan dichos institutos para evitar realizar las inversiones presupuestarias correspondientes ¿A qué pretendo referirme? A que se trata de evitar que el delincuente cumpla con la pena por carecer de infraestructura carcelaria, a que no se aumenta el presupuesto en personal (más jueces, más fiscales, etc.), a que no hay mejoras en los sistemas tecnológicos que permitan una protección de elementos probatorios y una adecuación a las nuevas formas que presenta el crimen organizado.

Por ejemplo, si a lo largo de los últimos 20 años no se hubiera establecido la creencia de que construir cárceles es antirrepublicano o fascista, quienes hoy se encuentran privados de la libertad por la imposición de una pena, lo estarían en ámbitos propicios para su reinserción a la sociedad y no hacinados en pabellones que sobrepasan la capacidad permitida, incumpliendo el Estado (nacional o provincial) con la manda constitucional del art. 18 de la CN.

Entonces, si bien las quejas van dirigidas hacia fiscales y jueces por ser estos los actores primarios en el ejercicio de la acción, ya sea en su prosecución (fiscal) o juzgamiento (juez), lo cierto es que los responsables del descreimiento y crisis del sistema penal son quienes integran los Poderes Legislativo y Ejecutivo (tanto a nivel nacional como provincial). Esto sin perjuicio de las malas praxis que puedan llegar a existir por parte de los operadores directos del sistema.

VI. La Constitución Nacional como única norma eximente de responsabilidad

Como previamente mencioné, la Constitución Nacional es el único ordenamiento facultado para determinar cuándo un delito es pasible del indulto, la amnistía o incluso la conmutación de penas, pero para que ello ocurra es menester que previamente haya existido una sentencia que haga autoridad de cosa juzgada, cumpliendo con todos los requisitos del debido proceso legal adjetivo y las pautas fijadas a través de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

El poder constituyente originario (20) ha determinado a través del art. 30 de la CN cuales son los requisitos necesarios para que proceda la reforma a la Constitución, por lo cual el poder constituyente derivado se ve limitado por las pautas preestablecidas por el poder constituyente originario. Esto quiere decir que, luego de la entrada en vigor de nuestra Constitución Nacional (año 1853), en las distintas reformas que existieron con relación a la misma, el

convencional constituyente se vio limitado por las pautas establecidas previamente.

Tanto la amnistía como el indulto fueron institutos introducidos en la primera Constitución Nacional, determinando, de esta manera, la facultad que poseía tanto el Poder Legislativo como el Ejecutivo, para eliminar los efectos del delito (o sea la pena).

En las posteriores reformas que sufrió la Carta Magna, ningún convencional constituyente otorgó facultades a otros órganos que permitan eximir de responsabilidad penal a un individuo y lejos está de ser el criterio buscado por la sociedad.

Por lo tanto, las distintas reformas que ha sufrido el Código Penal, propiciadas ellas a través de las facultades que otorga el art. 75, inc. 12 de la CN, no deberían ir en contra de lo que se considera el espíritu de la Constitución, el cual proviene de los criterios implantados por el convencional constituyente al momento de su elaboración.

Si bien es factible legislar sobre la acción y sus formas de extinción, no correspondería aplicar ciertos institutos que, por un lado, o eliminan directamente el proceso de investigación penal, el juicio y la sentencia, o, por otro lado, habiendo atravesado dichos criterios dejan en suspenso la aplicación de la pena.

VII. La violación al principio de igualdad ante la ley

El art. 16 de la CN establece "que todos los habitantes son iguales ante la ley", determinando de este modo el principio de igualdad, eliminando cualquier tipo de discrepancia o favoritismo (21) que confluya en inequitativas soluciones (22). Sería lo que Gelli considera igualdad en igualdad de condiciones (23).

No solo el art. 16 de la CN habla sobre el principio de igualdad, sino que también lo hacen el art. 75, incs. 19 y 23 de la CN.

Este último ordena legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades, trato, pleno goce de los derechos reconocidos por la Constitución y por los Tratados Internacionales de Derechos Humanos (art. 75, inc. 22, CN).

Lo que busca el texto de la Carta Magna nacional no es solo la igualdad de los habitantes entre sí frente a la ley, sino también la igualdad frente al Estado, o sea, igualdad frente a los distintos Poderes que integran el órgano estatal (24).

Por lo dicho, lo que se pretende significar es que si bien el art. 59 del Cód. Penal hace referencia a la extinción de las acciones y, dentro de las posibilidades, permite la aplicación de los criterios de oportunidad según "lo previsto en las leyes procesales correspondientes", se genera para la víctima y el imputado una situación desventajosa, puesto si el hecho es cometido en una jurisdicción dentro de la cual el Código de rito penal contiene el instituto bajo análisis, el imputado podrá eximirse de responsabilidad penal respecto del hecho, quedando la víctima desamparada. Sin embargo, en el caso contrario, esto es cuando la jurisdicción en la que se comete el delito no tiene instituido en su normativa la aplicación de criterios de oportunidad, el imputado carecerá de dicho "beneficio", mientras que la víctima podrá observar cómo avanza la prosecución de la investigación.

De esta manera, al delegar en las provincias la facultad de legislar sobre la aplicación o no de un criterio de oportunidad dentro del inicio de un proceso penal se vulnera directamente el derecho de igualdad ante la ley (art. 16). Una situación similar a la que ocurre con relación a la responsabilidad del Estado o del funcionario público en donde, dependiendo de la Provincia en la que tenga lugar la interposición de la acción de daños, será de competencia administrativa o civil.

Es así como en la actualidad en la Argentina existen 24 jurisdicciones con diferentes criterios respecto de la viabilidad de aplicar o no criterios de oportunidad.

VIII. Conclusiones

Luego del análisis realizado respecto al criterio de oportunidad, su vigencia constitucional y los beneficios y perjuicios de su aplicación, se puede concluir que:

a) El criterio de oportunidad es un instituto jurídico que viene a salvaguardar al Ministerio Público Fiscal en la prosecución de delitos y liberación de trabajo.

b) Su existencia genera un beneficio para el Estado, puesto en principio se inhibe de realizar los gastos que implican llevar adelante un proceso judicial, limitando en sobremanera el presupuesto.

c) En ciertos casos se genera la impunidad del delito, puesto el hecho nunca llega a ser juzgado, ya que la aplicación del instituto corresponde a la etapa de investigación, antes de la elevación de la causa a juicio.

d) Con la aplicación del criterio de oportunidad se viola el derecho de propiedad, vinculándose de esta manera dicha institución con posiciones abolicionistas respecto del delito y la aplicación de la pena.

e) Se genera la vulneración del derecho de igualdad, ya que al permitir a las distintas jurisdicciones locales legislar sobre la materia, tanto el imputado como la víctima tendrán una variación de sus posibilidades según fuere la existencia o no del instituto bajo análisis.

(1) Ver art. 44, Ley XV-9.

(2) Promulgada el 25 de abril de 2006.

(3) CS, Fallos: 327:5863, TR LALEY AR/JUR/3607/2004, y 328:242, TR LALEY AR/JUR/171/2005.

(4) ONETO, Carlos Ezequiel, "La reformulación de los fines del proceso a partir de los criterios de oportunidad y los acuerdos conciliatorios", TRLALEY AR/DOC/87/2020.

(5) JAUCHEN, Eduardo, "Tratado de Derecho Procesal Penal", Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2012, Tomo I, 1ª ed., p. 648.

(6) Ver art. 32 Ley XV.9.

(7) Alberdi, en su Proyecto ya trataba el tema en el art. 67, inc. 2.

(8) QUIROGA LAVIÉ, Humberto, "Constitución de la Nación Argentina comentada", Zavalía, Bs As, 2012, 5ª ed., p. 453.

(9) GELLI, María Angélica, "Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, 4ª ed., 8ª reimp., Tomo II, p. 209.

(10) CS, Fallos: 287:306 (TR LALEY AR/JUR/260/1973); 211:1670; 178:157 y concordantes.

(11) CS, Fallos: 287:483 (TR LALEY AR/JUR/300/1973) y 287:482 (TR LALEY AR/JUR/299/1973).

(12) Conf. QUIROGA LAVIÉ, Humberto, ob. cit., p. 452.

(13) Este ya encontraba regulación en el Proyecto de Alberdi, art. 85, inc. 7.

(14) GONZÁLEZ, Joaquín V., "Manual de la Constitución Argentina", Ed. Ángel Estrada, Buenos Aires, 1983, 28ª ed., p. 540.

(15) Ver art. 18 del Proyecto de Alberdi.

(16) QUIROGA LAVIÉ, Humberto - BENEDETTI, Miguel Ángel - CENICACELAYA, María de las Nieves, "Derecho constitucional argentino", Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2001, Tomo I, 1ª ed., p. 199.

(17) SILVESTRONI, Mariano H., "Teoría constitucional del delito", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2018, 3ª ed., p. 73.

(18) MARX, Karl - ENGELS, Friedrich, "El manifiesto comunista", Centro Editor de Cultura, Avellaneda, 2008, p. 62 y 63.

(19) PROUDHON, Pierre J., "¿Qué es la propiedad? Investigaciones sobre el principio del derecho y del gobierno", Ed. Libros de Anarres, Buenos Aires, 2005, 1ª ed., ps. 45 a 47.

(20) QUIROGA LAVIÉ, Humberto - BENEDETTI, Miguel Ángel - CENICACELAYA, María de las Nieves, ob. cit., ps. 40 a 43.

(21) GARGARELLA, Roberto, "Teoría y crítica del derecho constitucional", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, tomo I, 1ª ed., 2ª reimp., p. 32.

(22) GONZÁLEZ, Joaquín V., ob. cit., p. 126.

(23) GELLI, María Angélica, ob. cit., p. 239.

(24) SABSAY, Daniel A. - ONAINDIA, José M., "La Constitución de los argentinos", Ed. Errepar, Buenos Aires, 1994, 1ª ed., ps. 65 y 66.

Residuos sólidos urbanos y el expuesto a una relación de consumo

por Mariano Palma

Disponible en: https://www.informacionlegal.com.ar/
Publicado en: RCCyC 2025 (abril), 275
Cita online: TR LALEY AR/DOC/36/2025
[Consultado el: 07/01/2026]

Sumario

I. Introducción.— II. ¿Qué son los residuos sólidos urbanos?— III. ¿Quién es el propietario de los residuos sólidos urbanos?— IV. ¿Existe relación de consumo?— V. El expuesto a una relación de consumo. Actualidad de la situación.— VI. Factores de atribución.— VII. ¿Qué tipo de daños podría reclamar?— VIII. Conclusión.

I. Introducción

Desde la sanción de la ley 24.240 (año 1993) y la constitucionalización —art. 42 CN— del derecho consumeril (año 1994), ríos de tinta se han escrito referidos a la cadena de comercialización, a la determinación del consumidor o usuario y a la aplicación del microsistema de derecho del consumo (integrado en la actualidad por la Constitución Nacional, el Cód. Civ. y Com., la Ley de Defensa del Consumidor, la Ley de Defensa de la Competencia y el Dec. de Lealtad Comercial).

Ahora bien, se presentan ciertas situaciones en las cuales conviene analizar en profundidad si determinados sujetos se encuentran amparados por el régimen consumeril o si por el contrario dicho paraguas tutelar carece de eficacia, para ello es necesario evaluar si concurren los elementos propios del derecho del consumo, por lo

tanto deberemos remitirnos a lo pautado por el art. 42 CN el cual analizado en conjunto con el art. 3° de la ley 24.240 nos permite inferir cuando hay una relación de consumo (vínculo determinante para la aplicación de la normativa tutelar) y de esta manera poder determinar si efectivamente nos encontramos en presencia de una situación regulada por el régimen.

Las implicancias que ha traído consigo el sistema capitalista y consumista en el que nos encontramos en la actualidad, determinó como lógico resultado la creación de nuevos regímenes jurídicos que tienden a tutelar a quienes se encuentran más desprotegidos no solo en su capacidad económica (a la hora de afrontar un problema) sino que también en su desenvolvimiento técnico (es la famosa relación asimétrica), sobre todo en aquellas situaciones donde nos encontramos con un proveedor/prestador que es netamente profesional en su actividad.

La actual normativa tiende a tutelar los derechos de las personas tanto al momento previo de la adquisición (oferta), como durante y luego de esta, sin embargo, se puede presentar la particularidad de situaciones en las cuales se generen afectaciones a derechos y que estas se encuentren en personas que no entablaron el vínculo contractual, pero que se vean afectadas como consecuencia de estar expuestas a una relación de consumo.

Es menester recordar que, si bien la figura del "expuesto" a una relación de consumo ha sido eliminada (1) de la Ley de Defensa del Consumidor (2), esta puede extraerse del juego del art. 42 CN y el art. 1096 Cód. Civ. y Com. (volveré a tratar el tema con mayor profundidad en puntos venideros), para de esta manera amparar un abanico de situaciones que quedaban fuera del microsistema de responsabilidad.

Con el presente desarrollo buscaré enfocarme en una situación particular que es la de las personas que se vean afectadas en sus derechos como consecuencia de mantener contacto con residuos,

esto es, con los remanentes de objetos o servicios que fueron el eje principal de un contrato (ej. compraventa) y que ahora luego de consumidos (o no) son arrojados como desechos.

La situación no es menor, ya que a diario (y sobre todo en las grandes urbes) podemos observar cómo se ha ido elaborando una verdadera industria de los despojos de otros individuos. Pensemos que, con el surgimiento de los cartoneros (3), la Ciudad de Buenos Aires se vio obligada a emitir legislación tendiente a proteger y resguardar la integridad física de dichos actores sociales (ver Ley 992, también conocida como "Ley Cartonera"). Sin perjuicio de ello debo decir al lector (previo a todo tipo de objeción) que el análisis que se trae a colación no va destinado a los cartoneros propiamente, puesto que, si analizamos la figura desde el punto de vista técnico, estos no reúnen los requisitos necesarios para ser considerados consumidores, ya que deben utilizar los bienes como destinatarios finales tanto de ellos como de su grupo familiar (4), siendo el cartonero un eslabón en una cadena de producción que es ni más ni menos que el reciclaje, por lo tanto, no quedarían comprendidos bajo la normativa.

De lo dicho hasta ahora, el lector podrá ir enarbolando cuáles son los criterios a seguir por este autor. No se pretende forzar la interpretación normativa a fin de englobar dentro del concepto de consumidores a personas que no lo son, sino por el contrario se buscará que personas que, sin ser vistos como consumidores en la actualidad, sean tratados como tales a futuro, demostrando de esta manera lo amplio que aún sigue siendo el sistema de responsabilidad consumeril respecto de la legitimación para poder iniciar el reclamo.

Por último, resta aclarar que la posición adoptada en el presente es minoritaria (por no decir mía solamente), pero vale recordar que en muchas ocasiones posturas que en principio no eran respaldadas por la doctrina mayoritaria terminaron por imponerse.

II. ¿Qué son los residuos sólidos urbanos?

La normativa nacional luego de la sanción del art. 41 CN (entendido este como base infranqueable) ha desarrollado la tutela al medio ambiente y especialmente lo referido al tratamiento de los residuos en distintas normas que tienden a significar un piso —presupuestos mínimos (5)— para las provincias respecto del cual no pueden alejarse en su normativa local (si la tuvieren), así la ley 24.051 (Residuos Peligrosos), la ley 25.612 (Residuos Industriales) y la ley 25.675 (Ley General del Ambiente), han venido a definir y estructurar los principios fijados por la carta magna en su plexo normativo.

Conforme a lo estipulado en el párrafo precedente, se deriva que la tutela del medio ambiente es un eje cardinal para la nación, ahora bien debemos tener en consideración que no se profundiza sobre las posibles implicancias jurídicas consumeriles, de hecho en un análisis histórico se puede vislumbrar que la Ley de Defensa al Consumidor es previa a las normas comentadas ut supra, incluso es anterior a los propios artículos de la Constitución Nacional (41 y 42 CN) y es que en lo que pretendo que el lector enfoque su razonamiento es en la íntima relación existente entre el consumo de bienes y servicios y el medio ambiente (ambos puntos ligados intrínsecamente).

Por lo dicho, corresponderá tener presente a qué objetos o sustancias pretendo referirme en el presente desarrollo, por ello habrá que evaluar las distintas opciones que puedan presentarse teniendo en consideración que debemos encontrarnos en presencia de una relación de consumo previa, puesto aquellos desechos que provengan de otros tipos de relaciones jurídicas no podrán contener la figura del "expuesto", ya que este surge ante la presencia de relaciones de consumo.

La doctrina ha desarrollado gran variedad de conceptos referidos a los residuos sólidos urbanos. Creo interesantes los conceptos que propone Del Piero (entendido este como: "un material

que tras haber cumplido con su misión pierde utilidad, tomando destino de desecho por no tener valor para ser retenido") (6) y Márquez Alessi (considera que residuo es "todo material en estado sólido, líquido o gaseoso, ya sea aislado o mezclado con otros, resultante de un proceso de extracción de la naturaleza, transformación o consumo, que su poseedor decide abandonar") (7), por otro lado el legislador a través de la ley 25.916 (en su artículo segundo) brinda el siguiente concepto: "denomínese residuo domiciliario a aquellos elementos, objetos o sustancias que como consecuencia de los procesos de consumo y desarrollo de actividades humanas, son desechados y/o abandonados".

En el ámbito internacional merece tenerse en consideración la directiva 75/442 de la Comunidad Europea, la que define a los desechos "como cualquier sustancia y objeto del que se desprende su poseedor o de que tenga la intención o deba desprenderse según las disposiciones nacionales vigentes".

La situación es clara, el residuo será todo "objeto o sustancia" que luego de ser utilizado dentro de un proceso de consumo es desechado o abandonado (más adelante analizaremos quién es el propietario y contra quiénes se puede dirigir la acción), lo que hay que considerar es que este es el resultado de un "proceso de consumo" para de esta manera poder hacer una referencia clara a la relación de consumo (art. 3° ley 24.240).

Por todo lo dicho, debemos tener en cuenta que el concepto de residuo es netamente económico y como consecuencia de ello mutable, no solo en cuanto al lugar, sino también con relación al tiempo, basta con observar los objetos que son arrojados como desechos en la vía pública en países del primer mundo (muchas veces no por fallas sino por obsolescencia) y aquellos que encontramos en nuestro país.

III. ¿Quién es el propietario de los residuos sólidos urbanos?

El comienzo del presente acápite deberá versar sobre un análisis legal pero enfocado hacia los derechos reales que son la materia encargada de regular la situación. No pretenderé realizar un tratado al respecto, pero sí fijar ciertas pautas que esclarezcan al lector la idea básica sobre la cual hay que operar.

Sabido es que los derechos reales son establecidos únicamente por la ley en lo que famosamente se conoce como numerus clausus (8), fuera de dicha enumeración taxativa no podrá existir ningún tipo de derecho real.

Vital trascendencia tiene recordar la forma de adquisición de los derechos reales —la cual no debe confundirse con los derechos personales y sobre todo con el particular caso del expuesto a una relación de consumo—, para tal fin se requiere de la concurrencia de un título (9) y modo (10), en todos los casos quienes transmiten deberán ser capaces (veremos que en el ámbito del derecho del consumo no es tan así la situación claro ejemplo es el de la persona incapaz que recibe un objeto de regalo —art. 1° ley 24.240—) para transferir el derecho real del cual pretenden valerse o no.

En cuanto a la apropiación del derecho real de dominio, se puede decir que las distintas situaciones se encuentran reguladas en el art. 1947 Cód. Civ. y Com. (11), siempre hablando de un dominio real perfecto.

De esta manera, el consumidor o usuario cuando arroja sus desechos no hace otra cosa que ejercitar el abandono del objeto o sustancia, tratándose de un acto unilateral que produce la extinción del dominio, aunque otro aún no se lo hubiera apropiado (art. 1907 Cód. Civ. y Com.) así como también de la posesión y la tenencia (art. 1931 Inc. e Cód. Civ. y Com.).

Ahora bien, cualquier acto no importará el abandono, sino que deberán concurrir dos requisitos infranqueables: a) un acto de desprendimiento material de la cosa (se debe perder el corpus posesorio; b) la intención de no continuar ejerciendo el dominio sobre la cosa (el acto de abandono debe traducir el propósito deliberado de abdicar el dominio).

Una vez efectuada esta breve introducción, diré que lo mencionado previamente no tiene injerencia alguna respecto del "expuesto", ya que este no adquiere ningún tipo de derecho real sobre el objeto o sustancia que genera el daño, la relación con un derecho real la tiene el consumidor o usuario, no el tercero expuesto.

Sin embargo, en virtud de lo dicho en el párrafo precedente es que Bustamante Alsina, consideraba "que no debe realizarse distinción alguna según que la víctima fuese el adquirente del producto defectuoso o un tercero" (12).

Así es que la propiedad de los residuos importará únicamente en el caso en el cual se pretenda demandar a su propietario, no así si lo que pretendemos hacer es iniciar el reclamo ante la cadena de producción (art. 40 ley 24.240), esto es al productor, fabricante, importador, distribuidor, proveedor, vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa.

Si analizamos la situación fáctica se podrá abrir un universo de posibilidades a la hora de ser sujeto pasivo de daños derivados de objetos o sustancias de las cuales un sujeto se despoja, siempre que este fuera derivado de una relación de consumo, ya que, si hubiera sido el remanente de una cadena de producción, no encontraremos el paragua tutelar de la ley de defensa del consumidor, la cual concretamente requiere que el bien sea utilizado en beneficio propio o del grupo familiar.

Lo dicho en los últimos renglones del párrafo precedente solo será aplicable al consumidor o usuario, no así al expuesto, quien

puede sufrir los daños por encontrarse realizando una actividad lucrativa, como por ejemplo un recolector de residuos que se vea perjudicado por algún objeto o sustancia que recolecta en el ejercicio de sus funciones.

Por último, resta decir que la propiedad de los residuos, una vez que son colocados en el lugar de contención para su recolección, recaerá sobre el Estado Municipal, en el caso de que la recolección sea realizada por empleados y camiones del municipio, mientras que en aquellos casos en los cuales la recolección sea realizada por una empresa concesionaria del servicio, esta tendrá el dominio sobre ellos.

¿Cómo se llega al resultado establecido en el párrafo anterior? Este surge como consecuencia de un simple análisis realizado sobre las bases establecidas para la adquisición del dominio por el Cód. Civ. y Com. Al respecto tomemos el siguiente ejemplo: si una persona abandona ciertos objetos o sustancia con la voluntad de desaprenderse de ellos y al mismo tiempo otro sujeto los recolecta, los transporta a plantas de reciclaje de su propiedad o a rellenos sanitarios sobre los cuales sea el dueño, adquirirá la propiedad de estos. Ahora bien, se puede presentar el caso de que una empresa concesionaria del servicio de recolección tenga como único objeto prestar el mencionado servicio, transportando los desechos a un relleno sanitario o una planta de reciclaje, en ambos casos la propiedad del residuo pertenecerá al titular del relleno sanitario o de la planta de reciclaje, puesto el recolector tiene para con el objeto una relación de tenencia y no de posesión.

IV. ¿Existe relación de consumo?

Previo a determinar si existe una relación de consumo debemos conceptualizarla. Para ello se requiere hacer un pequeño análisis histórico. Si bien la ley 24.240, al momento de su entrada en vigencia en el año 1993, no hacía referencia a la relación de consumo, sino que entendía que el régimen normativo consumeril solo era aplicable entre contratantes, es a partir de la reforma a la Constitución

Nacional de 1994, cuando a través del art. 42 (13), se hace mención explícita a la relación de consumo.

Con la sanción y entrada en vigencia de las reformas efectuadas por la ley 26.361 a la ley 24.240, toma vigencia normativa dentro del texto de la Ley de Defensa del Consumidor, la "relación de consumo" (art. 3°), que tratamos en el presente.

Queda en claro, que luego de la reforma efectuada por la ley 26.361, al capítulo I de la ley 24.240, se determinará no solo el sujeto activo y pasivo, sino que también el vínculo a través del cual se unen ambos individuos, con la finalidad de poder discernir si el régimen jurídico instaurado por la norma es de viable aplicación.

La relación de consumo excederá el concepto clásico de contratantes, para incorporar nuevas situaciones que en muchas ocasiones no se encontrarán avaladas por la existencia de un contrato, es que los expuestos o también los equiparados (14), carecen de todo vínculo contractual con el proveedor o prestador y sin perjuicio de ello, son pasibles de ser tutelados por la normativa en comentario.

Por lo comentado en el párrafo precedente, es que el lector podrá entender que nos encontramos en presencia de un concepto amplio, que tratará de abarcar todas las situaciones existentes e incluso aquellas que fueran dudosas, puesto para dichos casos el propio artículo habla del in dubio pro consumidor.

El concepto de contrato ya no será de aplicación exclusiva al ámbito de la defensa del consumidor, sino que, en dicho territorio, tendrán vigencia, la "adquisición" y la "utilización", siempre que fueran realizadas como destinatario final, lo que abrirá la puerta a la relación de consumo, como un vínculo jurídico determinante.

Por lo dicho, la relación de consumo podrá conceptualizarse como el vínculo jurídico que une al consumidor/usuario con el

proveedor/prestador, sin importar que exista un contrato como se conoce en el derecho clásico.

Este vínculo jurídico tendrá por finalidad tutelar los derechos de la parte más débil (15), esto sería del profano frente al experto, del que ignora los procesos productivos, o carece de la estructura (16) necesaria (técnica, jurídica, económica, etc.) para poder afrontar a su contraparte.

Es dentro de esta relación, que se van a dar la totalidad de beneficios que asegura el régimen tuitivo consumeril (17) y nunca fuera de ella, por esto es vital la determinación de su existencia (más allá de que a través de esta se podrá encuadrar al sujeto activo y al sujeto pasivo dentro del proceso).

Por ende, cuando no (18) exista una "relación de consumo" no será viable la aplicación de la ley consumeril, ni de los beneficios que son una derivación de ella, como el daño punitivo, la gratuidad, la responsabilidad objetiva, el deber de seguridad (19), la inversión de la carga probatoria, la aplicación del proceso más abreviado, etc.

En resumidas palabras, podremos decir que la relación de consumo será el elemento determinante para la existencia del "expuesto", es decir que el objeto o sustancia que desechados produzcan un daño deben haber sido utilizados o consumidos dentro de una relación donde el consumidor/usuario los utilizó como destinatario final de él o de su grupo familiar y es en esa finalidad que surge la aclamada relación de consumo que tutelará al "expuesto".

Por último, en cuanto a su determinación o prueba deberá requerirse la testimonial del ex propietario del residuo aduciendo que utilizó o consumió el objeto o sustancia como destinatario final tanto él como su grupo familiar si este último fuera el caso. Una vez acreditado el fin con el que fue adquirido el producto, no podrá ponerse en tela de juicio la existencia de la relación de consumo y los

beneficios derivados de aquella tanto para el consumidor como para el caso que nos ocupa.

V. El expuesto a una relación de consumo. Actualidad de la situación

El expuesto a una relación de consumo (20) es el sujeto que, sin haber tomado participación directa dentro del vínculo jurídico, pero como consecuencia de aquel, se ve alcanzado por ciertas circunstancias del acontecer causal que influyen en su situación. Es por el hecho de la existencia de la relación de consumo extensible a su persona que el régimen jurídico lo ampara (21).

La situación en realidad excede al Derecho de los Contratos, al Derecho de Legitimación Procesal y debe ser circunscripta dentro del microsistema del Derecho de Consumidores y Usuarios, específicamente en lo que refiere a la relación de consumo y sus caracteres, peculiaridades y circunstancias, que la dotan de cualidades no amparadas en otros ordenes jurídicos del sistema nacional.

Actualmente, podemos decir que la ley 26.994 modificó la regulación realizada por la ley 26.361 en el art. 1°, eliminando la siguiente frase: "a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo", quitando así, si se lo quiere, al consumidor/usuario expuesto o bystander (22) del régimen jurídico nacional y colocándonos en una situación de desventaja jurídica frente a Brasil (23) y Uruguay (24) que contemplan dicha figura en sus ordenamientos internos.

En cuanto a los fallos de la Corte Suprema, esta había receptado al "expuesto" a una relación de consumo en el precedente "Mosca" (25) (con anterioridad a la modificación de la normativa) y también la misma figura jurídica fue utilizada en varios precedentes de tribunales inferiores (26), con la debida cautela que tal extensión del régimen consumeril requiere, en la actualidad ha sido dejada a un lado por el sistema jurídico.

En el caso de la ley 26.994, tampoco habla del "expuesto" en el art. 1092 Cód. Civ. y Com., sin perjuicio de ello, la figura podrá ser extraída del art. 1096 Cód. Civ. y Com. que reza: "Las normas de esta Sección y de la Sección 2ª del presente Capítulo son aplicables a todas las personas expuestas a las prácticas comerciales, determinables o no, sean consumidores o sujetos equiparados conforme a lo dispuesto en el art. 1092".

Para sostener la tesitura del párrafo anterior, podemos seguir añadiendo fundamentos a fin de entender que el "expuesto", sigue teniendo vigencia dentro de nuestro ordenamiento jurídico, así: 1) de conformidad a la aplicación del art. 42 CN, el cual, no hace distinción ni descripción alguna, más que entender que serán consumidores/usuarios aquellos que estén vinculados a una relación de consumo; 2) por aplicación del principio constitucional de progresividad (27) y no regresividad (art. 75 Inc. 22 CN), que sustenta al Derecho del Consumidor, como un DD. HH.

Queda en claro, que la persona que se vincule con un residuo —proveniente de una relación de consumo— que produzca un daño será tutelado por el régimen consumeril como un expuesto, dentro de esta conceptualización habrá que determinar sobre quién recaerá la legitimación pasiva a la hora de demandar, recordemos que como mencioné previamente el expuesto podrá (al igual que el consumidor) demandar a la cadena de consumo (art. 40 ley 24.240) y así recomponer su patrimonio.

VI. Factores de atribución

El factor de atribución puede conceptualizarse como un presupuesto esencial de la responsabilidad que la ley toma en consideración para atribuir jurídicamente la obligación de indemnizar un daño a quien corresponda (28).

A través de este, se establece a título de que se juzgará a un sujeto de derecho, esto debe entenderse de la siguiente manera, si

estamos en presencia de un factor objetivo de atribución, la responsabilidad se desarrollará sin ningún vínculo con la valoración subjetiva del agente a diferencia de lo que ocurre en el caso de los factores subjetivos de atribución en donde el sujeto es juzgado a título de dolo o culpa.

La principal distinción radica en los efectos que conlleva cada uno, así cuando estamos en presencia de un factor subjetivo debe probarse la culpa o dolo del agente para que nazca el deber de responder, contrario a esto, cuando el factor de atribución es objetivo el sujeto debe responder (más allá de toda atribución a título de dolo o culpa) siendo irrelevante la culpa del sujeto, salvo que demuestre la ruptura del nexo causal (por ejemplo la culpa de la víctima o de un tercero por el cual no se debe responder, etc. Debemos tener en cuenta que para cada factor de atribución objetivo habrá un tipo particular de ruptura del nexo causal, entonces habrá que demostrar que la cosa que causó el daño no era riesgosa, etc.).

En los factores objetivos el deber de resarcir se fundará en: 1) "el riesgo" (por generar un peligro para terceros); 2) "el deber de garantía" (si bien el sujeto no generó ningún riesgo o conducta reprochable, pero la ley considera que el sujeto debe hacerse responsable); 3) "la equidad" (se vincula con una idea de justicia, el clásico ejemplo de ella, es aquel en el cual habiendo un daño se tiene en cuenta el patrimonio del autor, las circunstancias del hecho y el patrimonio de la víctima); 4) "abuso de derecho" (tiene relación con el excesivo ejercicio de un derecho, fuera de los límites establecidos en el ordenamiento jurídico que implican la vulneración y afectación de potestades correspondientes a terceros); 5) "excesos en la normal tolerancia" (29) (en parte podemos decir, que está vinculado al abuso de derecho, pero actúa como un factor de atribución objetivo independiente de este último); 6) "cuando se comprometa a un resultado determinado" (en los casos en los cuales, el agente debe cumplir con un resultado específico, estaremos en presencia de una obligación de resultados).

Habiendo efectuado una enumeración bastante descriptiva de los distintos factores objetivos de responsabilidad, diré que la vedette será el deber de seguridad (hay que tener presente las pautas fijadas por el art. 5° ley 24.240), el cual deberá analizarse en el caso que nos ocupa, no dentro de una relación contractual, sino por el contrario dentro de una relación de consumo, concepto mucho más amplio que permite abarcar la noción del expuesto a una relación de consumo y así tutelar una gama mucho más amplia de sujetos.

El deber de seguridad (30), tiene un fundamento esencial que es la buena fe (arts. 9°, 729, 961 Cód. Civ. y Com. y 8° bis. ley 24.240), también guarda relación con la teoría del riesgo creado (esta no escapa a las situaciones que se desarrollan en el presente), pero su esencia radica en proteger la salud e integridad física no solo de consumidores y usuarios sino que también de todos los sujetos que se vean alcanzados por una relación de consumo (31) (y aquí es donde radica la vital importancia del vínculo que determina la aplicación de este microsistema de derecho), esta última va a determinar el verdadero alcance material del deber de seguridad.

Esta idea de deber de seguridad importa incorporar al mercado productos seguros conforme las normas de control de calidad y las expectativas de la sociedad sobre estos (entendiendo que no se producirá ningún daño a terceros o incluso al medio ambiente —art. 41 CN—).

Es así que la responsabilidad derivada de daños producidos por productos deja en claro que en el caso que nos ocupa no se regirá por los principios del régimen contractual (arts. 1092 a 1122 Cód. Civ. y Com.), sino por el contrario estaremos en presencia de un sistema extracontractual fundado en la relación de consumo. Recordemos que la responsabilidad por productos provendrá de deficiencias en el producto (32) objeto de la relación de consumo que lo tornan inepto para el uso o finalidad a la que está destinado o cuando estemos en presencia del incumplimiento del régimen legal obligatorio de

garantías convencionales o legales de calidad, inocuidad y buen funcionamiento para bienes de uso durables.

VII. ¿Qué tipo de daños podría reclamar?

No todo daño va a ser pasible de resarcimiento, sin embargo, aquel que genere una modificación en la situación patrimonial de la víctima (entendido el patrimonio como un conjunto de bienes materiales e inmateriales), acarreará responsabilidad.

Es así como bien lo determinó el Cód. Civ. y Com. en su art. 1737: "Hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio o un derecho de incidencia colectiva".

En principio, este concepto sería de aplicación dentro del ordenamiento consumeril y es por ello que corresponde tenerlo presente a la hora de poder determinar la existencia de un menoscabo.

Existiendo cierta precisión en cuanto a su conceptualización, podemos llegar a considerar ¿qué daños pueden o deben ser resarcibles y cuáles no? Para responder dicho interrogante habrá que tomar en cuenta dos elementos: a) elemento material: constituido por el hecho físico; b) elemento formal: considerado cómo aquel menoscabo determinado por la ley.

Autores de relevancia, han discrepado respecto al fundamento de la responsabilidad y al interrogante de ¿cuál sería su base o su esencia?

Desde mi punto particular de vista, considero que el fundamento de la responsabilidad debe radicar en la existencia de un daño y es en esta alteración del status quo que provoca el daño, dónde radica su fundamento, esto quiere significar una violación del principio de no dañar o alterum non laedere que surge de los principios del derecho así como específicamente se observa en lo

determinado en el art. 19 CN y en los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos con Jerarquía Constitucional del art. 75 inc. 22 CN (33).

Siguiendo este orden de ideas y en cuanto a la indemnización a percibir como consecuencia del daño estimo (y ello teniendo en consideración los principios generales del derecho y los Tratados Internacionales con Jerarquía Constitucional) que esta deberá corresponder a la totalidad de los perjuicios sufridos por el sujeto pasivo o víctima.

Dentro de este concepto de reparación integral, los daños indemnizables a modo meramente enunciativo, podemos decir que serán los siguientes: 1) daño patrimonial y extrapatrimonial; 2) daño moral; 3) daño emergente; 4) lucro cesante; 5) pérdida de chance; 6) daño a la persona; 7) daño al interés negativo; 8) daño al interés positivo; 9) daño ambiental; 10) daño cierto; 11) daño colectivo; 12) daño compensatorio; 13) daño contractual; 14) daño directo; 15) daño emergente; 16) daño eventual; 17) daño futuro; 18) daño incierto; 19) daño individual; 20) daño injusto; 21) daño inmediato; 22) daño mediato; 23) daño moratorio; 24) daño psicológico; 25) daño virtual; 26) daño punitivo, etc.

VIII. Conclusión

De conformidad a los puntos desarrollados en el presente, se pueden extraer las siguientes conclusiones:

a. El "expuesto" a una relación de consumo es un sujeto legitimado para reclamar los daños que puedan provocarse en su patrimonio como consecuencia de tal vínculo.

b. La existencia del "expuesto" no ha sido eliminada de nuestro régimen jurídico; encuentra su razón de ser en el art. 42 CN y en el art. 1096 Cód. Civ. y Com.

c. La cadena de consumo no se libra de responsabilidad una vez consumido el objeto o sustancia, sino por el contrario seguirá respondiendo por los daños que pueda ocasionar a los expuestos.

d. El factor de atribución se fundará en el deber de seguridad, pero habrá que estarse a los hechos del caso concreto para poder determinar la concurrencia de otro factor de atribución, el cual en todos los casos será objetivo.

(1) Ver ley 26.994.

(2) Conf. PINESE, Graciela G., CORBALÁN, Pablo S., "La ley de defensa del consumidor: Ley 24.240 modificada por las leyes 24.568, 24.787, 24.999 y 26.361", Ed. Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2018, 2ª ed., p. 13.

(3) Ver: MÁRQUEZ ALESSI, María Belén, "La gestión de los residuos sólidos urbanos en la Ciudad de Autónoma de Buenos Aires", RDAM, 62, 279. Cita on line: TR LALEY AR/DOC/121/2020.

(4) Conf. GHERSI, Carlos A., "Consumidores y usuarios: cómo defender sus derechos", Ed. Nova Tesis Editorial Jurídica, Rosario, 2015, 1ª ed., t. I, p. 22.

(5) Ver art. 41 CN.

(6) DEL PIERO, Pedro, "La grave asignatura pendiente de los residuos sólidos urbanos en el área metropolitana de Buenos Aires", Informe ambiental Anual 2015, Ed. FARN, Buenos Aire, 2015, p. 194.

(7) MÁRQUEZ ALESSI, María Belén, "La gestión de los residuos sólidos urbanos en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires", RDAmb, 62, 279. Cita on line: TRLALEY AR/DOC/121/2020.

(8) Ver: art. 1887 Cód. Civ. y Com.

(9) Consistirá en el "acto jurídico revestido de las formas establecidas por la ley, que tiene por finalidad transmitir o constituir el derecho real" (art. 1892 Cód. Civ. y Com.).

(10) El modo será determinado por la tradición posesoria, en aquellos casos en los cuales el derecho real se constituya por la posesión, salvo en el caso de que se requiere de un acto jurídico para su transmisión.

(11) A) Son susceptibles de apropiación: 1) Las cosas abandonadas; 2) Los animales que son el objeto de la caza y de la pesca. B) No son susceptibles de apropiación: 1) Las cosas perdidas. Si la cosa es de algún valor, se presume que es perdida, excepto prueba en contrario; 2) Los animales domésticos, aunque escapen e ingresen en inmueble ajeno; 3) Los animales domesticados, mientras el dueño no desista de perseguirlos. Si emigran y se habitúan a vivir en otro inmueble, pertenecen al dueño de éste, si no empleó artificios para atraerlos.

(12) BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "Responsabilidad civil por productos elaborados defectuosos", LA LEY, 1992-E, 1064.

(13) CS, Fallos 329:695.

(14) Ver: CNCom., Sala A, "Mercado, Mariano Ezequiel c. Bapro Mandatos y Negocios SA s/ organismos externos", 04/10/2022, Expte. N° 10.098/2022.

(15) Conf. BRUN, Carlos A., BRUN, Emiliano, "La relación de consumo, el destino final y la falta de profesionalidad del

consumidor", p. 3, La Ley Thomson Reuters, cita on line: AR/DOC/2747/2021.

(16) Ver: CNCom., Sala B, "Censabella, Andrea c. Volkswagen SA de Ahorro P/F Determinados y otro s/ ordinario", 19/10/2022, Expte. N° 3116/2018.

(17) CS, Fallos 344:3095.

(18) Ver: CNCiv., Sala K, "S. B., A. c. Yahoo! de Argentina SRL s/ daños y perjuicios", 02/06/2022, Expte. N° 27.874/2016.

(19) Conf. CNCiv., Sala H, "Pocay Delia Yudith María c. Irsa Inversiones y Representación SRL y otros s/ daños y perjuicios", 07/11/2022, Expte. N° 97.698/2010.

(20) Ver: CNCom., Sala A, "Romero Emilio Enrique y otros c. Bapro Mandatos y Negocias SA s/ Organismos Externos", 17/11/2017.

(21) A quienes los consideran como un sujeto que, si bien no se relaciona directamente con el bien o servicio, como consecuencia de su exposición al mismo, adquiere las características de consumidor.

(22) Figura jurídica proveniente del Derecho Anglosajón, conceptualizada como un sujeto que está expuesto a una situación dañosa de la que resulta formalmente ajeno, por no integrar el vínculo contractual.

(23) Código de Consumo de Brasil (art. 29).

(24) Ley de Relaciones de Consumo (17.250), en su art. 4.

(25) CS, Fallos 330:563.

(26) CNCiv., Sala L, "Aguirre, Diego Oscar c. Argañaraz, Ramón Francisco y otros s/ daños y perjuicios", 30/06/2010, Expte. N° 65.241/2005; CNCiv., Sala H, "Sánchez, Jesús Abel c. Los Constituyentes SA de Transporte y otros s/ daños y perjuicios", 30/11/2011, elDIAL-AA6522, entre otros.

(27) Conf. art. 26 CADH y art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales.

(28) VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, "Responsabilidad por Daños-Elementos", Ed. De Palma, Buenos Aires, 1993, p. 193.

(29) BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "Teoría general de la responsabilidad civil", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, 9ª ed., p. 473.

(30) El deber de seguridad adquiere rango constitucional luego de la reforma de 1994 al ser incorporado al art. 42 CN.

(31) Conf. PIZARRO, Daniel R., "Tratado de responsabilidad objetiva", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, 1ª ed., t. II, ps. 297 y 298.

(32) Importante trascendencia tendrá la responsabilidad por vicios redhibitorios, tornando la cosa impropia para su destino.

(33) Los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos con Jerarquía Constitucional, tratan de manera sobreabundante el tema, sirviendo de base y sustento jurídico para el deber de indemnizar incluso de forma integral. Así lo dictan: DADDH (arts. II, XVII, XVIII, XXIII, XXIV, XXVIII), DUDH (Preámbulo, arts. 2, 3, 7, 10, 17, 28, 29), CADH (arts. 1, 2, 9, 10, 21), PIDESC (arts. 2, 3, 5, 11 inc. 1), PIDCP (arts. 2, 5, 14), CPSDG (art. 5), CIEDR (arts. 1, 2, 5), CEFDM (arts. 2, 3, 15), CCTOTPC (arts. 2, 14), CDN (arts. 1, 2, 4).

Robo/Hurto de automotores. Relevancia de ciertos criterios constitucionales

por Mariano Palma

Disponible en: https://www.informacionlegal.com.ar/
Publicado en: La Ley Online
Cita online: TR LALEY AR/DOC/287/2025
[Consultado el: 07/01/2026]

Sumario

I. Introducción.— II. Características propias del tipo penal.— III. Los arts. 14 y 17 de la CN. Alcances.— IV. La falta de vinculación de las decisiones judiciales con los principios constitucionales.— V. Conclusiones.

I. Introducción

A lo largo de la historia de la humanidad, las distintas sociedades han impuestos regímenes jurídicos tendientes a ordenar y reprimir las conductas que consideraban contrarias a sus intereses esenciales, desde la venganza de sangre, pasando por el Código de Hammurabi hasta la Ley de las Doce Tablas ["(...) el furtum que consistía en el apoderamiento fraudulento de la cosa de otro contra la voluntad de su dueño con la intención de aprovecharse de la misma"(1)], dichos órdenes jurídicos han tenido como finalidad lidiar con los aspectos más tenebrosos de la sociedad, tratando de corregir, prevenir y sancionar, pero siempre tutelando al perjudicado.

El sistema jurídico nacional sanciona las conductas que considera disvaliosas a través de normas de distinta índole, siendo el principal ejemplo de sistema coercitivo el establecido por Cód. Penal Argentino. En dicho sistema jurídico el legislador ha plasmado las

acciones que considera disvaliosas en base a los bienes jurídicos que se lesiona a fin de aplicar la reprimenda correspondiente.

La determinación de los delitos será una facultad delegada por las provincias a la nación (art. 75 inc. 12 CN), a fin de que esta proceda a la estructuración del sistema penal sancionador. Ahora bien, el surgimiento de este sistema obedece a una creación que se plasma en la concepción del Estado que existía al momento de sancionar la Constitución Nacional y que se mantuvo a lo largo de los años, esto es un Estado de fuste liberal, donde los principios redactados en la norma suprema nacional adquieren una relevancia superlativa, fundada en la teoría Kelseniana (2) del derecho y por lo tanto obligan en su vigencia a quienes son los encargados de juzgar.

Si entendemos al derecho penal como un régimen jurídico que sanciona conductas que lesionan bienes jurídicos, debemos comprender que en el fondo lo que se tutela es el patrimonio (3) del individuo, entendido este, como el conjunto de bienes (4), los cuales pueden ser materiales (un automotor) o inmateriales (el honor).

La importancia de esta breve introducción radica en direccionar al lector hacia una interpretación legislativa que tenga como fin, poner nuevamente en la cúspide de la pirámide jurídica los derechos tutelados por la Constitución Nacional, reprimiendo aquellas conductas que vulneren el patrimonio de los habitantes de la nación.

En este resurgir de una antigua cosmovisión jurídica que se plantea en la actualidad retutelando la dignidad humana, la libertad, el derecho a la vida y la propiedad serán concebidos como la columna vertebral de todo el sistema jurídico sancionador y ello para nada obstaculiza la aplicación de las garantías propias del debido proceso legal adjetivo (que no solo se aplican al ritual penal, sino que son extensibles a todas las competencias jurídicas).

Es menester recordar al lector, que las concepciones de izquierda (socialismo, comunismo, etc.) entienden que el patrimonio

de un individuo debe estar supeditado a la existencia del Estado quien es su verdadero titular y por lo tanto como lógica derivación de ello la sanción a conductas que lesionen bienes jurídicos será más laxa o incluso inexistente, puesto el individuo al carecer de patrimonio, el Estado no tendría bienes que tutelar.

El abolicionismo (5) jurídico que se planteo en el párrafo anterior no existe en nuestro sistema normativo, pero si puede surgir a través de las decisiones de quienes son los operadores del sistema jurídico penal, ello lo vemos en los fiscales que no elevan las causas que se encuentran bajo su órbita a juicio, o realizan archivo indiscriminado de denuncias (cualquier persona que ingrese a las estadísticas de los ministerios públicos fiscales provinciales, podrá observar la gran cantidad de causas archivadas y contraponerlas con la paupérrima cantidad de procesos que terminan en juicio) o incluso en las absurdas sentencias que dictan los jueces totalmente alejadas de principios constitucionales básicos que rigen la materia penal como lo es el derecho de propiedad privada y la dignidad del ser humano.

Entonces, podemos incorporar de forma intrusiva dentro de un sistema constitucional que obedece a principios de un Estado Liberal criterios abolicionistas de izquierda que vulneran directamente los derechos de los habitantes generando un resquebrajamiento del entramado social.

Otro problema de índole práctico se presenta cuando analizamos las pocas sanciones que reciben los fiscales por parte de los Consejos de la Magistratura al momento de ser denunciados, las carencias de recursos no pueden ser un fundamento para ocultar la incompetencia, puesto las mismas existían antes de asumir el cargo, son condiciones previas con las cuales los funcionarios deben lidiar y de esta manera ejercitar la acción penal (art. 120 CN).

Con estas breves palabras, pretendo direccionar al lector en el análisis de ciertos casos paradigmáticos que se dieron en torno al robo/hurto de automotores y que generaron decisiones judiciales más

inclinadas hacia un sistema abolicionista comunista que a un ordenamiento jurídico liberal con vigencia del principio de supremacía constitucional.

II. Características propias del tipo penal

El Cód. Penal argentino sanciona el delito de robo de vehículos que se encuentren en la vía pública o en lugares de acceso público en el art. 163 inc. 6 (6).

El legislador ha querido regular la situación de manera tal que todo acto que vulnere el derecho de propiedad privada quede sancionado penalmente.

En cuanto al bien jurídico protegido, puedo decir que será la esencia del presente trabajo, la propiedad como eje delimitador y parámetro objetivo de distinción entre lo propio y lo ajeno, ya la Corte Suprema se ha pronunciado al respecto sosteniendo: "el término propiedad tal como se lo emplea en los arts. 14 y 17 de la Constitución, comprende todos los intereses que un hombre puede poseer, fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad y se integra con todos los derechos que tengan un valor reconocido, ya sea que surjan de las relaciones de derecho privado o de actos administrativos"(7).

La propiedad entonces debe entenderse no solo como el conjunto de derechos reales que rodean a un individuo sino vinculada al concepto de patrimonio, esto es al conjunto de bienes siendo estos materiales e inmateriales (8).

Íntimamente vinculado al derecho de propiedad como bien jurídico protegido, se encuentran ciertas teorías que tratan de analizar aspectos cruciales del hurto y del robo, como por ejemplo la teoría de la insignificancia en materia penal (que ha sido resuelta de formidable manera por el máximo tribunal nacional) (9), las teorías consumativas del hurto y hasta en qué momento el mismo debe ser considero en

grado de tentativa (10) (según el criterio de este autor corresponde tener presente que en el preciso instante en el cual se vulnera la propiedad privada se configura el hurto/robo, no existe ningún tipo de necesidad de realizar mayores análisis si tomamos en cuenta las claras pautas que fija el art. 17 CN, —La Ablatio sería el criterio correcto—).

En cuanto al tipo objetivo, se busca proteger a los vehículos (entendidos como todo artefacto o medio de traslación que se utiliza para el transporte de personas o cosas, ya fuere por tierra, aire o agua) (11), ello dentro de una mirada amplia, sin perjuicio de ello lo que a nosotros nos interesa es en referencia exclusiva a los automotores, aunque en ciertas ocasiones los criterios vertidos en el presente artículo pueden ser extrapolados a otros supuestos (12).

Otro de los elementos constitutivos del tipo objetivo, es que el vehículo se encuentre en la vía pública (13) o en un lugar de público acceso (14). Lo que encontramos en la situación descripta por el legislador es una mayor desprotección del vehículo, por eso se amplía la tutela legal.

Por otro lado, el tipo subjetivo se configura cuando el autor tiene conocimiento efectivo de que se está apoderando de un vehículo, valiéndose de la situación de desprotección.

III. Los arts. 14 y 17 de la CN. Alcances

El derecho de propiedad ha sido fijado en nuestro orden constitucional desde la primigenia presentación realizada por el gran jurista Alberdi a través de su obra "Bases y Puntos de Partida para la Organización Política de la República Argentina"(15), materializándose en la primera carta magna (1853) a través de los arts. 14 y 17 (a los fines del presente trabajo interesa la intervinculación de ambos artículos que permitirá afianzar el criterio que se viene desarrollando).

A lo dicho en el párrafo precedente debemos sumarle que luego de la reforma de 1994 y la incorporación de los Tratados Internacionales con Jerarquía Constitucional del art. 75 Inc. 22, encontramos una proliferación de los ordenamientos jurídicos que hacen referencia a la tutela del derecho de propiedad, como por ejemplo en el caso de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 23); la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 17) y la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 21).

El derecho de propiedad como hemos visto en el párrafo precedente ha sido determinado como un derecho humano insoslayable que integra el bloque de constitucionalidad y su importancia como puede verse no es menor, ya que los Tratados Internacionales lo regulan a fin de poderlo afianzar en cada uno de los Estados signatarios.

El derecho constitucional es la base, la columna vertebral sobre la cual se cierne el sistema jurídico nacional y a través del cual —como lógica consecuencia de ello— se da la razón de ser a las normas que son dictadas en su consecuencia (Cód. Penal).

Así, el art. 14 CN fija pautas claras respecto del derecho de propiedad, al proclamar: "usar y disponer de su propiedad" a lo cual debe sumarse el "principio de inviolabilidad" derivado del art. 17 del mismo plexo normativo.

El "usar y disponer" que deriva (16) del art. 14 implica una capacidad del propietario, no ilimitada puesto debe ser ejercida conforme las restricciones normativas imperantes (ej. arts. 41 y 42 CN, etc.) que tienen como finalidad armonizar el ejercicio de los derechos de los habitantes (17), pero ciernen las posibilidades del titular de dichos derechos y ya no solo referido a un titular dominial —como podría observarse en el caso de los derechos reales—, sino a la totalidad de los derechos que se pueden ejercitar sobre una cosa, teniendo en cuenta la concepción constitucional del derecho de

propiedad que hace referencia al patrimonio (18). Entonces cualquier violación a la facultad constitucional del individuo determinada por el art. 14 implicará una lesión directa a un derecho patrimonial y privará al sujeto de la posibilidad de "usar y disponer" libremente de su patrimonio. En el caso que estudiamos este estaría determinado por toda privación ilegítima del uso de un vehículo automotor.

El artículo por antonomasia que hace referencia al derecho de propiedad es el 17 de la Carta Magna Nacional. Dicha norma, a los fines que interesan al presente estudio, destaca la "inviolabilidad" de la propiedad (entendida esta como patrimonio), dando así el toque característico del derecho constitucional clásico liberal (19) que cierne nuestro sistema desde 1853. La inviolabilidad de la propiedad deriva directamente del anteproyecto normativo de Alberdi. Ahora bien, este posicionamiento no implica que estemos en presencia de un derecho absoluto, sino por el contrario, como se mencionó previamente, la misma podrá ser limitada por razones de interés público, pudiendo incluso perderse cuando concurra (según fuere el caso) una sentencia firme que así lo determine.

Dentro del sistema planteado previamente no existe interpretación razonable que permita concluir que el derecho de propiedad sobre un bien se pierde porque el propietario no le prestó el debido cuidado o la atención necesaria —si se encontrare en una zona peligrosa—, incluso en el caso de usucapión —20 años—, el usucapiente requerirá de una sentencia judicial firme (20) para adquirir la titularidad dominial, mientras la misma no exista la persona no es dueña, por lo tanto es el Estado (Poder Judicial), el encargado de asignar o no las limitaciones a la propiedad (ello claro está, referido exclusivamente al tema que se ventila, el cual es el robo de automotores).

Si bien existe jurisprudencia de la Corte que entiende que no nos encontramos en presencia de un derecho meramente formal, sino por el contrario se requiere que el mismo posea contenido real (21), es trascendente tener en consideración que si bien, es un derecho

renunciable (22) en forma expresa (o en ciertas ocasiones tácita —criterio que no comparto—), ello no lleva a avalar la posibilidad de que terceros contra la voluntad expresa o presunta del propietario lo priven de este derecho respecto de un bien, sin mediar autorización del orden jurídico.

Según lo mencionado, hasta el presente el propietario del automotor podrá usar y disponer de este libremente, sin ningún tipo de limitaciones más que las impuestas por el ordenamiento jurídico y es en esta concepción donde debemos ubicar al derecho de propiedad como superlativo, calando sobre los criterios doctrinarios y judiciales como por ejemplo las teorías consumativas del hurto, en virtud de las cuales según sea el posicionamiento que adopte el juzgador será la existencia de la consumación o tentativa del delito. A lo que pretendo referirme de forma reiterativa —puesto ya lo mencioné en la introducción— es que el abolicionismo se introduce a través de criterios irrazonables que son adoptados en las sentencias judiciales. Allí es donde encontramos la vulneración directa a los derechos que ampara nuestra Constitución Nacional.

Entonces, lo que pretendo sostener es que el dueño de un vehículo podrá hacer con este (siempre dentro de un marco de legalidad) lo que le plazca, podrá dejar las llaves del vehículo puestas con las puertas abiertas o los vidrios bajos, podrá dejar objetos de valor dentro del vehículo incluso con las puertas abiertas y los vidrios bajos y su propiedad será inviolable, no pudiéndose argumentar la propia torpeza, o el abandono, etc., puesto que por mandas constitucionales, el individuo se encuentra facultado para "usar y disponer", de manera inviolable (salvo sentencia o ley) de su propiedad.

IV. La falta de vinculación de las decisiones judiciales con los principios constitucionales

A continuación, analizaremos algunas sentencias y situaciones que podrían tener lugar y que dejan de lado (o de forma ausente) los

criterios constitucionales esbozados en el punto precedente y que a mi juicio deben ser retomados por las decisiones judiciales.

Veamos el caso de Irigoyen (23), donde él mismo acompañado de su cómplice (Pepey) es sorprendido por la policía en horas de la madrugada y detenido a bordo de un Renault 4, que había sido previamente denunciado como robado. El automóvil presentaba forzada la cerradura de la puerta delantera izquierda y el motor funcionaba como consecuencia de un puente que se había realizado en el cableado del mismo. En el interior del vehículo se encontraron una pinza, un destornillador, una tijera y tres manojos de llaves que eran de distintos autos. En primera instancia se condena a Irigoyen y se declara responsable a Pepey por el delito de hurto de automotor, entendiendo que debía aceptarse la versión de los criminales en el sentido de que hallaron el vehículo con la puerta abierta y con la conexión de los cables para encender el motor ya realizada, descartando de ese modo la figura del robo. Ante la irracionalidad de la decisión, el fiscal interpone recurso ante la cámara en el cual solicita la imposición de una pena más gravosa. La decisión del tribunal de segunda instancia termina estipulando la imposición de hurto para Irigoyen y eximiendo de responsabilidad a Pepey por entender que "el automotor era o aparentaba ser, cosa perdida para su dueño". El fiscal interpone recurso extraordinario, le es denegado y llega en queja a la Corte, la cual acepta la queja, deja sin efecto el fallo y manda a dictar uno nuevo.

El caso reseñado en el párrafo anterior, es el fiel ejemplo de vulneración al derecho de propiedad y aplicación de criterios abolicionistas (que no son lo mismo que garantistas) por nuestros tribunales. ¿Como puede ser que un proceso en donde existen seis jueces (tres integrantes del tribunal de primera instancia y tres integrantes de la sala de cámara) que evalúan un hecho lleguen a la misma descabellada idea de que el vehículo había sido dejado en la vía pública con la puerta abierta y encendido, para de esta manera sostener que era una cosa abandonada por su dueño? Es más, siendo una cosa mueble registrable, el abandono no puede ser tal (puesto la

titularidad dominial se mantiene hasta que no se efectúe una modificación en el registro de la propiedad automotor). Por otro lado, uno se pregunta, si el art. 14 CN, me faculta a "usar y disponer" y el art. 17 CN hace referencia a que la propiedad es inviolable, ¿por qué no puede el propietario dejar el vehículo en la vía pública encendido y con la puerta abierta y si alguien intenta apropiárselo no configurar hurto/robo? ¿Cuál es el criterio para que las aseguradoras se eximan del deber de responder aduciendo culpa de la víctima si existe un derecho constitucional claro y determinado respecto del ejercicio del derecho de propiedad?

Otro caso de trascendencia que permite identificar la postura que planteo con toda claridad es el resuelto por la Sala I, de la Cámara Nacional Criminal y Correccional en los autos caratulados "Daneri, Pablo" el 15 de abril de 1992, donde se "descubrió" que los dispositivos que un propietario pone sobre su vehículo para impedir los hurtos/robos, tienen como finalidad frustrar dichas acciones contrarias a la ley. Lo importante del caso es analizar que se impuso la figura de la tentativa de hurto fundándose la misma en que el propietario habría frustrado el delito por utilizar mecanismos especiales. La decisión si se analiza desde el prisma de la conjugación de los arts. 14 y 17 CN, es totalmente descabellada. La razón de ser no puede ni debe sostenerse en el derecho de "usar y disponer", sobre todo conjugado con la "inviolabilidad" de la propiedad. Aceptar el criterio reseñado por la Sala I, implicaría depositar la responsabilidad sobre la víctima (propietario) para eximir de responsabilidades mayores a los victimarios. Pensemos en la situación en la cual, si bien el vehículo no enciende por contener un dispositivo electrónico que limite la ignición, el mismo es cargado en un camión plancha y transportado, el hurto (o robo, según sean las características particulares del caso) quedará debidamente configurado para alguien que analiza la situación dentro de parámetros de racionalidad, en cambio otros (especialmente jueces penales) podrán aducir que como consecuencia de los impedimentos impuestos por el propietario, el imputado se vio en la imperiosa necesidad de acudir a medios de mayor complejidad para poder perpetuar el delito.

La decisión de la Sala I, va en contra de los arts. 14 y 17 CN, como reiteradamente vengo planteando a lo largo del presente artículo. Las personas pueden usar y disponer de su propiedad como les plazca, siendo la misma inviolable siempre que respete los límites impuestos por el ordenamiento jurídico. Cualquier postura que se presente de forma contraria a dichos criterios genera una violación directa a derechos amparados por la Constitución Nacional, desde 1853 al presente.

Analizando otro precedente que si bien es de la justicia civil tiene insoslayables vinculaciones con el ámbito del derecho penal, puesto recordemos que la acción civil es factible de ser iniciada en sede penal, por lo tanto, los jueces penales deben conocer ambos ámbitos de actuación. El caso es de la provincia de Mendoza, "Cabrera Jorge Luis c. Compañía de Seguros la Mercantil Andina SA s/ Proceso de Consumo", en donde la jueza de primera instancia consideró que dejar las llaves puestas dentro del vehículo que posteriormente fue sustraído es negligencia y que en virtud de ello se puede eximir a la compañía de seguros fundando el criterio en la culpa grave (24). La decisión, nuevamente, es insólita, ni que hablar de los resultados que busca la misma. A uno se le pueden generar diversos interrogantes ¿Por qué no puedo usar y disponer de la cosa cómo me plazca? ¿Cómo se puede sustentar que la víctima de un delito contra la propiedad sea culpada de negligencia, siendo que los bienes son inviolables (art. 17 CN)? ¿Para qué uno paga los servicios de una compañía aseguradora si esta al momento de indemnizar pretende eximirse de responsabilidad fundando la misma en la culpa grave de la víctima del hecho ilícito?

Como se dijo previamente, uno usa y dispone de los bienes como le place, su única limitación será aquella proveniente de las leyes o de las sentencias judiciales. La utilización del bien no podrá ser el fundamento para eximir de responsabilidad no solo a aseguradoras sino también a quienes cometan los actos contrarios a derecho.

Si uno observa y analiza los distintos casos presentados (hay más), puede concluir lógicamente que nos encontramos en presencia del abolicionismo que mencioné en la introducción al presente trabajo y que dicho abolicionismo se da a través de los errados criterios de los jueces, que dejan de lado derechos constitucionales claramente determinados por la norma suprema nacional y a los cuales los hombres y mujeres de bien son sometidos diariamente con el fin de mantener las relaciones sociales bajo pautas claramente determinadas que permitan la coexistencia de los habitantes de la nación.

Fallar contrariamente a derecho, no solo genera un quiebre en el orden jurídico e institucional, sino también produce una falta de confianza por parte de la sociedad, no solo en los jueces (que dictan sentencias arbitrarias), sino en todo el sistema jurídico.

Es vital que los Consejos de la Magistratura (en conjunto con los Tribunales de Enjuiciamiento) avancen sobre criterios más rígidos a fin de poder depurar del sistema a aquellos funcionarios que no tienen la capacidad técnica para hacer frente a decisiones que generan estado en las personas. De esta manera, considero que se podrá ir recuperando poco a poco la tan desprestigiada reputación de la justicia penal (avasallada por sus propios operadores, claramente).

V. Conclusiones

Como lógica conclusión de todo lo mencionado en el presente trabajo, podemos extraer los siguientes criterios:

a. El derecho constitucional de propiedad, no se refiere solamente a la cosmovisión civilista vinculada al derecho real de dominio, sino que abarca la totalidad del patrimonio de un individuo, dicho en otros términos sería el conjunto de bienes que lo integran.

b. La facultad de "usar y disponer" surge del art. 14 CN, motivo por el cual, cualquier individuo puede utilizar su vehículo

como le plazca, obviamente limitado por las restricciones impuestas a través del ordenamiento jurídico.

c. La inviolabilidad de la propiedad se encuentra estipulada en el art. 17 CN. Solo a través de una sentencia judicial que posea autoridad de cosa juzgada o una ley puede vulnerarse dicho principio.

d. Al ejercitar los derechos constitucionales (arts. 14 y 17 CN), el individuo se encuentra habilitado para dejar el vehículo con las llaves puestas, con las puertas abiertas, en marcha, con dinero en su interior o incluso sus pertenencias, y estas no pueden ser vulneradas o apropiadas por terceros.

e. Las decisiones judiciales que se dicten como consecuencia del avasallamiento al derecho de propiedad (siempre que el mismo hubiera sido ejercitado dentro de los parámetros establecidos por las normas), jamás podrán determinar que las acciones de la víctima para prevenir todo tipo de atropello sobre su propiedad sean entendidas para reducir o mejorar la condición vinculada a la determinación de la escala penal o incluso modificar el tipo.

f. El derecho penal debe subsumirse a la Constitución y los Tratados Internacionales, pero no solo limitado a la tutela de las garantías en el debido proceso legal adjetivo, sino por el contrario debe respetar la totalidad de los derechos y tener presente que aquellos que delinquen son quienes deben ser sancionados y reeducados para poder vivir en sociedad (la reeducación del reo es una de las funciones de la pena).

g. No resulta razonable eximir de responsabilidad a empresas aseguradoras (más allá de la culpa grave o no del contratante) por dejar las llaves puestas en un vehículo que con posterioridad es hurtado/robado, puesto dicho criterio ataca directamente las pautas de los arts. 14 y 17 CN.

h. La Constitución Nacional debe ser la brújula que guíe las decisiones judiciales, sobre las pautas fijadas en la misma es que los jueces deben interpretar la normativa de índole inferior (léase Cód. Penal o Ley de Seguros).

(1) Ver: PEÑA GUZMÁN, Luis A., ARGÜELLO, Luis R., "Derecho Romano", Ed. Topográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1966, 2ª ed., t. I, p. 559.

(2) Ver: KELSEN, Hans, "Teoría pura del derecho", Ed. Eudeba, Buenos Aires, 2003, 4ª ed., 2ª reimp.

(3) Ver: arts. 15 y 16 Cód. Civ. y Com.

(4) CS, Fallos 145:307, TR LALEY AR/JUR/10/1925.

(5) Ver: SILVESTRONI, Mariano H., "Teoría constitucional del delito", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2018, 3ª ed., ps. 71 a 81.

(6) Ver: MACAGNO, Mauricio E., "Acerca de la vía pública y los lugares de acceso público en el hurto agravado de vehículos", DPyC, TR LALEY AR/DOC/3216/2016.

(7) CS, Fallos 145:307, TR LALEY AR/JUR/10/1925.

(8) CS, Fallos 304:856, TR LALEY AR/JUR/1113/1982.

(9) CS, Fallos 308:1796, TR LALEY AR/JUR/2213/1986.

(10) Al respecto tenemos las siguientes posturas: 1) Attrectatio: consistente en el simple tocamiento de la cosa; 2) Aprehensio, hace referencia a la captación material de la cosa; 3) Amotio: Requiere que la cosa haya sido trasladada o movida de lugar;

4) Ablatio: requiere que la cosa sea quitada de su poseedor; 5) Illatio: El hurto existe cuando el autor puede sacar provecho de la cosa, antes no.

(11) Conf. RIQUERT, Marcelo A., "Código Penal de la Nación: comentado y anotado", Ed. Erreius, Buenos Aires, 2022, 2ª ed., t. II, p. 1326.

(12) Esto sin perjuicio del criterio de prohibición resolución por analogía dentro del derecho penal.

(13) Ej. Calles, plazas, paseos, puentes, rutas, etc.

(14) Ej. Estacionamientos de mercados, de playas, lo importante es que el público pueda transitar en su interior. No son aceptados los garajes privados o cualquier tipo de ámbito que pueda dotar de protección al vehículo.

(15) Conf. ALBERDI, Juan B., "Bases y Puntos de Partida para la Organización Política de la República Argentina", Ed. Terramar, La Plata, 2009, 1ª ed.

(16) Ver: GONZÁLEZ, Joaquín V., "Manual de la Constitución Argentina", Ed., Ángel Estrada y CIA SA, Buenos Aires, 1983, 28ª ed., p. 136.

(17) No olvidemos que el art. 20 CN permite a los extranjeros adquirir bienes inmuebles en la república.

(18) CS, Fallos 145:307, TR LALEY AR/JUR/10/1925.

(19) Conf. GELLI, María A., "Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, 4ª ed., 8ª reimp., t. I, p. 261.

(20) Conf. QUIROGA LAVIE, Humberto, "Constitución de la Nación Argentina Comentada", Ed. Zavalía, Buenos Aires, 2012, 5ª ed., p. 106.

(21) CS, Fallos 312:2467, TR LALEY 04_312v2t126.

(22) CS, Fallos 307:354, TR LALEY AR/JUR/700/1985.

(23) CS, "Irigoyen Marcelo y otro", 10/11/1988, JA 1988-IV-539, TR LALEY 04_311v2t098.

(24) Vale aclarar, que la Suprema Corte de dicha provincia —Mendoza—, en el precedente "Hoffman", dejó sentado que dejar las llaves en el vehículo no puede ser considerado como eximente de responsabilidad para la compañía aseguradora.

Proyectiles expansivos ¿su utilización representa un exceso en la legítima defensa?

por Mariano Palma

Disponible en: https://www.informacionlegal.com.ar/
Publicado en: DPyC 2025 (abril), 37
Cita online: TR LALEY AR/DOC/401/2025
[Consultado el: 09/01/2026]

Sumario

I. Introducción.— II. ¿Qué establece la reglamentación al respecto?— III. El principio de seguridad.— IV. Legítima defensa.— V. ¿Existe un exceso en la legítima defensa?— VI. Conclusión.

I. Introducción

El presente trabajo tiene como finalidad generar en el lector la necesidad de distinguir nuevos (1) paradigmas referidos a la utilización de puntas expansivas en el caso de legítima defensa a través de armas de fuego.

En dicha postura se realizarán análisis referidos a la normativa existente y vigente en la actualidad, su necesidad de actualización y adecuación a las nuevas corrientes doctrinarias que se presentan y sobre todo a las necesidades de la población que en muchas ocasiones como consecuencia de la ausencia estatal (falta de cumplimiento del deber de seguridad) debe colocarse en situaciones de violencia extrema como ser la de repeler un ataque no provocado.

A tal fin, se deberá tener en consideración que si bien los Tratados Internacionales con Jerarquía Constitucional (art. 75 inc. 22 CN) tutelan los derechos de los imputados, nada dicen respecto del respeto irrestricto de los derechos de las víctimas, nueva cosmovisión

que deberá tenerse en consideración, puesto no pueden estar en un andarivel jurídico más bajo (con relación a la tutela de derechos) quienes no cometen actos ilícitos.

Debemos tomar en consideración, que con relación al tema bajo análisis se han elaborado normas internacionales (ej. Convención de Ginebra) (2) que tienden a tutelar la "integridad física" —por así decirlo— de los enemigos en el campo de batalla, ello con la finalidad de evitar la utilización de puntas de fragmentación, las cuales al ser usadas generan el esparcimiento de esquirlas a lo largo del cuerpo impactado desgarrándolo, dicha característica las distingue de las puntas expansivas, las cuales tienen como finalidad producir la mayor descarga de energía posible dentro del cuerpo al cual se dirige el proyectil, sin generar esquirlas, quedando la punta luego del impacto como una flor, de esta manera se imposibilita el avance del agresor y al mismo tiempo se protegen los derechos de terceros ajenos a la contienda.

Si bien en el orden local la normativa prohíbe (3) la utilización de puntas expansivas, en situaciones de defensa hay ciertas excepciones (4) a dichos principios, los cuales son determinados para casos particulares, no es óbice para que el legislador haga en el futuro una aplicación extensiva a otras situaciones.

Vale recalcar que se tratará de demostrar que la utilización de puntas expansivas en casos de legítima defensa tiene como finalidad prevenir y evitar todo tipo de actuar ilícito que pueda vulnerar derechos, no sometiendo a terceros ajenos a la disputa a ser pasibles de un daño (5), es por ello que la normativa debe corregir su direccionamiento para tratar de velar por los derechos de las víctimas y de terceros (quienes también son titulares de Derechos Humanos).

Recordemos que las puntas expansivas surgen en la India, su creador fue el Coronel de la Royal Army Neville Sneyd Bertie-Clay, quien apostado en el arsenal de "Dum Dum", cerca de Calcuta, las

utilizaría por primera vez, ello por haber observado la ineficacia de las puntas totalmente encamisadas para detener una embestida.

Con respecto a lo comentado ut supra, queda en claro que la normativa internacional hace solo referencia a las situaciones de guerra o conflictos bélicos, pero no enmarca a los casos de seguridad o donde las fuerzas de seguridad puedan verse inmiscuidas, es por ello que no pueden equipararse las circunstancias que rodean la utilización de dichos proyectiles, recordemos que las puntas expansivas (a diferencia de las totalmente encamisadas) evitan el avance del sujeto impactado con menor cantidad de disparos, generando mayor seguridad para quien las utiliza y para los terceros.

II. ¿Qué establece la reglamentación al respecto?

La reglamentación existente en el orden nacional es clara (y anticuada), el dec. reglamentario 395/1975 de la Ley Nacional de Armas (20.429), prohíbe en el art. 4° inc. 3°, apart. d, la utilización de puntas expansivas de la siguiente manera: "Art. 4°. Son armas de guerra todas aquellas que, contempladas en el art. 1°, no se encuentren comprendidas en la enumeración taxativa que de las "armas de uso civil" se efectúa en el art. 5° o hubieran sido expresamente excluidas del régimen de la presente reglamentación. Inc. 3° armas, materiales y dispositivos de uso prohibido: Apart. d. Munición de proyectil expansivo (con envoltura metálica sin punta y con núcleo de plomo hueco o deformable), de proyectil con cabeza chata, con deformaciones, ranuras o estrías capaces de producir heridas desgarrantes, en toda otra actividad que no sea la caza o tiro deportivo".

La normativa nacional es clara con respecto a la utilización de puntas expansivas, sin embargo, a continuación, se analizará una situación particular que se presentó con la emisión de la res. 1770 por parte del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación en el año 2008.

En dicha resolución, el por entonces Ministro de Justicia (Aníbal Fernández) del gobierno de Cristina Fernández de Kirchner, permitió la adquisición y utilización de puntas expansivas destinadas a las fuerzas especiales de las fuerzas de seguridad federales (G.E.O.F.; G.E. 1; y al personal que presta servicios de custodia) (6).

En los considerandos de la resolución bajo análisis, se deja en claro que las puntas expansivas tienen "(...) la capacidad de inhibir eficazmente, con la menor reacción, el poder ofensivo de un eventual agresor", que asimismo "(...) el proyectil expansivo disminuye la velocidad y los eventuales rebotes en superficies duras, lo que contribuye a salvaguardar la integridad física de ciudadanos que se hallaren en los recintos o en las áreas circundantes al lugar de un enfrentamiento armado".

Ahora bien, si se pudo aceptar la utilización de puntas expansivas para las fuerzas especiales de la Policía Federal, ¿cuál sería la limitante en hacerlo extensivo a los legítimos usuarios? ¿acaso un legítimo usuario no podría enfrentar una situación en cual requiera de la utilización de puntas expansivas para frenar el avance de un criminal que pone en peligro su integridad y propiedad junto con la de su familia y terceros?

Son varios los interrogantes que se generan a partir de los fundamentos que dan origen a la emisión de dicha normativa, no se logra comprender, por qué directamente no se procedió a derogar el apart. d del inc. 3° del art. 4° del dec. 395/1975 y permitir de esta manera, que los ciudadanos de bien se puedan proteger y además de ello evitar lesionar a terceros cuando lo hagan.

Es claro que, de esta brevísima enunciación normativa, surge que las puntas expansivas lejos de ser lo atroces que cierta doctrina plantea (en general abolicionistas) (7), son necesarias para prevenir todo tipo de atropello por parte de los criminales y proteger de esta manera los derechos propios, como así los de terceros.

III. El principio de seguridad

Es sabido que el Estado responde por actividad lícita (art. 4° ley 26.944), en el caso bajo análisis la situación se presentaría cuando se haya producido un daño a un tercero como consecuencia de la utilización de una punta totalmente encamisada, en un hecho de legítima defensa, ¿qué se quiere decir con esto? básicamente que el Estado a través de su función legislativa, dicta normas que producen directamente perjuicios sobre quienes no tienen el deber de soportarlos (como por ejemplo el tercero damnificado).

En el caso de marras, el factor de atribución será objetivo con respecto al Estado fundado este último en el "sacrificio especial" (8), el cual requiere para su existencia de la concurrencia de un aspecto cuantitativo (este se da cuando el accionar legítimo abarca a un número específico de personas) (9) y cualitativo (a. basado en la gravedad del daño (10) y b. que supera o no la medida de lo razonablemente normal) (11).

La responsabilidad por actividad lícita y el deber de seguridad que debe brindar el Estado, se encuentran insoslayablemente vinculados, puesto imaginemos que la legítima defensa a su vez sea ejercitada por un policía con el arma reglamentaria y los proyectiles determinados por la normativa, ¿qué deber de soportar el daño existe en el tercero que es impactado por una bala totalmente encamisada que atravesó el cuerpo de un delincuente en flagrancia?

¿A quién debe demandar la víctima —o los herederos— en dicha situación? La acción deberá estar dirigida contra el funcionario (en el caso del policía) y contra el Estado (nacional cuando hablemos de alguna fuerza de seguridad federal). La situación será distinta cuando en el hecho no hubiera participado ningún funcionario estatal, en cuyo caso se podrá demandar a quién disparó el arma y de forma conjunta al Estado, por violar el deber de seguridad y tener dentro del ordenamiento normativa anacrónica.

El lector debe tener presente que el Estado brinda un servicio (ya fuere a través de la policía o a través de la ANMAC), regulando y fijando pautas para todas aquellas actividades que puedan generar un perjuicio para la ciudadanía y en dicho desenvolvimiento de la actividad es que reposa su responsabilidad.

La Corte Suprema, en el precedente "Mosca" ha dicho: "Corresponde distinguir entre los casos de omisiones a mandatos expresos y determinados en una regla de derecho, en los que puede identificarse una clara falta de servicio, de aquellos otros casos en los que el Estado está obligado a cumplir una serie de objetivos fijados por la ley sólo de un modo general e indeterminado, como propósito a lograr en la mejor medida posible" (12). De ello se deriva, en referencia al caso que nos ocupa, que debe estar claramente determinada la obligación/deber del Estado, respecto de los aspectos que debe fiscalizar en la prestación del servicio, no correspondiendo imputar responsabilidades sobre deberes genéricos o indeterminados.

Resta decir que nos encontramos en presencia de normativa específica (apart. d, inc. 3° art. 4° dec. 395/1975) que regula la utilización de las puntas totalmente encamisadas, situación que genera una posición casi inaceptable en la actualidad, requiriendo su pronta modificación.

IV. Legítima defensa

La legítima defensa se encuentra regulada en el art. 34 incs. 6° y 7° del Cód. Penal, la normativa hace referencia a dos casos particulares, la legítima defensa propiamente dicha, regulada en el art. 34 inc. 6° y la legítima defensa de terceros.

El lector podrá apreciar que nos encontramos en presencia de una causal de justificación (13), que tiene por finalidad quitar la antijuridicidad a una determinada acción (14), por lo tanto, el actuar se vuelve legítimo (15).

Es un caso en el cual, la aplicación de la causal de justificación debe su existencia no a la ponderación de bienes implicados, sino por el contrario la defensa se determina por la peligrosidad e intensidad de la agresión (16), no implicando otra cosa que la autoprotección frente a un ataque antijurídico.

No existe limitación respecto de los bienes defendibles (vida, salud, derechos patrimoniales, honor, etc.), sin perjuicio de ello deben cumplirse ciertos requisitos para su procedencia, los cuales serán analizados brevemente:

a. Agresión ilegítima: La agresión consistirá en una amenaza humana de lesión, lo que implica que deberá provenir de una persona (17) (ej. no existe legítima defensa por el movimiento de las cosas o animales, salvo que sean utilizados o dirigidos por una persona), deberá existir acción u omisión —gobernada por la voluntad de un sujeto—, quedando en claro que el acto debe estar dirigido a un fin (18), por lo tanto, la agresión debe poner en peligro intereses jurídicamente protegidos. A su vez, la agresión debe ser actual, debe perdurar en el tiempo, permitiendo que la lesión al bien jurídico se manifieste y quien no debe tener que soportarla pueda repelerla.

La ilegitimidad o antijuridicidad se verá reflejada en la contrariedad de la acción con relación al derecho, entendido este último en su conjunto y no específicamente con relación a una competencia particular (19), por lo tanto, no es requisito que estemos en presencia de una conducta típica.

b. Actualidad e inminencia en la agresión: La actualidad e inminencia en la agresión no implican otra cosa que la existencia actual y vigente de la conducta que se pretende repeler, ello debido a que, si la agresión ilegítima hubiere cesado, no existiría necesidad de repeler ninguna acción.

c. Necesidad del medio empleado: El punto en cuestión obedece a una circunstancia fáctica que deberá ser evaluada teniendo

en consideración el contexto en el cual se produce, pero en todas las ocasiones corresponderá utilizar el medio menos gravoso para repeler la agresión (20). Solo en los casos donde se elija la utilización del medio menos gravoso existirá defensa legítima.

Debemos analizar la situación desde la utilización de las puntas expansivas como instrumento que genera la completa detención del atacante (sin conllevar los efectos desgarrantes de los proyectiles fragmentarios) y por otro lado no pone en riesgo la vida de terceros al no atravesar el cuerpo del agresor (21).

d. Racionalidad del medio empleado: Este es el quid de la cuestión, puesto la racionalidad del medio empleado no significa que exista una proporción entre la acción defensiva con los elementos que se cuente y la agresión ilegítima, sino por el contrario que exista racionalidad en su aplicación al caso concreto meritando las circunstancias particulares que presente y llevando a cabo la acción.

De lo dicho se deriva como lógica consecuencia que en el intento de repeler un robo armado (recordemos que la víctima desconoce de las verdaderas intenciones del victimario debiendo pensar lo peor puesto se ve agredida con un arma de fuego), una violación o un intento de homicidio y la utilización de puntas expansivas es el camino racional puesto tiene como finalidad limitar uno de los elementos (foco de estudio) del derecho penal el cual es la "acción", la punta expansiva permitirá detener todo tipo de agresión ilegítima que pueda poner en riesgo bienes jurídicos de los afectados.

e. Falta de provocación suficiente: Se requiere que la agresión no haya sido provocada (22), puesto se entiende que, si existió provocación, el acto de esta ha querido que los hechos deriven en el resultado "agresión", no siendo más ilegítima. Ahora bien, no será provocación los acontecimientos derivados del actuar imprudente o negligente (culpa), puesto el autor carece del elemento subjetivo.

La provocación deberá ser mensurada dentro de los parámetros de la idoneidad para provocar y generar en el otro una respuesta (23), por lo tanto, que sea suficiente implica que hay previsibilidad en el desencadenamiento de los hechos y sin importar las características personales del agresor provocado.

En escuetas palabras diré que el derecho no puede amparar la quita de antijuridicidad de un hecho que comenzó con una acción contraria al orden jurídico.

V. ¿Existe un exceso en la legítima defensa?

El exceso (24) en las causales de justificación se presenta en dos formas, extensivo (25) (fuera de los límites temporales porque la conducta tuvo lugar antes de la acción o después de esta) e intensivo (26) (cuando la conducta genera lesiones superiores a las requeridas).

Parte de la doctrina y casi de forma unánime la jurisprudencia (27) se ha pronunciado respecto a la necesidad de que el exceso suceda como hecho posterior al inicio de una causal de legítima defensa.

Es menester analizar el exceso de la legítima defensa con la necesidad racional del medio empleado y es aquí donde debemos retomar el tema eje del presente trabajo, pues corresponde dar respuesta a los siguientes interrogantes: ¿es racional tener que impactar a un individuo más de una vez para detener su accionar?; los disparos que atraviesan al agresor van dirigidos con destino incierto, ¿corresponde que un tercero se vea vulnerado en su humanidad por la utilización de puntas totalmente encamisadas?; ¿cuál es el fundamento fáctico para no permitir la utilización de una punta que no desgarra y a su vez detiene al atacante? ¿quién en su sano juicio puede pensar que alguien que utiliza un arma para defensa personal desea usarla?

Los casos de defensa legítima han dado lugar a diversas resoluciones por parte de los tribunales, en muchas ocasiones

totalmente alejadas del sentido común, como por ejemplo pretender que la víctima previo a iniciar la legítima defensa tome conocimiento de las características y funcionalidad del arma que utiliza el agresor para de esta manera poder emplear un medio que sea idóneo sin que implique un exceso (ej. el típico caso del criminal que inicia el ataque con un arma de juguete o con un arma que posee desperfectos en su mecanismo y por lo tanto no es apta para el correcto funcionamiento, ¿corresponde a la víctima hacer un análisis pericial del arma para poder defenderse luego? ¿debe el agredido saber que quién lo amenaza de muerte con un arma, es un juguete o un arma no funcional?).

La idoneidad del medio y la racionalidad son el quid de la cuestión, lo que se busca con la legítima defensa es frenar el actuar (la acción) del agresor y qué mejor que una punta que con un disparo bien acertado permita descargar toda la energía en el sujeto sin dañar a terceros (por posibles traspasos), sin producir desgarros internos en el impactado y permitiendo tutelar a la víctima sus bienes jurídicos.

Es claro que la sociedad se debe un debate racional y científico sobre la utilización de este tipo de puntas y la finalidad que las mismas poseen. El inicio de su legitimidad se dio con las resoluciones del Ministerio de Seguridad durante el gobierno de Cristina Fernández de Kirchner (debemos tener presente los acontecimientos históricos para que quienes en un pasado aplicaron un régimen permisivo no sean los que mañana destilen improperios contra su utilización, vinculándolo sobre todo a épocas históricas totalmente alejadas de la realidad actual).

Por lo dicho en el punto anterior, es menester repensar por qué las fuerzas de seguridad federales están facultadas para utilizar puntas expansivas y no lo están las fuerzas policiales provinciales o los legítimos usuarios.

VI. Conclusión

De lo esbozado hasta el momento se pueden extraer las siguientes conclusiones:

a. A diferencia de los proyectiles fragmentarios, las puntas expansivas no generan desgarramiento de los miembros interiores del agresor, ello como consecuencia de sus características técnicas, en donde permite que toda la energía recaiga sobre el cuerpo impactado.

b. Las puntas expansivas al efectuar la descarga de energía en el cuerpo del victimario, no ponen en peligro a terceros ajenos a la trifulca, puesto quedan alojadas en este.

c. El deber de seguridad debe garantizarse no solo para las fuerzas de seguridad federales (las cuales pueden utilizar los mencionados proyectiles), sino también para las fuerzas de seguridad provinciales y los legítimos usuarios individuales.

d. La racionalidad en el medio utilizado, deriva de la necesidad de usar la menor cantidad de proyectiles posibles, logrando el objetivo de detener el actuar del sujeto.

e. La seguridad de los terceros ajenos a la agresión tiene tasas más elevadas cuando estamos en presencia de utilización de puntas expansivas para prevenir las agresiones.

(1) El hablar de nuevos paradigmas haciendo referencia exclusiva a la situación en la cual nos encontramos en nuestro país, puesto en otras jurisdicciones no se discute su aplicación (ej. en Estados Unidos es facultad de cada Estado determinar la utilización de puntas expansivas o no).

(2) Ley 24.536, TR LALEY AR/LEGI/1QJ5.

(3) Art. 4° inc. 3°, apart. d, dec.-ley 395/1975; Prov. Bs. As. 2021. Res. DGEyE, 1011 del año 2017, p. 15.

(4) Res. 1770/2008 del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos.

(5) Existen en sobremanera casos en donde un tercero ajeno al ataque es herido como consecuencia de una punta encamisada que atraviesa el cuerpo del atacante e impacta en un transeúnte.

(6) Art. 1° res. 1770/2008 del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos.

(7) Recordemos que las posiciones ideológicas de izquierda (marxismo, leninismo, etc.) consideran que, al no existir la propiedad privada, el sujeto carecería de todo derecho sobre los bienes que componen su patrimonio, por lo tanto, no estaría facultado para defenderlo y los criminales no serían pasibles de recibir condena alguna, puesto todo es de todos.

(8) CS, Fallos 180:107, TR LALEY AR/JUR/8/1938; 248:79, TR LALEY 70056784; 315:1026, TR LALEY AR/JUR/2793/1992; 318:385, TR LALEY AR/JUR/1567/1995; 318:2311, TR LALEY AR/JUR/871/1995; 326:847, TR LALEY AR/JUR/2047/2003, etc.

(9) CS, Fallos 316:397, TR LALEY AR/JUR/165/1993; 321:3363 TR LALEY AR/JUR/2428/1998, entre otros.

(10) CS, Fallos 315:1892, TR LALEY AR/JUR/2796/1992; 330:2464, TR LALEY AR/JUR/1816/2007, entre otros.

(11) CS, Fallos 308:2626, TR LALEY AR/JUR/1302/1986, entre otros.

(12) CS, Fallos 330:563.

(13) Conf. DONNA, Edgardo A., "Teoría del delito y la pena", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1995, 1ª ed., t. II, p. 137.

(14) Conf. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, "Tratado de Derecho Penal", Ed. Losada, Buenos Aires, 1953, t. IV, p. 26.

(15) Conf. OLAZÁBAL, Julio, "Manual de derecho penal parte general", Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2019, 1ª ed., p. 213.

(16) Conf. LOPÉZ MESA, Marcelo J., PASARÍN, Carolina A., "La legítima defensa en el derecho argentino. Segunda parte", Revista Argentina de Derecho Civil, nro. 4, Ed. IJ Editores, Buenos Aires, 2019.

(17) Esta debe actuar con discernimiento, intención y libertad, o sea cumpliendo los requisitos establecidos para el acto voluntario (art. 260 Cód. Civ. y Com.).

(18) Debe tenerse presente que no concurre la legítima defensa respecto de acciones culposas.

(19) Conf. SILVESTRONI, Mariano H., "Teoría constitucional del delito", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2018, 3ª ed., p. 435.

(20) Roxin considera que "el principio del medio menos lesivo resulta relativizado por el hecho de que el agradecido no tiene por qué correr ningún riesgo" (Derecho Penal. Parte General, Tomo I, "Fundamentos de la estructura de la teoría del delito", 1997, p. 629).

(21) Si A pretende repeler la agresión efectuada por B, pero al hacerlo genera la muerte de C, como consecuencia de la utilización de puntas totalmente encamisadas que atraviesan el cuerpo de B,

respecto de C habrá un homicidio simple, salvo que se demuestre el estado de necesidad.

(22) Conf. RIQUERT, Marcelo Alfredo, "Código Penal de la Nación: comentado y anotado", Ed. Erreius, Buenos Aires, 2022, 2ª ed., t. I, p. 263.

(23) Conf. OLAZÁBAL, Julio, "Manual de derecho penal parte general", Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2019, 1ª ed., p. 217.

(24) Art. 35 Cód. Penal, TR LALEY AR/LCON/052X.

(25) Ver: TCBA, Sala III, c. 62609, "Jara, G. A.", 04/06/2015.

(26) Ver: CNCrim., Sala I, causa 30123, "Orellana, M. A.".

(27) Ver: TCBA, Sala V, c. 74917 "R., G", 23/08/2016, TR LALEY AR/JUR/61383/2016; TCBA, Sala II, c. 16.862 "M., M. A", 22/05/2008 TR LALEY AR/JUR/3850/2008; TCBA, Sala II, c. 17308, "R., J. D.", 30/10/2007; TCBA, Sala II, c. 5560, "B., C. G.", 14/05/2002.

¿Están habilitadas las provincias para legislar sobre plazos de prescripción? ¿Qué ocurre en la Provincia del Chubut con la Ley de Responsabilidad del Estado (I N° 560)?

por Mariano Palma

Disponible en: https://www.informacionlegal.com.ar/
Publicado en: JAPatagonia 2025 (marzo), 3. JA 2025-I, 524
Cita online: TR LALEY AR/DOC/471/2025
[Consultado el: 09/01/2026]

Sumario

I. ¿Corresponde a la Provincia regular sobre plazos de prescripción?— II. ¿Cuándo comienza a correr el plazo?— III. Casos paradigmáticos: ¿Es aplicable el plazo del art. 7º a los delitos de lesa humanidad? ¿Qué pasa cuando aplicamos el principio de in dubio pro consumidor? — IV. ¿Existe interrupción y suspensión de la prescripción contra el Estado?— V. ¿Qué ocurre en los casos de dispensa y renuncia de la prescripción?— VI. ¿Qué ocurre con el reclamo administrativo previo?— VII. ¿Puede la prescripción oponerse como acción, excepción o defensa?

I. ¿Corresponde a la Provincia regular sobre plazos de prescripción?

En principio, el art. 7º de la ley I N° 560 (Ley de Responsabilidad del Estado), al igual que acontece en la ley nacional 26.944, no hace referencia a si nos encontramos en presencia de un plazo de prescripción o de caducidad. La totalidad de los autores al comentar sobre la ley nacional 26.944 consideran que estamos ante un plazo de prescripción.

Ahora bien, según lo considero, a través del art. 75, inc. 12 de la Constitución Nacional (CN) (1), las provincias han delegado en el Congreso Nacional todo lo referente respecto del instituto de la prescripción, ello como consecuencia de haber encargado al Poder Legislativo la facultad de dictar el Código Civil y Comercial (Cód. Civ. y Com.), cuerpo legal que contiene las pautas, principios y fundamentos del instituto jurídico de la prescripción (tanto adquisitiva como liberatoria).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS), en varias oportunidades ha sustentado dicha posición, como por ejemplo en "Filcrosa SA", en donde se dijo: "Las legislaciones provinciales que reglamentan la prescripción de los tributos en forma contraria a lo dispuesto en el Código Civil, son inválidas, ya que las provincias carecen de facultades para establecer normas que importen apartarse de la aludida legislación de fondo, incluso cuando se trata de regulaciones concernientes a materias de derecho público local" (2), la misma línea se siguió en "Verdini" (3) y "Casa CASMMA SRL" (4), entre otros.

Hay ciertos autores que comparten lo sustentando al principio del punto, entre ellos encontramos a López Herrera (5). En contraposición, encontramos a Perrino (6) quien considera que no se viola ningún tipo de precepto constitucional cuando las provincias legislan sobre los plazos de prescripción.

Ya adentrándonos en el caso de la ley I N° 560, se puede decir al respecto, que establece una situación paradigmática, puesto en principio, la Provincia del Chubut adhiere en parte a una norma nacional, (parte de la adhesión es en donde se encuentra la regulación de la prescripción), pero efectuando ciertas modificaciones en la norma que implicarían una adhesión parcial a su texto.

En este orden de ideas, si se adhiere a los plazos de prescripción establecidos por la ley nacional 26.944, no se generaría ningún tipo de inconstitucionalidad, puesto que estos plazos fueron

establecidos por el Congreso Nacional, dentro de sus facultades constitucionales. Cosa distinta sería el caso en el cual la Legislatura provincial fijara una norma con plazos de prescripción propios.

Por último, resta decir que el plazo de tres [3] años abarca todos los tipos de responsabilidad estatal tanto por actividad ilegítima (art. 3º), como legítima (art. 4º).

II. ¿Cuándo comienza a correr el plazo?

Previo a desarrollar el momento en el cual debe considerarse que corre plazo, conviene tener presente que la adopción de un plazo de tres [3] años es compatible con el plazo de prescripción establecido por el Código Civil y Comercial (art. 2561, 2º párr.) y por la Ley Consumeril (art. 50).

En cuanto al cómputo del plazo, el art. 7º establece dos supuestos claros:

a) Cuando se verifique el daño (7);

b) Cuando la acción de daños esté expedita (8).

El artículo en comentario no ha hecho otra cosa que tomar en cuenta los lineamientos fijados por la CS en sus precedentes (9) para resolver la cuestión del cómputo del plazo de prescripción.

De lo dicho se puede dilucidar que el plazo de prescripción comenzará a correr cuando se tome conocimiento de la existencia del daño, momento en el cual la acción de daños y perjuicios quedará expedita para su interposición, o sea, el plazo solo podrá comenzar a correr a partir del momento en que sea viable ejercitar la acción.

¿Cómo se verifica la toma de conocimiento en el caso "A"? En principio, se requerirá una "razonable posibilidad de información" (10).

¿A qué se refiere con que la "acción de daños esté expedita"? el segundo caso, como bien lo comentan Piaggio y Mattera (11), hace referencia a los casos en los cuales se requiere de manera previa al inicio de los daños, plantear nulidades de actos administrativos o inconstitucionalidades, etc. Pizarro por su parte, sostiene: "Esta última locución ("desde que la acción está expedita") debe ser entendida como comprensiva de los supuestos en los cuales el daño no se conoce (...) o cuando se conoce el daño, pero no su causa, o en aquellos casos en los cuales la acción sólo pueda considerarse expedita a partir de la identificación de los responsables, o cuando existan comportamientos del dañador que constituyan nuevas etapas del daño" (12).

Por último, en el caso del error judicial [art. 60, Constitución de la Provincia del Chubut (CPCH)] en materia penal el plazo comienza a correr a partir de la absolución (13). A su vez, en el caso de sentencias o resoluciones que posean defectos de fondo o de forma, el plazo comenzará a correr en el momento en el cual exista un acto procesal judicial que reconozca la falla.

III. Casos paradigmáticos: ¿Es aplicable el plazo del art. 7º a los delitos de lesa humanidad? ¿Qué pasa cuando aplicamos el principio de in dubio pro consumidor?

Hacia el año 1995, la Nación argentina, sanciona la ley nacional 24.584, a través de la cual se aprobó la "Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad".

Ya en el año 2003, la ley nacional 25.778 dota de jerarquía constitucional a la Convención mencionada en el párrafo precedente, integrando los Tratados del art. 75, inc. 22 de la CN (dotándola de esta manera, de jerarquía constitucional, por ende, superior a leyes nacionales y constituciones provinciales).

Los principios incorporados por las leyes nacionales 24.584 y 25.778, fueron adoptados por el Código Civil y Comercial (ley nacional 26.994), en su art. 2561, 3º párr., de la siguiente manera: "Las acciones civiles derivadas de delitos de lesa humanidad son imprescriptibles".

Queda en claro que los delitos de lesa humanidad para su consumación, requerirán de la participación del Estado a través de sus órganos, en estos casos, el art. 7º de la ley I N° 560, pierde todo tipo de vigencia, siendo aplicable lo sentado por el Código Civil y Comercial, ello en virtud de la aplicación del Principio de Supremacía Constitucional (no solo por ser el Código Civil y Comercial una ley de jerarquía superior a la de Responsabilidad del Estado Provincial, sino también, por encontrarse la Convención dentro de los Tratados del art. 75, inc. 22 de la CN, siendo parte de la Constitución Nacional —norma suprema—).

La CS, en varios precedentes (algunos han sido dictados teniendo jerarquía constitucional la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad), ha establecido la prescriptibilidad de la acción civil, así podemos mencionar como ejemplos el caso "Tarnopolsky", donde sentenció: "(...) el punto de arranque del curso de la prescripción debe ubicarse a partir del momento en que la responsabilidad existe y ha nacido la consiguiente acción para hacerla valer lo que acontece cuando sucede el hecho ilícito que origina la responsabilidad, pero, excepcionalmente, puede determinarse un momento diferente, ya sea porque el daño aparece después o porque no puede ser apropiadamente apreciado hasta el cese de una conducta ilícita continuada (...) Si el actor no tuvo conocimiento o noticia sobre el cautiverio o fallecimiento de sus familiares privados de libertad y posteriormente desaparecidos, no pudo comprender la magnitud del daño, lo que obsta a la posibilidad de computar el plazo de la prescripción liberatoria opuesta por el Estado Nacional (...) En el caso en que el Estado nacional nunca informó sobre la muerte de los familiares del actor, ni éstos aparecieron con vida, el día del punto de

partida del plazo de prescripción debe situarse en la fecha en que, en virtud de una ficción, se puso término desde el punto de vista jurídico al estado de incertidumbre (...) El comienzo del plazo de prescripción no debe situarse en la fecha establecida judicialmente como de fallecimiento presunto de las víctimas, sino en la del dictado de la sentencia que definió la situación de los familiares del actor" (14).

En el precedente "Larrabeiti Yañez Anatole", el Tribunal cimero sostuvo: "No es atendible el argumento en virtud del cual la acción para reclamar el resarcimiento patrimonial del Estado por la desaparición forzada de los padres biológicos de los recurrentes es imprescriptible porque nace de los delitos de lesa humanidad, imprescriptibles desde la óptica del reproche penal, pues la primera atañe a materia disponible y renunciable, mientras que la segunda, relativa a la persecución de los delitos de lesa humanidad, se funda en la necesidad de que los crímenes de esa naturaleza no queden impunes, es decir, en razones que exceden el interés patrimonial de los particulares afectados" (15).

En la actualidad, teniendo presente la existencia del art. 2561 del Cód. Civ. y Com., lo establecido por la Corte en los precedentes mencionados, queda totalmente superado, siendo inaplicable.

De lo dicho, se deriva la viabilidad de iniciar demandas de daños contra el Estado, fundadas en la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad (16). Dicha imprescriptibilidad no solo tendrá como finalidad iniciar la acción de daños, sino que también, podrá fundarse en acciones de reivindicación, tendientes a recuperar lo sustraído, etc.

Por otro lado, en el caso de usuarios y consumidores, al tener vigencia el principio de in dubio pro consumidor (17) —art. 3º, ley nacional 24.240—, no solo amparado por los arts. 42 de la CN y 33 de la CPCH, sino que también por el art. 1094 del Cód. Civ. y Com., se establece que, en caso de duda, deberá interpretarse la norma en lo que sea más favorable para los consumidores y usuarios.

Por lo tanto, cuando estemos en presencia de algún tipo de duda respecto de los plazos de prescripción, habrá que interpretar la normativa a favor de tutelar de manera integral los derechos de los consumidores y usuarios, pudiendo incluso aplicarse plazos de prescripción superiores (18) a los sustentados por el art. 7º de la ley I N° 560.

IV. ¿Existe interrupción y suspensión de la prescripción contra el Estado?

Considero que no existe motivo alguno para eximir al Estado de los principios generales de la prescripción, es por ello por lo que los principios y fundamentos que rigen la institución jurídica tendrán plena validez.

La suspensión deberá ser entendida como la detención del plazo (19) de tiempo por el lapso que dura el hecho que genera esta, no perdiendo validez el tiempo que transcurrió previamente al hecho (art. 2539, Cód. Civ. y Com.).

Así se suspenderá el curso de la prescripción, cuando se interpele fehacientemente (art. 2541, Cód. Civ. y Com.), cuando se solicite mediación (art. 2542, Cód. Civ. y Com.), cuando los administradores o integrantes de los órganos de fiscalización se mantengan en el cargo de la persona jurídica (20) [art. 2543, inc. d) Cód. Civ. y Com.] y cuando las leyes especiales así lo dispongan (21).

Por otro lado, la interrupción (art. 2544, Cód. Civ. y Com.) del curso de la prescripción, tendrá lugar, cuando el cómputo del tiempo transcurrido se detenga completamente, reiniciándose a cero. Por lo tanto, para que tenga lugar la prescripción, deberá reiniciarse el cómputo del plazo, desde su inicio.

Respecto de los casos de interrupción, podemos decir que tendrán lugar, cuando se efectúa un reconocimiento por parte del deudor (art. 2545, Cód. Civ. y Com.), por petición judicial (art. 2546,

Cód. Civ. y Com.) y por solicitud de arbitraje (art. 2548, Cód. Civ. y Com.).

V. ¿Qué ocurre en los casos de dispensa y renuncia de la prescripción?

La dispensa se encuentra legislada en el art. 2550 del Cód. Civ. y Com., el cual establece: "El juez puede dispensar de la prescripción ya cumplida al titular de la acción, si dificultades de hecho o maniobras dolosas le obstaculizan temporalmente el ejercicio de la acción, y el titular hace valer sus derechos dentro de los seis meses siguientes a la cesación de los obstáculos".

La norma tiene una claridad inusitada, y tendrá gran aplicación dentro del terreno de la responsabilidad del Estado y del funcionario público.

Básicamente, lo que se pregona es una causal de suspensión del curso de la prescripción, por existir "dificultades de hecho" (22) o "maniobras dolosas" (23) que impiden ejercitar la acción.

En estos casos, una vez culminado el supuesto que impide la actuación, el actor deberá interponer la acción, solicitando de forma conjunta la dispensa (24), dentro de los seis meses posteriores a su desaparición. El juez evaluará la situación de forma estricta y, si observa que se cumplen con los presupuestos, deberá otorgarla.

El instituto de la dispensa tendrá gran utilización, sobre todo en aquellos casos en donde estemos en presencia de acciones dirigidas contra funcionarios corruptos e inescrupulosos, que se valdrán de todo medio tendiente a evitar cualquier tipo de responsabilidad.

Por otro lado, y respecto de la renuncia (art. 2535, Cód. Civ. y Com.), esta será viable en aquellas situaciones en las cuales el deudor no la invoca cuando debiera, manteniendo la acción la posibilidad de ser ejercitada.

La Corte Suprema, en el conocido precedente "Faifman", estableció: "Al tratarse de un reclamo de daños y perjuicios derivados del atentado terrorista contra la AMIA, si bien el término para interponer la demanda originada en la responsabilidad extracontractual del Estado es de dos años, el Estado Nacional renunció, en forma tácita pero inequívoca, a la prescripción ocurrida en el año 1996, al suscribir —el 4 de marzo de 2005— un acta con organizaciones no gubernamentales que habían presentado una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en la cual decidieron iniciar un proceso de solución amistosa y en la que reconoció su responsabilidad porque existió encubrimiento de los hechos, al mediar un grave y deliberado incumplimiento de la función de investigación (...) La renuncia a la prescripción no necesariamente debe ser expresa; puede ser tácita, es decir, resultar de actos o manifestaciones del deudor que revelen su propósito inequívoco de no aprovechar los beneficios de la inacción del acreedor (art. 3963 del Cód. Civil) (...) Si bien la regla es que la intención de renunciar a la prescripción no se presume (artículo 874 del Código Civil), este principio debe balancearse con otro de similar jerarquía cual es que la aplicación del instituto de la prescripción es de aplicación restrictiva y, en caso de duda, debe preferirse la interpretación que mantenga vivo el derecho" (25).

VI. ¿Qué ocurre con el reclamo administrativo previo?

El art. 136 de la ley I N° 18 (26) establece la obligatoriedad de concurrir a la vía administrativa, previo a iniciar cualquier tipo de reclamo en sede judicial (contencioso administrativo).

Si tomamos en cuenta lo establecido por el art. 7º, ley I N° 560, podremos razonar que la acción contenciosoadministrativa de daños, podrá entablarse una vez culminado con el reclamo administrativo previo (27) establecido por el art. 136, ley I N° 18, puesto que el art. 7º fija como supuesto de inicio del cómputo del plazo de prescripción "que la acción de daños esté expedita".

En el ámbito federal, la ley nacional 19.549, en su art. 32, inc. b) prevé la innecesaridad de interponer el reclamo administrativo previo cuando se reclamen daños y perjuicios contra el Estado.

Piaggio y Mattera, consideran que el particular que inicie el reclamo administrativo gozará de ciertos beneficios:" (i) el control de legitimidad y conveniencia de lo actuado por órganos inferiores; (ii) crear una etapa conciliatoria; (iii) permite al particular reclamar sin necesidad de erogar costos judiciales; y, (iv) conocer de antemano la posición de defensa de la Administración antes de decidir sobre la oportunidad de acudir a la vía judicial, de modo de disminuir el riesgo de una acción rechazada por los tribunales" (28).

No comparto la posición sentada por las leyes I 18 (art. 136) y I 560 (art. 12), puesto considero que exigir "el reclamo administrativo previo", ha sido un requisito totalmente superado en la doctrina y legislación nacional. Dicha exigencia solo demuestra una ausencia total de racionalidad y conocimiento técnico sobre el tema que se ventila.

VII. ¿Puede la prescripción oponerse como acción, excepción o defensa?

El art. 2551 del Cód. Civ. y Com. faculta a interponer la prescripción como acción o como excepción.

Como acción, tendrá lugar en aquellos casos en los cuales se utilice a la prescripción, a través de una acción meramente declarativa (29), con la finalidad de conseguir seguridad en las relaciones jurídicas (30).

Cuando sea utilizada como excepción, la prescripción actuará como una defensa opuesta a la pretensión del actor. En los casos en los cuales, se articule como una excepción de previo y especial pronunciamiento, será una excepción perentoria que tendrá como resultado la finalización del proceso.

Por último, resta decir, que la prescripción no puede ser decretada de oficio por el juez (art. 2552, Cód. Civ. y Com.).

(1) El artículo en comentario deberá interpretarse de forma conjunta con los arts. 121 y 126 de la CN y con los arts. 12, 14 y 135 inc. 19 de la CPCH, entre otros.

(2) CS, Fallos: 326:3899.

(3) CS, Fallos: 327:3187, TR LALEY AR/JUR/11307/2004.

(4) CS, Fallos: 332:616, TR LALEY AR/JUR/3141/2009.

(5) LÓPEZ HERRERA, Edgardo S., "La prescripción liberatoria en la reciente ley de responsabilidad del Estado", LA LEY, 2014-D, 1063.

(6) PERRINO, Pablo E., "La Responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos. Código Civil y Comercial. Ley 26.944 Comentada", Ed. La Ley Thomson Reuters, Buenos Aires, 2015, p. 201.

(7) CS, Fallos: 289:267, TR LALEY AR/JUR/388/1974; 295:168, TR LALEY AR/JUR/744/1976, entre otros.

(8) CS, Fallos: 320:2539, TR LALEY AR/JUR/6289/1997, entre otros.

(9) CS, Fallos: 330:5306, TR LALEY AR/JUR/11165/2007; Fallos 320:1352, TR LALEY AR/JUR/2513/1997; Fallos 312:2172; 322:2525, TR LALEY AR/JUR/1277/1999; Fallos 318:879, TR LALEY AR/JUR/376/1995; Fallos 334:62, TR LALEY AR/JUR/1267/2011, entre otros.

(10) CS, Fallos: 256:87 y 293:347, TR LALEY AR/JUR/621/1975, entre otros.

(11) PIAGGIO, Lucas Aníbal - MATTERA, María Eugenia, "El Nuevo Régimen de Responsabilidad del Estado", Ed. El Derecho, Buenos Aires, 2018, p. 193.

(12) PIZARRO, Ramón D., "Responsabilidad del Estado y del funcionario público", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2016, T II, 1ª ed., p. 543.

(13) Como se dijo al tratar el art. 5, se requiere la remoción de calidad de licitud del acto y ello acontece con la sentencia absolutoria.

(14) CS, Fallos: 322:1888, TR LALEY AR/JUR/1850/1999.

(15) CS, Fallos: 330:4592, TR LALEY AR/JUR/6655/2007.

(16) La imprescriptibilidad deberá ser interpretada con criterio restrictivo, ello fundado en el principio de seguridad jurídica —el legislador no desea que un sujeto de derecho se encuentre sometido a la espada de Damocles—.

(17) Al respecto ver: CNCom., Sala C, "Loto, Emiliano Norberto c. Seguros Sura SA s/Ordinario", 22/12/2020 (Expte. 29.012/2019).

(18) El plazo genérico de prescripción establecido por el art. 2560 Cód. Civ. y Com., es de 5 años.

(19) Recordemos que el plazo se computa en días corridos art. 6º del Cód. Civ. y Com.

(20) El caso mencionado es de vital importancia cuando estemos en presencia de entes autárquicos o personas jurídicas del Estado.

(21) Ver, leyes I 74; I 18; etc.

(22) Dentro de las dificultades de hecho podemos nombrar: a) imposibilidades materiales de obrar; b) fuerza mayor; c) caso fortuito; d) guerra; etc.

(23) Dentro de las maniobras dolosas, podemos incorporar todo actuar que tenga como finalidad obstaculizar o impedir el ejercicio de la acción, con la finalidad de oponer con posterioridad la prescripción (ya fuera como acción o defensa) y eximir de responsabilidad al Estado. Las maniobras deberán ser graves teniendo entidad en el mundo real, ello con la finalidad de que el juez las pueda apreciar y de esta manera habilitar la dispensa.

(24) Esta deberá ser probada por quien la solicitó, acompañando todos los elementos probatorios que fueren pertinentes para cumplir con el objetivo.

(25) CS, Fallos: 338:161, TR LALEY AR/JUR/939/2015.

(26) Art. 136. I 18 "La reclamación en vía administrativa será requisito previo al ejercicio de toda clase de acciones fundadas en la responsabilidad del Estado y de sus funcionarios o agentes, dirigidas contra la Provincia y los entes autárquicos de los cuales ella sea responsable".

(27) La CS, en precedentes como "Compañía Azucarera Concepción SA", sostuvo: "El reclamo administrativo deducido ante la Administración Nacional de Aduana y ante el Tribunal Fiscal, carece de efecto interactivo o suspensivo del curso de la prescripción si no guarda coherencia con la demanda de daños y perjuicios formulada en sede judicial" (Fallos: 322:496, TR LALEY

AR/JUR/994101), motivo por el cual si guarda relación —en el ámbito federal—, la suspensión o interrupción serán viables.

(28) PIAGGIO, Lucas Aníbal - MATTERA, María Eugenia, "El Nuevo Régimen de Responsabilidad del Estado", Ed. El Derecho, Buenos Aires, 2018, p. 201.

(29) Art. 325, Cód Proc. Civ. y Com. del Chubut. "Podrá deducirse la acción que tienda a obtener una sentencia meramente declarativa para hacer cesar un estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance o modalidades de una relación jurídica, siempre que esa falta de certeza pudiera producir un perjuicio o lesión actual al actor y este no dispusiere de otro medio legal para ponerle término inmediatamente. Si el actor pretendiera que la cuestión tramite por las reglas establecidas para el juicio sumario o sumarísimo, la demanda deberá ajustarse a los términos del art. 490. El juez resolverá de oficio y como primera providencia, si corresponde el trámite pretendido por el actor, teniendo en cuenta la naturaleza de la cuestión y la prueba ofrecida".

(30) RODRÍGUEZ SAIACH, Luis A., "Prescripción de las Acciones de Responsabilidad. Doctrina y Aplicación", Ed. Gowa, Buenos Aires, 2016, p. 104.

Derecho a la información en la Ley de Defensa del Consumidor

por Mariano Palma

Disponible en: https://www.informacionlegal.com.ar/
Publicado en: RCCyC 2025 (junio), 337
Cita online: TR LALEY AR/DOC/1049/2025
[Consultado el: 09/01/2026]

Sumario

I. ¿En qué consiste el deber de información del proveedor? ¿Es un derecho del consumidor?— II. ¿Cómo debe suministrarse la información al consumidor o usuario?— III. ¿En qué consiste la forma "cierta, clara y detallada"?— IV. ¿Cuáles son las características esenciales de los bienes y servicios que provee?— V. ¿Cuáles son las condiciones de su comercialización?— VI. ¿Qué medidas adopta el BCRA en el caso de usuarios de servicios financieros?— VII. ¿Qué situación acontece en los casos de falta de lectura por parte del consumidor?— VIII. ¿El consumidor experto debe ser tenido como profano?— IX. El caso de la Ley de Etiquetado Frontal o "Promoción de la alimentación saludable" (27.642).— X. ¿Qué pasa en el caso de los códigos QR?— XI. El deber de información como un deber de indemnidad.— XII. La sobreinformación como limitante del conocimiento.— XIII. ¿La ausencia de cumplimiento del deber de información opera como una limitante al momento de perfeccionarse el contrato?— XIV. ¿Qué sanciones son aplicables en caso de incumplimiento al deber de información?— XV. ¿Cómo actúa la responsabilidad precontractual ante la ausencia del deber de información?— XVI. ¿Qué ocurre durante la etapa de ejecución y poscontractual con el deber de información?— XVII. ¿Cómo se prueba el incumplimiento al deber de información?— XVIII. El deber de gratuidad de la información.— XIX. El deber de información en el Cód. Civ. y Com.— XX. El deber de información en la Ley de Defensa de la Competencia y en el Dec. de Lealtad Comercial.— XXI. El deber de información en la Constitución Nacional.

I. ¿En qué consiste el deber de información del proveedor? ¿Es un derecho del consumidor?

El deber de información surge como uno de los derechos esenciales que posee el consumidor y como lógica contrapartida implica una obligación del proveedor.

Ahora bien, esta obligación del proveedor tendrá características únicas que la harán determinante a la hora de actuar dentro de la sociedad de consumo, puesto que, en base a la información, el consumidor podrá llevar adelante o no la operación consumeril y el proveedor quedará o no obligado por lo establecido en la oferta, producto y/o contrato según se irá observando a lo largo del análisis del artículo en comentario.

Es de vital trascendencia analizar el deber de informar (la transparencia que deriva de este) (1) y su contrapartida como derecho a la información, dentro de los parámetros actuales de la sociedad, donde abundan las nuevas tecnologías que siendo bien utilizadas constituyen una fuente esencial de acceso a la información, aunque pueden también conllevar a grandes problemas por no prestar siempre información adecuada y veraz.

Deberá tenerse presente que el consumidor muchas veces podrá ingresar a la web (2) / apps y tomar contacto con textos, informes, suplementos, etc., que son elaborados para quienes poseen ciertas titulaciones (profesionales), motivo por el cual, muchas veces la sobre información podrá actuar como limitante en las operaciones, es por ello que es deber del proveedor prestar al consumidor una información adecuada (3) a fin de que este no incurra en errores o se mal informe.

El cumplimiento de la obligación (de resultados, según mi criterio) en comentario por parte del proveedor, no va a traer otro efecto sobre el consumidor que la posibilidad de ejercitar de manera plena su libertad de contratar (art. 14 CN), limitando las desigualdades

existentes (entre proveedores y consumidores) y favoreciendo a la formación del consentimiento.

Este derecho del consumidor lo coloca en una posición expectante, puesto que se requiere —como previamente se mencionó— que el proveedor brinde información "cierta, clara y detallada", actuando de manera preventiva —art. 1710 Cód. Civ. y Com.— ante la posibilidad de sufrir cualquier tipo de daño (4).

Es por lo tanto vital, que los proveedores cumplan con la información dentro de los parámetros fijados por la normativa, ya que, de no hacerlo, actuarán sobre el consentimiento del consumidor favoreciendo o no la realización de determinada operación comercial a través de la adquisición o no de "x" producto o servicio y vulnerando el trato digno (5) esencial en toda relación de consumo.

Como se dijo en párrafos anteriores, la información es libertad y esta autonomía en la contratación implicará costos que deberán ser cubiertos por el proveedor, por estar este en una posición económica de mayor jerarquía a la del consumidor —sin importar los ingresos que posea—, puesto que la referencia será el producto/servicio brindado y el conocimiento técnico que se tuviera sobre este, es por ello que la gratuidad reforzará la idea de libertad.

Por otro lado, si se analiza el deber de información desde la óptica del mercado (ley 27.442 y dec. 274/2019), es esencial que los proveedores cumplan con ella, puesto que cualquier tipo de vulneración determinaría un desquebrajamiento de la equidad existente en el mercado, a lo que pretendo referirme en términos más sencillos, es la posibilidad de competencia entre distintos proveedores con relación a un único tipo de producto, pero en el cual alguno de ellos violenta el principio de información tanto en desmedro de otros como a favor de sí mismo.

Por último, este derecho/obligación —según de donde se lo observe— regirá desde los inicios de la relación (aspecto

precontractual si se lo quiere), donde el consumidor forja su consentimiento (6) respecto de la operación a realizar, hasta la culminación de esta que no siempre puede coincidir con la compra/venta del producto/servicio.

II. ¿Cómo debe suministrarse la información al consumidor o usuario?

La nueva redacción del art. 4° en cumplimiento de lo previamente establecido por el art. 42 CN —información adecuada y veraz/educación para el consumo— posa sobre los hombros del proveedor (art. 2° ley 24.240) (7), el cumplimiento de brindar la información al consumidor que sea necesaria para configurar el consentimiento de este y que le permita al mismo tiempo tomar conocimiento de las características del producto o servicio que pretende introducir en el mercado.

Esta obligación por parte del proveedor deberá ser brindada en principio de manera gratuita y en soporte físico "con la claridad necesaria que permita su comprensión". Al respecto deberá tenerse en cuenta el momento histórico en el cual fue redactado el presente artículo, no existiendo el nivel tecnológico de la actualidad, donde la mayoría de la información se encuentra en la web y se accede a ella mediante aplicaciones en el teléfono, puede decirse que desde la aparición del código QR, casi han desaparecido por ejemplo los menús en los restaurantes/bares, lo mismo acontece con respecto a comercios donde se vendan artículos del hogar o incluso ropa.

Sin perjuicio de lo antes dicho, el proveedor está obligado por ley a brindar prospectos o manuales del usuario en soporte físico que sean entendibles para el promedio de las personas y que estén completos en referencia a su contenido informático (8).

La Dra. Versacci hace una clara descripción de la información y sus características en los siguientes puntos: "Aquellos hechos susceptibles de influir sobre la decisión del consumidor; Los datos que

hagan a la invalidez del contrato; Los referentes a los vicios de la cosa; Los relativos a la funcionalidad de la cosa o servicio; La información que el prestador debe brindar debe estar presente en todas las etapas, desde la negociación preliminar hasta la extinción del contrato; Incluye la publicidad, la venta de servicios y el crédito; No existe un derecho adquirido del profano a la pasividad; El incumplimiento del deber de información es objetivo, es decir, no requiere intención..."(9).

Finalizando, con respecto a la garantía y todo lo vinculado a ella se desarrollará al momento de comentar el art. 11 y subsiguientes.

III. ¿En qué consiste la forma "cierta, clara y detallada"?

La nueva norma exige determinados parámetros para el cumplimiento de la obligación de informar por parte del proveedor, siendo esta "cierta, clara y detallada". A continuación, trataré de desentrañar el verdadero sentido de los requisitos exigidos por la norma, tratando de adecuarlos a las pautas existentes en la actualidad.

Cuando hablamos de información "cierta", hacemos referencia a la veracidad contenida en el art. 42 CN; sin perjuicio de ello, se pretende significar un tipo de información fundado en experiencias palpables, científicas y correlacionadas con pruebas empíricas, lo que deja de lado todo dato falaz, falso, imprudente, inexacto, carente de validez científica, etc.

De esta manera, cuando nos referimos a información clara en principio debemos entender que esta será brindada en idioma nacional. De no contener el prospecto o manual o formato en el cual esta se brinda palabras en el idioma nacional, no podrá entenderse como "clara" y obligará al proveedor a modificar dicha situación. Por otro lado, deberá tenerse presente la necesidad de que la información sea otorgada de manera tal, que el hombre promedio (10) de nuestra sociedad pueda comprender (11) su significado, ello significa, ni más ni menos, que sea inteligible.

Por último, que la información sea "detallada" implica la posibilidad de que el consumidor acceda a una cartilla que contenga la totalidad de las características que reúne el bien o servicio brindado por el proveedor, siempre cumpliendo con los dos requisitos previamente desarrollados en el presente punto.

IV. ¿Cuáles son las características esenciales de los bienes y servicios que provee?

El proveedor/prestador deberá poner a disposición del consumidor las características esenciales de los bienes y servicios que pretende introducir en el mercado.

Dicho, en otros términos, deberá describir de forma "cierta, clara y detallada" qué es lo que ofrece, cuáles son los componentes que integran el bien, qué materiales son los utilizados para su elaboración o composición, cuáles son las cantidades que se utilizan respecto de cada uno de los materiales tenidos en cuenta, cuál es la periodicidad con la que se brinda el servicio, qué cantidad o calidad posee de cada uno de los elementos que integran el objeto, etc.

Las características esenciales de los bienes serán de conformidad al bien o servicio brindado; por lo dicho, no será lo mismo la descripción de una heladera que la que pueda llegar a elaborar el proveedor con respecto a un alfajor.

Estas características que deben ser brindadas por el proveedor sirven para poder llevar adelante la operación y que la desigualdad existente entre proveedor y consumidor respecto a la información referente al bien o servicio no sea tal, para de esta manera permitirle perfeccionar el contrato a través de la no vulneración de su consentimiento por artimañas que puedan llegar a suscitarse.

V. ¿Cuáles son las condiciones de su comercialización?

En cuanto a las condiciones de comercialización, no implica otra cosa que si nos encontramos en presencia de una venta presencial o no (en este último caso, en la actualidad se utilizan plataformas a través de las cuales se accede a los productos), la forma a través de la cual se hará llegar el producto/servicios al consumidor/usuario, los plazos, la existencia o no de servicios de postventa, cuáles serán las características financieras a través de las cuales el consumidor podrá adquirir el bien o servicio.

En este aspecto podemos decir que se deberán tener en consideración los modos o formas de pago, las tasas de interés aplicables en el caso de que fuera por crédito, los planes de refinanciación ante las posibles moras.

Al respecto se profundizará al abordar el art. 36 de la presente norma.

VI. ¿Qué medidas adopta el BCRA en el caso de usuarios de servicios financieros?

Es el art. 36 de esta norma, el encargado de obligar al BCRA a llevar adelante la regulación de las relaciones existentes entre usuarios financieros y entidades bancarias, siempre teniendo como norte el microsistema de responsabilidad del consumo.

De esta forma el BCRA, a través del dictado de la normativa titulada "Protección de los usuarios de servicios financieros"(12), se subordina a observar el correcto cumplimiento de esta por parte de los sujetos obligados.

Vale tener presente que, a la hora de la interpretación normativa, como se dijo al comienzo del punto, la norma en comentario deberá ser entendida como un complemento de la ley 24.240, ley 27.442, el dec. 274/2019, la ley 25.065 y demás normas

aplicables al caso, de manera tal, que su interpretación jamás podrá ser tomada de manera aislada o como punta de lanza.

VII. ¿Qué situación acontece en los casos de falta de lectura por parte del consumidor?

Vital importancia tendrán las neurociencias tan en boga en la actualidad, en la formación del consentimiento (art. 260 Cód. Civ. y Com.), puesto que estas consisten en el análisis del cerebro en la toma de decisiones.

La mayoría de quienes adquirimos productos o servicios no leemos la totalidad de la información brindada por el proveedor, esta circunstancia es determinante, al margen que en la mayoría de los casos el consumidor podrá adquirir bienes y servicios sin tener la total lectura de la información que se vincula respecto a los ítems que integran el folleto y/o manual de usuario.

Es muy difícil encontrar dentro del mundo del consumo personas que adopten decisiones racionales fundadas en un método racional, sino que por el contrario somos movidos por nuestras pasiones y es en este fin, dónde la obligación del proveedor debería tomar una nueva relevancia, puesto que dicha obligación no tutela de forma directa a los consumidores, sino por el contrario opera como eximente de responsabilidad del proveedor, ¿qué quiere significar esto?, ni más ni menos, que una eximente de responsabilidad que rompe el nexo de causalidad.

Si bien nadie puede alegar su propia torpeza, lo cierto es que en el quehacer diario es muy difícil que un consumidor promedio lleve adelante la lectura de todos los contratos (13), prospectos o manuales con respecto a bienes y servicios que se puedan encontrar durante la continuidad del día (o vida diaria).

Habrá que analizar en el caso concreto la necesidad de tutelar al consumidor, en aquellos casos en los cuales la defensa del

proveedor provenga del pseudo cumplimiento a la obligación impuesta por el art. 4° de la ley 24.240.

VIII. ¿El consumidor experto debe ser tenido como profano?

La información suministrada por el proveedor deberá ser dentro de las especificaciones requeridas por el ente que regule la actividad teniendo en consideración el producto o servicio brindado, así como también el consumidor al cual va dirigido.

En aquellos casos donde nos encontremos en presencia de un consumidor, cuya formación vinculada al bien o servicio a prestar exceda de la media, el proveedor, deberá cumplir con la obligación de información dentro de los mismos parámetros (14) que se establecen para quienes carecen de cualquier tipo de noción al respecto.

Esta obligación de información no depende —del todo— de las características del consumidor, sino que encuentra su fundamento en la necesidad de formar el consentimiento, pero direccionado a prevenir cualquier tipo de daño o perjuicio que pueda llegar a generarse como consecuencia de la utilización y/o consumo del bien o servicio por parte del consumidor.

Por lo tanto, la falta de información al consumidor/usuario "experto" deberá ser considerada como una violación directa a los principios sentados por el artículo cuarto [4] y en el art. 42 CN, ello con fundamento no solo en la operatividad de la manda constitucional, sino que también en las características propias que revisten las relaciones de consumo, fundadas en la asimetría (técnica, económica, estructural, etc.) entre proveedor/prestador y consumidor/usuario.

IX. El caso de la Ley de Etiquetado Frontal o "Promoción de la alimentación saludable" (27.642)

Caso interesante reviste la sanción de "Promoción de la alimentación saludable", puesto que tiene como finalidad tratar de prevenir una de las principales causas de muerte en nuestra nación, consistente en las enfermedades cardiovasculares.

Ahora bien, a través de la normativa en comentario se determinó como autoridad de aplicación al Ministerio de Salud de la Nación a fin de que emita la reglamentación, tendiente a regular el etiquetado frontal en productos alimenticios, determinando la cantidad de sodio, azúcares, grasas saturadas, grasas totales y calorías, para que de esta forma el consumidor pueda, dentro de los términos del art. 260 Cód. Civ. y Com., formar el consentimiento y adquirir el producto según fuere o no este saludable para con él.

Si bien, con anterioridad a la puesta en práctica del etiquetado frontal encontrábamos una tabla (en la actualidad sigue vigente) donde se determinaba el contenido, cantidades y características de los productos que integraban el bien alimentario a adquirir, la norma lo que hizo fue resaltar con mayor plenitud algunos de los componentes de dicha tabla, tratando de cumplir de esta manera con el deber de información determinado en la Constitución Nacional y en el art. 4° de la ley 24.240.

X. ¿Qué pasa en el caso de los códigos QR?

Como todos sabemos el código QR —primo hermano del código de barras (15)— cuyas siglas derivan de las palabras inglesas quick response (16) fue creado en Japón por el ingeniero Masahiro Hara, con la finalidad de que fuere leído a rápida velocidad y esos términos entregaran la información.

Con el avance tecnológico y el pasar de los años el código se fue popularizando a lo largo del globo terráqueo lo que llevo a que se aplicara en distintas aéreas, no solo a nivel industrial (como fue su idea originaria) sino que también proliferó en los ámbitos que vinculan a consumidores/usuarios y proveedores/prestadores.

Tal fue el avance de dicho código que en la actualidad se utiliza como forma de acceder a plataformas que permiten realizar pagos por productos o servicios.

Íntimamente vinculado al QR se encuentra el deber de información, regulado en la norma suprema (art. 42 CN) así como también en la Ley de Defensa del Consumidor (24.240) el deber de información ha sido tutelado como un derecho esencial, sobre todo a la hora de contratar, puesto que es un elemento vital para la formación del consentimiento (aunque sabemos que en el área de los derechos de consumidores y usuarios lo que importa es la relación de consumo y no el concepto clásico de contrato bilateral para el surgimiento de responsabilidad).

Imaginemos el caso donde se pretende cumplir con el deber de información solo mediante la existencia de un código QR (ej. bares/restaurants que poseen la carta/menú en versión QR), dicha situación atacará directamente los derechos de consumidores y usuarios y permitirá accionar por un grosero incumplimiento y violación al deber de información a la hora de contratar.

Tengamos presente que nuestro país posee una economía fluctuante donde los precios varían, quien presenta un determinado valor a través de información a la que se accede por un código de las características de las que comentamos, se obliga a cumplir con dichos montos sin poder modificarlos —recordemos que la oferta dentro del microsistema de responsabilidad consumeril obliga según el art. 7° ley 24.240— durante el período de contratación.

XI. El deber de información como un deber de indemnidad

El deber de informar, como bien se mencionó previamente, es una obligación consecuencia de las grandes divergencias existentes entre proveedor/prestador y consumidor/usuario, lo que se conoce como la relación asimétrica, si se le puede decir de alguna manera.

De más está decir que una información adecuada y veraz no solo servirá al consumidor para formar su consentimiento, sino que también surtirá efectos dentro del mercado, por conllevar a la perfección de este.

Es el proveedor quien debe acreditar que cumplió de manera debida con el deber de información (17), por ser considerada esta una obligación de resultados, en caso de no proceder, se podrán requerir los daños y perjuicios, por el incumplimiento al deber de informar.

Por lo tanto, si el proveedor demuestra que la información es acorde a las pautas fijadas por la normativa que rige no solo la relación de consumo, sino que también la actividad dentro de la cual se desempeña este, que incluso dicha información se direccionó a determinados consumidores teniendo en cuenta sus capacidades socioculturales, no se podría llegar a considerar del todo que ello implica un deber de indemnidad frente a las distintas circunstancias que puedan plantearse como lógica derivación de la obligación principal.

Es que como se mencionó previamente, si bien nadie puede alegar su propia torpeza, en el ámbito del derecho del consumo, el principio de in dubio pro consumidor, es aquel que debe marcar el camino a seguir por el juez a la hora de analizar el caso concreto.

XII. La sobreinformación como limitante del conocimiento

Otro aspecto vinculado a la información otorgada por el proveedor consiste en la necesidad de poder determinar su calidad y cantidad, puesto que la combinación de ambos requisitos hará a la esencia del acuerdo (18) y a las posibilidades que determinen al consumidor a comprender y reflexionar sobre la conveniencia o no de la realización de la operación.

¿Qué se pretende significar? En principio el proveedor si bien tiene un deber derivado de una obligación de resultados a brindar información respecto del servicio o producto que pone dentro del mercado, dicha información no puede ser desmedida, ello con la finalidad de evitar que en la práctica el consumidor/usuario lleve adelante la lectura de su totalidad (19).

No es ni más ni menos que lo que se habló previamente. El consumidor no queda totalmente desamparado frente a la información brindada por el proveedor en cumplimiento de la manda constitucional y del presente artículo, así como tampoco el deber de información consiste en una facultad de indemnidad para el proveedor.

Por otro lado, también podremos encontrarnos en presencia de un abuso de derecho por parte del proveedor (art. 10 Cód. Civ. y Com.), que dificulte las posibilidades de razonamiento del consumidor, situación está que deberá ser observada en el caso concreto, teniendo en consideración las circunstancias que rodean al hecho.

De lo expresado en párrafos anteriores se deriva que el cumplimiento de los requisitos de "cierta, clara y detallada" que surgen de la norma en comentario harán a la relación consumeril un beneficio que implicará cumplir con el art. 42 CN.

XIII. ¿La ausencia de cumplimiento del deber de información opera como una limitante al momento de perfeccionarse el contrato?

Claro está que para que exista consentimiento se requerirá de poder cumplimentar con los requisitos establecidos por el art. 260 Cód. Civ. y Com. (20), de no concurrir la totalidad de estos estaremos en presencia de alguna de las causales legisladas por el art. 261 Cód. Civ. y Com., siendo un acto involuntario y conllevando su inimputabilidad hacía el consumidor.

Tres [3] serán los requisitos a cumplir a la hora de configurar el consentimiento: a) discernimiento: se lo debe entender como la facultad de distinguir lo bueno de lo malo, lo justo de lo injusto; b) intención: no implica otra cosa que el sujeto tenga conciencia de las consecuencias de este en el momento de su realización (21); c) libertad: se puede definir a esta última como la facultad que posee la persona humana para obrar de manera determinada por sus propias convicciones.

Según lo comentado previamente, la ausencia del deber de información importará la vulneración a los derechos del consumidor, puesto que este verá cercadas sus pretensiones económicas por carecer de los elementos necesarios respecto al conocimiento del bien o servicio que se pretenda contratar.

XIV. ¿Qué sanciones son aplicables en caso de incumplimiento al deber de información?

Como se mencionó previamente, estamos en presencia de una obligación independiente, cuyo factor de atribución es objetivo y deberá ser demostrado por el proveedor (22).

Debemos tener presente que existen distintos tipos de circunstancias que se pueden presentar a la hora de violentar el deber de información, en principio y la más común será la falta de

información, en este caso podemos estar en presencia de una falta total o parcial (23) respecto del cumplimiento de la obligación. Sin perjuicio de ello, el consumidor estará facultado para exigir dicho cumplimiento a través de una acción individual surgida de la violación a un derecho subjetivo o del ejercicio de una acción de clase intentada por alguna asociación (art. 55 ley 24.240).

Otro caso que puede presentarse es el del error, falla o inexactitud (24) en la información brindada por el proveedor, en dicha circunstancia el consumidor se verá afectado por no poder contar con una información "veraz" —art. 42 CN— a la cual acudir para conformar el consentimiento.

En todos los casos, teniendo en cuenta al consumidor y la etapa contractual dentro de la cual se encuentra (precontractual, etapa de ejecución contractual y poscontractual), debemos analizar cuáles son las vías que se podrán iniciar, por un lado tendremos las actuaciones de índole administrativa en los términos del art. 45 del estatuto consumeril, por otro lado también será viable el inicio de las actuaciones judiciales (art. 52) mediante el proceso más abreviado (art. 53) existente en la jurisdicción del consumidor (25).

XV. ¿Cómo actúa la responsabilidad precontractual ante la ausencia del deber de información?

El Cód. Civ. y Com. hace referencia a la responsabilidad precontractual desde el art. 990 al 993(26). Sin perjuicio de ello, dichas normas deberán ser interpretadas de manera conjunta con lo establecido por la Ley de Defensa del Consumidor (arts. 4°, 7°, 8°, 8° bis, 10, 10 bis, 10 ter, 37, etc.).

La etapa precontractual —dentro del contrato de consumo— va a consistir en todas aquellas tratativas realizadas entre proveedor/prestador y consumidor/usuario, que tengan por finalidad la formación del consentimiento destinado al perfeccionamiento y consumación del contrato, la información brindada durante esta etapa

deberá serlo en cumplimiento al deber de buena fe (art. 991 Cód. Civ. y Com.) y trato digno (art. 8° bis ley 24.240).

Por lo tanto, las manifestaciones realizadas por el proveedor/prestador deberán tener entidad suficiente(27) para quizás encuadrar dentro de los términos de la oferta (art. 7° y 8° ley 24.240) y que de esta manera poder ir gestando la formación del consentimiento en el consumidor/usuario, aunque si bien, técnicamente estamos hablando de una etapa anterior(28) a la situación regulada por los arts. 7° y 8°, la información deberá brindarse de forma particular, teniendo en consideración las características propias del consumidor/usuario, su formación cultural, ello con la finalidad de que pueda comprender los derechos y obligaciones provenientes de la futura relación a los cuales se someterá.

Lo que se quiere denotar es el carácter de orden público (art. 65) que posee el estatuto del consumidor, frente al resto del ordenamiento jurídico que pueda llegar a regular la situación.

La obligación de informar no escapa a esta etapa del íter contractual, puesto que es, según lo considero yo, la de mayor importancia ya que va a permitir al consumidor/usuario tomar contacto directo con lo que en el futuro va a ser el servicio o bien que adquiera —a través de las propuestas realizadas por el proveedor—, permitiéndole formar su consentimiento favoreciendo a la libertad de contratación.

Por lo dicho, es vital que se pueda distinguir entre ciertas prácticas comerciales (29) realizadas por el proveedor, las invitaciones a ofertar, la oferta y las relaciones existentes con el deber de informar al cual se encuentra sometido el proveedor/prestador (30).

Este deber de informar va seguido del deber de confidencialidad (art. 992 Cód. Civ. y Com.) tanto del proveedor como del consumidor, generando su violación responsabilidad directa.

Por último, habrá que analizar el caso concreto a fin de dilucidar y circunscribir la situación, puesto que no será lo mismo estar en presencia de una etapa precontractual dónde la información que se brinda estará vinculada a la firma del contrato de adhesión, que la concurrencia del caso contrario. Sin perjuicio de ello, vale tener presente —como lo vengo resaltando— que el deber de informar es una obligación independiente cuyo factor de atribución es objetivo.

XVI. ¿Qué ocurre durante la etapa de ejecución y poscontractual con el deber de información?

Ya habiendo cerrado el contrato y durante su ejecución, el proveedor se verá compelido (sobre todo en los contratos de adhesión —art. 37 ley 24.240—) a brindar al consumidor/usuario toda la información que fuera necesaria a fin de poder concluir el contrato.

Es vital que las modificaciones que puedan presentarse durante su ejecución sean notificadas de manera fehaciente(31) y dentro de los parámetros de comprensión del consumidor, puesto que cualquier deficiencia —por minúscula que fuera— deberá ser entendida como una violación a la obligación de información y trato digno (art. 8° bis), pudiendo traer aparejada la aplicación por parte del consumidor/usuario de alguno de los criterios sentados por el art. 10 bis, 10 ter y 37 del estatuto consumeril.

Por otro lado, en el caso de la etapa poscontractual, el proveedor/prestador deberá informar al consumidor/usuario todo lo relativo a la finalización del contracto (la existencia de deudas pendientes, el cumplimiento de obligaciones y sus formalidades, etc.), dicha información también deberá cursarse de manera fehaciente, ello con la finalidad de poder permitir al consumidor/usuario tomar conocimiento y a su vez —en parte— el proveedor/prestador tener una prueba a través de la cual pueda determinar el cumplimiento del deber de información.

Resta solo decir que los principios sentados por el art. 4° ley 24.240, 1100 Cód. Civ. y Com. y 42 CN, deberán ser cumplidos a lo largo de todas las etapas de íter contractual, estas son precontractual, de ejecución contractual y poscontractual, no pudiendo escapar el proveedor/prestador a dicha obligación.

XVII. ¿Cómo se prueba el incumplimiento al deber de información?

Como se dijo en puntos anteriores, la obligación (32) de brindar información (dentro de las características preestablecidas) es del proveedor/prestador, este será quien deberá acreditar oportunamente que cumplió con la manda constitucional de la forma debida, siendo una responsabilidad de tipo objetiva la que posee, solo podrá eximirse de ella mediante una ruptura del nexo de causalidad.

Ahora bien, la información brindada por el proveedor deberá ser emitida dentro de los parámetros socioculturales del consumidor, para que de esta manera no se afecte la interpretación que este pueda realizar respecto de los aspectos técnicos de la relación contractual celebrada.

Por último, resta decir que la obligación de probanza reposa sobre los hombros del proveedor (33), ya que a este le es más fácil realizar dicha prueba [más allá de la inversión de la carga probatoria (34)], que al consumidor probar un hecho negativo, como lo sería la falta de información (35).

XVIII. El deber de gratuidad de la información

La gratuidad del deber de información se encuentra íntimamente vinculada a la posibilidad de que todos los sujetos de derecho puedan acceder a ella.

Dicho requisito tendrá como finalidad remover las limitaciones económicas existentes como consecuencia de la situación

particular de cada uno de los consumidores/usuarios, permitiendo más allá de su posición formar un consentimiento acabado para de esta manera concretar la operación e ingresar en la ejecución o no del contrato según fuere el caso.

En la actualidad (si bien en principio pareciera que el soporte físico debiera primar —aunque por razones medioambientales debería ser descartado parcialmente—), la gratuidad será menos onerosa para el proveedor, puesto que este puede cumplir con el deber de información de manera gratuita a través de las redes sociales o de la propia web, sin que esto implique un gran dispendio económico que no pueda ser afrontado por el proveedor/prestador.

Por otra parte, la gratuidad hace a la libertad de contratar y reposa como una obligación que debe cumplir el proveedor, siendo este el sujeto obligado a brindar la información de manera gratuita y de libre acceso para los consumidores y usuarios.

Lo cual implica tratar de desvirtuar la relación de asimetría (técnica, jurídica, económica, administrativa, etc.) existente entre proveedor/prestador y consumidor/usuario, propia del microsistema de responsabilidad consumeril.

XIX. El deber de información en el Cód. Civ. y Com.

El Cód. Civ. y Com. ha venido a receptar normas referidas al derecho del consumo dentro de su articulado, en una técnica jurídica que quien escribe estás palabras para nada comparte (siendo mi criterio doctrina minoritaria), puesto que se genera un mix normativo sin necesidad (36).

Íntimamente vinculado con el art. 4° de la ley 24.240, encontramos a los arts. 1100, 1101, 1102, 1103, 1107, 1111, etc. (puesto que son más las normas que se vinculan al deber de información), ahora bien, la norma por excelencia es el art. 1100, el

cual de manera "amplia" reproduce los preceptos establecidos en el cuarto (4°) artículo del estatuto consumeril.

Sin perjuicio de lo antes dicho deberá tenerse presente que a la hora de analizar un posible caso el intérprete deberá tener en cuenta la supremacía constitucional establecida por el art. 42 CN y la correlación normativa entre el Cód. Civ. y Com. y la Ley de Defensa del Consumidor (o de la Competencia o Lealtad Comercial según fuere el caso), es lo que ciertos autores consideran el "diálogo"(37) de fuentes.

XX. El deber de información en la Ley de Defensa de la Competencia y en el Dec. de Lealtad Comercial

El microsistema de responsabilidad consumeril que posee en su cúspide a la Constitución Nacional (art. 42 CN), pero con posterioridad fue ampliado por distinta normativa (no haciendo solo referencia a las reformas efectuadas sobre la Ley de Defensa del Consumidor), también vinculada al tema que nos ocupa, contiene al deber de información.

Así la ley 27.442 (Ley de Defensa de la Competencia) dedica ciertos artículos a la tutela del deber de información, en principio como norma rectora tendiente a la tutela del mercado "perfecto" tenemos el art. 1°, el cual conjugado con el art. 3° inc. a nos permite delinear en pautas generales las posibles violaciones al deber de información realizado por parte de los proveedores.

El dec. 274/2019 sobre Lealtad Comercial nos trae de manera más abundante artículos que hacen referencia al tema tratado en el comentario a la presente norma, sin ir más lejos el primer artículo [1], garantiza el acceso a la información esencial sobre los productos y servicios que se comercializan, el art. 16 hace referencia a la información que deberá contener para su debida identificación cada producto o servicio, mientras que el art. 48 fija las pautas tendientes a

posibilitar la reserva de cierta información cuando fuere correspondiente.

Como se puede observar la totalidad de la normativa consumeril, hace referencia explícita al deber de informar al consumidor/usuario de los bienes y servicios que se pretendan colocar en el comercio.

XXI. El deber de información en la Constitución Nacional

La ley 24.309 (Ley de Necesidad de la Reforma Constitucional) a través del art. 3° inc. M, posibilitó a la Convención Constituyente, que se pronuncie respecto a un artículo referido a la "Defensa de la Competencia, del Usuario y del Consumidor", dando nacimiento a lo que en la actualidad conocemos como el art. 42 CN —de carácter operativo (38) en sus dos primeros párrafos—.

En referencia directa al tema tratado, podemos decir que la manda constitucional establece la necesidad de brindar "una información adecuada y veraz", siguiendo este íter casual, obliga a las autoridades a brindar educación para el consumo (39).

¿A qué hace referencia el texto constitucional con información "adecuada y veraz"? Podemos decir que se diferencia del art. 4° ley 24.240(40) y del art. 1100 Cód. Civ. y Com. (41); no obstante, deberá interpretarse a las tres normas, teniendo en consideración el principio de supremacía constitucional y de especialidad.

Que la información sea adecuada implica que sea acorde a las circunstancias del momento o etapa contractual en la cual se encuentran proveedor/prestador y usuario/consumidor. A su vez, esta información deberá cumplir con ciertos requisitos establecidos en la ley 24.240 y 26.994, permitiendo que el consumidor —y teniendo en consideración sus características socioeconómicas— pueda

comprender cuales son los caracteres del bien o servicio que se está ofreciendo tanto en lo económico, como en lo constitutivo.

La veracidad entendida como la verdad respecto a las características, cualidades, calidades, composición, precio, formas de pago, etc. es una obligación de resultado por parte del proveedor. Tal es así, que en regímenes comparados (EE. UU.) se impusieron daños punitivos por grandes sumas en diferentes precedentes que podemos traer a colación, como ser el caso "Gore vs. BMW of North América, Inc."(42), en el cual la fábrica de BMW repintó un vehículo cero kilómetro sin informar dicho accionar al comprador, quien con posterioridad demandó por daños y perjuicios, otro caso icónico fue "Williams vs. Phillip Morris USA"(43), dónde la viuda de un fumador, también demandó a la empresa tabacalera por no indicar qué contenía su producto y que este, de ser consumido, era pasible de producir cáncer.

Por último, resta decir que el art. 42 CN, en lo que respecta a la información y la obligación que posee el proveedor entorno a ella, deberá ser cumplimentado con los Tratados Internacionales de Jerarquía Constitucional (art. 75 inc. 22 CN) que también hacen referencia directa al derecho de información como un derecho humano esencial.

(1) PICASSO, Sebastián y VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., "Ley de Defensa del Consumidor comentada y anotada", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2009, 1ª ed., t. 1, p. 63.

(2) Ver: CNCiv., Sala M, "M., M. O. c. REMAX Argentina SRL y otros s/ Daños y Perjuicios", 12/04/2022, Expte. N° 94507/2016. TR LALEY AR/JUR/30295/2022.

(3) CNCiv., Sala G, "L., N. R. c. Laboratorios Phoenix SAICF y otros s/ Daños y Perjuicios", 25/09/2012, LA LEY, 2012-F, 177. TR LALEY AR/JUR/51035/2012.

(4) Conf. STIGLITZ, Gabriel, "Deber negocial de información e incorrección publicitaria", LA LEY, 1983-B, 1050.

(5) CS, Fallos 331:819. TR LALEY AR/JUR/759/2008.

(6) Conf. CNCom., Sala B, "Degastaldi, Marcelo c. Metlife Seguros SA s/ ordinario", 05/10/2022, Expte. N° 35830/2015. TR LALEY AR/JUR/140294/2022.

(7) Conf. SCHVARTZ, Liliana, "Derecho del consumidor según la Ley 24.240 y el Código Civil y Comercial", Ed. García Alonso, Buenos Aires, 2016, 1ª ed., ps. 74 a 80.

(8) Conf. CNCiv., Sala J, "O., C. N. y otro c. T., E. L. y otros s/ Daños y perjuicios (acc. Tran. c/les. o muerte)", 20/10/2022, Expte. N° 15.233/2015. TR LALEY AR/JUR/147586/2022

(9) Conf. VERSACCI, Virginia, "Información precontractual en el Código Civil y Comercial. Coordinación con la Ley de Derechos del consumidor", en GHERSI, Carlos, WEINGARTEN, Celia, LOVECE, Graciela (dirs.), Derechos de los consumidores y empresas en las relaciones con las entidades bancarias, Ed. Erreius, Buenos Aires, 2020, 1ª ed., p. 58.

(10) Vale tener presente que, si bien la educación secundaria es de cumplimiento obligatorio, el 50% de quienes inician dicho trayecto educativo, jamás culminan con este.

(11) Conf. WAJNTRAUB, Javier, "Régimen jurídico del consumidor. Comentado", Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2017, 1ª ed., p. 43.

(12) Ver: https://www.bcra.gob.ar/pdfs/texord/t-pusf.pdf .

(13) Conf. CNCom., Sala A, "Godec, Carolina Verónica c. FCA SA de ahorro para fines determinados y otro s/ ordinario", 13/09/2022, Expte. N° 16.339/2018. TR LALEY AR/JUR/124628/2022.

(14) Ver: TAMBUSSI, "Información al consumidor: claridad es un término absoluto", Ed. La Ley, TR LALEY AR/DOC/4124/2014.

(15) Creado en 1952 por Joseph Woodland y perfeccionado posteriormente por George Laurer.

(16) Respuesta rápida.

(17) CS, Fallos 329:4944. TR LALEY AR/JUR/6480/2006.

(18) Las neurociencias tendrán vital importancia en el caso del cierre de los contratos, sobre todo en los que respecta a consumidores y usuarios.

(19) Ver: LOVECE, Graciela, "Daños por exceso de información y la responsabilidad empresarial", en WEIGARTEN, Celia, GHERSI, Carlos (dirs.), Daños Globalización, Estado-Economía, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2000, p. 151.

(20) Art. 260 Cód. Civ. y Com. "El acto voluntario es el ejecutado con discernimiento, intención y libertad, que se manifiesta por un hecho exterior". TR LALEY AR/LCON/69GQ.

(21) AGUIAR, Enoch D., "Hechos y actos jurídicos en la doctrina y en la ley", Ed. Argentina, Buenos Aires, 1950, t. I, ps. 72 y 73.

(22) El proveedor, deberá actuar como el buen hombre de negocios que es, por ello es vital y de suma importancia, que cumpla de manera quisquillosa con el deber de informar al consumidor, todo aspecto vinculado a la operación a realizar, precio, formas de pago, características del producto y/o servicio, valores extra, características del servicio técnico, etc.

(23) Conf. CNCiv., Sala G, "M. M. A. c. C. D. E. M. E. O. Clínicas N. Quirno y otro s/ daños y perjuicios", 25/03/2022, Expte. N° 27.771/2016. TR LALEY AR/JUR/42040/2022.

(24) Conf. CNCiv., Sala J, "B. R. A. c. I. L. O. SA y otro s/ daños y perjuicios", 29/03/2022, Expte. N° 34.311/2016.

(25) Todo lo dicho, podrá también encuadrarse dentro de las previsiones del art. 37 de la Ley de Defensa del Consumidor, casos que serán analizados al tratar dicha norma.

(26) Conf. HERSALIS, Marcelo, "Responsabilidad precontractual. Algunas pautas", RCyS 2015-IV, 24, TR LALEY AR/DOC/798/2015.

(27) Conf. CNCom., Sala F, "Farenga, Juan Antonio y otro c. Banco Río de La Plata SA", 22/04/2010, TR LALEY AR/JUR/22513/2010.

(28) El lector, deberá pensar en los contratos cuya formación no es instantánea sino por el contrario posee ciertas etapas sucesivas que conllevan a la efectivización de este.

(29) Ver: CENTANARO, Esteban, "Responsabilidad precontractual en el contrato de locación de inmuebles", LA LEY, 2016-C, 15. TR LALEY AR/DOC/1002/2016.

(30) A lo que pretendo referirme es a la existencia de información clara, concreta y detallada, que permita al

consumidor/usuario tomar conocimiento del precio, plazos de entrega, formas de pago, condiciones generales de la operación, etc., que influirán en la formación del consentimiento.

(31) Ver: SOBRINO, Waldo, "Consumidores de seguros", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2009, 1ª ed., p. 265.

(32) Conf. CNCom., Sala A, "Avan SA c. Banco Torquist SA s/ ordinario", 17/02/2004. TR LALEY 20043034.

(33) Conf. SCHVARTZ, Liliana, "Derecho del consumidor según la Ley 24.240 y el Código Civil y Comercial", ob. cit., p. 78.

(34) Conf. CNCom., Sala F, "Sánchez, Felisa c. Banco Macro SA s/ sumarísimo", 21/10/2022, Expte. N° 3400/2020. TR LALEY AR/JUR/149054/2022.

(35) Conf. CNCont., Adm. Trib., Sala II, "Swiss Medical SA c. GCBA s/ otras causas con trámite directo ante la Cámara de Apelaciones", 06/08/2007, TR LALEY 70041084.

(36) Si el legislador deseaba realizar algún tipo de modificación al estatuto consumeril, debió hacerlo sobre la ley 24.240 y no agregar normativa a una rama del derecho que no es la troncal. Lo que se pretende significar es que el Derecho del Consumo, es una rama autónoma e independiente que cada vez más se va a tornar en especial y única por las características propias que presenta.

(37) El diálogo, puede darse como complementación o conjugación o subsidiarización, siempre con el norte en los principios de in dubio pro consumidor y el principio pro homine.

(38) Conf. QUIROGA LAVIÉ, Humberto, "Estudio analítico de la reforma constitucional", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1994, 1ª ed., p. 78.

(39) Conf. GELLI, María Angélica, "Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, 4ª ed., 8ª reimp., t. I, ps. 592 y 593.

(40) Requiere que la información sea: "cierta, clara y detallada".

(41) Requiere que la información sea: "cierta y detallada".

(42) Cornell University Law School, Legal Information Institute, https://www.law.cornell.edu/supct/html/94-896.ZO.html .

(43) Ver: 549 US 346, Justia us Supreme Cort, https://supreme.justia.com/cases/federal/us/549/346/ .

Consentimiento en caso de operaciones de cambio de sexo: responsabilidad parental, estatal y del funcionario público

por Mariano Palma

Disponible en: https://www.informacionlegal.com.ar/
Publicado en: La Ley Online
Cita online: TR LALEY AR/DOC/1385/2025
[Consultado el: 09/01/2026]

Sumario

I. Introducción.— II. La situación en la ley 26.743.— III. La ley 26.061 de "Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes" y las operaciones quirúrgicas.— IV. El consentimiento.— V. La Ley de Identidad de Género, el Cód. Civil y la Ley de Responsabilidad del Estado. Aspectos prácticos.— VI. El consentimiento informado en el Cód. Civ. y Com.— VII. Criterio de la Convención de los Derechos del Niño y su vinculación con pautas sexo culturales.— VIII. Régimen de la responsabilidad del Estado. Análisis histórico y estado actual.— IX. La responsabilidad del funcionario público según la ley 26.944.— X. El régimen de responsabilidad de los representantes legales.— XI. El dec. 62/2025 y sus modificaciones sobre la ley 26.743.— XII. La situación en otras jurisdicciones.— XIII. Conclusiones.

I. Introducción

El reconocimiento a los derechos individuales es una constante a lo largo de la historia de la humanidad, si bien en algunos períodos existieron estancamientos o avances menos pronunciados, en general si uno hace un análisis de los mismos puede observar como el sujeto de derecho ha ido ampliando paulatinamente sus facultades,

potestades y deberes frente al propio Estado y frente a los demás congéneres.

La tecnología ha servido como un elemento esencial que en principio pareciera encontrarse en un fuera de escena, pero que irrumpe directamente en la potestad de los distintos sujetos para poder realizar ciertas prácticas tendientes a determinar y efectivizar esta nueva cosmovisión en la ampliación de derechos y obligaciones.

La ciencia médica ha avanzado a pasos agigantados en los últimos cien años, dicha situación acompañada del crecimiento que han tenido en forma contigua las ciencias sociales —dentro de ellas las ciencias jurídicas— ha implicado la posibilidad de reconocimientos a derechos personalísimos no solo en el mundo del deber ser, sino también logrando eficacia real en el ámbito terrenal.

Dentro del paradigma que se planteó en renglones anteriores, encontramos una nueva tendencia (esto en términos históricos de la humanidad) que permite a personas que se ven identificadas a sí mismas con un género opuesto al de su sexo biológico puedan seleccionar para sí, un destino apropiado al de su auto percepción y que dentro de esta cosmovisión el Estado le reconozca los derechos que le son propios a toda persona humana (art. 51 Cód. Civ. y Com.).

El Estado, como entelequia creada por el ser humano para organizar la sociedad y dentro de ella reconocer derechos y deberes a los distintos individuos que la componen, se encuentra obligado normativamente a través de las pautas fijadas en la Constitución Nacional (art. 75 Inc. 23 último párrafo CN) a propender al reconocimiento y tutela de las identidades que componen nuestro tan vasto territorio nacional. Es en esta concepción de régimen constitucional tutelar que radica la esencia misma de la responsabilidad, ello más allá de los lineamientos concretos y teóricos clásicos a los cuales deberá ser sometida cualquier situación que se ventile y estuviere vinculada al régimen de responsabilidad, dicho en términos más asequibles lo que se quiere significar es que la teoría de

la responsabilidad estatal y del funcionario público puede verse inmiscuida dentro del Derecho Penal por ejemplo, sin embargo lo que nos interesa es el análisis de la ley 26.944 y su vinculación con la teoría de la responsabilidad establecida en la ley 26.994.

La situación es de suma importancia, puesto el reconocimiento del sujeto de derecho surge desde la concepción misma en donde la persona por nacer se encuentra tutelada por un régimen jurídico especial sin importar su sexo, por el solo hecho de ser un ser un humano en gestación, ello más allá del reconocimiento vincular que puedan realizar los progenitores sobre las personas trans (1).

Por lo tanto, existen dentro de nuestro ordenamiento casos de reconocimiento de derechos a personas humanas (aunque fueran por nacer) sin la necesidad de hacer eco de su sexo biológico, esto quiere decir que el Estado a los fines de tutelar al individuo ya se encuentra obligado por la normativa civil.

Habiendo efectuado estas palabras preliminares debemos analizar la situación concreta dentro de la cual nos encontramos, para ello será necesario realizarnos algunas preguntas, como por ejemplo ¿un niño —dentro de los términos de la Convención de los Derechos del Niño— tiene la capacidad intelectual necesaria para brindar el consentimiento en caso de operaciones de cambio de sexo? ¿El derecho a la autodeterminación qué papel juega, cómo lo garantiza el Estado? ¿En el caso de practicarse una intervención dentro de un hospital público, qué responsabilidad le cabe al médico, puede negarse? ¿Qué régimen de responsabilidad se aplica? ¿Siendo Estado Nacional cómo garantizamos las intervenciones quirúrgicas para todos los habitantes de la nación teniendo en cuenta lo vasto de nuestro territorio y la complejidad que presentan las mismas no pudiendo ser practicadas en cualquier nosocomio?

Los interrogantes planteados en el párrafo anterior no son menores, puesto en torno a los mismos giran grandes criterios éticos,

normativos y sociales a ser considerados no solo por el titular directo de los derechos que se pretenden efectivizar, sino también por parte de la sociedad en su conjunto, quienes con diversos matices ideológicos, religiosos y académicos podrán analizar la situación que se trata.

Solo resta decir que dentro del reconocimiento y efectivización de los derechos individuales (propio del constitucionalismo liberal) no pueden ser vulnerados aspectos futuros del individuo como consecuencia del auto percibimiento. Qué quiere significar esto, que la autopercepción es fluctuante, puede variar, en razón de ello es importante que ante prácticas quirúrgicas que no pueden retrotraerse, la persona sobre la cual recaen las mismas otorgue un consentimiento pleno siendo menor de edad o siendo este suplido por sus padres.

La mención que se hizo en base al consentimiento y los cambios de parecer son propios del ser humano y obedecen al constante cambio en que el sujeto se encuentra a lo largo de su vida, filosóficamente dichos preceptos fueron analizados por los filósofos cosmológicos Heráclito y Parménides (2) al momento de enfocarse sobre la naturaleza del ser, el primero de los mencionados consideraba que el mundo se encontraba en un constante devenir, el cambio era la única constante permanente, mientras que el segundo pensaba que el individuo era único e inmutable.

Lo que se pretende esbozar en el párrafo anterior, es que el individuo muta en sus concepciones, ideas, gustos, paradigmas, etc., es en estos cambios donde la identidad de género como sistema de auto percepción se encuentra inmiscuida y haciendo especial énfasis a cuestiones que una vez iniciadas y culminadas no tienen retorno, el análisis debe ser realizado con minuciosidad.

En síntesis el presente trabajo tendrá como finalidad tratar de desentrañar cuáles son los regímenes de responsabilidad existentes respecto de los representantes legales (llámese padres/madres o

individuos en el caso de familias mono parentales), el Estado y los funcionarios públicos que interactúan en el otorgamiento del consentimiento respecto de las prácticas quirúrgicas realizadas sobre personas trans, que carecen de la mayoría de edad para poder otorgar un consentimiento al momento de realizar la intervención.

II. La situación en la ley 26.743

La Ley Nacional de Identidad de Género marca un punto bisagra en el derecho nacional respecto del reconocimiento de identidades (3) que no se encontraban amparadas por el régimen jurídico pero que en el mundo fáctico tenían plena vigencia a partir de ella sin la necesidad de realizar ningún tipo de sometimiento a prácticas quirúrgicas.

Tal como se menciona en el párrafo precedente, tanto los mayores de 18 años de edad como los menores de esa edad (aunque con el cumplimiento previo de ciertos requisitos —ej. revisión por la autoridad judicial local—) son individuos capaces de llevar adelante la rectificación de partidas en el registro de las personas, como también para realizarse las intervenciones quirúrgicas o aplicación de medios farmacológicos o de "otra índole" para adecuar su cuerpo al género elegido.

El art. 11 de la Ley en comentario hace una distinción clara respecto de a qué grupo etario se encuentra dirigida la norma, ello con relación a la viabilidad de realizar operaciones quirúrgicas o tratamientos farmacológicos. En términos claros se puede decir que hace una distinción entre personas mayores de 18 años de edad y menores de esa edad, lo cual deriva de la vigencia de la Convención de los Derechos del Niño como instrumento integrante del bloque de constitucionalidad determinado por el art. 75 inc. 22 CN.

La distinción observada en el párrafo anterior a los fines de las hipótesis planteadas no es menor, puesto para aquellas personas que sean menores de 18 años de edad, el camino a seguir para la

obtención de una intervención quirúrgica será el de cumplir previamente con los requisitos estipulados por el art. 5 de la norma en comentario, esto es: 1) contar con la solicitud efectuada por sus representantes legales (padres, tutores); 2) contar con el consentimiento del menor; 3) la asistencia del abogado del niño prevista por el art. 27 inc. c de la ley 26.061; 4) Contar con la conformidad de la autoridad judicial competente de cada jurisdicción.

Una vez reunidos estos requisitos, el menor se encontrará facultado para poder solicitar la intervención quirúrgica, y el Estado deberá garantizar dicho acceso según lo estipula la última parte del art. 11.

En una primera lectura, el sistema planteado por la ley 26.743 no ofrece ningún tipo de falla en su lógica, de hecho el consentimiento que se requiere para las personas menores de edad cuando no fuera otorgado por sus representantes legales (y aún siéndolo) será suplido a través de la vía sumarísima para que el juez supla la decisión de los representantes legales, tomando en cuenta el principio de capacidad progresiva y el interés superior del niño, según lo fija la Convención sobre los Derechos del Niño y la ley 26.061.

La verdadera cuestión a dilucidar es qué tipo de responsabilidad le cabe al Juez (tanto en los casos de negativa de los representantes legales como en el caso de afirmativa —según surge del art. 11—) que en realidad suple el consentimiento del menor, a los padres o representantes legales que lo otorgan y al Estado que habilita a la puesta en marcha de tales de cirugías (4), en los casos en los cuales estemos en presencia de un individuo que aun siendo menor de edad y habiéndose realizado las intervenciones quirúrgicas desee volver al sexo asignado biológicamente (5).

El análisis realizado por el cuerpo técnico no debe dejar lugar a dudas, es más que claro que el mismo debe extenderse al grupo familiar donde el individuo se encuentre inserto [o también al juez (6)] a fin de que pueda plasmarse si el sujeto que será sometido a prácticas

quirúrgicas pueda llegarse a ver influenciado por sus representantes legales.

Las distintas aristas que presenta el caso de estudio no son menores y mucho menos de simple análisis y solución, ya que en este último caso convergen un número amplio de regímenes jurídicos aplicables que tienen que brindar una solución técnica al problema que se presente en base a la responsabilidad.

Hay que tener presente que el inicio del cómputo de los plazos de prescripción para la interposición de la acción tampoco será una cuestión menor, ya que la persona operada podrá cambiar de opinión en relación a su auto percepción sexual no dentro del período de tres años que exige el Cód. Civ. y Com. o la Ley de Responsabilidad del Estado Nacional, sino que con posterioridad.

También un debate que debe brindarse es en torno a la problemática que existe respecto de la representación cuando la persona trans que hubiere sido sometida a prácticas quirúrgicas de reasignación sexual como consecuencia del consentimiento brindado por sus representantes legales, decida demandar a estos y al Estado o funcionarios intervinientes, siempre teniendo en consideración que estas personas carecen de un patrimonio abultado para afrontar los gastos que implica un abogado privado, recordemos que en base a la normativa procesal podrá designársele un "abogado del niño", lo cierto es que dicho profesional lo brinda el Estado (quien será acusador, juez y demandado).

III. La ley 26.061 de "Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes" y las operaciones quirúrgicas

Previo a la existencia de la ley 26.061, que se encuentra bajo análisis en este apartado, existió la ley 10.903, sancionada en el año 1909 también conocida como Ley Agote, que regía en todo el territorio federal (esto es en la Capital y en aquellas tierras que todavía

no habían sido conformadas como provincias). Básicamente la misma permitía a los jueces intervenir directamente en la vida de aquellos menores de edad que estuvieren en una situación de vulnerabilidad ya fuere por haber sido autores o víctimas de delitos o por encontrarse moralmente abandonados.

A diferencia de la ley primigenia, el nuevo régimen (ley 26.061) toma la esencia de la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 75 inc. 22 CN) plasmándola dentro de un ordenamiento jurídico de orden local que tiende a la tutela no solo de quienes pueden ser considerados los más vulnerables de la sociedad, sino también de aquellos que pudieran llegar a verse afectados por las situaciones que se presentan a menudo y dentro de las cuales no tuvieran la tutela jurídica que les corresponde.

La realización de operaciones quirúrgicas de reasignación de sexo en menores trans, implica una práctica directa sobre el cuerpo de una persona que no estaría facultada para otorgar su consentimiento puesto incumple con la mayoría de edad (7).

De esta manera, la intervención médica actúa como sistema que permite el cumplimiento efectivo del derecho a la identidad regulado en el art. 11 de la norma bajo análisis. En el caso de que la voluntad de iniciar una intervención no fuere avalada por los representantes legales, la norma dota de la posibilidad de suplir dicho consentimiento mediante un procedimiento sumarísimo en donde el menor es dotado de la asistencia técnica jurídica (un abogado especializado en niñez y adolescencia, siendo todo inicio y transcurso del proceso y/o procedimiento gratuito para el menor —art. 27 inc. c—).

La voluntad del menor, puede llevar la situación hasta el límite de recurrir a la vía judicial para efectivizar el tan ansiado derecho a la identidad.

Como lo vengo planteando en puntos anteriores, lo que habrá que analizar es la situación en el caso hipotético de que el menor de edad decida con posterioridad a la reasignación sexual, retomar la sendas del sexo biológico (esto es, de aquel asignado al momento de nacer), puesto en dicha situación entendemos que el consentimiento de los representantes legales es suplido por la vía judicial, entendido ello, le cabría responsabilidad al juez (como funcionario público) y al Estado de forma concurrente o solidaria según fuere el régimen establecido en cada provincia (o el propio de Nación).

Tanto en los casos en que la voluntad fuere suplida a favor o en contra de la pretensión del menor, el análisis de responsabilidad deberá recaer sobre los medios probatorios y periciales, como a su vez sobre el cumplimiento del principio del debido proceso en conjunción con dos principios esenciales propios del caso, los cuales son: a) "el interés superior del niño"(8) y b) "el principio de progresividad"(9) (los principios mencionados, no deben ser interpretados de manera aislada sino por el contrario deben analizarse en conjunción pero con proyección a futuro) (10).

Siguiendo el orden de ideas planteado ut supra, el "interés superior del niño" deberá prevalecer por sobre otros derechos e intereses igualmente legítimos (art. 3 ley 26.061), en este caso es la identidad, pero no en los términos que plantea la norma, sino la identidad como auto percepción esta capacidad de verse así mismo, frente al mundo, de una manera diferente al sexo que le fuere asignado biológicamente al momento de nacer.

Como se mencionó antes y sin pretender ser reiterativos, el funcionario (juez) que decida o los representantes legales que otorguen su autorización deberán tener presente que la auto percepción puede variar sobre todo en personas en formación y que una vez culminada la operación no existe forma de retrotraerla.

La problemática planteada no es menor, la gran cantidad de derechos mencionados en la ley que poseen los menores de 18 años,

sumados a los deberes que reposan sobre los representantes legales y el Estado generan en muchas ocasiones que la situación deba ser analizada en profundidad, ya que "el posible reconocimiento de derechos" en la actualidad podrá llevar a una vulneración directa de derechos personalísimos en el futuro.

Aquellas voces que se levantan en contra de las operaciones de reasignación sexual en menores de edad trans no parecieran ser tan equivocadas, puesto permiten que quienes efectivamente entienden que poseen un género diverso al de su condición sexual puedan practicar la intervención quirúrgica sin que su consentimiento se vea influenciado por el de terceras personas.

IV. El consentimiento

En el mundo occidental el libre albedrío como principio esencial derivado de la religión Católica Apostólica Romana (11) ha fijado la agenda jurídica en muchos aspectos, tal es así que si uno analiza distintas instituciones del ordenamiento jurídico le es casi imposible no asociarla con deberes cristianos que parecieran haberse colado dentro de un régimen jurídico positivista, en principio disociado de la Ley de Dios.

Con el avance de la ciencia jurídica se van planteando distintos ordenamientos jurídicos que recepcionan ciertos postulados del cristianismo y que si bien su análisis es interesante exceden al presente trabajo, es por ello que habrá que avocarse a los sistemas codificados.

La codificación trajo consigo grandes avances respecto al tema bajo tratamiento, así es como el Cód. Civil Napoleónico (1804) estableció el consentimiento como uno de los elementos esenciales a la hora de poder configurar un contrato de derecho privado, en ese razonamiento lógico es que encontramos que para que el mismo se perfeccione no debe concurrir ningún tipo de vicio con relación a este.

El criterio sentado por el sistema francés de derecho privado es seguido por la ley 340 (Código Velezano), de esta manera se resalta a través del art. 921 Cód. Civil, que: "(...) los actos serán reputados hechos sin discernimiento, si fueren actos lícitos practicados por menores impúberes (...)"(12).

En el antiguo régimen nacional el perfeccionamiento del acuerdo de voluntades debía seguir las pautas establecidas por el art. 944 Cód. Civil, eran elementos infalibles para la eficacia del acto voluntario la concurrencia del discernimiento, intención y libertad (13), la conjunción de los tres elementos permitía que el acto resultara lícito y engendrara derechos y obligaciones. Lo dicho, sin perjuicio de los vicios de los actos jurídicos (error, dolo, violencia, lesión, simulación) (14).

Entonces el consentimiento en el Cód. Civil determinaba la concurrencia de la voluntariedad del acto ejecutado —art. 897 Cód. Civil—, siendo un "obrar inteligente y libre" en palabras de Bustamante Alsina (15). Por lo que es vital el análisis realizado sobre el sujeto que lo otorga en el momento preciso de darlo, ya que allí se podrá determinar si concurre verdaderamente responsabilidad o no.

En el caso que analizamos y ya traído a nuestros tiempos, el consentimiento deberá ser suplido por los representantes legales del solicitante o en su caso por el juez —cuando los representantes legales se nieguen—, motivo por el cual el análisis sobre la concurrencia de "discernimiento, intención y libertad" del acto jurídico debiera recaer sobre los sujetos otorgantes del mismo, ello con la finalidad de evitar que sean influenciados por corrientes políticas de moda, que en ocasiones particulares pueden llegar a nublar el criterio, olvidándose que nos encontramos técnicamente en presencia de niños/niñas.

V. La Ley de Identidad de Género, el Cód. Civil y la Ley de Responsabilidad del Estado. Aspectos prácticos

La convivencia de la ley 26.743 y la ley 340 es inobjetable, lo interesante del tema es el análisis y vinculación con la ley 26.944 de Responsabilidad del Estado a la hora de evaluar la hipótesis de responsabilidad del juez que suple el consentimiento de los representantes legales cuando estos se niegan a darlo.

Vale recordar que la teoría de la responsabilidad del Estado se fundó en el art. 1112 y en la creación pretoriana desarrollada por la Corte Suprema a lo largo del Siglo XX y parte del XXI, precedentes fundamentales como el caso "Blanco"(16) del Consejo de Estado Francés, ya en el ámbito nacional tenemos a "Tomás Devoto"(17), "Ferrocarril Oeste"(18), "Vadell"(19), "De Gandia"(20) y "Barreto"(21) entre otros —los mismos serán analizados con profundidad en puntos venideros—.

La distinción efectuada no es menor, puesto recordemos que el art. 7 Cód. Civ. y Com. establece que: "A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes", esto quiere decir que (salvo el excepcional caso de que la norma determine la retroactividad) las leyes rigen para el futuro y los acontecimientos que hubieren ocurrido durante la vigencia de la ley 340 deberán regirse por esta última.

Retomando el hilo conductor, si el menor trans hubiere realizado las operaciones quirúrgicas necesarias para la reasignación sexual antes del 2014, todo proceso que vincule al mismo por cuestiones de responsabilidad será tramitado con fundamento en el Cód. Civil (ley 340), por lo tanto, el Código de rito será el Procesal Civil y Comercial.

En el caso de que la acción estuviere dirigida a los padres o representantes legales deberá fundarse en el antiguo régimen de

responsabilidad del sistema velezano teniendo en cuenta las normas que lo fueron modificando a lo largo del tiempo.

Si la acción estuviere dirigida a un funcionario público, nuevamente aplicaremos la teoría de la responsabilidad civil, pero fundaremos la misma en el art. 1112 Cód. Civil, sin perjuicio de ello habrá que reabrir antiguos debates respecto a las obligaciones de medios y de resultados teniendo en consideración la actividad del funcionario público (que según mi postura es siempre de resultados, salvo que nos encontremos en presencia de una actividad discrecional respecto del resultado de esta última y no con relación a la aplicación de los procesos necesarios para lograr tal fin, en donde la misma es de resultados) (22).

Lo dicho previamente cambiará rotundamente luego de la sanción de la ley 26.944 de "Responsabilidad del Estado" que entró en vigencia en 2014, a partir de esta las demandas de responsabilidad contra el Estado Nacional o los funcionarios públicos que se encuentren bajo su órbita no podrán ser fundadas en el régimen privatista, sino por el contrario deberán ingresar a través del fuero contencioso administrativo y fundarse técnicamente en el Derecho Administrativo (que vale tener presente posee una teoría de la responsabilidad infra desarrollada a comparación del Derecho Civil).

Recordemos que el Cód. Civ. y Com. (ley 26.994) establecía en su anteproyecto un sistema de responsabilidad del Estado y del funcionario público en los arts. 1764, 1765 y 1766, los cuales fueron vetados por la titular del Poder Ejecutivo nacional de turno, en un acto totalmente reprobable desde lo técnico, puesto todos sabemos que el Derecho Administrativo carece de una teoría de la responsabilidad propia que se funde en sólidos cimientos como lo es la del Derecho Civil.

Sumando a lo dicho en el párrafo precedente, se prohíbe la aplicación directa o subsidiaria del régimen de responsabilidad —en el actual art. 1764 Cód. Civ. y Com. (23)— del Cód. Civ. y Com., sin

perjuicio de esta prohibición, los beneficios de tener una teoría consistente en el ámbito privado podrán ser aplicados de forma analógica (circunstancia que aún no se encuentra prohibida por la normativa).

VI. El consentimiento informado en el Cód. Civ. y Com.

El Cód. Civil tuvo una vida útil de 144 años siendo actualizado en diversas ocasiones por distintas leyes hasta la entrada en vigencia de la ley 26.994 el 1 de Agosto de 2015.

El nuevo régimen jurídico unificaría el Cód. Civil con el Cód. de Comercio trayendo consigo nuevos institutos jurídicos tendientes a esclarecer las situaciones que no eran resueltas por la ley 340 de forma concreta.

Uno de los institutos legislados de manera directa fue el del consentimiento informado a través del art. 59 Cód. Civ. y Com., la nueva norma irrumpe en el contexto civil como una versión complementaria a lo establecido por la ley 26.529 y la ley 26.742 (que no ha sido derogada) en torno a la cual se fijaron los derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de salud.

El menor trans que pretenda someterse a una operación quirúrgica de reasignación de sexo deberá otorgar su consentimiento, de forma conjunta los representantes legales deberán cumplir con la misma obligación, en caso de que estos no otorguen la autorización, el menor podrá requerir por vía judicial que la misma sea suplida por el juez, ahora bien, en todos los casos el consentimiento debe ser informado para de esta manera cumplir con lo dispuesto por el art. 51 Cód. Civ. y Com.

El art. 59 Cód. Civ. y Com. estipula al consentimiento informado como una declaración de la voluntad expresada por el paciente, emitida luego de recibir información clara, precisa y adecuada (...)".

En principio debe ser el paciente quien exprese la voluntad, esta expresión en el caso que nos ocupa será la de un menor de edad y versará sobre una intervención que no podrá retrotraerse en el futuro, es por ello que las pautas fijadas por el art. 26 Cód. Civ. y Com. (24) tendrán vital trascendencia.

En el caso del art. 26 Cód. Civ. y Com., considero que el quinto y sexto párrafo debieran ser interpretados de forma restrictiva para de esta manera asegurar la salud del niño/a, habrá quienes piensen que el criterio sustentado en el presente no condice con el principio de progresividad, pero lejos está de serlo así, el mismo se funda en el interés superior del niño.

Retomando el tema, la información brindada debe ser otorgada en modo tal que el paciente la pueda comprender teniendo en consideración sus capacidades personales, no se requiere cumplir con un tipo de forma específico, de esta manera se podrá otorgar verbalmente o por formularios, etc., lo correcto será —a fin de evitar posteriores demandas— que el profesional otorgue la información por escrito en términos asequibles (25).

Las palabras mencionadas hasta el presente resultan del análisis puro de la normativa, sin perjuicio de ello existe un caso de trascendencia que tuvo lugar en Neuquén el 10 de octubre de 2023, que tramitó ante el Juzgado de Familia, Niñez y Adolescencia N° 3, cuya carátula es "P. A. A. V. E. s/ Medida autosatisfactiva", en dicho precedente un adolescente no binario, decidió someterse a una operación de masculinización de tórax efectuando la consulta médica y con el acuerdo de sus progenitores realiza la petición presentándola ante su obra social, quien la deniega exigiendo el cumplimiento de los requisitos establecidos por el art. 11 de la ley 26.743, esto es la autorización judicial. El juzgado decidió hacer lugar a la petición del menor de 15 años de edad, para lo cual tuvo en cuenta el dictamen de la Defensora de Menores quien expresó que el cumplimiento de los requisitos establecidos por el art. 11 de la ley 26.743 —autorización judicial— no resultan razonables y desvirtúan, dilatan y niegan

derechos. Los fundamentos más importantes del fallo versan sobre la constitucionalización del derecho privado y su incorporación al régimen del Cód. Civ. y Com. y la vigencia del art. 26 de dicho cuerpo normativo.

De esta manera el juzgador, hace lugar a la petición del menor, quita el requisito del art. 11 (autorización judicial) y ordena a la obra social que proceda a realizar la intervención sin otro requisito que el consentimiento brindado por el menor y sus representantes legales, dando de esta manera una primacía al art. 26 Cód. Civ. y Com. dentro del sistema jurídico de la cual carece.

Es importante recordar principios esenciales a la hora de resolver una cuestión que sea sometida a juzgamiento, como por ejemplo lo puede ser el de "ley especial deroga ley general", motivo por el cual el régimen del Cód. Civ. y Com. debe ser entendido como complementario de los principios sentados en la ley 26.743. Por otra parte, también se deberá tener presente que tácitamente el juzgador está cumpliendo con el espíritu de la Ley de Identidad de Género que requiere la revisión por autoridad judicial competente.

Luego del sucinto análisis realizado sobre el fallo, se puede vislumbrar como los criterios personales afloran a la hora de los análisis vinculados a situaciones fácticas que se encuentran legisladas por la normativa vigente y que se resuelven fácilmente. Ahora bien, pensemos el caso en el cual el menor de 15 años a los 17 decida que no se siente a gusto con la operación y sus resultados, por lo que desea percibirse conforme al sexo biológico ¿Qué responsabilidad le cabría a la representante de Menores e Incapaces? ¿Es el juez responsable? ¿Hasta qué punto los funcionarios intervinientes —representante de menores e incapaces y juez— no se encuentran influenciados por corrientes ideológicas de moda?

Otra cuestión a dilucidar es si dejamos de lado el régimen de la ley especial y sometemos la situación al régimen privatista codificado, entrará a jugar el art. 55 Cód. Civ. y Com., en virtud del

cual el consentimiento debe otorgarse siempre que no fuera otorgado de forma contraria a la ley, la moral y las buenas costumbres, por lo que el mismo no puede presumirse siendo de interpretación restrictiva.

A la luz de lo que acontece en la actualidad y según lo analizado hasta el presente, el otorgamiento del consentimiento es el meollo de la cuestión y en base a este es que deberán analizarse las responsabilidades que corresponda otorgar a cada uno de los partícipes.

VII. Criterio de la Convención de los Derechos del Niño y su vinculación con pautas sexo culturales

En el ámbito de los Tratados Internacionales se puede apelar a distintos instrumentos sobre Derechos Humanos que han sido incorporados por el art. 75 inc. 22 CN adquiriendo de esta forma la tan ansiada jerarquía constitucional.

Sin perjuicio de lo antes mencionado encontramos como estrella guía a la Convención Internacional de los Derechos del Niño, siendo el régimen internacional que se destaca por sobre los otros puestos hace referencia exclusiva a la temática que nos encontramos desarrollando.

El interés superior del niño como institución jurídica encuentra asidero: en el art. 3 de la Convención, siguiendo el análisis de artículos que concretamente tienen como finalidad regular el caso de estudio; el art. 4 obliga a la adopción de medidas tendientes a efectivizar los derechos de los niños por parte del Estado; el art. 14. hace referencia al respeto a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, debiendo los firmantes respetar el ejercicio de los derechos y deberes paternales/maternales; el art. 19 obliga a los Estados parte a adoptar todas las medidas tendientes ya fueren legislativas y/o administrativas para efectivizar los derechos contenidos en la Convención.

Como se puede observar la identidad como auto percepción del niño/a conforme al ámbito sociocultural donde el mismo se encuentre debe tutelarse y resguardarse, ahora bien, se imponen ciertas limitaciones al respecto teniendo en consideración las prácticas que en muchas culturas aborígenes se realizan sobre los menores que se encuentran íntimamente vinculadas a la sexualidad, en cuyo caso la mutilación de órganos sexuales por cuestiones culturales no podrá ser aceptada, por vulnerar directamente el interés superior del niño (26).

En Argentina tenemos casos de mutilación de órganos sexuales avalados culturalmente que se practican a diario como lo es el caso de la circuncisión, en aquellos individuos que pertenecen a la nación judía (si bien hay un menor envuelto, este no brinda su consentimiento y la práctica no cambia su condición sexual, aunque si es irremediable).

La Dra. Kamelmajer de Carlucci (27) en un excelente trabajo doctrinario ha desarrollado ciertos aspectos de lo que se viene exponiendo, a tal fin ha llegado a la conclusión de que las intervenciones sobre los órganos sexuales responden a pautas culturales que nada tienen que ver con fines terapéuticos (28).

Siguiendo el criterio sentado, habría que analizar hasta qué punto la intervención quirúrgica de reasignación sexual no implica una práctica sociocultural que afecta el interés superior del niño, si bien claro está que no puede ser ancestral por una cuestión tecnológica, la situación (29) sí puede ser asimilada a otras prácticas en culturas más antiguas, en dónde los sometidos lo ven como algo positivo.

VIII. Régimen de la responsabilidad del Estado. Análisis histórico y estado actual

La teoría de la responsabilidad del Estado que tuvo su expresión normativa en la sanción de la ley 26.944 "Ley de Responsabilidad del Estado", no fue una creación intempestiva del legislador —aunque por momentos lo pareciera—, sino por el

contrario, el surgimiento de la misma obedece a una serie de decisiones judiciales y legislativas, que fueron dándose a lo largo de la historia jurisprudencial y legal nacional y que se vieron receptadas en parte, a través del articulado de la ley 26.944.

Cabe mencionar al respecto, que la teoría de la responsabilidad del Estado nacional pasó por varios estadios a través de los cuales se fueron recibiendo ciertos institutos jurídicos que permitieron a través del desarrollo y avance doctrinario, legislativo y jurisprudencial la elaboración de un sistema de responsabilidad que utiliza los "principios generales del derecho" (según palabras de algunos administrativistas, aunque quien escribe considera que más bien se aplican lisa y llanamente los principios del Derecho Civil).

Ahora, si bien está en claro que el juez no debe ser legislador, la creación de la responsabilidad estatal es el resultado de un análisis y creación de índole pretoriana sustentada sobre la base del antiguo art. 1112 (30) del Código Velezano.

Así consideradas las cosas, podemos decir que el Estado republicano no solo a nivel nacional sino también provincial, inició a través de un concepto de irresponsabilidad (31) (The king can do no wrong (32) o principio de inmunidad del soberano), en virtud del cual el Estado nacional o incluso los provinciales no respondían por los perjuicios que ocasionaren tanto en su actividad legítima como ilegítima.

El surgimiento y vigencia del Cód. Civil Velezano en el año 1871, no solo implicó el nacimiento de un nuevo elemento de unidad nacional, sino que a su vez trajo consigo al art. 1112, que con posterioridad sería utilizado para sustentar la creación pretoriana de la teoría de la responsabilidad estatal.

Así dichas las cosas, el Estado Nacional comenzó respondiendo de sus incumplimientos dentro del ámbito de la actividad legítima (33) (recordemos que en principio no se receptaba

la responsabilidad de las personas jurídicas por sus hechos ilegítimos (34), con fundamento en el art. 43 (35) del Cód. Civil Velezano —según ley 340—).

Con posterioridad a ello surge una nueva cosmovisión a través de la sanción de la ley 675 en el año 1874, requiriendo de las demandas contra el Estado, una venia legislativa por parte del Congreso de la Nación. Esta norma si es analizada con los parámetros de constitucionalidad actuales, es retrógrada, pero si se la analiza históricamente, es de avanzada e incluso en parte —haciendo referencia exclusiva a la posibilidad de demandar al Estado— se tomó como la base para la sanción de la ley 3952 en el año 1900 en donde se deja de lado la venia legislativa, para permitir la interposición de demandas contra el Estado Nacional, siempre y cuando se hubiere agotado la vía administrativa, pero únicamente cuando el Estado actuara como sujeto de Derecho Privado. En 1932 esta cosmovisión recibe nuevamente un cambio de paradigma con la sanción de la ley 11.634, que permite la demandabilidad del Estado en ambas órbitas de actuación [esto es como sujeto de derecho Público y Privado —teoría de la doble personalidad que en la actualidad ha sido abandonada por la mayoría de la doctrina (36)—]. Con posterioridad se sancionará la ley 19.549 de Procedimiento Administrativo —en el ámbito federal— y su dec. reglamentario 1759/1972. Si bien existió gran normativa trascendental al respecto (como por ejemplo la reforma efectuada por la ley 17.711 al Cód. Civil —ley 340—), podemos cerrar la cuestión con la sanción de las leyes 26.944 y 26.994.

Sin embargo, es a partir de los fallos de la Corte Suprema que surge y se va modelando la teoría de la responsabilidad estatal a través de la creación pretoriana (37) del Máximo Tribunal a nivel nacional. Esta creación de la CS se plasmará en la sanción de la ley 26.944.

Así las cosas, ya retrotrayéndonos en la línea del tiempo unos años —en lo que respecta a la actividad jurisprudencial—, a nivel internacional hacia el año 1873, en Francia surgiría el precedente "Blanco"(38), en Argentina la evolución jurisprudencial recién vendría

a efectivizarse en el año 1933 con el caso "Tomás Devoto"(39), en donde empleados del telégrafo nacional, a través de la utilización de un brasero iniciarían un incendio en el campo arrendado por la firma Tomás Devoto. El incendio producido provocaría la imposibilidad de utilización del campo, lo que conllevó el inicio de la demanda por daños y perjuicios, llegando hasta la Corte Suprema y consagrando esta última la responsabilidad extracontractual del Estado Nacional, así fundó la responsabilidad del mismo en los arts. 1109 y 1113 —por ser las únicas normas existentes aplicables al caso del Código Velezano— (o sea la responsabilidad del principal por el dependiente) considerando un factor de atribución subjetivo (culpa: negligencia o imprudencia) de los agentes del telégrafo, respondiendo el Estado de manera indirecta.

Más adelante y llegando al año 1938 surge nuevamente de manos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación un nuevo precedente "Ferrocarril Oeste"(40). En los hechos el registro de la propiedad de Provincia de Buenos Aires entregó un certificado de dominio defectuoso a Ferrocarril Oeste, generando que se adquiera un terreno a quien no era ya su dueño perdiendo con posterioridad un juicio de reivindicación, para culminar en una nueva compra a quien efectivamente era el titular dominial del lote (y ganador de la acción de reivindicación). Con posterioridad a la compra, se iniciaría una acción de daños y perjuicios contra la Provincia de Buenos de Aires, la Corte Suprema de Justicia de la Nación entendió en instancia originaria y se pronunció sobre el fondo de la cuestión, siendo el primer precedente que recepta el concepto de "Falta de Servicio" traído de la doctrina francesa del precedente "Blanco", teniendo como lineamiento principal que quien contrae una obligación de prestar un servicio de forma monopólica, aún en el caso de que fuera el Estado Provincial actuando como persona de derecho público, tiene la obligación de responder por los perjuicios que origina, puesto que el servicio se debe prestar en condiciones adecuadas para llenar el fin al que ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios que ocasionare su incumplimiento o su irregular ejecución. Por último, la corte reconocería una responsabilidad de tipo indirecto y que las relaciones

en materia de responsabilidad estatal se rigen por los principios y normas de derecho público, aplicando el Cód. Civil Velezano de forma analógica o de forma subsidiaria o supletoria respecto de sus preceptos.

Ya por la década de 1980 surgiría nuevamente de mano del Máximo Tribunal un nuevo precedente conocido como "Vadell"(41), en donde nuevamente se tendría como parte a la Provincia de Buenos Aires por un error en el obrar del Registro de la Propiedad, en resumidas cuentas, la corte fallaría sobre la base de la aplicación subsidiaria del art. 1112 del Cód. Civil Velezano estableciendo una responsabilidad de tipo directa y objetiva para la Provincia, por considerar que los funcionarios son órganos del Estado, y por lo tanto su obrar es equivalente al del Estado, de modo que si el servicio funciona de forma irregular y se materializa el daño, se pone en juego la responsabilidad extracontractual del Estado.

Ya para el año 1992 se dicta el precedente "De Gandia"(42), lo que aconteció fácticamente fue que se hizo responsable a la Provincia de Buenos Aires por el daño moral que se suscitó a través de la detención de un automotor con orden de secuestro —derivada de una denuncia por robo— que, por una omisión de las autoridades judiciales provinciales, no se había levantado el secuestro automotor que previamente a la detención había sido recuperado y entregado a su original dueño. En el caso en comentario la Corte Suprema sostuvo que ante los asuntos en los que se pretenden indemnizaciones por daños y perjuicios originados por la presunta falta de servicio imputada a cualquiera de los órganos que integran los Poderes del gobierno de las provincias, estos deben ser calificados como "causa civil" en los términos del dec.-ley 1285/58 en su art. 24 inc. 1°. Entonces la "causa civil", viene a implicar la aplicación de los principios y sistema del Cód. Civil a la resolución de conflictos que se suscitan en el Derecho Administrativo, permitiendo que la corte entienda sobre ellos en los términos del art. 117 CN.

Por último, en el precedente "Barreto"(43), en donde los padres de una joven baleada y asesinada por un policía de la Provincia de Buenos Aires, inician demanda de daños y perjuicios contra la provincia de Buenos Aires, pretendiendo que las actuaciones prosperen ante la Corte Suprema, por entender esta de forma originaria, ya que según los actores se suscitaba un conflicto entre sujetos de distinta vecindad. La corte entendió que, aunque se acrediten los extremos del art. 117 CN - Competencia Originaria de la Corte— se podría rechazar la misma en razón de la materia. Es así como el Máximo Tribunal pretende abandonar el concepto de "causa civil" establecido en "De Gandia", ello sobre todo, con la finalidad de acotar los reclamos que ingresaban a la Corte, remitiendo las vulneraciones que existiesen (en el ámbito de la Responsabilidad del Estado) a ser resueltas por los tribunales locales, solución esta última que no comparto, puesto que el intérprete supremo de la Constitución es la Corte Suprema de Justicia de la Nación y los problemas de falta de recursos que posea, no son un tema a resolver por el vulnerado en sus derechos, que pretende la obtención de la resolución del conflicto. Más aún, la Corte en el precedente en comentario, fuerza los principios sentados en "Miguel Barreta"(44) (en donde se busca otorgar trascendencia a los principios establecidos en los fallos de la Corte Suprema, ya que la misma es el intérprete final de la Constitución Nacional, para de esta manera brindar seguridad jurídica) con la finalidad de modificar los principios sentados en "De Gandia". Según surge de lo establecido por la Corte Suprema en el precedente "Barreto" , quedan excluídos del concepto de causa civil: "(...) todos aquellos casos en que, como el sub exámine, quiera hacerse responsable patrimonialmente a una provincia por los daños y perjuicios que crean sufrir los ciudadanos de otro Estado local, o un extranjero, por la actuación o por la omisión de los órganos estatales en el ejercicio de sus funciones administrativas, legislativas y jurisdiccionales (...)"(45) y por lo tanto serán considerados causa civil: "(...) aquellos litigios regidos exclusivamente por normas y principios del derecho privado, tanto en lo que concierne a la relación jurídica de que se trata, como en el examen sobre la concurrencia de cada uno de los presupuestos de la responsabilidad patrimonial ventilada y, en su

caso, en la determinación y valuación del daño resarcible (...)"(46), incluso avanza en tal sentido sosteniendo que los perjuicios reclamados por los actores corresponden a la responsabilidad estatal en el ámbito extracontractual, motivo por el cual debe regirse la actividad dentro de los principios del Derecho Público, aun cuando no existiendo normas concretas de solución deba apelarse al derecho común, y por último reconoce a las provincias la autonomía para legislar sobre sus instituciones dentro de los términos de los arts. 121 y 16 CN.

Así en resumidas cuentas, según la creación pretoriana de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la responsabilidad del Estado comenzó siendo indirecta con un factor de atribución fundado en la culpa ("Devoto"), luego se mantuvo en indirecta con un factor de atribución fundado en la falta de servicio - u objetivo— ("Ferrocarril Oeste"), después de ello se determinó que el Estado respondía a través de un factor de atribución objetivo y de manera directa ("Vadell"), y por último y no menos importante, se estableció que era considerado un reclamo dentro del concepto de "causa civil" y que permitía el conocimiento originario de la Corte Suprema art. 117 ("De Gandia"), para terminar entendiendo que la responsabilidad estatal no era "causa civil" y que la Corte no entendía en competencia originaria dichos reclamos ("Barreto").

Lo que puede observarse no es ni más ni menos que el resultado de decisiones pretorianas pendulares (47) de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, no exclusivos de la materia que nos ocupa, sino que también extrapolable dicho actuar a otros ámbitos del derecho, donde el máximo tribunal ha decidido, y que redundan en inseguridad jurídica, más aún, quitan de excelencia al tribunal supremo nacional y permiten a los tribunales inferiores apartarse fácilmente de sus decisiones, por no poseer estos principios verdadera estabilidad conceptual, que sí puede verse en el caso de la Corte Suprema de los Estados Unidos, pareciera que nuestro Tribunal Supremo actuara en base a la situación política imperante en el momento, siendo jueces del

clamor popular y no del ordenamiento jurídico nacional que tiene en su cúspide a la Constitución Nacional.

De esta manera, la ley 26.944 ha receptado en ciertos aspectos los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación teniendo en consideración las circunstancias políticas e históricas que dieron lugar a cada uno de ellos, si bien claro es que el juez no puede ser legislador, en muchas ocasiones son las decisiones de la CS las que determinan o no, la aplicación de criterios jurídicos para un momento político de la historia, lo que en el fondo conlleva un desacierto según mi opinión personal, puesto que debe fallar en base al ordenamiento jurídico y la Constitución Nacional y no al sentir político o clamor popular imperante en un momento histórico determinado.

Por otro lado, si bien la Ley Nacional de Responsabilidad del Estado permite a las provincias adherir al texto de la misma para receptarla como propia, ello en el entendimiento de que ciertos principios del derecho administrativo son locales, postura esta que en parte no comparto, puesto que conlleva como resultado la vulneración de derechos de los habitantes de la Nación Argentina, como ser el derecho de igualdad, la defensa en juicio, el acceso a la justicia, lo que se quiere significar es que la Constitución Nacional establece la base sobre la cual debe legislarse, las Provincias en los términos de los arts. 1, 5, 29, 36, 75 inc. 12 y 22, 123 y 126, deben adecuar su ordenamiento interno a los parámetros establecidos por la Constitución Nacional, no pudiendo disminuir los derechos de sus habitantes en menos de lo establecido por la norma suprema —art. 8 CN—, motivo por el cual la existencia de pluralidad normativa (una ley de responsabilidad del Estado por cada provincia y CABA) respecto a un tema trascendental como lo es la responsabilidad estatal, conllevará a una probable vulneración de derechos de los habitantes.

Lo correcto hubiera sido mantener el proyecto original de Cód. Civ. y Com. sin vetar los arts. 1764, 1765 y 1766, estos artículos incluso receptaban las teorías elaboradas en los precedentes de la Corte Suprema, lo que se correspondía entiendo, con mantener una

teoría general amparada por el derecho civil y que venía rigiendo desde la vigencia del art. 1112 del Cód. Velezano.

Lo que se quiere significar, es que para efectuar una reforma de 180 grados respecto a las teorías y regímenes imperantes en un momento histórico dado, se requiere un cambio en el paradigma, ello significa que a nivel social, el populum así lo desea, habiendo receptado estas nuevas concepciones, recordemos que luego de la abrogación de las Monarquías Absolutistas, —las cuales cabe decir se regían por el principio de irresponsabilidad tanto del Estado como del Funcionario Público—, surgen las repúblicas como sistemas tendientes a eliminar dicho principio —entre otras cosas— y permitir poner en un plano de igualdad al pueblo con el Estado y sus Funcionarios, motivo por el cual no se entiende por qué a través de la sanción de la ley 26.944 se generan limitaciones a la responsabilidad del Estado y de forma conjunta al funcionario y/o empleado, dando a estos un régimen tuitivo que en principio no encuentra sustento a nivel social, de hecho lo que se exige es mayor responsabilidad e igualdad para efectivizar los derechos, y el Estado Nacional como Provincial no pueden ser ajenos a ello.

Lo que se quiere hacer entender al lector, es que la sanción de la normativa en comentario, viene a significar una vuelta atrás, un retroceso, hacia la irresponsabilidad establecida en estados monárquicos.

En cuanto al orden legal, de la simple lectura de los acontecimientos históricos se puede vislumbrar que la sociedad nunca ha querido que la responsabilidad estatal o incluso del funcionario, fueran administrativas, y por ello se utilizó el art. 1112 del Cód. Velezano durante ciento cuarenta y cuatro [144] años, significando esto, que durante un siglo y casi medio más, la sociedad a través de sus legisladores entendió que la responsabilidad del funcionario y el Estado debían regirse por lo establecido en dicho cuerpo normativo. ¿Qué quiere decir esto?, que a partir del fallo "Resoagli"(48) la Corte Suprema entendió que las Provincias conservan todo el poder no

delegado a la Nación, motivo por el cual, aplicando un razonamiento lógico sumado a una simple línea del tiempo, se puede deducir que al haberse sancionado el Cód. Civil —ley 340— de conformidad a las facultades otorgadas por el art. 67 inc. 11 CN de de la Constitución de 1860 (actual art. 75 inc. 12 CN) al Congreso de la Nación, y habiendo este último actuado dentro de la ley suprema, podía legislar, emitiendo así el art. 1112 del Cód. Velezano, el cual tenía total legitimidad, implicando ello que las provincias habían delegado en la Nación el dictado, delimitación y organización de la responsabilidad Estatal y del funcionario público, perdiendo en esta materia, posibilidades de realizar el cambio de paradigma sustentado por la ley 26.944, sumado a ello debe tomarse en cuenta la situación de las provincias que en sus propias constituciones reconocen como de índole civil la responsabilidad del Estado y del funcionario.

Ahora bien, con la sanción de la ley 26.944 se invita a las Provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a adherirse a un sistema de responsabilidad, determinado por el Congreso Nacional dentro de los parámetros del derecho administrativo —eminentemente localista— impidiendo la aplicación (en principio) del Cód. Civil (art. 1 ley 26.944), incluso a través de la ley 26.994 (Cód. Civ. y Com.), se prohíbe la aplicación del ordenamiento al ámbito de la responsabilidad estatal y del funcionario —arts. 1764, 1765 y 1766 Cód. Civ. y Com.—, lo que genera un problema mayúsculo en el caso de las provincias que reconocen la responsabilidad civil del Estado y del Funcionario.

De esta manera y con referencia exclusiva al ámbito nacional, el ejecutivo prefirió la sanción de una normativa específica dentro de los parámetros del derecho administrativo sin elaboración previa de una teoría de la responsabilidad de daños propia, prohibiendo incluso (tanto en la ley 26.944 como en la ley 26.994) la aplicación de forma directa o subsidiaria del Cód. Civ. y Com., pero al mismo tiempo tomando institutos jurídicos del área civilista (ej. la prescripción, el caso fortuito, la fuerza mayor, las eximentes de la responsabilidad, el factor de atribución, la relación de causalidad, la antijuridicidad, etc.).

Como se dijo en el párrafo precedente la responsabilidad del Estado deberá dilucidarse por la interposición de una demanda contencioso-administrativa, recordemos que el Estado no responde únicamente por actividad ilícita, sino que también lo hace por su actividad lícita en los términos del art. 4 de la ley 26.944.

La responsabilidad del Estado nacional y su vinculación con los funcionarios (lo analizaremos en el punto venidero) son netamente concurrentes (en las provincias o CABA puede llegar a existir un régimen de solidaridad) por lo que responderá solo hasta lo que le corresponde, ello con fundamento en los caracteres propios de las obligaciones mencionadas al inicio del párrafo.

IX. La responsabilidad del funcionario público según la ley 26.944

En lo que respecta al concepto de funcionario público, el mismo surge hace larga data, si bien no lo encontramos descripto como lo conocemos en la actualidad ya que durante la vigencia del Derecho Romano en la etapa del Derechos Regio y Republicano el mismo no existía, sino que se equiparaba conceptualmente al término magistrado o magistratus (49), es recién durante el imperio que se comienza a utilizar el vocablo functio para asimilarlo al sujeto que realizaba actividades vinculadas a la cosa pública.

Etimológicamente el término "funcionario" como lo usamos en la actualidad, proviene del Derecho Francés funzionario, entendido este, como toda persona que realiza una función pública.

En lo que a este trabajo respecta si bien son varios los funcionarios que intervienen, considero que habrá uno cuya trascendencia es vital y es el juez, mientras que podrá existir otro funcionario que será el médico que desarrolle su actividad en un hospital público, cuando el paciente decidiere solicitar la intervención quirúrgica en un establecimiento de las características mencionadas.

La ley 26.944 en el art. 9 establece lo siguiente: "La actividad o inactividad de los funcionarios y agentes públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular, incurriendo en culpa o dolo, las obligaciones legales que les están impuestas, los hace responsables de los daños que causen. La pretensión resarcitoria contra funcionarios y agentes públicos prescribe a los tres [3] años. La acción de repetición del Estado contra los funcionarios o agentes causantes del daño prescribe a los tres [3] años de la sentencia firme que estableció la indemnización".

La ley 26.944, se aplicará al funcionario, cuando esté actuando como órgano del Estado (en ejercicio de sus funciones o en ocasión de ellas) a través de un actuar doloso/culposo (llevado adelante de manera "irregular") genere u omita un acto que conlleve daños y perjuicios para con un sujeto de derecho determinado o determinable.

Para la determinación del daño debe seguirse un criterio objetivo (por estar la actividad dentro de las funciones que le corresponden, sean estas regladas o no) y no subjetivo (por la condición de funcionario que reviste el sujeto).

Cabe resaltar, que la actividad (tanto de acción como de omisión) debe sustanciarse en "el ejercicio de las funciones o en ocasión de ellas", no bastando para su determinación una mera relación de tiempo y lugar, sino que la actuación lesiva se haya producido dentro del marco legítimo o aparente de las funciones (50).

Es así como hay que observar y tener presente la existencia exterior del acto o hecho de su orientación hacia un fin estatal, esto quiere decir interpretar objetivamente los hechos o actos como se presentan y que ellos mismos estén vinculados a actividades estatales en ejercicio o en ocasión de las funciones a desarrollar.

En el caso de la jurisdicción y competencia, en principio podemos decir que según surge del juego del art. 9 de la ley 26.944 con el art. 1766 (51) del Cód. Civ. y Com., correspondería juzgar los

hechos realizados por los funcionarios públicos federales en los juzgados contenciosos administrativos federales (52) que tengan competencia territorial, o en el lugar en el cual se haya practicado la "función administrativa" (previo al inicio de un reclamo habrá que analizar si corresponde algún tipo de impugnación del acto administrativo (53) o si esta debe requerirse con la propia demanda según sea el caso).

Con respecto al deber de actuar y a la omisión, se puede decir que, en principio, los mismos deben ser realizados a través de manifestaciones que se denominan "acciones", estas, deben estar dirigidas a un fin determinado, (distinguiéndose del simple acontecer causal) produciendo una modificación en el mundo exterior, consciente o inconscientemente, para cuyo caso podrán con posterioridad ser o no, imputables al funcionario que las practique.

En el caso de la omisión (54), se puede advertir que el daño no proviene de hechos in committendo (comisión) sino en in omittendo (omisión) (55), respecto a la realización de funciones que le son propias al funcionario, siendo estas provenientes de un deber de obrar.

Ahora bien, como lo comenta Schiavo: "No es igual omisión que abstención (...). La omisión significa siempre olvido, negligencia, la segunda da idea de una inactividad general, por eso responde a una iniciativa que es el resultado de una volición del agente, aquélla puede ser concebida sin iniciativa alguna"(56).

Corresponde aclarar que el Juez a la hora de ponderar si concurre o no la reparación, deberá observar que estemos en presencia de un obrar específicamente determinado por la ley y el ordenamiento jurídico entendido como una integralidad y no una simple referencia a cometidos estatales donde el deber de actuar quede diluido.

La omisión estrictamente hablando se configura cuando el sujeto no hace lo ordenado por el ordenamiento jurídico, implicaría una trasgresión a una manda, consistiendo la omisión efectivamente en la no realización de una conducta que era jurídicamente exigible, aunque la misma no estuviera específicamente ordenada, pero surja esta del "ejercicio u ocasión", el art. 9 ley 26.944 claramente lo establece al decir "(...) por no cumplir sino de manera irregular (...)".

Ahora bien, esta omisión debe distinguírsela de la comisión por omisión, en donde mediante un actuar positivo (o sea un hacer) se omite la realización de una tarea determinada por el ordenamiento jurídico.

Cuando la omisión esté amparada en una causal de justificación (habría que ver en el caso concreto, puesto la imposibilidad de aplicar el Cód. Civ. y Com., complejiza la situación) generaría que la misma se torne jurídica, quitándole la antijuridicidad al acto omitido y dañoso.

En los casos donde exista un deber de actuar, la normativa lo que exigirá es una acción de un determinado modo para llevar adelante una actividad específica, este "deber de obrar" podría ser igualado a la comisión. Se puede mencionar aquí, la comisión por omisión en donde se provoca un perjuicio actuando, de manera que el sujeto realiza una actividad que no era la exigida por el ordenamiento, sería incumplir con ese "deber de obrar".

En los casos mencionados en el párrafo precedente, hay una conducta positiva/activa del sujeto (tanto en la comisión, como en la comisión por omisión), que la diferencia de la omisión. Dicha conducta positiva/activa, es lo que genera la modificación de los parámetros establecidos dentro de los cuales el sujeto debía realizar la actividad.

Habiendo fijado las pautas generales, con respecto a la teoría de la responsabilidad considero oportuno aplicar por analogía los

principios sentados en régimen civilista, por lo tanto, requeriremos de la concurrencia de un daño, una relación de causalidad, una antijuridicidad y un factor de atribución.

El daño será fácilmente identificable a través de los padecimientos sufridos por el menor al observar que se practicaron sobre su cuerpo intervenciones quirúrgicas respecto de las cuales no hay vuelta atrás, generando no solo un daño emergente claro, sino también daño de tipo moral, psicológico, psiquiátrico, etc., todos estos rubros deberán ser reclamados al momento de la interposición de la demanda.

Por otro lado, el daño debe producirse en "ejercicio u ocasión" de las funciones que corresponden al cargo, debe ser derivativo de la actividad que realiza el funcionario, si el daño se produce fuera de este abanico de posibilidades, el funcionario responderá según sea el caso a título personal y no como funcionario público. Por lo tanto, será vital la relación de causalidad entre el daño producido y que el mismo se haya generado dentro de un determinado ámbito de actuación que corresponda al sujeto como funcionario público.

Ya pasando a otro de los elementos de la responsabilidad, mencioné previamente a la relación de causalidad, la cual deberá ser analizada bajo el prisma de la teoría de la "causa adecuada", que es a la que se hace mención en el art. 3 de la ley 26.944.

La relación de causalidad será vital no solo para el sujeto pasivo (juez o médico de hospital público) sino también para el activo ya que la misma determinará quién es el responsable por un actuar determinado y hasta dónde se deberá responder por tal evento dañoso.

Este elemento de la responsabilidad implicará la existencia de fenómenos materiales, esto quiere decir, que en el mundo real deberán atisbarse consecuencias observacionales (aunque no fueren a simple

vista) siendo ello así, con la finalidad de que se aplique una relación de causa/efecto, dentro de parámetros científicos, dejando de lado las interpretaciones mágicas o espiritistas.

En cuanto a la antijuridicidad (57), como presupuesto de la responsabilidad, podemos decir que debe interpretarse dentro de los términos del art. 9 ley 26.944, el cual establece: "(...)de manera irregular, incurriendo en culpa o dolo, las obligaciones legales que les están impuestas...", es decir, en el sentido de un comportamiento contrario al ordenamiento jurídico en su conjunto, debiendo interpretarse como inclusivo del derecho positivo (Constitución Nacional, Tratados Internacionales, leyes en sentido formal y material, reglamentos y ordenanzas, prescripciones administrativas, instrucciones del superior jerárquico, normas emergentes de contratos especiales, etc.), el orden público, las costumbres, así también los principios generales del derecho (principios de razonabilidad, de legalidad, etc.) e incluso al derecho natural, siempre y cuando no exista una causa de justificación que avale dicha actuación.

Debemos considerar a la antijuridicidad desde el punto de vista objetivo, esto es como una contradicción del comportamiento desarrollado por el funcionario, con el ordenamiento jurídico entendido como una integralidad y aplicable al caso concreto sin ser necesario que la función esté reglada o sea discrecional (en esta situación, creo que conviene adoptar una posición amplia).

En el caso la situación será clara, en principio con respecto al médico existirá antijuridicidad cuando el mismo no brinde al paciente la información requerida necesaria para cumplir con el consentimiento informado (más allá de las cuestiones propias que este tipo de operaciones puede suscitar y que habrá que analizar que no recaigan en los preceptos de la mala praxis, pero repito dicha situación no es la que analizo en el presente trabajo), el vicio al mismo es claro. Es más, en lo particular considero que nos encontramos en presencia de una obligación de resultado por parte del médico.

Ya en el caso del juez la situación será más difícil de vislumbrar, puesto el actuar de este va a estar vinculado a la habilitación o no (art. 11 Ley de Identidad de Género) de la intervención quirúrgica, por lo que habrá que analizar si el mismo dictó sentencia fundado en pruebas periciales, técnicas, teniendo vinculación a través de audiencias con las partes intervinientes, etc.

Por último, en el caso del factor de atribución que puede conceptualizarse como un presupuesto esencial de la responsabilidad que la ley toma en consideración para atribuir jurídicamente la obligación de indemnizar un daño a quien corresponda (58).

A través de este, se establece a título de que se juzgará a un sujeto de derecho, esto debe entenderse de la siguiente manera, si estamos en presencia de un factor objetivo de atribución, la responsabilidad se desarrollará sin ningún vínculo con la valoración subjetiva del agente a diferencia de lo que ocurre en el caso de los factores subjetivos de atribución en donde el sujeto es juzgado a título de dolo o culpa (según surge del art. 9 ley 26.944).

La principal distinción radica en los efectos que conlleva cada uno, así cuando estamos en presencia de un factor subjetivo y el daño se causa por un "ejercicio irregular", debe probarse la culpa o dolo del agente para que nazca el deber de responder, contrario a esto, cuando el factor de atribución es objetivo el sujeto debe responder (más allá de toda atribución a título de dolo o culpa) siendo irrelevante la culpa del sujeto, salvo que demuestre la ruptura del nexo causal (por ejemplo, la culpa de la víctima o de un tercero por el cual no se debe responder, etc. Debemos tener en cuenta que para cada factor de atribución objetivo habrá un tipo particular de ruptura del nexo causal, entonces habrá que demostrar que la cosa que causó el daño no era riesgosa, que no había relación de dependencia, etc.).

Si bien el art. 9 de la Ley de Responsabilidad del Estado exige un factor de atribución subjetivo, en el caso del médico que no brinda la información necesaria estamos en presencia de una obligación de

resultados y por una aplicación analógica del Cód. Civ. y Com. correspondería un factor de atribución objetivo, es más incluso podría fundarse el mismo en la falta de servicio, ya que recordemos que nos encontramos en presencia de un profesional que actúa en un hospital público y por otro lado en presencia de un juez que actúa dentro del servicio de justicia. La cuestión no es clara en la doctrina.

X. El régimen de responsabilidad de los representantes legales

Resta analizar el último de los casos planteados en la introducción como eje de estudio que es la responsabilidad de los representantes legales del menor que otorgan el consentimiento para que el mismo pueda realizar la operación de adecuación sexual sobre su cuerpo y con posterioridad a hacer efectivo el procedimiento quirúrgico la persona decide volver a su sexo biológico.

En la presente situación la cuestión respecto de la normativa a aplicar es más simple de dilucidar desde lo teórico, ya que tendrá vigencia la ley 26.994 o Cód. Civ. y Com.

Entonces la demanda de daños será dirigida contra los representantes legales que hubieren otorgado su consentimiento, en el caso de existir discrepancias (59) la cuestión deberá ser resuelta por el juez, en este último caso el menor deberá recurrir a la vía judicial para la obtención del mismo, recordemos que no se presume el consentimiento de uno solo, sino por el contrario de ambos (salvo el caso que nos encontremos en presencia de una familia monoparental).

En cuanto a los elementos de la teoría de la responsabilidad civil, estos son: daño, relación de causalidad, antijuridicidad y factor de atribución, analizaremos los mismos a párrafo seguido.

En cuanto al daño, el mismo se encuentra legislado en el art. 1737 Cód. Civ. y Com., ya es claro que la existencia de este elemento implica un menoscabo directo en la situación patrimonial del menor,

vale recordar que el patrimonio de una persona se encuentra compuesto de bienes los cuales pueden ser materiales o inmateriales.

De forma inmediata se crea la obligación y con ella la delimitación del acreedor y deudor de forma conjunta con el deber de indemnizar los perjuicios ocasionados. Sin embargo, no se responderá por cualquier daño que se ocasione, sino por el contrario, el mismo debe reunir ciertos requisitos intrínsecos para que pueda generar responsabilidad en los términos del Cód. Civ. y Com.

Ahora bien, ¿Qué es lo que corresponderá indemnizar? El principio general lo sienta el art. 1738 Cód. Civ. y Com., en virtud del cual, no se hace una distinción como lo hacía el Código de Vélez entre daños patrimoniales y extrapatrimoniales, ello con la finalidad de abarcar la mayor cantidad de casos posibles, de esta manera el daño será o no patrimonial, según sea el interés lesionado.

El art. 1739 Cód. Civ. y Com., establece qué requisitos debe cumplir el daño: a) Directo/indirecto: El daño directo debe ser entendido como aquel que sufre la propia víctima —Ej. casos en los cuales un funcionario atropella a un peatón—, mientras el indirecto será aquel que sufra un sujeto distinto de la víctima, pero por cuestiones que estén vinculadas a dicho daño primigenio o lesión a un tercero —Ej. En el caso mencionado previamente, el daño directo lo sufrirá la persona atropellada, pero el indirecto lo sufrirá el familiar de la persona atropellada que deberá incurrir en gastos para los cuidados médicos, etc.—; b) Actual o futuro: La existencia de un daño actual, hace referencia al daño sufrido a la brevedad de forma inmediata, mientras que el daño futuro implicaría un daño que puede llegar a ocurrir con certeza —Ej. De daño futuro se da en muchos casos de contaminación provocada por verter tóxicos y afectar napas, etc.—; c) Cierto y subsistente: Para que el daño sea cierto, se requiere que exista, que tenga existencia en el mundo real, ya que un daño hipotético no sería viable para generar en el funcionario la obligación de resarcir, sobre todo por existir en ciertas esferas de la administración, las cuestiones políticas no justiciables —instituto

jurídico frente al cual me opongo por vulnerar según lo creo, la posibilidad de contralor, por parte de los ciudadanos a través del Poder Judicial—, mientras que el daño sería subsistente, en aquellos casos en los cuales no hubiera sido reparado, ahora bien no debe entenderse como exoneración de responsabilidad del funcionario que la propia víctima repare el daño, puesto en este caso el mismo permanecerá subsistente.

Con respecto al interrogante ¿Qué tipo de reparación corresponde? Los representantes legales en los términos del art. 1740 Cód. Civ. y Com. deberán realizar una reparación "Plena"(60) del daño y perjuicio ocasionado, debiendo pagarlo a través de la indemnización fijada por el juez, en este caso no se podrá cumplir con el principio que sienta la obligación de volver las cosas al estado anterior en el cual se encontraban puesto como se mencionó una de las características de la operación es la imposibilidad de deshacer lo hecho.

En cuanto a la prueba del daño, el mismo en el caso que nos ocupa podrá verificarse a través de pericias médicas, psicológicas y psiquiátricas las cuales tendrán como finalidad demostrar la operación recibida, la situación de la persona frente a las mismas y su voluntad de recuperar el sexo asignado al momento del nacimiento.

El segundo de los elementos a tratar es la relación de causalidad, la misma implicará la posibilidad de vincular el actuar de los representantes legales con los daños y perjuicios producidos determinando la existencia de un vínculo material y jurídico relevante, siempre y cuando estos hayan actuado en pleno ejercicio de sus facultades, sin que recaiga en el caso concreto una eximente de responsabilidad que rompa el nexo causal.

Entonces, la vinculación del otorgamiento del consentimiento y el daño producido es verdaderamente un nexo causal que deberá dar respuesta a los siguientes interrogantes: ¿Quién es el autor del daño? ¿Quién debe responder? ¿Hasta dónde debe responder el autor del

daño por los perjuicios ocasionados? ¿Existe alguna causal que rompa este nexo?

En tercer orden tenemos la antijuridicidad, ahora bien, la misma en principio pareciera no existir, ya que todos (los representantes legales, el juez y el menor) cumplen con los requisitos exigidos por el ordenamiento a la hora de brindar el consentimiento, sin embargo, dicha situación no es así.

Se dijo que la situación debe estar regulada por el principio del interés superior del niño y el principio de progresividad, teniendo en cuenta dichos parámetros es fácil entender que no basta solo con el consentimiento sino que se requiere de pericias técnicas que permitan vislumbrar que el menor no cambiará de idea en el futuro, puesto de no ser así se violentan los principios previamente mencionados, lo que crea la antijuridicidad tan requerida por la teoría de la responsabilidad civil (hay casos en los cuales se responde sin que exista antijuridicidad como por ejemplo en la seña).

La antijuridicidad debe ser en todo momento material entendiendo este concepto, como violación a los deberes de prevención de daños, teniendo como límite esta antijuridicidad material en la función preventiva, la causal de justificación, para de esta manera evitar la existencia de un sistema intervencionista que paralice la actividad humana, en sentido similar se pronuncia López Herrera: "Solo puede ser antijurídica una omisión si existe un deber legal de actuar para prevenir el daño. Esa antijuridicidad no tiene que ser formal, sino comprensiva del ordenamiento jurídico todo. Es decir, que allí donde existe un deber de actuación impuesto por la ley, reglamento, tratado internacional o por una tendencia jurisprudencial, se podrá plantear la acción preventiva"(61).

Por último, resta analizar el factor de atribución el cual será subjetivo, esto es, se responderá a título de dolo o culpa, habrá que analizar en el caso concreto si es culpa o dolo.

Imaginemos la situación en la cual los representantes legales del menor comulguen de manera fanática con la ideología de género (tan en boga en los últimos años) y como resultado de dicha forma de pensar dirijan sus acciones a los fines de determinar en el menor de edad una situación fáctica inexistente a través de continuas determinaciones.

Es claro que al menos existe culpa en los representantes legales, aunque en el caso que se uso de ejemplo diría que es dolo, uno como representante legal de un menor (o padre/madre) puede comunicar su punto de vista (influenciado por las ideas propias) a su hijo, pero no debe determinarlo a tal fin, más que al cumplimiento de la ley y los principios del derecho natural.

XI. El dec. 62/2025 y sus modificaciones sobre la ley 26.743

Las expresiones políticas en nuestro país son cotidianas, pero hay algunas que tienen más relevancia en el plano jurídico, así podemos decir que el actual Presidente de la Nación realizó ciertas apreciaciones en el foro Económico de Davos referidas a la cultura WOKE y las organizaciones LGBT por la influencia que realizan sobre jóvenes, paso seguido la comunidad Argentina se reúne y reagrupa para realizar una marcha contra el fascismo en distintas ciudades del país, siendo la más concurrida la que se realizó en Capital Federal.

En el discurso realizado por la máxima magistratura en el país se adelantó que efectuaría ciertos cambios a la Ley de Identidad de Género, con la finalidad de prevenir el avance sobre los niños.

Paso seguido se dicta el dec. 62/2025 en los términos del art. 99 inc. 3 CN, modificando directamente el art. 11 de la ley 26.743 y eliminando el párrafo que faculta a los menores de edad a realizarse prácticas quirúrgicas aun debiendo obtener la autorización judicial para su realización.

En lo particular, considero que el art. 11 se encontraba bien redactado solo debían agregarse ciertos controles técnicos sobre los menores de edad y quienes brindaban su consentimiento para realizar las intervenciones.

El decreto, al eliminar las posibilidades de menores de edad que sí sean trans, a realizar las intervenciones quirúrgicas necesarias para adecuar su cuerpo al género elegido claramente restringe derechos.

Con respecto a esta nueva norma seguramente se interpondrán amparos que tiendan a solicitar su inconstitucionalidad, habrá que observar cuales son las decisiones de los jueces para avalarla o no aceptarla.

XII. La situación en otras jurisdicciones

Resulta de suma importancia analizar algunos precedentes existentes en distintas jurisdicciones internacionales, para tal fin habrá que observar no solo la situación fáctica sino también como resuelven los casos otros tribunales.

Así las cosas, la cúspide tribunalicia Colombiana, resolvió a través de la sentencia T-477-1995 un caso de un menor de edad (no trans) que había sido mordido por un perro a los 6 meses de edad y en el cual los padres (representantes legales) autorizaron la realización de cualquier tipo de tratamiento. La primera operación de reasignación de sexo fue realizada al mes, los médicos fundaron la decisión en que no era posible reconstruir el órgano sexual del menor y como consecuencia de ello este sería un sujeto de ambigüedad sexual.

Con posterioridad hubo más intervenciones con la finalidad de que se produjera un desarrollo físico y cognitivo en la lógica de lo femenino pero las mismas no prosperaban ya que el menor se consideraba un varón (o sea su sexo de nacimiento).

La Corte Colombiana al momento de fallar tuvo en consideración no solo la opinión de sexólogos, sino también de la academia nacional de medicina, psicólogos y cirujanos plásticos. El fallo básicamente buscó analizar la obtención del consentimiento informado, reconoció que se encontraban en presencia de un procedimiento invasivo, definiendo el límite de la facultad que tienen los padres para decidir sobre este tipo de operaciones a través de la equidad entre el principio de autonomía y el paternalismo.

En el caso bajo análisis al tratarse de un menor de edad pero que esté en su plena adolescencia corresponde tener presente su consentimiento (informado) para la práctica de este tipo de intervenciones.

Ya entrando en el siglo XXI tenemos el caso de Keira Bells (62) una joven británica mal diagnosticada con disforia de género a la edad de 15 años. Dentro de la clínica Tavistock fue subsumida dentro de dicho establecimiento médico al consumo de bloqueadores de la pubertad a la edad de 16 años, para que su aspecto dejase de ser femenino y se convirtiera en masculino, a los 17 años de edad recibió inyecciones de testosterona, ya a la edad de 20 años se sometió a la práctica quirúrgica de una doble masectomía, culminando con un cambio de nombre. A la edad de 22 años la actora sufre una crisis de identidad replanteándose los acontecimientos de su vida y entendiendo que la clínica dentro de la cual se había tratado la había inducido a realizar dichas prácticas.

La joven Keira inicia el proceso judicial demandando a la clínica por no haberle brindado el asesoramiento necesario para este tipo de operaciones (lo que en nuestras latitudes se denomina consentimiento informado).

El caso tomó gran notoriedad y en grado de apelación fue resuelto por el Tribunal Supremo Británico, quién sentenció que aquellas personas menores de 16 años no se encuentran capacitadas para cambiar el sexo y necesitan un consentimiento judicial, la

sentencia fue suspendida parcialmente por un tribunal de apelaciones, pero la misma no trascendió puesto la actora terminó obteniendo la victoria en 2021 logrando el cierre de la Clínica Tavistock.

Ya en España tenemos el caso de Susana Domínguez (63), una joven que a la edad de 15 años su psicólogo la faculta para iniciar el tratamiento para el cambio de sexo a través del servicio de Sanidad Pública Español.

Según la demandante, le comentó al psicólogo que ella siempre se había autopercibido mujer, sin embargo, este no la oyó y de forma intempestiva solicito iniciar con el proceso de cambio de sexo, donde le extirparían el útero y los dos pechos (a la edad de 18 años), sumado a la gran cantidad de hormonas masculinas a las cuales fue sometida con anterioridad a la operación (a la edad de 16 años).

Luego de someterse a las operaciones necesarias, Susana comenzó a sentirse disconforme con las mismas, tras haber indagado en su situación se dio cuenta que padecía un trastorno del espectro autista y que el mismo no había sido identificado ni por el psicólogo ni tampoco por el psiquiatra de la sanidad pública.

La joven ha iniciado denuncias contra el sistema de sanidad español y a su vez busca demandar al Estado.

XIII. Conclusiones

Luego de haber realizado un análisis integral de las cuestiones sometidas a investigación se puede decir que se generaron las siguientes conclusiones:

1. El menor trans que desee someterse a una práctica quirúrgica de reasignación sexual deberá cumplir con los requisitos establecidos en la ley 26.743.

2. La revisión judicial requerida por el art. 11 de la Ley de Identidad de Género de ninguna manera obstaculiza u obstruye ningún tipo de derecho humano, por el contrario, genera la posibilidad de cumplir con la tutela al interés superior del niño, principio rector en la materia.

3. El régimen de responsabilidad aplicable a los médicos de hospitales públicos y a los jueces será el establecido por la Ley de Responsabilidad del Estado.

4. El régimen de responsabilidad de los padres será determinado por el Cód. Civ. y Com.

5. El régimen jurídico que establece la ley 26.743 de Identidad de Género debiera exigir de forma obligatoria pericias psicológicas al menor y los representantes legales, acompañado de encuestas socio-ambientales que tengan como finalidad asegurar que la voluntad no se encuentre viciada, teniendo en consideración que una vez realizada la intervención la misma no tendrá vuelta atrás.

En cuanto a los aspectos procesales, sería interesante requerir el doble conforme, esto es que, al momento de ser emitida la sentencia por el juez, sea obligatorio que un tribunal revisor confirme la sentencia de primera instancia.

6. El dec. 62/2025 es una norma que retrotrae, limita y viola derechos constitucionales atacando directamente el interés superior del niño y el principio de progresividad de rango constitucional (art. 75 inc. 22 CN).

(1) Recordemos que las personas trans son aquellas que nacen con un sexo (femenino o masculino) asignado por la naturaleza, pero se perciben de un género diferente. Las personas hermafroditas (termino que se acuñaba en antaño) son aquellas que presentan características físicas propias de los dos sexos.

(2) Conf. GARCÍA MORENTE, Manuel, "Lecciones preliminares de filosofía", Ed. Losada, Buenos Aires, 2004, 1ª ed., ps. 75 a 92.

(3) Conf. GRAFEUILLE, Carolina E., "Hacia la necesaria supresión del sexo como categoría jurídica", RDF 2019-III, 192, TR LA LEY AR/DOC/1327/2019.

(4) Recordemos que la ley 26.944 legisla sobre la responsabilidad legítima del Estado (art. 4), situación que podría verse observada en las presentes causas.

(5) Vale tener presente que las operaciones de reasignación de sexo no tienen retorno y en aquellos casos en los cuales exista una falla en el sistema de toma de decisiones, claramente habrá responsabilidad.

(6) No hay que olvidar que los jueces al momento de emitir sus fallos no están completamente ajenos a sus ideologías y paradigmas de la vida, es en parte lo que se denomina criterio judicial y marca la forma de resolver las cuestiones que se presenten ante el magistrado.

(7) Recodemos que el art. 1 de la Convención de los Derechos del Niño establece que se es adulto a partir de los 18 años. Siguiendo este criterio la ley 26.579 estableció modificaciones sobre el Cód. Civil (ley 340).

(8) Ver: OTERO, Mariano C., "Manual de Derecho de Familia", Ed. Estudio, Buenos Aires, 2017, 1ª ed., p. 381.

(9) Art. 26 Cód. Civ. y Com.

(10) Se debe tener presente que nos encontramos en presencia de menores, esto debe ser resaltado, aunque caigamos en repeticiones —que parecieran ser innecesarias—, ya que allí radica el meollo del problema.

(11) Ver: Mateo 23:37; Apocalipsis 22:17; Josué 24:15 y Pedro 2:16.

(12) Los menores de 10 años no tienen discernimiento para los actos ilícitos, mientras que aquellos que tuvieran entre 14 y 21 tienen discernimiento para los actos lícitos. Ahora bien, estas pautas planteadas en el párrafo precedente debían conjugarse con el art. 55 Cód. Civil.

(13) Conf. art. 897 Cód. Civil.

(14) Ver: BORDA, Guillermo, "Manual de derecho civil parte general", Ed. Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2004, 21ª ed., ps. 473 a 509.

(15) Conf. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "Teoría General de la Responsabilidad Civil", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2007, 9ª ed., p. 698.

(16) Conf. CUADROS, Oscar A., "Responsabilidad por daños y estado", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2018, 1ª ed., p. 17.

(17) CS, Fallos 169:111. TR LALEY AR/JUR/4/1933.

(18) CS, Fallos 182:5. TR LALEY AR/JUR/7/1938.

(19) CS, Fallos 306:2030. TR LALEY AR/JUR/1824/1984.

(20) CS, Fallos 315:2309. TR LALEY AR/JUR/1143/1992.

(21) CS, Fallos 329:759. TR LALEY AR/JUR/153/2006.

(22) Conf. PALMA, Mariano, "El funcionario chubutense y su responsabilidad", Ed. Argenta, Buenos Aires, 2023, 1ª ed., p. 151.

(23) En un mismo sentido se pronuncia el art. 1 de la ley 26.944.

(24) Ver: BUERES, Alberto J. (dir.), "Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial", Ed. Hammurabi, 2016, 1ª ed., t. 1-A, ps. 291 a 296.

(25) En el caso de que el menor tuviere una enfermedad terminal y aun así quisiera hacerse la operación deberá cumplirse con lo estipulado por el art. 7 inc. f de la ley 26.529.

(26) Según surge de la interpretación realizada por el Comité de Los Derechos del Niño de la ONU a través de la Observación General Nro. 14.

(27) Conf. KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, "La integridad del cuerpo, la cultura familiar y el interés superior de la niña o adolescente", RDF 85, 179, TR LALEY AR/DOC/3176/2018.

(28) Un criterio similar surge al momento de interpretarse el art. 12.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que se realiza conforme a la Observación General Nro. 14 del año 2000 realizada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

(29) Ej. la costura de la vagina para que la mujer llegue virgen al matrimonio, por mencionar una situación, también podemos hacer referencia a la circuncisión.

(30) Art. 1112 Cód Civil: "Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, son comprendidos en las disposiciones de este título".

(31) CS, Fallos 1:317 y 2:36.

(32) La frase citada se traduce en que "el Rey no puede hacer daño", implicando ella una continuación de principios monárquicos abandonados por la nueva cosmovisión republicana.

(33) CS, Fallos 1:259.

(34) Conf. IBARLUCÍA, Emilio A., "Responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos ¿Código Civil o ley provincial?", La Ley Thomson Reuters, TR LALEY AR/DOC/2129/2014, p. 2.

(35) Art. 43 Cód. Civil: "No se pueden ejercer contra las personas jurídicas, acciones criminales o civiles o indemnización de daños, aunque sus miembros en común, o sus administradores individualmente, hubiesen cometido delitos que redunden en beneficio de ellas". (Sancionado por la ley 340).

(36) Conf. GORDILLO, Agustín, "Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas", Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2013, 1ª ed., t. 8, cap. I, p. 42.

(37) Francia habría de adelantarse a la Argentina, ya en el año 1873 surge el precedente "Agnes Blanco" (Del Consejo de Estado Francés), en el cual mediante la interposición de una demanda de daños e intereses —por quien fuera el padre de Agnes Blanco— contra los empleados de una tabacalera estatal y al Estado francés, como coautores del accidente de su hija, ello con fundamento en que los empleados de la tabacalera habían movido un vagón de la empresa derribando a la niña que se encontraba pasando por las vías y generándole la amputación de la pierna a los 5 años y medio de edad.

Desde la técnica jurídica el caso en comentario vino a implicar nuevos aspectos puesto al interponer la demanda esta se envío al Tribunal de Conflicto de acciones por daños e intereses contra el Estado para decidir si correspondía el tratamiento del tema a la autoridad jurisdiccional administrativa o por el contrario lo fuera la jurisdiccional judicial. Así se determina que la competencia es administrativa, se abandona el concepto de culpa como presupuesto de la responsabilidad del Estado para hacerlo responsable por la ejecución irregular o defectuosa de la función administrativa, cuando ello ocasione perjuicios a los administrados, surge así el concepto de "Falta de Servicio", el cual implica la alteración de la igualdad, al soportar el particular un sacrificio especial que traduce la realización irregular de la función administrativa debida por igual a todos los habitantes en forma regular y permanente. Dentro de esta óptica se va a entender que el servicio público va a comprender toda la actividad jurídica o material emanada por los poderes públicos que constituye la función administrativa.

(38) Conf. CUADROS, Oscar Á., "Responsabilidad por Daños y Estado", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2018, p. 17.

(39) CS, "Tomás Devoto y Compañía SA c. Gobierno Nacional s/ daños y perjuicios", 22/09/1933, Fallos 169:111. TR LALEY AR/JUR/4/1933.

(40) CS, "Ferrocarril Oeste de Buenos Aires c. Prov. De Bs As. s/ daños y perjuicios", 08/04/1938, Fallos 182:5. TR LALEY AR/JUR/7/1938.

(41) CS, "Vadell, Jorge Fernando c. Provincia de Buenos Aires s/ Indemnización", 18/12/1984, Fallos 306:2030. TR LALEY AR/JUR/1824/1984.

(42) CS, "De Gandia, Beatriz Isabel c. Buenos Aires Provincia de s/indemnización por daño moral", 06/10/1992, Fallos 315:2309. TR LALEY AR/JUR/1143/1992.

(43) CS, "Barreto, Alberto D. y otra c. Buenos Aires Provincia de y otro", 21/03/2006, Fallos 329:759. TR LALEY AR/JUR/153/2006.

(44) CS, Fallos 183:409. TR LALEY AR/JUR/22/1939.

(45) CS, "Barreto, Alberto D. y otra c. Buenos Aires Provincia de y otro", 21/03/2006, Fallos 329:759. TR LALEY AR/JUR/153/2006.

(46) CS, "Barreto, Alberto D. y otra c. Buenos Aires Provincia de y otro", 21/03/2006, Fallos 329:759. TR LALEY AR/JUR/153/2006.

(47) Un ejemplo claro de decisiones pendulares de la Corte Suprema de Justicia de la Nación fuera del ámbito del Derecho Administrativo y Civil, es el vinculado a la despenalización de la tenencia y consumo de marihuana, en donde los cambios radicales de la jurisprudencia se inician en 1978 con el caso "Colavini" (Fallos 300:254 TR LALEY AR/JUR/5418/1978) donde la Corte Suprema se pronuncia a favor de la penalización, luego hacia el año 1986 se dicta el fallo "Bazterrica" (Fallos 308:1392 TR LALEY AR/JUR/1312/1986) donde la Corte se pronuncia en contra de la penalización, con posterioridad en el mismo año se dicta "Capalbo" (Fallos 308: 1468 TR LALEY AR/JUR/1311/1986) la Corte mantiene el criterio salvo por los votos en disidencia de Fayt y Caballero que se pronuncian a favor de la penalización, esos votos en disidencia serian la base para que en el año 1990 se dicte "Montalvo" (Fallos 313:1333 TR LALEY AR/JUR/1226/1990) en donde la Corte Suprema nuevamente se pronuncia a favor de la penalización para cerrar el tema en la causa del 2009 "Arriola" (Fallos 332:1963 TR LALEY AR/JUR/26966/2009) donde retoma la idea de la despenalización.Es claro y notorio que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, lejos de brindar seguridad jurídica a los habitantes de la Nación a través de sus decisiones produce un efecto adverso para

estos generando incertidumbre legal implicando con ello que lo "hoy es, mañana quizás ya no lo sea".

(48) CS, "Resoagli, Luis c. Provincia de Corrientes", 31/07/1869, Fallos 7:373. TR LALEY AR/JUR/3/1869.

(49) QUINTANA ORIVE, Elena, "Régimen Jurídico de la Responsabilidad de los Funcionarios en Derecho Romano", Universidad Autónoma de Madrid Facultad de Derecho Departamento de Derecho Privado, Social y Económico, https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=33822 , desde el año 2013, ps. 25 y 26.

(50) Conf. GORDILLO, Agustín, "Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas", Ed. FDA, Buenos Aires, 2013, t. I, cap. XII, ps. 3, 4 y 5.

(51) Art. 1766 Cód. Civ. y Com. "Responsabilidad del Funcionario y del empleado público. Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas se rigen por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local, según corresponda".

(52) Ello con la finalidad de seguir el espíritu de la ley 26.944, pero el caso no está resuelto por la doctrina, ni por la jurisprudencia, ya que se presentan conflictos de competencia variados, así por ejemplo en el fallo de la Cámara Civil y Comercial de la Capital Federal "Uriburu de Aldao" se entendió que en materia de servicios públicos todo aquello que se vinculara con la prestación de los mismos era competencia de la jurisdicción contencioso administrativa. Por otro lado, en las pretensiones resarcitorias por los perjuicios sufridos en el Atentado a la Amia se determinó que la competencia en razón de la materia correspondía a la justicia civil (CS, Fallos 320:1999).

(53) Conf. MERTEHIKIAN, Eduardo, "La Impugnación Judicial de los Actos Contractuales", Revista ediciones Especiales Cuestiones de Contratos Administrativos, nro. 347, Buenos Aires, 2015, p. 553.

(54) Respecto de la misma, podemos decir que se incorporó un importante precedente jurisprudencial con el dictado del fallo "Ferrocarril Oeste" (CS, Fallos 182:5 TR LALEY AR/JUR/7/1938), incorporando el concepto de "falta de servicio" a la doctrina y jurisprudencia nacional, vinculado esencialmente ello a un actuar omisivo.

(55) Conf. KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, "La responsabilidad del Estado por omisión en la experiencia jurisprudencial, en Responsabilidad por daños en el tercer milenio, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 494: "(...) desde esta perspectiva la omisión es una expresión que señala el comportamiento negligente, imprudente, imperito; en efecto la negligencia no es sino ausencia de diligencia; la imprudencia es ausencia de cautela, la impericia ausencia de competencia profesional y la inobservancia de las leyes y reglamentos es falta de observancia de un comportamiento debido".

(56) Conf. SCHIAVO, Carlos A., "Responsabilidades Emergentes de Omisiones en el Ejercicio de Control de las Actividades Aseguradoras", Revista Jurídica Argentina del Seguro, la Empresa y la Responsabilidad, año V, nro. 17/20, p. 130, nota 22.

(57) La antijuridicidad, tiene su razón de ser y su fundamento jurídico en el art. 19 de la CN de forma conjunta con los Tratados Internacionales de Derechos Humanos del art. 75 inc. 22 del mismo plexo normativo. Ahora bien, debe vincularse a ella, como principio gobernante en la materia el Aterum non laedere (art. 19 CN).

(58) Conf. VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, "Responsabilidad por Daños-Elementos", Ed. Depalma, Bueno Aires, 1993, p. 193.

(59) Ver: art. 642 Cód. Civ. y Com.

(60) La reparación plena debe ser asimilada a la integral en el ámbito civil y comercial, sin embargo, ambas dos tendrán ciertas limitaciones como consecuencia de la extensión del resarcimiento, las limitaciones por razones de equidad, las limitaciones por convenciones, las limitaciones por imputación de consecuencias. Ahora bien, estas limitaciones que mencione previamente —de forma enunciativa— deben ser entendidas como la excepción y no la regla.

(61) Conf. LÓPEZ HERRERA, Edgardo S., "Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado", RIVERA, Julio C. y MEDINA, Graciela (dirs.), Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, 1ª ed., t. IV, p. 998.

(62) Ver: "Bell y otro —v— The Tavistock and Portman NHS Foundation Trust y otros" EWCA Civ. 1363 (17 de septiembre de 2021).

(63) Ver: https://www.infobae.com/espana/2023/02/24/una-chica-trans-se-arrepintio-de-su-cambio-de-genero-y-culpa-al-sistema-de-salud-en-espana-me-arruinaron-la-vida/ .

Teléfonos celulares de abogados ¿un caso de responsabilidad mixta?

por Mariano Palma

Disponible en: https://www.informacionlegal.com.ar/
Publicado en: La Ley Online
Cita online: TR LALEY AR/DOC/1386/2025
[Consultado el: 09/01/2026]

Sumario

I. Introducción.— II. ¿Qué implica un consumo mixto?— III. ¿Cuándo debe determinarse la existencia de un consumo mixto?— IV. ¿Qué estipula el art. 1093 Cód. Civ. y Com.?— V. ¿Cómo se debe plantear la demanda en casos de daños sufridos en la utilización de un servicio de telefonía mixto?— VI. Decisiones de los tribunales.— VII. Conclusión.

I. Introducción

La sanción de la Ley de Defensa del Consumidor (24.240) ha generado un quiebre trascendental en el Derecho Privado y Público y de la nación, tal es así que al reformarse el Cód. Civ. y Com. (ley 26.994) se incorporaron artículos vinculados al derecho consumeril.

Si el lector es sagaz en el análisis de la normativa local, podrá observar que a poco que intensifica su estudio de las normas verá como los derechos de consumidores y usuarios y su régimen tuitivo se insertan de manera insoslayable dentro del ordenamiento.

Si bien el régimen tuitivo que analizamos en el presente comenzó resguardando a personas físicas, el concepto de consumidor y usuario fue expandiéndose a medida que avanzó el tiempo,

abarcando no solo a personas físicas, sino también a jurídicas (1), a personas expuestas y al equiparado a una relación de consumo.

El tema que trataré en el presente será vinculado al desarrollo de una concepción amplia respecto a quién debe ser considerado consumidor/usuario, situación no menor que permite acceder a los beneficios de un régimen tuitivo.

Si bien sabemos que el principio general es que las normas consumeriles no se aplican a profesionales en el desarrollo de su actividad, la situación en ciertas ocasiones no parece ser tan clara y decisiva.

Así es que los abogados, en principio, como profesionales encargados de la tutela de los derechos de terceras partes, y como miembros funcionales a los cuales la sociedad premió con el pago de sus estudios universitarios (en el caso de que se hayan recibido en Universidades Públicas), tienen sobre sus hombros una gran cantidad de obligaciones.

En esta dinámica propia de la actividad que desarrollan, sobre todo quienes recién comienzan con la profesión y no gozan de potencial económico, deben vincularse con proveedores y, en muchas ocasiones, si bien los bienes utilizados van luego dirigidos a ser utilizados dentro de una cadena profesional, en otras ocasiones no es así. Por ejemplo, tomemos el caso del abogado que utiliza su auto privado no solo para ir al juzgado, sino también como vehículo familiar y recreacional. Lo mismo sucede con la utilización del teléfono celular; en la mayoría de los casos, los abogados utilizan la telefonía móvil no solo para fines profesionales, sino también para fines familiares, y ello redunda en lo que la doctrina ha llamado consumidor mixto.

Así, veremos que en aquellos casos en los cuales un profesional (2) utiliza de manera mixta el bien o servicio (3), debe ser

tenido como consumidor en lo que respecta al uso como destinario final.

El claro ejemplo es el de los profesionales liberales (4), en donde el teléfono es de vital importancia en todos los aspectos de la vida, en el aspecto profesional y como medio para vincularse con sus seres queridos, sus amistades, etc.

De esta manera, cuando en el marco de una relación, que en principio parecería no ser consumeril, exista: 1) debilidad estructural concebida en términos de profesionalidad o falta de idoneidad técnica; 2) la adquisición o utilización del bien o servicio constituye un valor de uso que no se incorpora directamente a la cadena de producción; 3) el "dimensionamiento" empresarial entre proveedor y adquirente o usuario, permite predicar que existe un desequilibro que amerita la tutela del plexo consumeril; es claro que estaremos hablando de derecho de consumidores y usuarios.

Por otro lado, en el caso de las empresas, podemos aplicar los mismos principios sustentados para las profesiones liberales, siempre que el bien o servicio no sea incorporado dentro de la cadena de producción, exista una utilización del mismo como consumidor final y a su vez se pueda determinar una desigualdad e inferioridad, la empresa deberá ser considerada consumidora.

Lo dicho a modo de introducción es interpretado como una anomalía del sistema por algunos autores (5), quien escribe estas palabras no comparte en lo absoluto dicha postura, puesto entiende que, en la actualidad con el avance de la tecnología, la normativa queda por detrás de las nuevas relaciones jurídicas que se crean, elevando por sobre todo los principios del Derecho Consumeril, estando como vértice el indubio pro consumidor.

II. ¿Qué implica un consumo mixto?

A la hora de determinar si una persona (física o jurídica) puede ser considerada consumidor/usuario, es necesario observar cuál es el destino final que se le otorga al objeto o servicio que se adquiere, al respecto la Ley de Defensa del Consumidor estipula en la última parte del primer párrafo del art. 1, lo siguiente: "como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social".

Sin embargo, la cuestión en la doctrina ha sido debatida en diversas circunstancias y con distintos criterios que permiten determinar diferentes puntos de vista a fin de estipular cuando una persona debe ser considerada consumidor/usuario. Valicenti (6) hace una enumeración de las distintas posturas con gran detalle, al respecto mencionaré brevemente alguna de ellas: a) el uso material del bien o del servicio que toma en consideración el destino final del bien y como se utilizó el mismo, debiendo distinguir entre una integración inmediata, una integración mediata, una integración remota y la ausencia de integración. Según este criterio, el bien no se debe integrar de manera inmediata en la cadena de producción para que el profesional pueda ser considerado consumidor; b) el acto profesional, toma en cuenta si el bien es utilizado en beneficio propio o del grupo familiar o social, la utilización del producto debe darse fuera del ámbito comercial; c) la subordinación relacional, vincula los conceptos de consumidor como destinatario final y a su vez se lo vincula con la existencia de una situación de vulnerabilidad; d) la naturaleza del bien o servicio, distingue entre insumo (se integra a un proceso productivo) y bien de capital (no se integra a un proceso productivo); e) el ánimo de lucro, el profesional solo será consumidor, cuando actuare sin ánimo de lucro; f) la dimensión de la empresa, tomando en cuenta para su determinación: I) la debilidad estructural en términos de profesionalidad, II) la adquisición o utilización del bien o servicio, III) la relación de dimensionamiento empresario entre proveedor y adquirente o usuario.

El caso particular del consumidor mixto presenta ciertas peculiaridades (7) que ponen de resalto una nueva cosmovisión no tan rígida de la establecida en la normativa, puesto el profesional utiliza el bien/servicio no solo involucrado dentro de una cadena de producción sino que también lo hace como destinatario final en beneficio propio o de su grupo familiar o social, es por ello que habrá que vislumbrar en el caso concreto cuál es el destino principal del bien, en dónde se utiliza con mayor cantidad de tiempo y bajo qué parámetros, debiendo analizarse el caso con criterio restrictivo (8) en el caso de sociedades comerciales, pero no así en el caso de profesionales liberales (9), debiéndose acreditar tales extremos en todos los casos con la prueba que sea apta para meritar los mismos (10), recordemos que el principio general determina que el sujeto será un proveedor y que el bien estará dirigido a ser incorporado en una cadena de consumo.

La idea de consumidor mixto que se viene desarrollando, ha sido profundizada con la sanción del Cód. Civ. y Com., el art. 1093 (11) de dicho plexo normativo determina parámetros dentro de los cuales el instituto jurídico recepta cabida legal generando este corte transversal del Derecho Consumeril a todo el plexo normativo el cambio legislativo que comenté en la introducción del presente análisis.

Por lo tanto, lo que en realidad observamos es una extensión del principio protectorio (12) que brinda el microsistema de responsabilidad y que tiene por finalidad generar la protección (13) especial derivada de dicho ordenamiento por sobre el régimen ordinario que fija el Cód. Civ. y Com.

III. ¿Cuándo debe determinarse la existencia de un consumo mixto?

Si bien en el apartado precedente se trató la cuestión, es menester hacer una referencia exclusiva a fin de poder determinar

específicamente cuándo corresponde entender que un producto o servicio ha sido utilizado dentro de un consumo mixto.

Como se dijo previamente, lo importante a tener en consideración es poder tener presente que el objeto se utiliza no solo con un destino profesional, sino que también dentro de los parámetros de destinatario final tanto en beneficio propio, como del grupo familiar.

El lector deberá tener presente que la relación de consumo es el factor determinante que permite imponer el régimen consumeril al acontecimiento respecto del cual se produce el hecho que repulsa al ordenamiento jurídico, generando la aplicación del microsistema de responsabilidad que tutela al profano frente al profesional.

Observemos el caso que planteamos en el presente, un abogado que tiene una única vía de comunicación utiliza su teléfono celular a fin de poder no solo satisfacer la demanda laboral en la cual el mismo se ve inmerso como consecuencia de su actividad, sino que también la misma línea es utilizada para vincularse con sus familiares y afectos, el servicio es claramente mixto.

Ahora bien, debemos tener presente que siempre del lado del prestador del servicio existirá profesionalidad en su actuar, circunstancia decisiva que determinará una relación asimétrica por la cual el usuario del servicio (en el caso que nos ocupa es el abogado) estará subordinado y limitado en su comprensión de las características que posee la prestación del servicio.

Los aspectos técnicos son determinantes y necesarios para evaluar en el caso concreto los conocimientos del usuario, y de esta forma poder estipular si nos encontramos en presencia de un profano o si por el contrario el sujeto se encuentra revestido de las cualidades propias de un profesional/técnico.

IV. ¿Qué estipula el art. 1093 Cód. Civ. y Com.?

Dentro de la expansión que vivió el derecho del consumo en las últimas épocas, es de su importancia tener en consideración lo pautado en el Cód. Civ. y Com., régimen jurídico que fue utilizado de base para la determinación de los parámetros de responsabilidad consumeril, pero en la actualidad recepta normas propias del régimen tuitivo.

La incorporación del art. 1093 Cód. Civ. y Com. trae consigo ciertos parámetros determinantes del vínculo jurídico que no son menores y que deben ser tenidos en consideración, sin perjuicio de ello, en lo particular considero que la redacción del artículo es limitativa e incongruente con lo pautado en el art. 42 CN donde se habla de "relación de consumo", como forma abarcativa que no limita su aplicación a la existencia de un "contrato"(14).

El lector deberá tener presente que, en el caso de los contratos, el vínculo se resume a las partes contratantes, dejando de lado ciertas figuras del derecho consumeril que tienen una trascendencia insoslayable, y que, si bien los mismos fueron puestos en tela de juicio por la doctrina en ciertos momentos históricos, en la actualidad dicha situación ha quedado superada.

En lo que a este trabajo interesa, lo vital a tener en cuenta es la determinación del consumidor/usuario, el artículo en comentario en su parte final claramente dice: "(...) que tengan por objeto la adquisición, uso o goce de los bienes o servicios por parte de los consumidores o usuarios, para su uso privado, familiar o social", sentando así un criterio netamente finalista.

Entonces en el caso del consumidor mixto, según las pautas fijadas por el art. 1093 Cód. Civ. y Com., lo vital para la determinación de su existencia será tener en consideración la finalidad con la cual es utilizado el bien o servicio, en estas situaciones deberá tenerse en cuenta la preponderancia, que se quiere significar con esta última

palabra, en si lo que se pretende es establecer ciertas tesituras tendientes a delimitar el régimen jurídico aplicable.

Teniendo en cuenta lo dicho hasta ahora, que, si el contrato se celebra dentro de los lineamientos de una relación de consumo, quien adquiere, usa o goza lo hace dentro de los principios del derecho consumeril y es por ello que deberá ser tutelado por las pautas fijadas en el microsistema de responsabilidad tuitivo.

Como dije en párrafos anteriores, la irrupción del art. 1093 Cód. Civ. y Com. genera una nueva cosmovisión determinante en el caso del consumidor mixto, que en principio pareciera que no puede ser dejada de lado fácilmente, pero al momento de aplicar el principio de supremacía constitucional, la misma queda descartada de pleno derecho.

Lo vital para la determinación de la existencia de proveedores/prestadores y consumidores/usuarios será la existencia de una relación de consumo (art. 42 CN) y no las características circunstanciales que pueda llegar a reunir el contrato que se celebre.

V. ¿Cómo se debe plantear la demanda en casos de daños sufridos en la utilización de un servicio de telefonía mixto?

La cuestión a dilucidar no es menor, ya que la redacción de los hechos determinará si nos encontramos en presencia de una demanda de consumo, o si por el contrario la misma deberá concurrir por la vía civil o comercial según fuere el caso.

De esta manera, el art. 330 del Código ritual civil nacional determina de forma taxativa cuáles son los requisitos esenciales que debe cumplimentar la demanda para que la misma pueda ser interpuesta y prosperar de forma correcta.

Entre los elementos a cumplimentar deberemos mencionar: 1) el nombre y domicilio del demandante; 2) el nombre y domicilio del demandado; 3) la cosa demandada, designándola con total exactitud; 4) los hechos en que se funde, explicados claramente; 5) el derecho expuesto sucintamente, evitando repeticiones innecesarias; 6) la petición en términos claros y positivos.

Como dije previamente lo determinante en el caso que nos ocupa será la descripción de los hechos, dicha descripción debe ser clara, concreta, ordenada y cronológica (15). Es un cuchillo de doble filo, ya que por una parte permitirá al juez determinar la situación fáctica sobre la cual versa la demanda (16), mientras que por otro lado garantizará el ejercicio del derecho de defensa para el demandado (17), puesto podrá tener una noción clara sobre la cual se funda la pretensión del actor.

El abogado, al momento de efectuar el reclamo en el escrito de demanda, también determinará la competencia del juzgado que deba entender sobre la cuestión, si bien en la mayoría de las provincias la contienda será decidida en un juzgado civil y comercial, en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires la situación adquiere nuevas características, puesto cuenta con un fuero especializado en derecho del consumo (entró en vigencia en el año 2022) y se rige por su propio código procesal consumeril (18).

Una vez efectuada la descripción detallada de los hechos, en donde se deje en claro que nos encontramos en presencia de la utilización de un servicio de telefonía celular con características propias de un consumidor mixto, el siguiente paso a cumplir será la interposición de la demanda en el fuero correspondiente (recordemos que en aquellas jurisdicciones donde existan tribunales de consumo deberá ser interpuesta ante estos, de no ser así concurrirá por ante los juzgados civiles y comerciales).

El abogado deberá acompañar y brindar toda la prueba que considere pertinente para determinar su situación de consumidor

mixto, ello no solo con la finalidad de que el juez no rechace la demanda o solicite que la adecúe a las pautas de otro tipo de proceso (recordemos que la demanda consumeril se rige por los principios del proceso más abreviado —generalmente juicio sumarísimo—), sino también para que una vez aceptada y diligenciada a la contraparte, esta última no pueda argüir que nos encontramos en presencia de un sujeto que no es consumidor.

La cuestión pareciera simple, pero tienen connotaciones importantes que deben dilucidarse con la antelación suficiente para la correcta resolución del problema, lo que se quiere significar, es que el juez no solamente observa la calidad de consumidor del actor al momento de meritar la prueba producida durante el proceso, sino también - como se dijo en párrafos anteriores— al momento de interposición de la demanda, por lo que esta primera etapa de evaluación ya categorizará de antemano al consumidor mixto (situación no menor, puesto de ella derivan todos los beneficios del régimen tuitivo).

VI. Decisiones de los tribunales

Las decisiones de los tribunales han tenido una insoslayable importancia al momento de emitir pronunciamientos respecto de la existencia del consumidor mixto y de evaluarlo como un sujeto pasible de ser tutelado por el microsistema de defensa del consumidor.

Algunos precedentes (19) han determinado, como relevante, la habitualidad en la utilización del bien, ya fuere como comerciante o como consumidor, como pauta determinante para la aplicación del régimen consumeril.

Otro criterio utilizado por nuestros tribunales es el de la objetividad (20), en relación a la utilización del objeto o la prestación del servicio para la aplicación del sistema de defensa del consumidor.

Las decisiones de nuestros tribunales han sido fundamentales para poder determinar cuándo nos encontramos en presencia de un consumo mixto y de esta forma desentrañar y efectivizar la tutela a la parte más débil de la relación regulada por el art. 42 CN, lo mencionado no es menor puesto implica a su vez un reconocimiento al principio de in dubio pro consumidor que fija pautas que no pueden ser dejadas de lado.

VII. Conclusión

Se extraen las siguientes pautas:

a. El consumo mixto deberá ser apreciado teniendo en consideración para su determinación las pautas fijadas por la doctrina y por los tribunales.

b. El consumidor mixto se encuentra en una relación asimétrica respecto del proveedor, por lo tanto, merece la tutela del régimen jurídico especial.

c. En caso de duda respecto a si nos encontramos en presencia de un consumidor mixto o no, corresponderá aplicar el principio de in dubio pro consumidor, determinado por el Cód. Civ. y Com., y avanzar hacia la efectiva tutela del mismo.

(1) Ley 26.361. TR LALEY AR/LCON/2K8J.

(2) "El nuevo concepto de consumidor se funda en el hecho que el adquirente sea o no sea conocedor de la actividad directamente vinculada a su quehacer específico de forma tal que tenga o no real poder negociador, o al menos, real conocimiento del bien o servicio adquirido. Por eso, la tutela se extiende a aquellos consumos de bienes y servicios realizados por un profesional, y que se relacionan con su profesión, pero no son propios de ella", conf. Cam. Civ. y Com.,

Esquel, 21/08/2018, "PALMA, Mariano c/ TELEFÓNICA MÓVILES DE ARGENTINA SA (MOVISTAR) s/ Cumplimiento de Contrato— Daños y Perjuicios" (Expte. 124/2018 CANO).

(3) También lo considero extensible a cualquier tipo de proveedor y/o prestador.

(4) Conf. CCiv. y Com., Sala I, Azul, "Cifarelli, Claudio Raúl c. Telefónica de Argentina SA s/ Acción de Amparo", 20/12/2017, Causa N°1-62712-2017.

(5) NAGER, Agustina, CHAMATROPULOS, Demetrio A., "La empresa como consumidora", TR LALEY ART/DOC/394/2012.

(6) Conf. VALICENTI, Ezequiel, "El problema del empresario-consumidor. Las relaciones contractuales asimétricas entre empresarios", RDCO 281, 657, TR LALEY AR/DOC/4944/2016.

(7) Conf. ARIAS CÁU, Esteban J., "El dilema del consumidor mixto a la luz de un fallo sobre el contrato de tarjeta de crédito", TR LALEY AR/DOC/2340/2023.

(8) Conf. CNCom., Sala D, "Hojobar SA c. Volkswagen Argentina SA s/ Ordinario", 09/05/2019. TR LALEY AR/JUR/23880/2019.

(9) Conf. CCiv. y Com., Comodoro Rivadavia, "I., P. L. y otros c. M. S. A. y otros s/ sumarísimo", 04/07/2023. TR LALEY AR/JUR/92878/2023.

(10) El actor deberá acreditar su carácter de consumidor mixto, mientras que la demandada deberá aceptar dicho carácter, en el caso en el cual se oponga habrá que estarse a los extremos probados en el expediente por las partes.

(11) Ver: TAMBUSSI, Carlos E., "Contratos de consumo", en BUERES, Alberto J. (dir.), Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2018, 1ª ed., t. 3-C, p. 537.

(12) Ver art. 1094 Cód. Civ. y Com. TR LALEY AR/LCON/6A3T.

(13) Conf. Juzgado. CyC N° 2, Goya, Corrientes; 01/04/2022; Rubinzal Online; RC J 2297/22.

(14) Conf. CNCom., Sala A, "López, Raúl y Lucci, Norma c. Viajes ATI SA viajes y turismo s/ Ordinario", 22/05/2008.

(15) Conf. CNCiv., Sala F, "Mourelle, Hernán J. c. Mourelle, Alberto M"., 28/08/1997, LA LEY, 1998-C, 405; DJ, 1998-2, 484; TR LALEY AR/JUR/4189/1997.

(16) Conf. DÍAZ SOLIMENE, Omar L., "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación: comentado y anotado", Ed. Erreius, Buenos Aires, 2021, 2ª ed., p. 316.

(17) Conf. OTERO, Marino, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Comentado", Ed. Estudio, Buenos Aires, 2015, 3ª ed., p. 298.

(18) Ver ley 6407 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. TR LALEY AR/LCON/8U36.

(19) Conf. CNCom., Sala B, "Medina González, Rosalino Cándido c. Peugeot Citroën Arg. SA y otros", 29/12/2005, TR LALEY AR/JUR/8222/2005.

(20) Conf. CNCom., Sala F, "Banco Meridian SA c. Todo Block SA s/ Secuestro prendario", 01/12/2005; CNCom., Sala B, "Saur SA y otro c. Renault Argentina SA y otro", elDial.com AA67F0.

El pagaré de consumo en la Provincia del Chubut

por Mariano Palma

Disponible en: https://www.informacionlegal.com.ar/
Publicado en: JAPatagonia 2025 (septiembre), 8. JA 2025-III, 572
Cita online: TR LALEY AR/DOC/2091/2025
[Consultado el: 09/01/2026]

Sumario

I. Introducción.— II. Régimen jurídico del pagaré.— III. La relación de consumo. Aspecto constitucional determinante de la legislación aplicable.— IV. Diferencias entre el pagaré de consumo y el pagaré tradicional.— V. Criterio en la Provincia del Chubut.— VI. El art. 36 de la Ley de Defensa del Consumidor.— VII. El orden público.— VIII. Conclusiones.

I. Introducción

El comercio a lo largo de la historia humana ha sido el eje fundamental sobre el que avanzaron las distintas sociedades (1), tal es así que sirvió de fundamento para que Colón pudiera realizar su viaje y demostrar no solo que la tierra era redonda, sino que también existía otro continente desconocido por los europeos.

Las relaciones comerciales entonces han sido la base de la evolución tecnológica y económica de las distintas sociedades, permitiendo avanzar no solo en los aspectos ajenos a la actividad, sino que también en ámbitos íntimamente vinculados con aquella.

Es dentro de estos avances tecnológicos vinculados con la actividad comercial que surgen distintos tipos de títulos circulatorios tendientes a posibilitar no solo el crédito (en principio entre comerciantes) sino también el movimiento dinerario (2), que permitía la acumulación de riqueza y el desarrollo económico de quienes quizás

carecían del total de dinero necesario para llevar adelante una determinada empresa.

Vale recordar (sin pretender hacer un análisis en profundidad ni exhaustivo debido a las características de la presente obra) que en el florecimiento comercial, la moneda —de curso legal si se lo quiere— era metálica y su transporte generaba no solo inconvenientes vinculados con la movilidad, con la seguridad y sobre todo con el tiempo que se tardaba en tomar posesión de esta, los títulos valores vinieron a salvar dichas problemáticas posibilitando no solo sistemas más seguros, eficientes y sobre todo veloces de transporte de caudales.

Poco a poco, este nuevo método de movilizar dinero y transferirlo de un lugar a otro va adquiriendo mayor trascendencia dentro de las operaciones comerciales, al efecto de convertirse en un medio más de pago con efecto cancelatorio de las obligaciones suscriptas.

En la actualidad los títulos valores son la forma no solo de asegurar el cumplimiento de ciertas obligaciones dinerarias sino también la posibilidad que tienen las personas de acceder a bienes de los cuales se verían privados si tuvieran que realizar los pagos de contado.

Con la irrupción del derecho consumeril se ha generado un corte transversal del ordenamiento jurídico iniciándose de forma primigenia con la sanción de la ley nacional 24.240 y efectivizándose con la entrada en vigor de la reforma Constitucional de 1994 que incorporó el art. 42 relativo a la tutela de consumidores y usuarios.

Las normas mencionadas en el párrafo precedente son el fundamento que daría pie en la actualidad a lo que se conoce como "pagaré de consumo", nueva figura (según mi criterio) que viene a irrumpir dentro del ámbito cambiario trayendo consigo nuevos requisitos tutelares para la vigencia de los créditos de consumo que

buscan asegurarse mediante títulos valores (el ejemplo más clásico es el pagaré).

La situación no es menor, ya que si bien los títulos cambiarios poseen su propio régimen jurídico (dec.-ley 5965/1963), es como consecuencia del principio de supremacía constitucional (art. 31, CN), que el régimen que tutela a consumidores y usuarios no solo es superior jerárquicamente en el ámbito normativo desde su sanción (ley nacional 24.240), sino que luego de la reforma de 1994 adquirió raigambre constitucional (art. 42, CN).

Las pautas fijadas por el art. 65 de la ley nacional 24.240 (que más adelante trataré con mayor profundidad) tienen una eficacia superlativa con relación a un mero decreto ley y ello en obediencia a las directrices determinadas por el art. 12 del Código Civil y Comercial Nacional (Cód. Civ. y Com.), obteniendo como resultado que el art. 36 del estatuto consumeril, no puede ser dejado de lado por ninguna de las partes, siempre y cuando estemos en presencia de un consumidor.

Lo descripto en el párrafo anterior no puede ser sujeto a interpretaciones judiciales, las normas son claras, el principio de supremacía constitucional rige el ámbito fáctico, a lo que pretendo referirme es que los jueces no pueden consentir o no la existencia del pagaré de consumo e interpretar los requisitos derivados del mismo a través de preceptos procesales (3) que limiten los derechos consumeriles.

Siguiendo el orden de ideas planteado previamente es que debe entenderse que la Constitución Nacional (CN) es clara al determinar: "los habitantes de la Nación", haciendo referencia a todo sujeto que se encuentre en suelo argentino, sin importar la provincia donde acontezca el proceso judicial, es que no sería lógico que derechos amparados por la norma magna sean suprimidos según los criterios judiciales de cada Estado provincial. Los derechos de consumidores y usuarios son solo unos en todo el territorio nacional.

II. Régimen jurídico del pagaré

En el presente título lejos estaremos de repetir los requisitos formales establecidos por la normativa vigente a la hora de labrar un pagaré conforme a derecho, puesto de ello se ha encargado la doctrina a lo largo de los años y por lo tanto no resulta más que reiterativo e inoficioso, por lo tanto, si el lector lo que busca es un análisis acabado de los elementos deberá acudir a otra fuente doctrinal.

El pagaré como instrumento del derecho comercial encontró asidero legal en nuestro ordenamiento jurídico de forma previa a la sanción del Código Civil (ley 340), específicamente dentro del Código de Comercio de 1862 (creado por Vélez Sarsfield y Acevedo) en los arts. 739 a 770 rigiendo por más de 100 años hasta hacerse efectiva la reforma introducida por el dec.-ley 5965/1963, norma esta última encargada de regular lo relativo al pagaré.

El decreto ley mencionado ut supra tuvo una vigencia como norma autónoma del derecho cambiario por más de 50 años hasta la sanción de la ley nacional 26.994 (Cód. Civ. y Com.) que reguló ciertos aspectos de los títulos valores desde el art. 1815 al 1881 (4), normas que deben entenderse complementarias de las establecidas por el decreto ley.

Lo que podemos observar es un conjunto normativo encargado de regular detalladamente los distintos aspectos derivados de las relaciones jurídicas que surgen en diferentes etapas históricas de la evolución del país y sobre todo del derecho cambiario, sin perjuicio de ello queda claro que si el lector realiza una análisis exhaustivo e interrelacionado de toda la normativa vigente y se detiene en la incorporación del art. 42 a la CN (5), podrá entender el motivo por el cual entró en vigencia (con 10 años de atraso) el art. 36 (6) con las modificaciones pertinentes a la ley de defensa del consumidor.

De esta manera, los requisitos esenciales que hacen a la figura cartular deberán ser complementados con las nuevas pautas de tutela

a consumidores fijadas por la normativa específica, situación que genera una modificación directa al régimen del pagaré tradicional, creando una nueva figura que considero pertinente denominar "pagaré de consumo".

Por último, las normas mencionadas previamente hacen al derecho de fondo, debemos recordar que cada Estado provincial guardó como facultad propia el dictado de los códigos de rito (7) a través de los cuales se determina el proceso a seguir para la ejecución de los distintos títulos de crédito, por lo tanto existirán al respecto 25 regímenes diferentes, que deberán adecuarse a los principios sentados no solo por la Constitución Nacional, sino también por la ley nacional 24.240 cuya normativa es de orden público.

III. La relación de consumo. Aspecto constitucional determinante de la legislación aplicable

Para conceptualizar a la relación de consumo, debemos previamente hacer un pequeño análisis histórico. Si bien la ley nacional 24.240, al momento de su entrada en vigor en el año 1993, no hacía referencia a la relación de consumo, sino que entendía que el régimen normativo consumeril solo era aplicable entre contratantes, es a partir de la reforma a la Constitución Nacional de 1994, cuando a través del art. 42 (8), se hace mención explícita al vínculo jurídico que une a un consumidor/usuario y prestador/proveedor (la relación de consumo).

Con la sanción y entrada en vigor de las reformas efectuadas por la ley nacional 26.361 a la ley nacional 24.240, toma vigencia normativa dentro del texto de la Ley de Defensa del Consumidor, la "relación de consumo" (art. 3º), que tratamos en el presente.

Queda en claro que luego de la reforma efectuada por la ley nacional 26.361 el Capítulo I de la ley nacional 24.240, se determinará no solo el sujeto activo y pasivo, sino que también el vínculo a través

del cual se unen ambos individuos, con la finalidad de poder discernir si el régimen jurídico instaurado por la norma es de viable aplicación.

La relación de consumo excederá el concepto clásico de contratantes para incorporar nuevas situaciones que en muchas ocasiones no se encontrarán avaladas por la existencia de un contrato, es que los expuestos o también los equiparados (9) carecen de todo vínculo contractual con el proveedor o prestador y sin perjuicio de ello son pasibles de ser tutelados por la normativa en comentario.

Por lo dicho en el párrafo precedente, es que el lector podrá entender que nos encontramos en presencia de un concepto amplio, que tratará de abarcar todas las situaciones existentes e incluso aquellas que fueran dudosas, puesto para dichos casos el propio artículo habla del in dubio pro consumidor.

El concepto de contrato ya no será de aplicación exclusiva al ámbito de la defensa del consumidor, sino que, en dicho territorio, tendrán vigencia la "adquisición" y la "utilización", siempre que fueran realizadas como destinatario final, lo que abrirá la puerta a la relación de consumo, como un vínculo jurídico determinante.

Por lo dicho, la relación de consumo podrá conceptualizarse como el vínculo jurídico que une al consumidor/usuario con el proveedor/prestador sin importar que exista un contrato, como se conoce en el derecho clásico.

Este vínculo jurídico tendrá por finalidad tutelar los derechos de la parte más débil (10), esto sería del profano frente al experto, del que ignora los procesos productivos, o carece de la estructura (11) necesaria (técnica, jurídica, económica, etc.) para poder afrontar a su contraparte.

Es dentro de esta relación, que se van a dar la totalidad de beneficios que asegura el régimen tuitivo consumeril (12) y nunca fuera de ella, por esto es vital la determinación de su existencia (más

allá de que a través de esta se podrá encuadrar al sujeto activo y al sujeto pasivo dentro del proceso).

Por lo tanto, cuando no (13) exista una "relación de consumo" no será viable la aplicación de la ley en comentario ni de los beneficios que son una derivación de ella, como el daño punitivo, la gratuidad, la responsabilidad objetiva, el deber de seguridad (14), la inversión de la carga probatoria, la aplicación del proceso más abreviado, etc.

Los privilegios que brinda la ley nacional 24.240 (y el Código Civil y Comercial) no son menores, ahora bien, los mismos se encuentran fundados en el art. 42 de la CN, del cual derivan los principios que dan razón de ser a este sistema tuitivo que se encuentra por sobre el decreto ley regulador del régimen cambiario.

El art. 42 de la CN es claro al estipular: "tienen derecho en la relación de consumo" (15), dando de esta manera la característica clave para entender cuando debe aplicarse la normativa consumeril (16), esto es, cuando estemos en presencia de una relación de consumo (17) (valga la redundancia).

El convencional constituyente fue sabio a la hora de dotar de status constitucional a este vínculo propio del microsistema de responsabilidad tutelar, por lo tanto la forma de interpretar el derecho no debe ser realizando análisis simplistas sin tomar en cuenta los nuevos paradigmas que presenta el derecho en su interpretación tradicional, sino por el contrario comenzar a analizar las circunstancias fácticas que se presenten desde la visión dinámica e integrativa del derecho, pero siempre poniendo en la cúspide al Derecho Constitucional.

Lo mencionado en el párrafo anterior no es menor, puesto es según lo considero la interpretación correcta dentro de la integración normativa entre la Constitución Nacional, las leyes 24.240 y 26.994; y, el dec.-ley 5965/1963, deja en una condición de inferioridad al decreto

reglamentario del régimen cambiario cuando estemos en presencia de una relación de consumo.

IV. Diferencias entre el pagaré de consumo y el pagaré tradicional

Los requisitos de forma en cuanto a elementos del pagaré se encuentran determinados en el ordenamiento jurídico a través del decreto reglamentario, no se realizará una descripción detallada de cada uno de ellos (18) puesto el análisis en profundidad de estos excede a la presente obra. Sin embargo, sí deberá recalcarse que el instrumento deberá contar con los requisitos formales taxativamente determinados por el ordenamiento cambiario.

La irrupción del derecho consumeril no genera modificaciones en la conformación e integración de los elementos necesarios para la existencia del título cartular. Sin embargo, su irrupción sí afecta al derecho de rito, puesto pone en consideración nuevas exigencias que los códigos procesales más antiguos no contemplan.

Así analicemos la siguiente situación, el art. 544, inc. 4 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (Cód. Proc. Civ. y Com.) estatuye la innecesariedad de discutir la causa (19) (20), en aquellas situaciones en las cuales se plantea una excepción respecto del cumplimiento de las formalidades.

En el ámbito de la Provincia del Chubut, el Código de rito estatuye de igual forma los principios planteados por el art. 549 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Lo que hay que analizar es la vigencia normativa teniendo en consideración la interpretación integrativa, la cual considero vital para poder resolver las situaciones que se presenten.

Sabido es que las provincias delegaron en la Nación ciertas facultades dentro de las cuales se encuentran las estipuladas por el art. 75, inc. 12 de la CN (dictado de códigos, etc.), reteniendo otras que le son propias como la de dictar los códigos de rito, esto quiere decir que en los aspectos procesales las provincias no pueden ser avasalladas (ello como principio general) por la Nación.

El Congreso Nacional se encuentra facultado para el dictado de los códigos de fondo (penal, civil, minero, etc.) —también conocidos como derecho común— y las leyes federales necesarias para el Gobierno de la Nación, en ciertas ocasiones es necesario el dictado de derecho común que contendrá normas procesales, dichas normas deben ser consideradas superiores a las leyes rituales provinciales, puesto tienen como finalidad asegurar el cumplimiento de los institutos incluidos en ella, por lo que las pautas fijadas por la ley nacional 24.240 tendrán supremacía jurídica (dentro de la pirámide Kelseniana) respecto de las regulaciones procesales provinciales.

La Corte Suprema se ha pronunciado al respecto en diversos fallos como: "Bernabé correa" (21), "Netto" (22), "Perello" (23), entre otros.

Veamos la particular decisión del caso "Tamborini": "si bien las provincias pueden darse sus propias instituciones locales y legislar sobre procedimientos, ello es sin perjuicio de las disposiciones que dicte el Congreso cuando considere del caso prescribir formalidades especiales para el ejercicio de determinados derechos establecidos en los códigos que le incumbe dictar" (24).

Por lo tanto, las disposiciones provinciales que prohíban realizar una discusión de la causa del pagaré no serán aplicables en aquellos casos que nos encontremos frente a un pagaré de consumo, puesto el art. 36 de la ley nacional 24.240 habilita su tratamiento debiendo la abstracción cambiaria ceder ante el ordenamiento nacional.

Es dentro de los parámetros vertidos en el párrafo precedente que considero debe realizarse la interpretación normativa teniendo en cuenta sobre todo que las disposiciones consumeriles son de orden público (art. 65, ley nacional 24.240).

V. Criterio en la Provincia del Chubut

Dentro de la Provincia del Chubut surge un interesante fallo (25) de la sala A de la Cámara Civil y de Comercial de Trelew, donde se realiza un análisis respecto de cuándo se produce la concurrencia del pagaré de consumo dentro de un proceso judicial, sin perjuicio de que en lo particular considero que podría haberse profundizado mucho más respecto del tema bajo análisis, siendo jueces camaristas quienes emiten la sentencia.

Más allá de las apreciaciones particulares vertidas por este humilde autor, resta decir que al analizar la mayoría de decisiones tomadas dentro de la Provincia corresponde tener presente un reiterado error (resultado de la conjugación de falta de actualización y ausencia de lectura) que se vincula con el concepto de consumidor o, dicho en otros términos, de sujeto tutelado por el ordenamiento consumeril, puesto se acota la tutela protectoria solo a los consumidores finales, olvidándose del consumidor mixto o incluso del expuesto a una relación de consumo. Dicha falencia no puede ser aceptada en la actualidad puesto vulnera directamente derechos constitucionales como por ejemplo la tutela judicial efectiva y deja de lado principios esenciales establecidos por el art. 42 de la CN, como lo es la "relación de consumo", elemento sustancial para determinar la aplicación del régimen tuitivo.

Es menester que el lector tampoco olvide la aplicación del principio in dubio pro consumidor a través del cual se busca brindar la tutela consumeril en aquellos casos de duda, por lo que dicho principio será una pata interpretativa necesaria a la ahora de poder evaluar si concurre o no la aplicación del microsistema de

responsabilidad del consumidor (no solo contemplado por la ley nacional 24.240).

Volviendo al análisis de la sentencia, se puede decir que con atino la Cámara entiende que el régimen contemplado en la ley nacional 24.240 es superior jerárquicamente al de los títulos de crédito y que, por su característica de orden público, no puede ser dejado de lado por los ordenamientos procesales provinciales; que debe tenerse en consideración que cuando los proveedores pretenden beneficiarse del proceso sumario y expeditivo del juicio ejecutivo, deberá previamente adecuarse a los requisitos estipulados por el art. 36 de la ley nacional 24.240, caso contrario no podrá ejecutarse el título (a través del proceso ejecutivo), sino que deberá hacerlo dentro de un proceso de conocimiento ordinario.

Otro punto sustancial es la determinación de la existencia de la relación de consumo cuyo análisis no debe referirse a una cuestión de derecho, sino que debe versar sobre una situación fáctica probatoria, es por ello por lo que el análisis del juez o tribunal deben versar sobre una interpretación integradora de ambos regímenes (cambiario y consumeril).

En consonancia con lo dicho, el juez se encuentra obligado a requerir al ejecutante que integre el título a los fines de descartar la relación de consumo o que por otra parte acredite que se cumplió con lo especificado por el art. 36 de la ley nacional 24.240. En estos casos el silencio debe ser interpretado como una presunción en contra del ejecutante, lo cual avivará la existencia de una relación de consumo (por aplicación del tan mentado in dubio pro consumidor).

En sí, el fallo en comentario replica extractos de resoluciones de tribunales bonaerenses (26) donde la cuestión —según considero— ha sido tratada con la profundidad y precisión que requiere la situación bajo análisis.

VI. El art. 36 de la Ley de Defensa del Consumidor

El actual art. 36 de la ley nacional 24.240 no figuraba dentro del ordenamiento consumeril primigenio, no es sino hasta la sanción de la ley nacional 26.993 que se incorporó el actual texto que a continuación analizaremos.

Como he comentado a lo largo del presente, el ordenamiento en materia consumeril no refiere su existencia a una única norma, sino por el contrario, esta cierne su razón de ser en un conjunto basto de leyes que el lector deberá analizar de manera integral. Dicho esto, corresponde tener en consideración que el artículo bajo análisis debe ser relacionado con el art. 1385 del Cód. Civ. y Com., íntimamente vinculado con el deber de información (27) (art. 4º, ley nacional 24.240).

Vale recordar que la mayoría de la sociedad carece de capacidad económica para afrontar la adquisición de ciertos bienes y por lo tanto se ven obligados a recurrir al crédito como forma de paliar dichas limitaciones.

En sí, la violación a los requisitos establecidos no solo por el art. 1385 del Cód. Civ. y Com. (28) sino también por el art. 36 de la ley nacional 24.240 conllevan la facultad del consumidor a requerir por ante los tribunales la nulidad total o parcial (cláusulas concretas) del contrato, ello con fundamento en la falta de información relativa a las condiciones de contratación, en sí consiste en la plena vigencia de la relación asimétrica propia del derecho consumeril (29).

La tasa de interés, otro elemento característico del contrato de mutuo y sobre todo en países que tienen economías oscilantes como la nuestra (por no decir inflacionarias), será determinante a la hora de poder concretar la firma del contrato, por ello esta debe ser clara, la falta de su incorporación dentro del contrato permitirá la aplicación de la tasa pasiva anual promedio difundida por el Banco Central de la República Argentina (BCRA) (30).

Un tema no menor fue el de la competencia territorial, este queda saldado por el último párrafo del artículo en comentario, de la siguiente manera: "Será competente para entender en el conocimiento de los litigios relativos a contratos regulados por el presente artículo, en los casos en que las acciones sean iniciadas por el consumidor o usuario, a elección de este, el juez del lugar del consumo o uso, el del lugar de celebración del contrato, el del domicilio del consumidor o usuario, el del domicilio del demandado, o el de la citada en garantía. En los casos en que las acciones sean iniciadas por el proveedor o prestador, será competente el tribunal correspondiente al domicilio real del consumidor, siendo nulo cualquier pacto en contrario".

Con respecto a la generalidad del artículo, un fallo plenario de la Cámara Comercial Nacional (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en pleno 29/06/2011) (31) de trascendencia, determinó ciertos parámetros de actuación referidos a la solución de inconvenientes que se puedan presentar cuando existe un pagaré de consumo, entre los cuales se puede determinar: "1) El derecho del consumidor tiene raigambre constitucional directa en los términos del art. 42 y por ende prevalece frente a las abstracción cambiaria que impide la indagación causal por tener esta origen en el derecho común (arts. 75, inc. 12, CN y 212, CCom.); 2) Se reconoce el derecho del consumidor como una especie del género de los DD. HH. y como consecuencia de ello cualquier colisión con normas de rango inferior hará prevalecer a las primeras respecto de las segundas; 3) La indagación causal, dejando de lado la abstracción cambiaria propia de los títulos ejecutados, se justifica plenamente para hacer efectiva una real y no ilusoria posibilidad de acceso a la justicia del consumidor financiero o bancario no dificultada, estorbada o impedida por razón de la distancia que pudiera existir entre su domicilio real y la circunscripción judicial en la que tramita el pleito (...); 4) El vigente art. 36, in fine de la ley nacional 24.240 ha privado de efectos a la disposición del Código Procesal que permite la prórroga expresa o tácita de la competencia territorial (art. 2º); y, también a la que impide la declaración de oficio de la incompetencia territorial en asuntos exclusivamente patrimoniales (art. 4º); 5) Se enfatiza en el carácter de

orden público de la normativa consumeril; 6) La abstracción cambiaria se deja de lado para evitar un fraude a la ley (ej. el libramiento de pagaré en blanco y a la orden que se dan como garantía de los contratos bancarios o financieros); 7) No es distinta la deuda que proviene del contrato y que se funda en el título cambiario; 8) Se debe presumir la calidad de pagaré de consumo, cuando la entidad ejecutante es una entidad financiera".

Las pautas fijadas previamente deben ser (según mi criterio) extensibles a todo sujeto que opere en el mercado como proveedor. No pretendiendo ser reiterativo, lo determinante a la hora de evaluar será la existencia o no de una relación de consumo (art. 42, CN).

VII. El orden público

El orden público como principio rector del derecho tiene una finalidad esencial y trascendental a la hora de evaluar acontecimientos que pudieran recaer en el paraguas de la tutela que brinda el derecho consumeril.

En cuanto a su concepto, corresponde remitirse a las pautas fijadas por Ferreira Rubio, al establecer que: "es un concepto normativo indeterminado que establece una regla general un estándar, que refiere a los principios fundamentales de la organización de la comunidad cuyo régimen jurídico no puede ser modificado por los particulares. Es en este enlace íntimo del régimen de una institución con los principios fundamentales de la organización política lo que define el orden público" (32).

Aquellas normas que sean englobadas dentro del principio de orden público tendrán primacía sobre la voluntad de las partes, lo que implica ni más ni menos, que el ordenamiento jurídico no podrá ser dejado de lado por las particulares por entender el legislador que la norma tutela derechos superiores.

El art. 65 de la ley nacional 24.240 dota a dicho régimen jurídico de las características propias del orden público, por lo que el art. 36 no podrá ser dejado de lado, no solo por las partes, sino tampoco por los operadores judiciales (jueces, secretarios, abogados, etc.), los cuales deberán adecuar las resoluciones que dicten a los criterios del sistema tuitivo.

El criterio sentado por el art. 65 es seguido por el Código Civil y Comercial en su art. 12, al dejar nuevamente en claro que los sistemas jurídicos que estén tachados de "orden público" serán inamovibles frente a la voluntad de las partes.

Analizando las distintas aristas que se pueden presentar, es veraz el criterio que adopté en puntos anteriores, en donde especifiqué que las normas procesales provinciales no pueden dejar de lado el criterio sentado por el microsistema de responsabilidad consumeril, ya que la ley nacional 24.240 es de orden público y trata sobre derechos humanos, por lo tanto el régimen procesal provincial (que también es de orden público provincial) debe adecuar sus pautas a la normativa nacional por encontrarse en un escalafón inferior, mientras que en el caso del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, este también —norma de orden público— deberá sucumbir ante las pautas del derecho consumeril, ya no por ser de orden público exclusivamente (recordemos que en este último caso no regirá el principio de supremacía constitucional que existe entre la ley nacional 24.240 y los Códigos rituales provinciales, por ser normas provenientes del mismo órgano —Congreso Nacional—), sino por tutelar derechos humanos.

A su vez, por aplicación del criterio de racionalidad, no es aceptable que tengamos 25 sistemas procesales que traten de distinta manera el pagaré de consumo, generándose una vulneración directa a los derechos de los consumidores (en la práctica significa que una provincia permite la abstracción de la causa del título, sin necesidad de acompañar el contrato, mientras que otras no).

VIII. Conclusiones

De las palabras vertidas a lo largo del presente desarrollo teórico se pueden extraer a modo de síntesis las siguientes conclusiones:

1. El art. 36 tiene primacía constitucional (art. 42, CN), los jueces deben adecuar sus resoluciones a los parámetros fijados por el régimen consumeril cuando se encuentren en presencia de un pagaré de consumo.

2. El pagaré de consumo no solo involucra a quienes utilicen el crédito como consumidores finales, sino también a los equiparados, a los consumidores mixtos y a los expuestos.

3. Lo determinante para establecer la aplicación del régimen tuitivo será apreciar si en el caso concreto existe o no una relación de consumo, debiendo el juez valerse de todas las presunciones y medios probatorios.

4. Los códigos procesales provinciales deben adecuarse a los parámetros fijados en el art. 36 de la ley nacional 24.240, por ser esta última una norma de carácter superior jerárquicamente.

5. El orden público (art. 65) que caracteriza al derecho consumerista no puede ser dejado de lado, no solo por las partes, sino por los operadores del derecho (jueces, abogados, etc.) pues es en esta característica que reposa la tutela del microsistema de responsabilidad.

(1) ESCUTI, Ignacio A., "Títulos de crédito", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2016, 11ª ed., ps. 3 a 6.

(2) BOQUIN, Gabriela F., "La defensa del consumidor", Ed. Ediciones dyd, Buenos Aires, 2017, 1ª ed., p. 73.

(3) Hay que tener presente que la normas procesales si bien son una facultad propia de las provincias dentro de las cuales la Nación no tiene injerencia, es menester recordar que ellas no pueden ser utilizadas para cercenar derechos constitucionales (art. 42, CN), ni normas de fondo (ley nacional 24.240), como consecuencia de una interpretación mezquina de los jueces (que en el fondo obedece al desconocimiento rotundo del derecho aplicable y la falta de actualización en una rama del derecho tan vital como lo es, el derecho consumeril).

(4) Hay que tener presente que lo normado se aplica subsidiariamente según lo dispone el art. 1834 del Cód. Civ. y Com.

(5) STIGLITZ, Gabriel A. - STIGLITZ, Rubén S., "Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2012, 2ª ed., p. 68.

(6) Art. 58, ley nacional 26.993, año 2014.

(7) LO GIUDICE, Diego A., "Aspectos procesales de los pagarés de consumo", La Ley, 30/11/2021, TR LALEY AR/DOC/3338/2021.

(8) CS, Fallos: 329:695, TR LALEY AR/JUR/164/2006.

(9) CNCom., Sala A, "Mercado, Mariano Ezequiel c. Bapro Mandatos y Negocios SA s/Organismos Externos", 04/10/2022, "TR LALEY AR/JUR/139672/2022.

(10) BRUN, Carlos A. - BRUN, Emiliano, "La relación de consumo, el destino final y la falta de profesionalidad del consumidor", La Ley Thomson Reuters, TR LALEY AR/DOC/2747/2021.

(11) CNCom., Sala B, "Censabella, Andrea c. Volkswagen SA de Ahorro p/f Determinados y otro s/ Ordinario", 19/10/2022, TR LALEY AR/JUR/146986/2022.

(12) CS, Fallos: 344:3095, TR LALEY AR/JUR/170251/2021.

(13) CNCiv., Sala K, "S. B., A. c. Yahoo de Argentina SRL s/ Daños y Perjuicios", 02/06/2022, TR LALEY AR/JUR/68398/2022.

(14) CNCiv., Sala H, "Pocay, Delia Yudith María c. Irsa Inversiones y Representación SRL y otros s/ Daños y perjuicios" 07/11/2022, (Expte. 97.698/2010).

(15) CS, Fallos: 344:3095, TR LALEY AR/JUR/170251/2021, entre otros.

(16) STJ del Chubut, SI Nº20/SCA/2010.

(17) La relación de consumo, va a determinar el campo de actuación no solo del Poder Judicial y Legislativo, sino que, a la vez, del Poder Ejecutivo, por ser este el encargado de desarrollar las políticas (art. 42, 2º párr., CN) tendientes a la tutela de los sujetos amparados por la normativa.

(18) El lector deberá recurrir a los arts. 101 a 104 del dec.-ley 5965/1963.

(19) DIAZ SOLIMENE, Omar L., "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación: comentado y anotado", Ed. Erreius, Buenos Aires, 2021, 2ª ed., ps. 542 a 543.

(20) OTERO, Mariano C., "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Comentado", Ed. Estudio SA, Buenos Aires, 2015, 3ª ed., ps. 439 a 445.

(21) CS, Fallos: 138:157.

(22) CS, Fallos: 141:254, TR LALEY 70065033.

(23) CS, Fallos: 247:524.

(24) CS, Fallos: 211:410.

(25) CCiv. y Com., Sala A,, "FL SA c. F.Z.A. y N. H. M. s/ Ejecución", registrada bajo el Nº 26 del año 2021, 26/10/2021.

(26) SCBA, Buenos Aires, 16/07/2021, Rubinzal Online, RC J 6609/21.

(27) LO GIUDICE, Diego A., "¿Es posible rechazar de oficio la ejecución de un pagaré de consumo?", TR LALEY AR/DOC/3557/2022.

(28) Entre otros, puesto se deberá tener presente los arts. 1380, 1386, 1387, 1388, 1389, entre otros.

(29) En sí, el análisis del acceso a la información como elemento central a la hora de realizar la contratación es determinante para la creación del consentimiento y la conjunta determinación de sus vicios (ej. determinación de costos y beneficios dentro de las posibilidades económicas). Ahora bien, dicho análisis se realizó de forma extremadamente breve, sin perjuicio de ello se pretendió dar en los temas centrales.

(30) Vale tener presente que es el BCRA el encargado de adoptar las medidas conducentes para que los sujetos abarcados por el art. 36 de la ley nacional 24.240 cumplan con sus obligaciones.

(31) LA LEY, 2011-D, 421.

(32) FERREIRA RUBIO, Delia, en "Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial" dirigido por BUERES, Alberto J., Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2016, 1ª ed. Tomo 1-A, p. 156.

El proceso de usucapión en la Provincia del Chubut

por Mariano Palma

Disponible en: https://www.informacionlegal.com.ar/
Publicado en: La Ley Online
Cita online: TR LALEY AR/DOC/2571/2025
[Consultado el: 09/01/2026]

Sumario

I. Introducción.— II. La importancia de su conceptualización.— III. Elementos necesarios para que sea viable su ejercicio.— IV. Importancia de la suspensión y la interrupción.— V. La prescripción de larga duración.— VI. La prescripción de breve duración.— VII. La excepción al proceso judicial. La ley 24.374.— VIII. La regulación del proceso de usucapión en el Cód. Proc. Civ. y Com. de la Provincia del Chubut.— IX. La mediación previa dentro de la Provincia del Chubut.— X. Plano de mensura ¿tiene un rol determinante?— XI. Decisiones judiciales y la ley 14.159.— XII. El caso de los bienes muebles registrables.— XIII. El curioso caso de la prescripción adquisitiva de automotores.— XIV. Conclusión.

I. Introducción

La adquisición de la propiedad como la conocemos en la actualidad tiene su razón de ser y fundamento en el Derecho Romano, conceptos como el de posesión (o possessio como era conocida en aquel entonces) o la protección a la posesión (1) íntimamente vinculados a la tutela de los derechos de propiedad, han sido la base sobre la cual se ha erigido el sistema actual de derechos reales.

Dentro de los modos de adquisición del dominio (entendido este como el derecho real pleno, donde el sujeto puede usar,

usufructuar y disponer de la cosa), se puede citar a modo de ejemplo la mancipatio (2), la in iure cessio (3), la adiudicatio (4), la lex (5), ya en el derecho de gentes tenemos la tradición (6), la occupatio (7), la accesio (8) (se puede mencionar a la alluvio, avulsio, insula in flumine nata, alveus derelictus, plantatio, satio, inaedificatio, etc.), la especificación (9), la confusión (10) y conmixtión (11).

En el Derecho civil Romano, podemos encontrar una forma de adquisición del dominio por el paso del tiempo que se llamaba usucapio (12) (usucapión) y tenía lugar por la posesión de una cosa durante un período de tiempo fijado por la ley. En el derecho de gentes encontramos la praescriptio longi temporis que a diferencia de la usucapio (que solo se aplicaba a ciudadanos romanos respecto de cosas susceptibles de dominium ex iure quiritium), podía ejercitarse respecto de la propiedad ya fuere mueble o inmueble por el transcurso de treinta [30] años en la posesión sin la necesidad de buena fe o justo título (que sí se requería en la usucapio).

Como podemos observar, institutos jurídicos como la posesión, el justo título, la buena fe, el transcurso del tiempo, son derivados del Derecho Romano y receptados por el Derecho Civil a lo largo de la historia del derecho continental europeo y más claramente observable en el movimiento codificatorio que inicia con gran fuerza a través del Cód. Civil de Napoleón (1804).

El Código Velezano (ley 340), desarrollaba la temática bajo análisis en la sección III del Libro IV titulado: "De la adquisición y pérdida de los derechos reales y personales por el transcurso del tiempo"(13), donde adoptando los institutos mencionados en párrafos anteriores provenientes del Derecho Romano, se erigió la prescripción adquisitiva en la Nación Argentina por ciento cuarenta y cuatro —144— años (1871 a 2015).

La ley 26.994 (o Cód. Civ. y Com.) recepta ciertos criterios sentados previamente a través del Código Velezano, pero le da una vuelta de rosca actualizando algunos conceptos y delineando ciertas

instituciones que no poseían la claridad conceptual que tienen en la actualidad, ello gracias al aporte de la doctrina y jurisprudencia.

Se puede decir que el dominio como derecho real en el Cód. Civ. y Com., se adquiere por la apropiación, la transformación, la accesión, el aluvión, la avulsión, la construcción, siembra y plantación, etc., pero a su vez existe una forma especial que requiere de la concurrencia del paso del tiempo, sumada a ciertos requisitos exigidos por la normativa como ser el inicio de un proceso judicial (14).

Así el instituto bajo desarrollo se encuentra regulado en el Libro VI "Disposiciones comunes de los derechos reales y personales" Título I "Prescripción y Caducidad" (en tres capítulos I, II y III) (15).

No es menor tener presente que la usucapión de inmuebles también se encuentra regulada en la ley 14.159 (Catastro Nacional) que en el título VI hace mención concreta al proceso de prescripción adquisitiva y en especial a los requisitos procesales para su viabilidad.

En el marco de lo descripto hasta el presente es que se pretende desarrollar el instituto dentro de los confines de la Provincia del Chubut, teniendo en consideración las particularidades propias que presenta la prescripción adquisitiva dentro de un régimen jurídico provincial.

II. La importancia de su conceptualización

La conceptualización de un instituto jurídico es de vital trascendencia puesto es a través de dicha actividad que se posibilita la delimitación de su campo de actuación conjuntamente con los elementos que integraran al mismo, permitiendo al lector tener acceso de manera rápida a las características que son propias de dicho instituto.

La usucapión ha sido definida a lo largo de la historia por una gran cantidad de autores civilistas que trataron de delimitar el instituto a su tiempo y normativa vigente, en la actualidad se pueden mencionar como conceptos de trascendencia como el de Moreda, Pantaleón y Bintureira, quienes la conceptualizan de la siguiente manera: " La prescripción para adquirir es el modo por el cual el poseedor de una cosa adquiere un derecho real sobre ella, mediante la posesión durante el tiempo fijado por la ley art. 1897, Cód. Civ. y Com.". (16), Kiper por su parte nos da la siguiente definición: " La usucapión es una institución por medio de la cual el transcurso del tiempo opera para la adquisición o consolidación de un derecho y, como contrapartida, como la pérdida de ese derecho para el anterior titular de ese determinado derecho real"(17), Rossi conceptualiza a la prescripción adquisitiva como: "la usucapión es un modo de adquisición de algunos derechos reales principales, que requiere la realización de actos posesorios durante el plazo y con las modalidades establecidas por la ley"(18), el maestro Tinti, considera que: " debe entenderse por usucapión o prescripción adquisitiva la adquisición del dominio de un bien por parte del sujeto que ha ejercido sobre ese bien una posesión calificada (es decir, con los caracteres de pública, continua y pacífica), durante el tiempo requerido por la ley"(19), por último Ventura, nos dice: " Se puede definir a la prescripción adquisitiva o usucapión como un modo de adquisición de los derechos reales sobre cosa propia y de los de goce o disfrute sobre cosa ajena por la continuación de la posesión en forma pública, pacífica, continua e ininterrumpida durante el tiempo establecido por la ley"(20).

Como podemos observar, sobre algunos de los distintos conceptos existentes en la doctrina nacional se ciernen la concurrencia de elementos comunes que determinan la existencia del instituto, ellos son: el transcurso del tiempo determinado por la ley y la ejercitación de actos posesorios.

La conjugación de los elementos mencionados ut supra, no alcanza para lograr la adquisición del dominio a través de la

usucapión, sino que a su vez se deberán sumar ciertos caracteres propios que hacen en principio al tipo (breve o larga) de usucapión a realizar lo cual debe ser determinado en el caso concreto, para así poder delinear la normativa aplicable.

Importante es recordar que una de las facultades delegadas por las provincias a la nación es la del dictado del Cód. Civil (art. 75, inc. 12, CN), motivo por el cual la descripción y regulación de las instituciones jurídicas propias de dicho ámbito de actuación serán delineadas por el Congreso Nacional estándole vedada dicha facultad a las provincias.

La situación no es menor, puesto a través de la conceptualización dada en la ley 26.994, el régimen privatista va a limitar las facultades del legislador provincial a la hora de pretender regular el régimen procesal de la usucapión, es así, como el Cód. Civ. y Com. en el art. 1897 dispone: "La prescripción para adquirir es el modo por el cual el poseedor de una cosa adquiere un derecho real sobre ella, mediante la posesión durante el tiempo fijado por la ley", no existirá prescripción adquisitiva fuera de los parámetros delimitados por el concepto del Cód. Civ. y Com.

III. Elementos necesarios para que sea viable su ejercicio

Como debemos tener en claro, estamos en presencia de un instituto jurídico que tiene sus inicios en el Derecho Romano (21) motivo por el cual, no solo a través de las resoluciones del pretor, sino también de aportes doctrinarios tanto en su incipiente nacimiento como en la actualidad, se ha ido moldeando la teoría respecto de los requisitos necesarios para su ejercitación.

El legislador nacional ha receptado ciertos principios establecidos en el Código Velezano y siguiendo en parte su propia metodología ha efectuado un tratamiento del tema en la parte general (referida a los Derechos Reales), sin perjuicio de ello el paso del

tiempo determinado por la ley y los requisitos referidos a la posesión son una constante hasta el día de hoy.

En cuanto a la posesión (art. 1909, Cód. Civ. y Com.), se entiende que la misma existe siempre que concurra una relación de hecho entre una cosa y un sujeto que desee comportarse como si fuera el dueño (esta característica es vital, puesto permite distinguirla de la tenencia —art. 1910 Cód. Civ. y Com.— en donde la persona posee la cosa, pero reconoce en otro la propiedad).

Al respecto, se elaboraron distintas teorías tendientes a desentrañar cuándo existe posesión, así en principio tenemos a Savigny, quien consideraba que para que sea viable la existencia de la posesión se requería de dos [2] elementos esenciales, siendo estos el corpus y el animus domini, el primero de los mencionados elementos consistía en el poder de hecho sobre la cosa —aunque no se tuviera contacto físico con la misma, sino que bastaba la posibilidad de disponer de ella en el modo que se deseara—, mientras que el segundo implicaba que el sujeto se comportaría como su verdadero dueño (este es un carácter esencial para distinguir a quienes podrían ser considerados tenedores).

Una segunda posición doctrinaria es la sostenida por Ihering quien efectúa profundas críticas a la teoría de Savigny, fundando su tesitura en que el animus domini es de extremadamente difícil probanza, entiende que la tenencia solo puede estar determinada por la normativa y en sí, para configurarse como poseedor se requiere tener un contacto físico con la cosa salvo que la ley indique distinto.

Una tercer postura es la sostenida por Saleilles, considera que la posesión es un complejo de elementos que encierra no solo el contacto físico y el título jurídico, sino que además requiere de factores reales como la situación económica y social de quien la ejerce, siendo el corpus un elemento que genera visibilidad a la relación económica entre el sujeto y el objeto, el animus domini consistiría en

explotar la cosa en beneficio propio pero con la circunstancia de hacerlo de modo independiente.

Nuestro Cód. Civ. y Com., entiende (como se dijo al principio del punto) que la posesión implica un poder de hecho sobre una cosa (22) (no se aplica a bienes inmateriales), esta relación de hecho se puede dar por sí o por interpósita persona (no sería otra cosa que un tenedor), entonces en resumidas cuentas se sigue la postura de Savigny adoptando el corpus y el animus domini.

Resta decir que la posesión deberá realizarse teniendo capacidad, por lo tanto, se descarta al conjunto de sujetos enumerados en el art. 24 Cód. Civ. y Com. y a quienes no adquirieron la edad de diez [10] años. Por otro lado, la misma debe exteriorizarse (animus domini) de forma inequívoca (ej. "...comportándose como titular de un derecho real lo sea o no" —según el art. 1909 Cód. Civ. y Com.—), al respecto es interesante el criterio que sigue el art. 1928 (23).

Entonces la posesión para que sea trascendente a los fines de la usucapión (o prescripción adquisitiva) deberá realizarse con la concurrencia del corpus, a lo que se le debe sumar el animus domini (24), la posesión a su vez debe ser ostensible (25) (por ello la posesión clandestina en principio no serviría para la prescripción) y publica (este último requisito es vital, puesto el verdadero propietario puede darse cuenta si hay una persona tratando de usucapir su propiedad y de esta forma ejercer las acciones reales correspondientes), la posesión a su vez debe ser continua (se exige la realización de actos posesorios en forma sucesiva y continuada) (26) e ininterrumpida (no deben existir turbaciones por parte de terceros —incluido el verdadero dueño a través de la reivindicación—).

Respecto a la forma de su adquisición, la misma puede ser por la tradición (27) (la entrega voluntaria de una cosa por una parte —tradens— a la otra —accipiens— quien también la acepta voluntariamente, a través de actos materiales —forma tradicional de transmisión de los derechos reales—), el apoderamiento (28) (se da

con respecto a cosas muebles), el desapoderamiento (cuando el propietario o poseedor de la cosa no consiente la transmisión), la traditio brevi manu (no requiere de realización de actos materiales de entrega, puesto el adquiriente ya la poseía a nombre del tradens, o sea se daría en el caso del tenedor que se transforma en poseedor) y por último se puede nombrar al constituto posesorio (29) (se da en aquellas situaciones en las cuales quien posee el animus domini transfiere la posesión a otra persona, constituyéndose el primero en tenedor) y por último se puede adquirir la posesión cuando la norma así lo disponga, claro ejemplo es el del heredero forzoso (30).

La posesión a su vez, tiene una clasificación que es imposible no observar, así las cosas, la misma puede ser legítima (se da en aquellas situaciones en que se siguió la ley para su constitución) e ilegítima (cuando no se hubiere seguido las pautas fijadas por la normativa) (31).

Por otro lado, existe una segunda forma de clasificación de la posesión, esto es posesión de buena fe (32) (cuando por ignorancia o error de hecho (33) esencial (34) y excusable, el poseedor se persuadiere de su legitimidad —no existe buena fe cuando concurra un error de derecho—, o sea no conoció ni pudo conocer) (35) vale tener presente que el Cód. Civ. y Com. presume la buena fe (art. 1919 Cód. Civ. y Com.) y de mala fe que, si bien no se encuentra descripta, se puede colegir que la misma acontece en aquellas situaciones que no se reúnan los requisitos necesarios para que exista la buena fe, presumiendo —art. 1919 Cód. Civ. y Com.— su existencia cuando: a) Cuando el título es de nulidad manifiesta (36); b) Cuando se adquiere de persona que habitualmente no hace tradición de esa clase de cosas y carece de medios para adquirirlas (37); c) Cuando recae sobre ganado marcado o señalado, si el diseño fue registrado por otra persona (38).

Otra subclasificación de la posesión de mala fe se da teniendo en consideración si su adquisición es viciosa (39) [en el caso de las cosas muebles, cuando las mismas hubieren sido adquiridas por hurto

(40), estafa (41) o abuso de confianza (42) y en el de inmuebles cuando estos hubieren sido adquiridos por violencia (43), clandestinidad (44) o abuso de confianza (45)] y la no viciosa (46) —también llamada simple— que concurre ante la ausencia de las formas descriptas en el art. 1921 Cód. Civ. y Com. La determinación de la existencia de una posesión viciosa o no, solo será oponible frente a la víctima, pero no así frente a los terceros, por otro lado, esta particularidad no excluye los efectos que posee (se transmite al heredero, se impide la unión de posesiones, etc.). Vale tener presente que en el antiguo régimen (ley 340) era viable la purga de los vicios (art. 2354 Cód. Civil), el nuevo ordenamiento (ley 26.994) nada dice al respecto.

Lo dicho hasta ahora sobre la posesión importará a la hora de determinar la existencia o no de actos posesorios para poder llevar adelante el proceso de prescripción adquisitiva y así adquirir la propiedad de la cosa (mueble o inmueble según fuere el caso).

Previamente se mencionó que la posesión consistía en una situación de hecho —una relación de poder con una cosa—, ahora bien, la misma sin perjuicio de esta característica particular se encuentra protegida por las llamadas acciones posesorias tendientes a repeler cualquier posible ataque de terceros que pudiere llegar a turbarla. Interesante definición nos brinda al respecto el Dr. Carta, quien considera que las defensas posesorias "son los medios legales para defender las relaciones de poder (posesión y tenencia) contra actos lesivos que impiden, restringen o amenazan su ejercicio"(47) (48).

Las acciones mencionadas en el párrafo precedente pueden ser judiciales [1. Acción para adquirir la posesión o la tenencia (49); 2. Acción de despojo (50); 3. Acción para mantener la tenencia o posesión (51)] y extrajudiciales (se den en los casos en los cuales el tenedor, poseedor o servidor de la posesión repele una agresión en la cual se lo priva del objeto manteniendo a este en su poder o incluso pudiendo recuperarlo) (52).

Resta hacer mención a un elemento esencial que configura la característica principal en este tipo de procesos que no es ni más ni menos que el paso del tiempo, pero mensurado en una situación atípica que consiste en el transcurso del tiempo, sumado a la inacción del titular del derecho real y la voluntad de usucapir.

En el caso de la usucapión breve se requerirán diez [10] años (53), mientras que en el caso de la usucapión larga el plazo será de veinte [20] años (54), existiendo dos [2] casos de excepción que el primero se da con respecto a las cosas muebles registrables no hurtadas ni perdidas donde el plazo será de diez [10] años, mientras que el segundo hace referencia a las cosas muebles, los vehículos que hubieren sido robados o hurtados siempre que el poseedor sea de buena fe donde el plazo de tiempo será de dos [2] años.

Situación no menor será la de determinar cuándo comienza a computarse el plazo de prescripción —el cual se realiza según las pautas del art. 6 Cód. Civ. y Com.—, en este caso se puede decir que, desde la posesión, pero lo cierto es que el Cód. Civ. y Com. ha estipulado ciertos parámetros para su determinación, en presencia de cosas registrables el mismo comienza a correr a partir del registro del justo título (55), por otro lado si se carece de justo título será a partir del momento en el cual el usucapiente haya iniciado los actos posesorios (por eso es vital la prueba durante el proceso de prescripción adquisitiva), una situación interesante se observa cuando tenemos al Estado usucapiente en una expropiación, comenzando a contarse el computo de la posesión desde que se pagó la totalidad del precio. Otra situación que procura ciertos ribetes es la accesión de posesiones (56), situación que se presenta cuando un poseedor transfiere a otro su posesión (en cuyo caso se requerirá la concurrencia de una donación o cesión de derechos posesorios), debiendo sumarse la de ambos a los fines de determinar el cumplimiento de los plazos establecidos (2, 10 o 20 años) (57), en casos como el planteado debemos tener presente que el "heredero continúa en la posesión de todo lo que el causante era poseedor" (art. 2280 Cód. Civ. y Com.).

En cuanto al objeto de la prescripción, la misma recaerá sobre cosas (58) (esta en claro que las cosas, son objetos materiales) que son susceptibles de ser adquiridas a través de un derecho real, no ingresando las cosas del dominio público del Estado (arts. 235 y 237 Cód. Civ. y Com.) puesto están afectadas a la utilización por parte de toda la sociedad (sí podrá iniciarse la usucapión sobre cosas del dominio privado del Estado —art. 236 Cód. Civ. y Com.—), tampoco se pueden usucapir las partes comunes en el régimen de Propiedad Horizontal, como a su vez está vedado usucapir las tierras afectadas al régimen de Propiedad Indígena o aquellas cosas que tuvieran vinculación con derechos de incidencia colectiva (art. 240 Cód. Civ. y Com.).

Por último, resta decir, que la usucapión puede recaer tanto activa como pasivamente contra cualquier persona humana o jurídica (art. 2534 Cód. Civ. y Com.), en algunos casos con las limitaciones impuestas por la ley —como ya se vio previamente—.

IV. Importancia de la suspensión y la interrupción

Debemos recordar que la esencia de la usucapión radica en el paso del tiempo sumado a los actos posesorios que se realicen durante el transcurso del mismo los que darán como resultado la adquisición de un derecho real —siempre dentro de un proceso judicial, salvo casos de excepción—.

En ciertas situaciones puede acontecer la suspensión o interrupción del plazo, motivo por el cual habrá que observar detenidamente cada situación en concreto, en el caso de suspensión la posesión continúa, pero suspende el computo del plazo, se genera así la detención del tiempo, cuando deja de existir la situación/causa que dio origen a la suspensión el computo se reanuda (art. 2539 Cód. Civ. y Com.). Dentro de las causales de suspensión Kiper y Otero mencionan a las siguientes: "a) la interpelación fehaciente; b) el pedido de mediación; c) las acciones entre cónyuges durante el matrimonio; d) entre convivientes durante la unión convivencial; e) entre las

personas incapaces y con capacidad restringida y sus padres, tutores o curadores; f) las acciones entre las personas jurídicas y sus administradores o integrantes de sus órganos de fiscalización, mientras continúan en el ejercicio del cargo; g) las acciones a favor y en contra del heredero beneficiario, mientras dura su calidad de tal, respecto de los reclamos que tienen por causa la defensa de los derechos sobre bienes del acervo hereditario"(59), a los casos mencionados en el párrafo precedente deberá sumársele la prescripción iniciada contra menores (rige el art. 2550 Cód. Civ. y Com.).

Ya cuando hablamos de la interrupción la situación es distinta, puesto el plazo transcurrido en el ejercicio de la usucapión retorna a su inicio (esto es a cero), es por ello que se considera que la posesión finalizó su curso, la forma de subsanar la situación es iniciar una nueva posesión, de lo que se coligue los efectos de la interrupción serán personales (60).

Respecto de las causas de interrupción se puede decir que son las siguientes: 1. Por reconocimiento que hace el poseedor respecto del titular a quien pretende prescribir (art. 2545 Cód. Civ. y Com.); 2. Por petición judicial contra el poseedor (61); 3. La solicitud de arbitraje (62) (art. 2548 Cód. Civ. y Com.); 4. Por reclamo administrativo cuando sea exigido por la ley para deducir la acción judicial (art. 2548 Cód. Civ. y Com.).

V. La prescripción de larga duración

La prescripción de larga duración ha sido claramente definida por el Cód. Civ. y Com. (ley 26.994), en los siguientes términos: "La prescripción para adquirir es el modo por el cual el poseedor de una cosa adquiere un derecho real sobre ella, mediante la posesión durante el tiempo fijado por la ley"(63).

En una lectura efectuada prima facie pareciera darse un concepto genérico, esto es correcto, el lector deberá ahondar con

mayor profundidad en el articulado del Código de fondo para poder fijar la existencia de la prescripción larga, así el art. 1899 expone: "si no existe justo título o buena fe, el plazo es de veinte años"(64).

Entonces como se dijo previamente, al momento de poseer debe existir animus domini conjugado con el corpus (65), por otro lado es menester resaltar que la posesión para poder realizar la usucapión debe ser pública y ostensible, vital será que se cumpla con el plazo de veinte [20] años contados a partir del inicio de la posesión —es por ello que la prueba reviste trascendental relevancia—, de la interversión del título o del resultado de la sumatoria de posesiones (cuando estuviéramos en presencia de accesión).

La prescripción adquisitiva larga demuestra que la persona carece de un título hábil (66) para poder adquirir la propiedad o un derecho real sobre una determinada cosa por el transcurso del tiempo con más los otros requisitos establecidos por la ley.

La forma de realización de la misma —usucapión— podrá ser como acción o excepción (art. 2551 Cód. Civ. y Com.), en el primero de los casos (acción) se deberá interponer la demanda ante el Juzgado Civil y Comercial que tuviera competencia territorial en el lugar en el cual se encuentra la cosa, en estos casos la sentencia determinará la propiedad del poseedor, mientras que en el segundo caso (excepción) que se presenta en aquellas situaciones en las cuales el titular dominial ejercita una acción de reivindicación y el poseedor repele la misma con la excepción de prescripción, la sentencia deberá limitarse a rechazar el pedido del reivindicante (habrá que analizar según sea el régimen procesal local los efectos que se le otorgan a la sentencia en el caso de una reconversión, donde claramente estamos en presencia de una contrademanda de usucapión y no de una excepción).

VI. La prescripción de breve duración

El caso de la prescripción de corta duración (o breve) presenta ribetes previos que deben ser aclarados para poder

profundizar en los aspectos propios de la misma, así la cuestión será necesario distinguir entre: 1. Justo título: "(...) es el que tiene por finalidad transmitir un derecho real principal que se ejerce por la posesión, revestido de las formas exigidas para su validez, cuando su otorgante no es capaz o no está legitimado al efecto"(67), estamos en presencia de un título imperfecto; 2. Título suficiente: es un acto jurídico válido que causa todos los efectos propios de la transmisión de un derecho real, por lo tanto a diferencia del justo título sí es emitido por un sujeto capaz y legitimado para tal efecto (o sea tener dieciocho años o más —salvo emancipación— y que no exista declaración de incapacidad alguna), por otro lado la transmisión del mismo debe darse dentro de los parámetros establecidos por el ordenamiento jurídico; 3. Título putativo: es aquel título realmente existente que se da cuando el poseedor tiene la creencia de tener un título a su favor (ex art. 2357 Cód. Civil). El nuevo Código de fondo no lo legisla.; 4. Título nulo: Cuando el título de transmisión poseyere algún vicio de nulidad —no haciendo referencia a los requisitos establecidos para el justo título— el mismo será inservible para el proceso de usucapión breve por lo que deberá recurrirse a la usucapión larga.

Importante también es observar el caso de los títulos que se encuentran sometidos a algún tipo de condición ya fuere esta suspensiva (se requiere que la misma se cumpla para poder iniciar el computo del plazo, más los actos posesorios) o resolutoria (68) (es totalmente viable el inicio de un proceso de prescripción breve).

Entonces pasando en claro, la prescripción adquisitiva breve requiere de diez [10] años de posesión (69) pública y continua, sumados a la existencia de un justo título y de buena fe (desde el inicio) (70), en el caso de no concurrir alguno de los mencionados requisitos el poseedor deberá iniciar la prescripción de larga duración, vale tener presente que este tipo de proceso no puede plantearse como acción, pero sí como excepción ante el intento de reivindicación.

En cuanto a la buena fe, se debe cumplir con las pautas reseñadas en el código de fondo, esto es cuando: "el sujeto de la relación de poder es de buena fe si no conoce, ni puede conocer que carece de derecho, es decir, cuando por error de hecho esencial y excusable está persuadido de su legitimidad"(71).

En sí, estamos en presencia de un proceso que busca consolidar un derecho real, puesto el mismo fue adquirido con el título, la buena fe y el transcurso del tiempo, por lo que en realidad lo que se genera es la oponibilidad frente a terceros teniendo la sentencia efectos declarativos retroactivos —diferencia con la usucapión larga— al tiempo de producirse el comienzo de la posesión (art. 1903 Cód. Civ. y Com.).

La prescripción de corto plazo, solo será aplicable con respecto a derechos reales principales, no así respecto de los accesorios, como la prenda, la anticresis y la hipoteca.

VII. La excepción al proceso judicial. La ley 24.374

Hasta el presente punto, estuvo en claro que la prescripción adquisitiva debía tramitar a través de un proceso judicial para poder obtener así una sentencia emanada de un juez competente que determinara la propiedad de una determinada cosa a favor de un sujeto de derecho en particular.

Es a través de la ley 24.374 (o Ley Pierri) que se generó una excepción a la regla comentada en el párrafo precedente puesto la misma estaba destinada a que aquellas personas que fueran poseedoras de inmuebles urbanos destinados a vivienda única y permanente por el período de tres [3] años anteriores al 1 de enero de 1992 (con posterioridad se extendió el período de vigencia hasta el 2009) adquirieran la propiedad de sus fundos siempre que su causa hubiere sido lícita.

Desde mi punto de vista el problema que plantea la normativa mencionada es su contradicción directa con la Constitución Nacional, recuérdese que el art. 17 de la carta magna determina que la propiedad es inviolable y nadie puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley, por lo tanto es difícil entender como desde el ámbito administrativo (Poder Ejecutivo) se puede otorgar la escritura de una propiedad —que ya posee titular dominial—, ya que tal acto violentaría directamente facultades propias del Poder Judicial.

El procedimiento administrativo que culmina con la escritura, también deja ciertos grises en cuanto al derecho de defensa de la propiedad del titular dominial, motivo por el cual incluso el legislador entendió que no se cumplían los preceptos constitucionales, ya que al momento de otorgarse la "escritura de relación" (que es firmada por el beneficiario y por la autoridad de aplicación), esta misma debía ser inscripta en el Registro de la Propiedad inmueble para que después de transcurridos diez [10] años el beneficiario pudiera adquirir el dominio perfecto sobre la cosa, entonces el titular dominial podría ejercitar la acción de reivindicación durante dicho período (de diez años a partir de la inscripción) ya que la propiedad se adquiere luego de transcurrido el plazo.

Lo cierto es que la escritura de relación no emana ni del titular dominial, ni mucho menos de un juez con competencia en la materia, por lo tanto, su validez técnica es sumamente objetable por los motivos vertidos a lo largo del presente desarrollo teórico, esto quiere decir que durante el período de diez años el poseedor a favor de quien se hubiere efectuado la inscripción en el Registro de la Propiedad, no tendrá ningún derecho real.

VIII. La regulación del proceso de usucapión en el Cód. Proc. Civ. y Com. de la Provincia del Chubut

Sabido es que la República Argentina fue posterior a la existencia de ciertas provincias preexistentes al Estado nacional, dicha característica particular, permitió que los estados provinciales

preexistentes delegaran ciertas facultades en la Nación que serían perdidas por estas y ganadas por el Estado Federal.

En el caso de la Provincia del Chubut se presenta la particularidad, en forma conjunta con otras provincias patagónicas, que su creación —o el estándar de provincia— (72) fue posterior a la creación del Estado Argentino, sin perjuicio de ello, se enrola a las mismas dentro del criterio sentando en el párrafo precedente a través del cual (y sin pretender ser reiterativo) la provincia delegaba facultades a la nación.

Es en el marco de las facultades delegadas (como contrapartida existen aquellas que son propias) que la provincia como Estado soberano conservó la facultad de dictar cierta normativa que tendrá vigencia en el orden interno (siempre en el marco del respeto a la pirámide jurídica).

La Constitución de la Provincia del Chubut dentro de las facultades que le fueron atribuidas por el Convencional Constituyente otorga a la Legislatura Provincial la habilitación para el dictado del Cód. Proc. Civ. y Com. (art. 135, inc. 19, CPCH) (73), es dentro de este marco organizativo que los legisladores provinciales al momento de elaborar el código de rito (ley III 21) no incluyeron en el mismo un proceso propio referido a la prescripción adquisitiva.

La situación es interesante puesto si comparamos con el Cód. Proc. Civ. y Com. de la Provincia de Río Negro (ley 4142), el mismo regula el proceso de usucapión a partir del art. 789; la Provincia de Tierra del Fuego legisla el proceso en su código de rito (ley 147) desde el art. 650 a 653; La Provincia de Santa Cruz carece de normativa en el régimen ritual relativa al proceso de prescripción adquisitiva; el Estado pampaneo también carece de legislación dentro de los confines de su Cód. Proc. Civ. y Com. referido al instituto bajo análisis; lo mismo ocurre con la Provincia de Neuquén que se enrola dentro de los Estados provinciales que no reguló la institución dentro de su código ritual.

Las particularidades que presenta el proceso de usucapión no pueden quedar libradas al criterio judicial (facultad que no hace otra cosa que imponer la apreciación del funcionario de turno sobre un particular tema) en cuanto al proceso a aplicar y las características que debe asumir cada parte dentro del pleito, puesto como todos sabemos lo que se encuentra en juego no es ni más ni menos que el derecho a la propiedad (art. 17 CN), donde el sistema constitucional impone la necesidad de la concurrencia de una sentencia judicial (para poder quitarle a uno y otorgarle a otro). La ausencia de normas concretas no hace más que generar grises que no implican otra cosa que la posible vulneración de derechos.

IX. La mediación previa dentro de la Provincia del Chubut

En lo que particularmente —desde el punto de vista de abogado litigante— considero un acierto, la Provincia del Chubut carece de mediación previa necesaria para iniciar cualquier proceso judicial, motivo por el cual, el proceso de usucapión (ya fuere corta o larga), deberá ser interpuesto de forma directa en sede judicial.

La situación descripta en el párrafo previo no es menor, ya que si tomamos en cuenta que el art. 17 CN establece la necesidad de contar con una sentencia judicial para efectivizar la transferencia de la propiedad, entonces escapa a cualquier tipo de facultad homologatoria que pueda llegar a tener el mediador (74) (a través del acuerdo) el otorgamiento de un derecho real que se pretende adquirir por el transcurso del tiempo.

Si bien hay autores como Kiper y Otero (75) que consideran que no existiría inconveniente alguno en lograr un acuerdo en la etapa de mediación que permita al propietario dominial la transmisión del dominio, lo cierto es que la Constitución Nacional —como se dijo previamente— requiere de la existencia de una sentencia judicial, motivo por el cual al verse afectado directamente el orden público, será el juez el funcionario encargado de resolver la problemática.

X. Plano de mensura ¿tiene un rol determinante?

Debo destacar que el plano de mensura dentro del proceso de prescripción adquisitiva reviste un rol trascendental, no como elemento probatorio (76), puesto pensarlo dentro de dicha función desvirtúa su objetivo principal el cual es demarcar y determinar cuál es el fundo a usucapir.

La delimitación del fundo por parte del agrimensor a través del plano de mensura será de vital trascendencia a los fines probatorios, puesto sobre dicho plano versan los actos de usucapión que el actor deberá acreditar en el proceso para poder determinar no solo el paso del tiempo requerido por la normativa, sino también la voluntad de comportarse como verdadero propietario del fundo a usucapir (el famoso animus domini).

La exigencia del plano de mensura, como elemento integrante de la demanda surge de la ley 14.159, la cual en su art. 24, inc. b lo dispone de forma literal. Este plano sobre el cual me he pronunciado en el presente acápite deberá cumplir con las formalidades establecidas por la autoridad de aplicación (catastro) requiriendo de su aprobación (o visado) por el órgano administrativo de forma previa al acompañamiento en la demanda de usucapión.

XI. Decisiones judiciales y la ley 14.159

Como se mencionó previamente la Provincia del Chubut se encuentra dentro de aquellos estados que carecen de regulación específica dentro de su código ritual Civil y Comercial para la adquisición de derechos reales a través del proceso de la prescripción adquisitiva.

Sin perjuicio de ello, debemos tener presente que el Estado Federal a través de la ley 14.159 reguló ciertos aspectos del proceso (art. 24), por lo que a la hora de desarrollar el juicio (dentro de los confines provinciales) deberá tomarse en consideración la Ley de

Catastro Nacional (14.159) pero también el Cód. Civ. y Com. (ley 26.994) puesto el mismo posee articulado de orden procesal (ej. art. 1905, 2551, 2552, 2553), la situación no es menor, puesto se dispone —entre otras cosas— que el juicio debe ser contencioso.

Lo que habría que analizar es el aspecto constitucional de las normas mencionadas en el párrafo precedente, puesto es claro que invaden facultades que no fueron delegadas por la Provincia a la Nación y que en virtud de dichas facultades los estados provinciales están constitucionalmente habilitados para la regularización del proceso de prescripción adquisitiva dentro de los términos que lo consideren oportuno sin verse afectados por las disposiciones del Poder Legislativo Nacional.

Más allá de los criterios sentados en párrafos precedentes, es claro que los jueces deben fallar conforme a ley y al carecer de normativa propia deberán sanear la laguna legislativa existente con normas, por ello se puede observar en dos [2] fallos de trascendencia local cómo se soluciona el conflicto, el primero de ellos es "D., C. F. y otras c. C., A. L. y otro s/ Prescripción Adquisitiva" (Expte. Nro. 302 - Año 2024 CAT), mientras que el segundo "Y. S. A. c. F., R. N. s/ ordinario", (Expte. nro. 763/23 CARCR).

XII. El caso de los bienes muebles registrables

Si bien el Cód. Civil contenía ciertas disposiciones a través de las cuales su autor entendía que no correspondía la usucapión de muebles —ver nota al art. 3948—, puesto la posesión vale título, dicho criterio fue dejado de lado por la reforma de la 17.711 la cual permitió la adquisición de un derecho real sobre cosa mueble (incluso si fuera robada o perdida) cuando hubiera transcurrido un plazo de tres [3] años en el ejercicio de actos posesorios, en el caso de ser el objeto un mueble registrable el plazo era de dos [2] años.

La ley 26.994 desarrolla la temática a través del art. 1898 estableciendo que cuando la cosa sea mueble (hurtada o perdida) el

plazo será de dos [2] años, al respecto creo pertinente recalcar que la cosa debe ser "hurtada", no robada, la ley es clara al respecto, vale recordar que el primero de los delitos (hurto, art. 162 CP) tiene la característica de realizarse sin fuerza sobre las cosas o violencia física sobre las personas, situación que no concurre en el caso de robo (art. 164 CP), por ello es que considero pertinente que el legislador haya efectuado esta apreciación al momento de la redacción del pertinente artículo, sobre todo con la ola de inseguridad que sufrimos los argentinos a lo largo y ancho del país.

El art. 1899 Cód. Civ. y Com. también hace referencia a la prescripción adquisitiva de muebles estableciendo que se requiere un plazo de diez [10] años para quien posee una cosa mueble registrable no hurtada ni perdida que no inscribe a su nombre, pero la recibe del titular registral o de su cesionario sucesivo.

Ahora lo que hay que analizar es el funcionamiento del sistema del Cód. Civ. y Com., si la cosa mueble hurtada o perdida fue adquirida por un poseedor de buena fe, no podrá acceder a los beneficios del art. 1895 Cód. Civ. y Com. (existiendo la posibilidad de reivindicación).

Si el poseedor es de mala fe y las cosas son hurtadas o perdidas no podrá adquirir ningún derecho real por el transcurso de dos [2] años —el art. 1898 exige buena fe—, sino que deberá recurrir al plazo de prescripción de veinte [20] años (art. 1899 Cód. Civ. y Com.).

En el caso de las cosas muebles registrables el art. 1898 Cód. Civ. y Com. estatuye un plazo de dos [2] años siempre que haya justo título y buena fe, sí es de mala fe el plazo es de veinte [20] años, salvo el caso de excepción del art. 1899 Cód. Civ. y Com. donde se fija un plazo de diez [10] años para aquella persona que posea una cosa mueble registrable no hurtada o perdida que hubiera sido recibida del titular registral pero que no inscribe a su nombre. Por otro lado, es importante recalcar la valoración de la buena fe, la cual no existirá si

no existe inscripción a favor de quien la invoca —art. 1895, Cód. Civ. y Com.—, tampoco hay buena fe cuando el régimen registral implique la existencia de elementos identificatorios de la cosa registrable y los mismos no coinciden, en este sentido se debe realizar un examen previo sobre la documentación y las constancias de registración y el cumplimiento de las verificaciones administrativas correspondientes (ver al respecto art. 1902 Cód. Civ. y Com.).

XIII. El curioso caso de la prescripción adquisitiva de automotores

El automóvil es considerado una cosa mueble registrable desde el punto de vista técnico, sin perjuicio de ello vale decir que el mismo posee su propio régimen jurídico y tal es la importancia que este objeto tiene dentro de la sociedad que el sistema de usucapión debe ser tratado —considero yo— de forma independiente a los otros casos previamente analizados.

Las pautas fijadas por el art. 1898 Cód. Civ. y Com. establecen que "si la cosa es registrable el plazo de la posesión útil se computa a partir de la registración del justo título", por su parte el art. 1899 Cód. Civ. y Com. nos dice: "si no existe justo título o buena fe, el plazo es de 20 años. No puede invocarse contra el adquirente la falta o nulidad del título o de su inscripción, ni la mala fe de su posesión", generándose nuevamente otra posibilidad de adquirir un derecho real sobre un automotor en el caso: "también adquiere el derecho real el que posee durante diez años una cosa mueble registrable, no hurtada ni perdida, que no inscribe a su nombre pero la recibe del titular registral o de su cesionario sucesivo, siempre que los elementos identificatorios que se prevén en el respectivo régimen especial sean coincidentes".

Para la prescripción corta de automotores se requerirá justo título, buena fe, sumándose el plazo de diez [10] años de posesión (recordemos que los elementos identificatorios deben ser coincidentes), tampoco debe olvidarse que respecto de la buena fe el

art. 1902 Cód. Civ. y Com. fija nuevos requisitos: "cuando se trata de cosas registrables, la buena fe requiere el examen previo de la documentación y constancias registrables, así como el cumplimiento de los actos de verificación pertinente establecidos en el respectivo régimen especial".

La buena fe será determinante puesto permite otorgar ciertas facultades o beneficios que no se logran obtener con la concurrencia de la mala fe, así el art. 2254 Cód. Civ. y Com. establece: "No son reivindicables los automotores inscriptos de buena fe, a menos que sean hurtados o robados. Tampoco son reivindicables los automotores hurtados o robados inscriptos y poseídos de buena fe durante dos [2] años, siempre que exista identidad entre el asiento registral y los códigos de identificación estampados en chasis y motor del vehículo".

XIV. Conclusión

Luego de haber realizado un análisis integral de las cuestiones sometidas a investigación se generaron las siguientes conclusiones:

1. El "nuevo" régimen de la usucapión no dista mucho del establecido por el Cód. Civil, sin perjuicio de ello adopta las decisiones de trascendencia de los tribunales y también los aportes doctrinarios que se efectuaron referidos al tema y los incorpora a la normativa.

2. A criterio de este autor, el Cód. Civ. y Com. al incorporar normas de derecho procesal que están íntimamente vinculadas con la forma de adquirir los derechos reales por usucapión viola facultades propias de las provincias que no fueron delegadas al Estado Nacional.

3. La ley 14.159 tiene plena vigencia normativa y debe ser utilizada en aquellas jurisdicciones donde no exista un ordenamiento ritual propio que permita desarrollar el proceso de prescripción adquisitiva dentro de la competencia de los tribunales locales.

4. La falta de normativa procesal referida al juicio de prescripción adquisitiva dentro de los confines provinciales genera un ataque directo a la seguridad jurídica de los justiciables puesto permite la incorporación de soluciones a través del tan pernicioso "criterio judicial" (forma clara de apartarse de la normativa vigente para imponer soluciones poco razonables a problemas que se presentan en el ejercicio de la magistratura), eliminando la posibilidad de sentar jurisprudencia o pautas rectoras generales.

5. Es necesario que el legislador provincial solucione a la brevedad la laguna procesal existente a fin de poder adecuar el ordenamiento provincial a las pautas fijadas por los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos del art. 75, inc. 22, CN.

(1) La misma se daba a través de los interdictos de recuperandae possessionis, retinendae possessionis, adispiscendae possessionis y adipiscendae quam recuperandae possessionis.

(2) Consistía en el cambio de una cosa por una suma dineraria en presencia del pueblo, el cual actuaba como garante de la operación, para más adelante realizarse en presencia de cinco [5] testigos.

(3) La misma se realizaba frente a un magistrado e implicaba la simulación de una reivindicación. Se dice que una vez efectuada la reclamación el pretor interrogaba al cedente o enajenante para observar si había o no oposición a la pretensión, en caso de silencio se adjudicaba el objeto a quien lo había reclamado como propio.

(4) Consistía en el otorgamiento del derecho de propiedad por una sentencia judicial, cuando se pretendía obtener la partición del condominio.

(5) Se daba en aquellas situaciones en las cuales la propiedad era adquirida a través de una disposición normativa, ejemplo claro de ello fue el legado per vindicationem o las leyes caduciarias Iulia y Papia.

(6) Instituto jurídico esencial para la determinación de la usucapión, que va a ser aplicado al derecho de gentes por carecer estos de acceso al régimen civil o sea a la posibilidad de adquirir el dominium ex iure quiritium. Consistía en el hecho de poner a alguien en posesión de una cosa, implicaba que el tradens (propietario) otorgue al accipiens la cosa para que este último ocupe su lugar. Se requería que las partes intervinientes fueren capaces de enajenar y de adquirir.

(7) Consistía en la toma de la posesión de una cosa que carecía de dueño con el ánimo de adquirir la propiedad de la misma (ej. en la época de expansión territorial se aplicaba sobre los bienes de los enemigos).

(8) Consistía en la agregación o fusión de una cosa con otra a través de un hecho natural. El dueño de la cosa principal adquiere la propiedad de la accesoria.

(9) Consiste en la transformación de la materia en una especie nueva (ej. el pan, el vino, etc.).

(10) Mezcla de líquidos o metales en estado de fusión.

(11) Mezcla de sustancias sólidas de igual o distinto género.

(12) Conf. PEÑA GUZMÁN, Luis A., ARGÜELLO, Luis R., "Derecho Romano", Ed. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1966, 2ª ed., t. II, p. 85.

(13) Ver arts. 3947 a 4016 bis Cód. Civil.

(14) El proceso de adquisición por el paso del tiempo no siempre requirió de la interposición de una demanda de usucapión, sino por el contrario se dio un caso de excepción que fue la ley 24.374 (ley Pierri).

(15) Ver: CLERC, Carlos M., "Derechos reales en el Código Civil y Comercial de la Nación", Ed. Erreius, Buenos Aires, 2019, 2ª ed., p. 147.

(16) Conf. MOREDA, Pablo S., PANTALEÓN, María Belén, BINTUREIRA, Rocío, "Prescripción Adquisitiva", en CLERC, Carlos M., Derechos reales en el Código Civil y Comercial de la Nación, Ed. Erreius, Buenos Aires, 2019, 2ª ed., p. 146.

(17) Conf. KIPER, Claudio, OTERO, Mariano, "Prescripción adquisitiva", Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2017, 1ª ed., p. 14.

(18) Conf. ROSSI, Jorge O., "Usucapión", Ed. DyD SRL, Buenos Aires, 2018, 1ª ed., p. 15.

(19) Conf. TINTI, Pedro L., "El proceso de usucapión", Ed. Alveroni Ediciones, Córdoba, 2016, 6ª ed. ampliada y actualizada, p. 37.

(20) Conf. VENTURA, Gabriel B., "Libro Cuarto Derechos Reales", en BUERES, Alberto, J. (dir.), Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2017, 1ª ed., t. 4-a, p. 107.

(21) Conf. PEÑA GUZMÁN, Luis A., ARGÜELLO, Luis R., "Derecho Romano", Ed. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1966, 2ª ed., t. II, p. 102.

(22) Ver art. 1912 Cód. Civ. y Com.

(23) "Constituyen actos posesorios sobre la cosa los siguientes: su cultura, percepción de frutos, amojonamiento o impresión de signos materiales, mejora, exclusión de terceros y, en general, su apoderamiento por cualquier modo que se obtenga".

(24) CS, "Prefectura Naval Argentina c. Provincia de Buenos Aires", 27/09/2005, DJ 2005-3-1253, LA LEY, 2006-A, 234.

(25) No es ni más ni menos que la utilización normal de la cosa, actuando como propietario.

(26) Art. 1900 Cód. Civ. y Com.

(27) Art. 1924 Cód. Civ. y Com.

(28) Art. 1923 Cód. Civ. y Com.

(29) Ver arts. 1892 y 1923 Cód. Civ. y Com.

(30) Art. 2280 Cód. Civ. y Com.

(31) Ver: art. 1916 Cód. Civ. y Com. Debemos tener presente que la legitimidad e ilegitimidad se extiende a la tenencia, puesto el art. 1916, hace referencia a derechos reales y personales.

(32) Art. 1918 Cód. Civ. y Com.

(33) Art. 265. Cód. Civ. y Com.

(34) Art. 267 Cód. Civ. y Com.

(35) Vale tener presente que en el caso de la usucapión breve la buena fe es un elemento esencial para su procedencia, de no ser así deberá seguirse el camino de la usucapión larga. Es durante la adquisición de la posesión el momento determinante para mensurar la buena fe (art. 1920 Cód. Civ. y Com.).

(36) Quien adquiere debe tomar conocimiento de la existencia de irregularidades, en este caso cuando estemos en presencia de un vicio manifiesto la mala fe es concurrente con el mismo.

(37) En el supuesto se hace mención al caso de quien pretende adquirir una cosa robada o perdida.

(38) Es sabido en el derecho de marcas y señales (ley 22.939), que el titular del diseño (o sea quien inscribió el mismo bajo su nombre) es el único autorizado para la transmisión del ganado que estuviere marcado con la seña.

(39) Art. 1921 Cód. Civ. y Com.

(40) Arts. 162 y 163 Cód. Penal.

(41) Art. 172 Cód. Penal.

(42) Art. 1915 Cód. Civ. y Com.

(43) Art. 276 Cód. Civ. y Com.

(44) Se dará en aquellos casos en que la posesión no sea pública, o sea, exista ocultamiento.

(45) Un ejemplo sería la interversión del título (art. 1915 Cód. Civ. y Com.).

(46) Hay que distinguir posesión de mala fe y viciosa de los vicios de la voluntad, estos últimos atacan al acto jurídico mientras que la posesión es un hecho (siempre y en todo momento).

(47) Conf. CARTA, Adrián, "Nuevo Código Civil y Comercial: acciones posesorias y acciones reales", Ed. Estudio, Buenos Aires, 2017, 1ª ed., p. 39.

(48) Conf. QUIROGA, Gustavo A., CARTA, Adrián, "Acciones posesorias", en CLERC, Carlos M., Derechos reales en el Código Civil y Comercial de la Nación, Ed. Erreius, Buenos Aires, 2019, 2ª ed., p. 521.

(49) Art. 2239 Cód. Civ. y Com.

(50) Art. 2241 Cód. Civ. y Com.

(51) Art. 2242 Cód. Civ. y Com.

(52) Art. 2240 Cód. Civ. y Com.

(53) Art. 1898 Cód. Civ. y Com.

(54) Art. 1899 Cód. Civ. y Com.

(55) Art. 1898 Cód. Civ. y Com.

(56) Art. 1901 Cód. Civ. y Com.

(57) Conf. TINTI, Pedro L., "El proceso de usucapión", Ed. Alveroni, Córdoba, 2016, 6ª ed., ampliada y actualizada, ps. 75 y 76.

(58) Ver arts. 1883 y 1897 Cód. Civ. y Com.

(59) Conf. KIPER, Claudio, OTERO, Mariano, "Prescripción adquisitiva", Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2017, 1ª ed., p. 173.

(60) Conf. TINTI, Pedro L., "El proceso de usucapión", Ed. Alveroni, Córdoba, 2016, 6ª ed., ampliada y actualizada, p. 78.

(61) Sería el caso de la interposición de una acción de reivindicación o incluso de una acción posesoria. Ver art. 2546 Cód. Civ. y Com.

(62) Vale tener presente que el laudo arbitral resulta vinculante y obligatorio para las partes.

(63) Art. 1897 Cód. Civ. y Com.

(64) Con respecto a las características del título (justo título, título suficiente, título putativo, título nulo) me explayaré al desarrollar la prescripción de corta duración.

(65) El art. 1909 Cód. Civ. y Com. requiere que ejerzamos un poder de hecho sobre la cosa.

(66) El cual luego de terminado el proceso es suplantado por la sentencia judicial.

(67) Art. 1902 Cód. Civ. y Com.

(68) Un ejemplo claro puede ser el caso de la revocación del dominio.

(69) Situación particular se plantea puesto no debe existir ninguna interrupción del curso de la prescripción.

(70) Se debe tener en cuenta que la buena fe debe ser desde el inicio y permanecer invariable hasta la transmisión (art. 1920 Cód. Civ. y Com.). Cuando concurra la continuación de las posesiones habrá que distinguir si nos encontramos en presencia de un sucesor universal (heredero) en cuyo caso se estará a la buena fe del causante, mientras que si lo fuere singular lo que importa es la propia buena fe y no la de quien transmite. Es vital tener presente este carácter de la transmisión puesto en las usucapiones breves la posesión solo se adquiere a través de la transmisión.

(71) Art. 1918 Cód. Civ. y Com.

(72) Conf. PALMA, Mariano, "Comentario a la ley de responsabilidad del estado I N° 560", Ed. Autores de Argentina, Buenos Aires, 2022, 1ª ed., p. 22.

(73) Art. 135 Inc. 19 CPCH. Dictar los códigos procesales y los de fondo en las materias en que esa facultad no haya sido delegada al Congreso Nacional.

(74) Ver: VILLANUSTRE, Cecilia, "Usucapión ¿Una materia mediable?", DJ del 04/12/2013.

(75) KIPER, Claudio, OTERO, Mariano, "Prescripción adquisitiva", Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2017, 1ª ed., p. 314.

(76) Conf. PORRÚA, Rocío, "Actualidad en el Derecho Civil", La Ley, cita online TR LALEY AR/DOC/1269/2023.

El Cupo Trans y las acciones positivas por parte del Estado frente a la idoneidad para el cargo

por Mariano Palma

Disponible en: https://www.informacionlegal.com.ar/
Publicado en: La Ley Online
Cita online: TR LALEY AR/DOC/2914/2025
[Consultado el: 12/01/2026]

Sumario

I. Introducción.— II. El Estado. Su finalidad. II.1. La responsabilidad estatal por omisión. II.2. Los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos del art. 75, inc., 22 CN.— III. Las medidas de acción positiva. III.1. Fundamentación de su existencia. III.2. Reconocimiento constitucional.— IV. Ley de promoción del acceso al empleo formal para personas Travestis, Transexuales y Transgénero "Diana Sacayán - Lohana Berkins". IV.1. Circunstancias de su sanción. IV.2. Finalidad de su existencia. IV.3. ¿Posee vigencia federal?.— V. El art. 16 CN y las exigencias para los funcionarios públicos. V.1. ¿Quiénes deben ser considerados funcionarios públicos?. V.2. ¿La "idoneidad" establece una obligación de medios o de resultados?— VI. El cupo trans frente a la reducción del recurso humano estatal y las decisiones judiciales al respecto. VI.1. ¿Con la decisión de despido se violentó algún derecho reconocido por el Convenio 190 OIT (ley 27.580)?. VI.2. Las cuestiones políticas no justiciables. VI.3. El principio de progresividad y su vinculación con los actos institucionales. — VII. Conclusiones.

I. Introducción

El Estado moderno (1) como entelequia creada y diseñada para servir al individuo en el ámbito nacional debió su surgimiento a

la confluencia de un conjunto de pactos (2) previos (y posteriores), que permitieron fijar las pautas infranqueables que delinean los ámbitos de actuación estatal a través de las facultades determinadas a favor del Estado Nacional por parte de las provincias preexistentes al momento de entrada en vigencia de la Norma Magna y que luego fueran ratificadas por los nuevos Estados provinciales.

Es importante entender que el Estado Nacional, surgió como consecuencia de distintas circunstancias históricas que fueron dándose luego de la declaración de la independencia y que implicaban ni más ni menos la desvinculación del sistema monárquico absolutista impuesto por el imperio español, para adoptar una organización propia (a través de la Constitución) fundada en el sistema republicano y federal (3).

La importancia de una organización de tipo republicana enaltece el criterio de un Estado que tendría: una división de poderes, periodicidad en las funciones de quienes detentarán los cargos públicos, publicidad de los actos de gobierno, sistema democrático de elección, responsabilidad del funcionario público y estado de derecho. Tales caracteres previamente enunciados se darían con mayor agudeza dentro de lo que se conoce como un Estado Liberal (4), carácter principal y norte a seguir serían la eficiencia y eficacia en el cumplimiento de las facultades propias de este.

La descripción hecha en los párrafos anteriores permite delinear que los derechos individuales (estipulados en la primera declaración de derechos de la Constitución Nacional) (5) estarán vehementemente tutelados, pero dicha protección se dará en un marco de respeto a las instituciones constitucionales las cuales insoslayablemente deben existir para cumplir con los fines del Estado. Si bien se pretende abolir al sistema monárquico absolutista plasmando una carta de derechos, estos sin embargo no podrán ser considerados absolutos.

La adopción del sistema republicano (6) por los convencionales constituyentes de la Constitución de 1853 tenía en

parte por objeto poner en conocimiento de los ciudadanos y habitantes de la nación, la existencia un nuevo sistema de Estado a través del cual se buscaba desaparecer (sistema presidencialista) o diezmar (monarquía parlamentaria) al absolutismo monárquico, siendo clave para ello la figura del funcionario público.

El funcionario público dentro del esquema comentado revestirá vital importancia puesto desde que la persona humana asume el cargo, hasta la finalización del mismo (ya fuere por haber cumplido el mandato o por haberse terminado el contrato o incluso por haber renunciado) deberá rendir cuentas de los actos que realice como consecuencia de la función que cumple, estando todos de acuerdo que dicha función debe cumplirse de forma apta e idónea, puesto es el contribuyente nacional quien a través del sistema impositivo (resabios de la monarquía absoluta si los hay) dota de capacidad económica al Estado y con ello al funcionario para el cumplimiento de los deberes asignados a su cargo por el estatuto y la manda constitucional.

Si bien es sabido, que la elección de los funcionarios públicos a lo largo de la historia —desde Roma al presente— se vio limitada a un grupo concreto (y en parte privilegiado) de individuos, lo que puede observarse en la modernidad es que varió la responsabilidad frente al propio Estado en el ejercicio del cargo o función y frente a los particulares, situación no menor puesto permite exigir una mejor prestación.

Hasta aquí queda en el claro cuál es la función específica que debe cumplir un funcionario público dentro de una organización estatal, esto es la función asignada por la norma de manera idónea (tal como lo exige la Constitución en su texto).

Para comprender tal premisa debemos tener presente los cambios que se han ido generando no solo con respecto a las facultades estatales, sino también con relación a la función y características que debe reunir tanto el funcionario como el Estado.

A lo largo de la historia constitucional de Argentina (7), la norma suprema ha ido mutando según los gobiernos de turno que lograron tener las mayorías (art. 30 CN) necesarias para modificarla imponiendo su impronta sobre el texto constitucional, siendo la última reforma aquella efectuada durante la década de 1990 (1994) la encargada de incorporar al texto un nuevo instituto jurídico conocido como las acciones positivas siendo aquellas "que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución (...)"(8) —a través del art. 75 Inc. 23 CN—, generando así la posibilidad de proteger y efectivizar la tutela de los derechos humanos a través de medidas concretas por parte del Estado.

Un claro ejemplo de acción positiva fue el cupo femenino en las listas electorales de los partidos políticos, plasmado en principio a través de la ley 24.012 y que ya en el siglo XXI tuvo una importante adecuación a los tiempos imperantes a través de la ley 27.412 (es importante resaltar que en el caso del cupo femenino en las listas electorales no puede ser comparado, ya que las mujeres —hablando en términos biológicos— son la mayor cantidad de personas en la Argentina) (9).

El dictado de la ley 27.636, mejor conocida como "Ley de Cupo Laboral Trans", tiene un importante colofón, puesto si bien a través de una medida de acción positiva —Art. 1 de la norma— se busca la incorporación de un porcentaje (mínimo 1%) de personas que fueren transgénero, travestis o transexuales a las filas del Estado, en realidad lo que se pretende es tratar de lograr mitigar las desigualdades socioeconómicas, socioafectivas o incluso situaciones de discriminación que afectan a estos grupos de la sociedad.

A los fines de esta breve introducción es interesante resaltar el criterio sostenido por algunos (10) detractores de medidas de este tipo, fundando su postura en una sumatoria de acontecimientos históricos que se ven amalgamados con cuestiones jurídicas, lo dicho básicamente pretende enfatizar que luego de la caída del muro de

Berlín, los partidarios de ideas de izquierda debieron modificar el objeto de tutela (recuérdese que los partidos de izquierda siempre enaltecieron la bandera de la protección de los trabajadores frente al empresario) (11), pasando de esta manera a enarbolar la protección de los aborígenes, las mujeres y lo que importa a este trabajo la diversidad en las identidades de género (LGBTQ+), tratando de lograr (en todos los ámbitos) una lucha entre un supuesto oprimido y un opresor, este último criterio es interesante de analizar teniendo en cuenta la finalidad de las medidas de acción positiva, el principio de progresividad y las deficiencias del Estado Argentino en el cumplimiento de las obligaciones constitucionales determinadas por los Tratados Internacionales con Jerarquía Constitucional.

II. El Estado. Su finalidad

Si bien, hay quienes consideran que el Estado como organización de la sociedad tuvo sus inicios en las primeras uniones de personas que se conglomeraban con la finalidad de obtener no solo alimento a través de la cacería y recolección sino también protección ante los ataques de otras organizaciones de seres humanos, las inclemencias climáticas o los daños sufridos como consecuencia de la existencia de depredadores, lo cierto es que el concepto se ha ido moldeando a lo largo de la historia de la humanidad.

Conforme se fueron dando los distintos avances, tanto tecnológicos como sociales, el Estado en su concepción fue cambiando, tal es así que la organización (pensado como estructura), comenzó a necesitar de individuos que a tiempo completo cumplieran funciones dentro del mismo, ello para poder lograr las tan mentadas funciones y finalidades del Estado.

Al respecto es necesario tener presente, que el sistema occidental es una derivación directa de las concepciones europeas, siendo la base —si se lo quiere— el sistema romano (12) el cual fue evolucionando desde lo que los griegos llamaban civitas, a la monarquía, pasando por la república y terminando en el imperio.

En lo particular considero que el Estado moderno tuvo sus inicios a partir del siglo XVIII (otros autores (13) consideran que fue con posterioridad), en el ámbito con el abandono paulatino de los sistemas monárquicos absolutistas, el abrazo al constitucionalismo republicano y el surgimiento de avances tecnológicos como lo fueron la máquina a vapor, la imprenta, los nuevos modelos de buques, etc.

La formación de este nuevo Estado frente al anterior (monarquía absolutista) implicó el reconocimiento de derechos a individuos (14) que antes no podían siquiera aspirar a tal situación, por lo tanto, las circunstancias en las que surge, están netamente determinadas por sus fines.

La tutela de los derechos individuales frente a la organización estatal, la imposición de sistemas o estructuras que tengan por finalidad tutelar dichos fines u objetivos como lo pueden ser la forma republicana, representativa y federal, requieren sí o sí de la existencia de funcionarios públicos idóneos que puedan realizar y cumplir con las funciones propias del cargo que detentan, la situación no es menor, puesto en base a la calidad, eficiencia y eficacia de los funcionarios será el poder cumplir con los fines del Estado.

Tengamos presente, que a medida que las relaciones económicas avanzan y se presentan nuevos desarrollos tecnológicos el Estado amplía su organización y facultades, por lo tanto, requerirá de mayor personal y cada vez, más especializado.

Resta decir, que la concepción que se tenga del Estado, no solo desde lo político, sino también desde lo organizativo tendrá una relevancia mayúscula tendiente a determinar la concepción que se tenga del funcionario público.

II.1. La responsabilidad estatal por omisión

La responsabilidad estatal según mi criterio está íntimamente vinculada, no solo a las acciones positivas, sino también a la finalidad

del Estado (recordemos que el presente trabajo se limita a la nación —no así a provincias y municipios—).

Vale tener presente que la ley 27.636, es el resultado de una acción positiva del Estado tendiente a hacer efectivos derechos humanos vulnerados o difícilmente ejercitados por parte de quienes se ven directamente afectados por tales avatares.

Recordemos que para que exista una medida de acción positiva el Estado debe haber incumplido con la posibilidad de garantizar igualdad real de oportunidades y de trato, tanto de los derechos reconocidos por nuestra carta magna, como de aquellos que se encuentran determinados en los Tratados Internacionales con Jerarquía Constitucional (art. 75, inc. 22, CN).

Con respecto a los Tratados Internacionales es importante tener presente que los mismos son operativos, por lo que su incumplimiento genera responsabilidad directa del Estado nacional en los términos de la ley 26.944.

La Ley de Responsabilidad del Estado Nacional (ley 26.944) establece en su art. 3 los requisitos necesarios para que exista responsabilidad por actividad ilícita, requiriendo en su inc. b: "La acción por una parte y, por otro lado, "la omisión solo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado".

El inciso mencionado previamente, hace referencia tanto a acciones —incluso la comisión por omisión (15)— como a omisiones antijurídicas, realizadas por parte del Estado que generan un perjuicio, siempre que se cumplan los presupuestos determinados por la norma.

En el primer supuesto, esto es en el caso de acciones realizadas por parte del Estado, el inc. d del art. 3, requiere que las mismas sean "irregulares", con ello pretende significar que deberá desarrollarse de forma contraria a la naturaleza de la actividad que se

despliega o de manera defectuosa, pero en ambas situaciones implicará una acción por parte del Estado, que se materializará a través de sus órganos —según la doctrina mayoritaria—, siempre que estos actúen dentro de sus competencias —asignadas por la ley—.

Previamente conviene aclarar, que con relación a la omisión se presentan características particulares a tener en consideración. Como vengo sosteniendo la ley 26.944 —ley madre si se lo quiere—, al adoptar en parte la doctrina sentada por la Corte Suprema obliga a llevar a adelante un estudio de los precedentes judiciales del tribunal cimero, con la finalidad de entender cuál fue el criterio seguido por el legislador nacional a la hora de elaborar la norma.

Así planteada la cuestión, en principio podemos decir, que se tomaron como base para la elaboración del inc. d del art. 3 de la ley 26.944, los precedentes "Zacarías"(16) del año 1998 y "Mosca"(17) del año 2007.

En cuanto a los hechos del caso "Zacarías", en forma breve podemos decir que trata sobre un jugador de fútbol perteneciente al Club Atlético San Lorenzo de Almagro, el cual concurre con su escuadra a jugar un partido de forma visitante, contra el Club Atlético Instituto Central de Córdoba, y en los vestidores —correspondientes al club visitante—, se produce una explosión, producto de una bomba de estruendo, que es arrojada por una de las ventanillas del vestuario por integrantes de la barra brava del club anfitrión, generando lesiones importantes y la pérdida masiva de sangre por parte de Zacarías, quien es auxiliado de forma deficiente puesto es llevado en un móvil policial al Hospital donde recibe sus primeros tratamientos. Zacarías luego de recuperarse inicia demanda contra la Provincia de Córdoba —entre otros, puesto también demanda al club anfitrión y a la Asociación de Fútbol Argentino— por omisiones en el ejercicio del poder de policía. Del fallo se puede extraer que la Corte Suprema fija entonces ciertas pautas a tener en consideración: 1) Los servicios públicos deben prestarse en condiciones adecuadas al fin, de no ser así el sujeto es responsable por el incumplimiento o la prestación irregular; 2) En el

caso de responsabilidad extracontractual por actividad lícita, el Estado no responde de forma indirecta, puesto la actividad de los órganos es realizada dentro de las competencias que les fueron asignadas, respondiendo de forma principal y directa; 3) En el caso de la policía de seguridad debe aplicarse la previsión adecuada teniendo en consideración las circunstancias de tiempo y lugar (18) debiendo evaluarse el caso concreto.

Por otro lado, el segundo precedente en mención —"Mosca"—, trata sobre una persona, que concurre a un espectáculo deportivo (un partido de fútbol entre los clubes Lanús e Independiente), no como espectador, sino como chofer que transportaba a fotógrafos. Al finalizar el encuentro, integrantes de la hinchada del Club Lanús comienzan a romper partes de la cancha arrojando los elementos en dirección a la cancha y también hacia la vía pública, impactando un elemento contundente en la cara del actor. Mosca, inicia demanda de daños y perjuicios, contra la AFA, el Club Atlético Lanús y la Provincia de Buenos Aires, a esta última le reclama no haber cumplido con el deber de resguardar y garantir la vida e integridad física de las personas, tanto dentro como fuera del Estadio. En el caso en comentario, nuevamente la Corte Suprema va a fijar ciertos parámetros a tener en consideración respecto del tema que nos ocupa, los cuales son: a. Los agentes o funcionarios son órganos del Estado, por lo tanto, este último debe responder de forma directa y principal por los perjuicios ocasionados; b. Para determinar la falta de servicio, se requiere analizar en el caso concreto: la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad; c. La mera existencia de un deber no es suficiente para atribuir responsabilidad por omisión al Estado, sino que concurrirá cuando fuere por la intervención de sus órganos; d. No existe un deber de evitar todo daño, sino una protección compatible con la tutela de las libertades y la disposición de medios razonables (19).

Del juego de ambos precedentes se pueden extraer los siguientes preceptos a la hora de la determinación de la falta de

servicio ante la responsabilidad por omisión estatal: 1) Se debe analizar el caso concreto; 2) Se debe observar la naturaleza de la actividad; 3) Los medios de que dispone el servicio deberán ser tenidos en cuenta; 4) El lazo que une a la víctima con el servicio; 5) El grado de previsibilidad que exista; 6) Se debe analizar la existencia de un deber específico que obligue, o genérico e indeterminado, pero teniendo en cuenta las características del caso concreto debiendo evaluarse (en el caso de ser genérico e indeterminado) la existencia de medios razonables aplicados al cumplimiento de los principios de políticas generales por parte del Estado, (en este último caso si se demuestra la inexistencia de medios razonables, el Estado será responsable, sin existir un deber específico).

Habiendo tratado los antecedentes, corresponde avanzar sobre el fondo de la cuestión para pronunciarse respecto al requisito sentado en la última parte, que determina que la omisión solo genera responsabilidad cuando se viola "un deber normativo de actuación expreso y determinado", lo fijado excede el ámbito de tratamiento realizado por la Corte Suprema en los precedentes en comentario, generando en parte si se lo quiere, la posibilidad de que concurra irresponsabilidad por parte del Estado, ya que si la omisión se produce dentro de un deber de actuación general e indeterminado, el Estado no sería responsable.

Si bien es claro que el Estado no puede responder por la totalidad de los perjuicios que se ocasionen, lo correcto sería no realizar una interpretación literal de la norma en comentario, sino por el contrario, subsumirla en el caso concreto y hacer uso del principio de razonabilidad —art. 28, CN— y el alterum non laedere —art. 19, CN— para su aplicación en modo, tiempo y forma.

De lo dicho, surge básicamente que en principio, se determina como primera exigencia la existencia de un "deber normativo de actuación"(20), motivo por el cual, entrarían dentro de dicho tópico no solo las leyes, sino también los principios generales del derecho, que como vengo sosteniendo, serán vitales para resolver el caso

concreto [el juez, deberá retomar las pautas fijadas en los precedentes de la Corte Suprema sobre la materia, para resolver las situaciones que se le puedan llegar a presentar dentro de los principios fijados por Ulpiano (21)]. Lo sentado por la norma, no debe utilizarse para limitar ningún tipo de responsabilidad estatal.

Sumado a lo dicho en el párrafo precedente, corresponde tener presente la existencia de la CADH y de lo mentado por sus arts. 1 (22) y 2 (23).

Con respecto al requisito de que sea "expreso", Perrino explica con claridad el punto: "(...) nos parece desacertado que se exija para la configuración de falta de servicio que el deber incumplido sea "expreso". Ello porque los deberes de actuación de una autoridad estatal pueden tener su fuente en la regla de la especialidad de la competencia de los órganos y sujetos administrativos, en virtud del cual su ámbito de actuación no es sólo el explícitamente previsto en las normas, sino también el que se deduce, implícitamente, de los fines que aquellas atribuyen a la Administración o que derivan de objeto institucional"(24).

Deberá también tenerse en consideración, la vinculación que existe con las actividades regladas y las discrecionales realizadas por parte de un órgano del Estado, de esta manera si seguimos e interpretamos la norma de forma literal, en el caso de actividades discrecionales, no concurriría la responsabilidad del Estado por omisión, por ser esta una actividad que no se encuentra específicamente determinada en un ordenamiento jurídico y a su vez por no ser en la mayoría de los casos una facultad "expresa" y "determinada" como lo requiere la norma en comentario. De esta manera, la Corte Suprema (25) ha entendido que no corresponde eximir de responsabilidad al Estado por no estar acreditada la existencia de un "deber normativo, expreso y determinado", sin embargo, en ciertos casos vinculados al poder de policía, cuando estemos en presencia de un deber jurídico general e indeterminado (26), corresponderá analizar la situación en concreto de forma estricta,

a fin de poder vislumbrar o no la posible existencia de responsabilidad estatal.

II.2. Los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos del art. 75, inc., 22 CN

La reforma constitucional de 1994 ha traído consigo grandes cambios en el entramado jurídico, no solo en lo que respecta a la propia carta magna (recordemos que de forma indirecta se ampliaron los derechos reconocidos en la primera parte de la Constitución a través de la incorporación de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos del art. 75, inc. 22, permitiendo incluso la incorporación de nuevos Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos con status constitucional, generando así una reforma al plexo de la norma suprema sin siquiera cumplir con los pasos del art. 30, CN), sino también a las nuevas adecuaciones que debieron tomar los tres [3] Estados —Nacional, Provincial, Municipal— para cumplir con los nuevos lineamientos fijados por el convencional constituyente.

Es importante recordar que los Tratados Internacionales del art. 75, inc. 22, CN, son netamente operativos, sus disposiciones obligan a los Estados firmantes, por lo que deben cumplirse al pie de la letra, esto en la práctica genera un importante gasto de recursos para los estados, puesto deben adecuar su organización interna al cumplimiento de pautas supranacionales (si se lo quiere).

Dentro de los Tratados Internacionales comentados previamente hay uno que reviste trascendencia mayúscula —si bien se mencionó al pasar en puntos anteriores— puesto impone una obligación de resultados para con el Estado (léase los tres Estados), estoy hablando de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), la cual en sus arts. 1 (27) y 2 (28), fija parámetros concretos a los cuales el Estado (Nacional, Provincial y Municipal) deberá someterse de forma tal que incluso debe adecuar su ordenamiento interno para hacerlo compatible con las pautas fijadas en la

Convención, no estamos en presencia de derechos programáticos, sino por el contrario netamente operativos (29) y obligatorios en su cumplimiento para los Estados parte.

La responsabilidad por omisión analizada en el punto anterior, surge de forma explícita al contrastar la realidad Argentina con el cumplimiento (30) de lo pautado en nivel constitucional, entonces queda expuesto que el Estado no cumple con la propia normativa que sanciona y a la cual dota de jerarquía constitucional.

Recordemos que la vigencia efectiva de la letra de la ley en el mundo tangible requiere de aportes económicos, motivo por el cual, más allá de la elaboración normativa por par del Poder Legislativo es necesario que la misma esté acompañada de desembolsos monetarios puesto de lo contrario se transformaría en letra muerta, algo muy común de observar en nuestro régimen legal.

Ante la situación planteada en el párrafo anterior, ¿Qué hace el Estado? Trata de compensar a través de las famosas medidas de acción positiva, de forma parcial y deficiente eximiéndose de la responsabilidad de resolver los verdaderos problemas de fondo.

III. Las medidas de acción positiva

Los grandes constitucionalistas ya se han pronunciado respecto de este nuevo instituto (que si se lo quiere modifica la primera parte de la Constitución Nacional, algo vedado (31) en la Ley de Declaración de la Reforma) que ya tiene sus tres [3] décadas en el ámbito jurídico y ha implicado modificaciones importantes que conllevaron a la vigencia efectiva de derechos para grupos que quizás antes no los tenían, un claro ejemplo de ello fue la aplicación de mecanismos de acción positiva a la hora de determinar la composición de las listas de los partidos políticos (32).

Algunos consideran que nos encontramos en realidad en presencia de acciones de discriminación inversa o positiva, puesto la

aplicación de las medidas tiene por finalidad tratar de restablecer en los hechos una igualdad que no se logra fácticamente, la situación es compleja de analizar en toda índole de ámbitos, puesto para beneficiar a algunos pocos se deja de lado a muchos.

De forma sucinta se puede decir, que las medidas de acción positiva tienen por finalidad tratar de lograr la efectivización de los derechos humanos, generando una igualdad de oportunidades real, para grupos minoritarios que de no existir tal instituto se verían imposibilitados de acceder a dichos beneficios.

III.1. Fundamentación de su existencia

Las medidas de acción positiva, según lo considero deben su existencia a la necesidad de palear situaciones particulares de ciertos grupos (en algunos casos minoritarios en otros no —ej. el cupo femenino en las listas de partidos políticos—), que se ven desventajados frente a circunstancias fácticas que en principio serían imposible de superar (criterio que en lo particular tampoco comparto) de no existir la efectiva aplicación de la medida que torna la desigualdad fáctica en inexistente.

En muchos casos, se trata de generar una nueva cosmovisión cultural respecto a situaciones sociales que con anterioridad no eran tratadas de igual manera o en la misma forma, por lo que se pone de resalto la efectivización de los derechos.

En el caso que nos ocupa, el fundamento del "cupo trans", radica en la situación de vulneración, pobreza, falta de oportunidades, discriminación y violencia que sufren las personas que eligen construir para sí mismas una orientación de género distinta de aquella asignada por la biología al momento de su nacimiento.

Uno al analizar la norma podría poner de resalto, que si se quita la cuestión de la elección del género o sexual, gran porcentaje de la población argentina reuniría los requisitos previamente enunciados

(padecer actos de discriminación, pobreza, ser víctima de actos de violencia, la falta o ausencia total de oportunidades, etc.), es por ese motivo que vengo a tratar de esbozar la idea de que las medidas de acción positiva son un mero paliativo para no hacer frente a las verdaderas responsabilidades estatales ya que de tener un Estado más eficiente y que cumpla con la normativa, no serían necesarias.

Hay autores que según fuere el caso concreto entienden que podría llegar a analizarse su razonabilidad y sobre todo "las pautas de proporcionalidad entre el sacrificio de los derechos de quienes deben cederlos para resolver discriminaciones pasadas y el interés estatal urgente en favorecer la igualdad de oportunidades"(33).

Por otro lado, autores (34) más progresistas consideran que las acciones positivas pueden fundarse en los siguientes puntos: 1) Justicia compensatoria que tiene por finalidad acordar indemnizaciones por daños del pasado; 2) Justicia distributiva, ya que tiene en cuenta el presente y el futuro del grupo respecto del cual se aplicarán las medidas de acción positiva; 3) Utilidad social, se debe tomar en cuenta el beneficio social que genera la adopción de la medida de acción positiva.

III.2. Reconocimiento constitucional

Como se mencionó previamente, fue la reforma a la Constitución Nacional de 1994 la que incorporó el instituto bajo análisis contradiciendo los lineamientos sentados por la Ley de Necesidad de la Reforma (ley 24.309), que prohibía la modificación de la parte dogmática de la Constitución a excepción de los artículos referidos a los "Nuevos Derechos y Garantías".

Sin perjuicio de ello, el convencional constituyente incorporó el instituto jurídico en las facultades del Congreso (art. 75, CN), quedando la redacción de la siguiente forma: art. 75, inc. 23 "Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los

derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad. Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia".

Si bien se le efectúan críticas referidas a la redacción, podemos decir que a más de treinta [30] años de su entrada en vigencia, el mismo ha operado en diversas situaciones que sobre todo ha generado una nueva cosmovisión en aspectos culturales que se creían inmodificables.

Es dentro de este marco, que surge la Ley de acceso al empleo formal para personas travestis, transexuales y transgénero, como medio de palear las situaciones desfavorables que vive este grupo de personas dentro de la República Argentina.

IV. Ley de promoción del acceso al empleo formal para personas Travestis, Transexuales y Transgénero "Diana Sacayán - Lohana Berkins"

En el año 2021 se genera un quiebre respecto del sistema de contratación del Estado para cubrir vacantes dentro de sus filas, tal es así que se genera una obligación respecto de este de llenar sus filas con un porcentaje determinado de personas que reúnan ciertas características vinculadas a su sexualidad, como ser travestis, transexuales y transgénero.

Si bien previamente se había decretado (35) tal obligación para el Poder Ejecutivo Nacional, lo cierto es que ya a través de una ley del Congreso de la Nación se extendió dicha obligación a todos los Poderes públicos nacionales (en principio).

En sí la normativa busca tratar de revertir situaciones de discriminación (36) que ha sufrido este grupo social a lo largo de la historia, siendo excluidos de algo tan esencial para el desarrollo del ser humano como lo es una fuente digna de trabajo que le permita contar con la posibilidad de planear a largo plazo para así poder desarrollar su proyecto de vida.

Como se mencionó previamente la forma que posee el Estado de sanear paliativamente el incumplimiento de funciones referidas a otras áreas, son las acciones positivas, tendientes a lograr esta pretendida igualdad real al solo efecto de enaltecer la condición de ser humano mediante la tutela directa de los DD.HH.

La ley 27.636 no es la única que impuso un cupo de tutela de sectores desprotegidos de la sociedad, sino que viene a continuar una tradición que si se quiere inició con el cupo femenino (37) en las boletas de los partidos políticos a través de la ley 24.012 cuyo dictado fue previo a la reforma constitucional de 1994 —el art. 37, CN vendría con posterioridad a incorporar al plexo de la carta magna la igualdad entre varones y mujeres— que incorporó el art. 75, inc. 23 (recordemos que es el encargado de dotar de status constitucional a las acciones positivas), circunstancia esta no menor, puesto permite delinear un criterio que venía planteándose con anterioridad a que el instituto de las acciones positivas sea incorporado a la norma magna.

IV.1. Circunstancias de su sanción

La ley 27.636 es el resultado de un cúmulo de circunstancias históricas y sociales (como toda ley) que genera la necesidad por parte del Congreso de elevar el status jurídico de dichos acontecimientos y regularlos a través de una norma de carácter federal.

En el ámbito internacional tuvo relevancia trascendental la Opinión Consultiva Nro. 24 (38) del 24 de noviembre de 2017, donde la Corte Interamericana aseguró: "la orientación sexual y la identidad de género, así como la expresión de género son categorías protegidas

por la Convención (...) en consecuencia, su reconocimiento por parte del Estado resulta de vital importancia para garantizar el pleno goce de los derechos humanos de las personas transgénero, incluyendo la protección contra la violencia, tortura, malos tratos, derecho a la salud, a la educación, empleo, vivienda, acceso a la seguridad social, así como el derecho a la libertad de expresión, y de asociación".

La opinión consultiva, no solo fue meramente académica, sino por el contrario a través de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se recomienda a los Estados parte el desarrollo y aplicación de estrategias concretas que tengan como finalidad asegurar educación, trabajo, seguridad social, alimentación, vivienda y salud a las personas que integran los grupos LGBTQ+.

Vale recordar que nuestra nación sancionó de forma previa la Ley de Matrimonio Igualitario (39), como así también la Ley de Identidad de Género (40), marcando de esta forma un camino hacía la tutela de dichos sectores sociales que se veían excluidos del acceso a ciertos derechos humanos básicos que hacen a la propia identidad del ser.

Teniendo dichos antecedentes es que el Poder Ejecutivo en plena pandemia le da vida al dec. 721/2020, el cual a través del art. 1 establece el cupo laboral en el "Sector Público Nacional", no pudiendo ser el mismo inferior al uno por ciento (1%), exigiendo que se reúnan las condiciones necesarias de idoneidad para el cargo, paso seguido el art. 2 detalla quienes son las personas alcanzadas por el decreto, mencionando a los travestis, transexuales y transgénero, sin importar si realizaron o no la rectificación del nombre y sexo en el DNI.

IV.2. Finalidad de su existencia

La Ley de "cupo laboral trans" es clara y concreta en cuanto al objetivo y finalidad de su existencia, es así que en no más de veinticuatro [24] artículos desarrolla la obligatoriedad para el Estado

Nacional en sus tres [3] Poderes de incorporar personas travestis, transexuales y transgénero en un número superior al uno por ciento (1%) de los cargos vacantes o a cubrir (que se heredó del dec. 721/2020).

Por lo tanto, el objetivo principal de la Ley, es tratar de eliminar las barreras existentes para que las personas con distinto tipo de orientación sexual puedan ingresar al Estado en su carácter de empleados públicos, esto prima facie, puesto en realidad lo que se busca es como se dijo previamente tratar de soslayar o enmendar la falta de políticas concretas para un sector de la sociedad (minúsculo porcentualmente) que como consecuencia de paradigmas de clase, sociales, económicos, etc., se ve altamente discriminado y sometido a actos de violencia de la mayor bajeza imaginable.

¿Se logra el cometido? Para nada, aun no puede verse una integración total del grupo al cual va dirigida la norma tanto en el ámbito nacional, como en el caso de las Provincias que adhirieron a dicho régimen jurídico. Es vital resaltar este aspecto, puesto una ley que carece de vigencia efectiva en el mundo del ser, no es más que un mero catálogo de pretensiones por parte del legislador de turno.

IV.3. ¿Posee vigencia federal?

La ley 27.636, únicamente es aplicable en los órganos federales o sea aquellos que corresponden al gobierno nacional, por otro lado, las provincias pueden adherir a la normativa o dictar la propia (ej. La Provincia del Chubut a través de la ley I 621 creó el "cupo trans").

Lo mencionado en el párrafo anterior no es menor, puesto vale tener presente que la mayor cantidad de organismos federales se encuentra en Capital Federal, por lo tanto las personas del interior del país que fueren travestis, transexuales y transgénero verían directamente vulnerada su capacidad de integrarse a las filas del Estado, generado de esta manera que la norma fuera destinada para la

población LGBTQ+ que exclusivamente se encuentra radicada en nuestra capital nacional o zonas aledañas (como el conurbano Bonaerense).

En lo particular considero de suma importancia (más allá de mi criterio personal respecto de la norma con todo el tipo de críticas que se le puede realizar) que las provincias regulen la temática para de esta manera federalizar la medida de acción positiva y que no quede limitada a la población travesti, transexual y transgénero de Capital Federal o el Conurbano Bonaerense.

V. El art. 16 CN y las exigencias para los funcionarios públicos

El art. 16 de la CN, fue sancionado por el convencional constituyente de 1853 en un marco histórico donde las monarquías absolutistas veían sus últimos días, el surgimiento del Estado moderno a través de las nuevas organizaciones derivadas de los constitucionalismos (ej. EE.UU.), trajo consigo la necesidad de tener dentro del Estado a funcionarios que no fueren afines al monarca como lo eran anteriormente, sino por el contrario se pretendía que dichos puestos fueran ocupados por las personas más capaces para desarrollar las funciones, tratando de evitar cualquier tipo de privilegio (léase título de nobleza, prerrogativas de sangre, etc.).

En sí, se pretende a través de la norma constitucional lograr la igualdad ante la ley, este es un principio del liberalismo clásico que ha sido modificado en su interpretación a lo largo de los años, pero básicamente se pretende que la igualdad sea en igualdad de condiciones, se podría considerar la típica división entre igualdad formal y material (41).

V.1. ¿Quiénes deben ser considerados funcionarios públicos?

Para desarrollar de forma correcta un tema, en principio debemos demarcarlo y para ello es preciso conceptualizarlo, esto quiere decir que a través de su concepto obtendremos la delimitación del tema y hacia dónde queremos dirigirnos con su desarrollo.

En lo que respecta al concepto de funcionario público, el mismo surge hace larga data, si bien no lo encontramos descripto como lo conocemos en la actualidad ya que durante la vigencia del Derecho Romano en la etapa del Derecho Regio y Republicano el mismo no existía, sino que se equiparaba conceptualmente al término magistrado o magistratus (42), es recién durante el imperio que se comienza a utilizar el vocablo functio para asimilarlo al sujeto que realizaba actividades vinculadas a la cosa pública.

Etimológicamente el término "funcionario" como lo usamos en la actualidad, proviene del Derecho Francés funzionario, entendido este, como toda persona que realiza una función pública.

Una vez dicho esto, conviene decir que la determinación del término y sus antecedentes históricos sumados a la variada doctrina existente sobre el tema permiten llegar a la conclusión que estamos en presencia de un concepto discutido doctrinariamente de forma amplia, todo ello en virtud de las consecuencias que puede acarrear quedar o no comprendido dentro del mismo.

Por otro lado, se han suscitado los más grandes debates, sobre todo respecto a si convendría o no distinguir entre funcionario y empleado público, teniendo en consideración el tipo de actuación a realizar, o el sueldo a cobrar, o las obligaciones, o deberes que recaigan sobre los mismos.

Desde mi punto de vista, considero zanjada la cuestión terminológica y adhiero a los principios vertidos por Tomás

Hutchinson, quien da un concepto amplio, entendiendo como funcionario público a "todas las personas que realicen o contribuyan a que se realicen funciones administrativas"(43); en un una línea similar pareciera encontrarse Gordillo (44), en donde se deja de lado el aspecto vinculado a la designación, modalidad de contratación, montos que percibiere, obligaciones y deberes a su cargo, etc.; Andrada (45) tiene consideraciones similares al respecto, haciendo específica mención en su obra a la Convención Interamericana Contra la Corrupción (46); Perrino (47) comparte la postura de los restantes autores; por último el art. 77 del Cód. Penal (48) hace una conceptualización clara y precisa.

No es de importancia, que la función sea realizada de manera gratuita o remunerada, voluntariamente o no (acción/omisión), de forma contractual o no contractual (de iure o de facto), habiendo accedido al cargo a través de una elección popular o por un concurso público.

V.2. ¿La "idoneidad" establece una obligación de medios o de resultados?

Respecto de la idoneidad en el cargo, la misma se ve plasmada en nuestra Constitución Nacional a través del art. 16 CN (desde 1853), teniendo este como finalidad permitir y asegurar a los argentinos tomar parte en la administración del gobierno (situación que les estaba vedada cuando existía el virreinato), implicando para lograr dicho objetivo, que el habitante nacional fuere idóneo.

Una vez planteada su ubicación Constitucional, podemos decir que la jurisprudencia provincial de la Provincia del Chubut conceptualizó a la idoneidad como: "aptitud que debe reunir el postulante para ocupar un cargo vacante"(49), mientras que la R.A.E. al hablar de idoneidad nos remite al término "idóneo" definiéndolo a este último cómo: "adecuado y apropiado para algo".

Una vez conceptualizado y delimitado el tema, podemos decir que para ingresar al Estado en principio se requiere que el aspirante demuestre la idoneidad para cumplir las funciones que requiere el cargo, ellas se podrán evaluar mediante un examen de oposición (que consistirá en un examen escrito u oral) y antecedentes (que hará referencia a las acreditaciones —académicas, profesionales, etc.- que la persona logró a lo largo de su vida para ocupar dicho puesto), con la finalidad de evitar cualquier tipo de privilegio que vulnere los principios constitucionales de igualdad e idoneidad que surgen de la Constitución Nacional y Provincial, pero que a su vez son la base del sistema republicano de gobierno.

Este sistema de idoneidad mensurado a través de concursos de oposición y antecedentes tienen como finalidad evitar en la práctica que el partido político de turno ingrese sus allegados a la administración, sin ser estos idóneos y vulnerando el principio de igualdad (50) implicando a su vez discriminación y teniendo como resultado el regreso al sistema previo a la vigencia del art. 16 CN que comenté al principio del tema.

Según lo dicho, cuando el aspirante cumplimenta con dichos requisitos (concurso de oposición y antecedentes e idoneidad) y logra acceder al puesto para el cual concursó, surge - más allá de otros tipos de responsabilidad y deberes— una obligación de resultado para con el Estado, que consistirá en la realización con aptitud de la función que se le asignó como consecuencia del concurso ganado y ello independientemente de que fuere necesario para el cargo tener un título profesional, puesto en todos los casos el ingresante devenido en funcionario —dentro del concepto amplio— debe cumplir con la función para la cual concursó y que a su vez implica un verdadero certificado de idoneidad para con el Estado.

Se infiere que el sujeto está capacitado y es apto para actuar dentro del ámbito en el cual debe cumplir su función, por lo tanto en el caso de generarse daños y perjuicios por "mal desempeño", el Estado no solo debe interponer la acción de repetición —en caso de

ser demandado solidario y tener que desembolsar los montos para el pago de la sentencia—, sino que a su vez deberá iniciar el juicio de daños y perjuicios (art. 9, ley 26.944), puesto el sujeto rindió un examen a través del cual se determinó aptitud para ejercer la función y sin embargo, esta obligación de resultados se incumplió para con el Estado.

De existir dicho juicio, el funcionario, al estar en presencia de una obligación de resultados, vería una inversión de la carga probatoria (51), en cuyo caso sería este quién debería probar la ruptura del nexo causal para liberarse de responsabilidad.

El principio de idoneidad y el concurso público de oposición y antecedentes sumados a la educación son el mejor sistema para representar y tutelar los derechos de aquellas grupos sociales oprimidos o que se ven afectados por ser minorías, puesto la total vigencia del sistema implicaría el efectivo ingreso de un sujeto altamente capacitado para cumplimentar la función requerida para el cargo, motivo por el cual redundaría en una mejor administración que implicaría por su parte que los aportes de los contribuyentes estarían bien destinados, conllevando una mejoría en la recaudación, puesto la actividad privada y legal se verían incrementadas al no existir desfalcos o falta de compromiso con la función por parte de los funcionarios.

VI. El cupo trans frente a la reducción del recurso humano estatal y las decisiones judiciales al respecto

Luego de la asunción del nuevo gobierno en el año 2023, se inició un plan de reducción de la planta de personal del Estado, como consecuencia de haber llegado la misma a un tamaño insostenible para el contribuyente, existiendo gran cantidad de recurso humano ocioso (con las características que todos los argentinos conocemos al respecto) que no se sabía bien a qué dependencia correspondía su ámbito de actuación o la función que ejercitaba en la misma.

Con la finalidad de lograr un déficit fiscal cero [0] el gobierno nacional comenzó a aplicar políticas destinadas a lograr la eficiencia y eficacia en la prestación del servicio público, para ello hubiera sido correcto la realización previa de un censo que tuviere como finalidad determinar las funciones asignadas a cada empleado o funcionario, el lugar de actuación de los mismos, el cumplimiento del presentismo de forma efectiva y la idoneidad para el cumplimiento de las obligaciones.

Al no haberse realizado censo alguno, el gobierno comenzó con despidos generalizados olvidando que en ciertos casos las personas que eran apartadas de su cargo integraban grupos minoritarios que se veían especialmente tutelados por la normativa, ejemplo de ello lo son las personas con discapacidad y aquellas que fueren travestis, transexuales o transgénero.

En el marco de la situación descripta en párrafos previos, es que se dictaron a lo largo del país distintas sentencias judiciales que tuvieron como finalidad directa frenar el avance de las decisiones del gobierno y reincorporar a sus puestos a quienes habían sido desvinculados.

VI.1. ¿Con la decisión de despido se violentó algún derecho reconocido por el Convenio 190 OIT (ley 27.580)?

Conviene recordar que el Convenio 190 OIT (ratificado por la ley 27.580) se encuentra referido a la "Erradicación de las violencias y el acoso laboral", incluido el acoso y la violencia por razón del género, siendo estos modos de actuar una violación directa a los Derechos Humanos de las personas.

Dentro de esta misma línea también encontramos a la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana sobre

Derechos Humanos, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belém do Pará), entre otros.

Sin perjuicio de lo antes mencionado, corresponde tener presente que el actuar del gobierno nacional de ningún modo puede ser catalogado como un acto de acoso o violencia hacia grupos LGBTQ+, sino por el contrario, el mismo se desarrolla dentro de una política general de reducción de los gastos del Estado nacional, que ve aplicado sus criterios al recurso humano existente dentro de las filas del mismo.

Situación disímil sería aquella en la cual el gobierno hubiere utilizado las medidas de reducción para remover únicamente a los integrantes del cupo laboral travesti, transexual y transgénero.

VI.2. Las cuestiones políticas no justiciables

Respecto de las cuestiones políticas no justiciables (o también conocidos como actos políticos, actos de gobierno o actos institucionales), la doctrina nacional es clara en sostener que revisten ese carácter de ajeno al control por parte del Poder Judicial, fundado ello en la necesidad imperante de no entorpecer las políticas llevadas adelante por un gobierno determinado en un período de tiempo concreto.

Se piensa que las mismas son el resultado de las abstenciones realizadas con el Consejo de Estado Francés (52) ante los distintos gobiernos que estuvieron de turno y que poseían la capacidad de eliminar dicho Consejo ante cualquier fallo adverso.

En lo que respecta al tema que nos ocupa, venimos a analizar si la eliminación o cancelación de contratos a personas que estuvieren amparadas por el cupo de la ley 27.636, podría ingresar dentro de las cuestiones políticas no judiciables.

Una primera lectura pareciera darle el visto bueno a tal criterio sustentado por el gobierno nacional, sin perjuicio de ello, lo cierto es que a partir de la existencia de un régimen legal que impone una obligación concreta al Estado, el mismo deberá realizar todos los actos posibles tendientes a cumplir con la normativa, no puede ni debe el Estado eximirse del cumplimiento de la ley, fundando tal actuar en un acto de gobierno o institucional.

Interesante criterio es el determinado por la Sala V de la Cámara Contencioso Administrativo en el caso "Pons Estel, Aymar Agustín y otros c Instituto Nacional de Cine y Artes Audiovisuales s/ medida cautelar"(53), a través del cual se ordena la reincorporación de personas trans que trabajan en el Instituto Nacional de Cine y Arte Audiovisual y que fueran removidos del mismo por la no renovación de sus contratos, en tal sentido, se utilizó la ley 27.636 como sustento legal para reincorporar a los individuos que fueron desvinculados de la función de la siguiente manera: "resulta claro en cuanto a la exigencia del 1% —como mínimo— de ocupación para las personas travestis, transexuales y transgénero" y que el INCAA "ha manifestado expresamente que en la actualidad cuenta con 3 agentes incluidos por cupo, lo cual representa el 0,79% de la totalidad personal informado, se advierte que el organismo demandado no da cumplimiento con el referido cupo".

VI.3. El principio de progresividad y su vinculación con los actos institucionales

Sabido es que el principio de progresividad es aquel que veda al legislador (léase también como gobernante) la posibilidad de adoptar medidas que impliquen una violación directa a los derechos humanos previamente reconocidos por la normativa.

En el contexto que vengo desarrollando la tesitura, es que le sería imposible al gobierno nacional o los gobiernos de provincia que hubieren adherido a la ley nacional o dictado normativa en tal sentido, desentenderse de las obligaciones sentadas en la normativa referidas al

cupo laboral, puesto implicaría la regresión en cuanto a tutela de derechos nos referimos y en tal sentido dicha situación no sería otra cosa que un avasallamiento a derechos individuales.

El goce efectivo de los derechos ya no quedará al desamparo de los criterios que tenga el gobierno de turno, sino por el contrario, estará directamente tutelado por el principio de progresividad, por el principio pro homine y a su vez por el principio de no regresividad.

VII. Conclusiones

Luego de haber realizado un análisis integral de las cuestiones sometidas a investigación se puede decir que se generaron las siguientes conclusiones:

1. El Estado nacional ha incumplido de forma directa las directrices fijadas en la Convención Americana de Derechos Humanos (arts. 1 y 2).

2. En virtud del incumplimiento de la CADH, se engendra responsabilidad por omisión en los términos de la ley 26.944.

3. La idoneidad en el cargo público es un requisito vital para el mantenimiento del sistema republicano de gobierno y el cumplimiento de los objetivos estatales. Esta idoneidad se enarbola como única salida frente al Estado monárquico absolutista donde todos los funcionarios eran elegidos por el Rey sin importar la capacidad técnica para el cargo.

4. La ley 27.636 es una medida de acción positiva que tiene como finalidad sanear la inexistencia o ineficacia de las políticas públicas que tendrían que proteger a los individuos para que —más allá de su elección sexual— puedan desarrollarse de forma plena en la sociedad, cumpliendo con el régimen de escolaridad, estudios terciarios y universitarios para así poder acceder a un puesto laboral

que les permita desarrollarse plenamente de forma tal de cumplir con su proyecto de vida.

5. La desvinculación de los cargos en el Estado de personas que reúnan los requisitos establecidos para el cupo, es ilegítima, salvo en los casos en los cuales no se cumpla con el principio de idoneidad establecido en la Constitución Nacional.

6. No se puede usar como fundamento las cuestiones políticas no judiciables para desatender el cumplimiento de la ley por parte del gobierno de turno, las normas que fueren violadas con fundamento en actos institucionales son generadoras de responsabilidad estatal.

7. El principio de progresividad tiene vital impronta a la hora de analizar la adquisición de derechos humanos y la vigencia efectiva de ellos, puesto permite ir hacia adelante pero nunca hacía atrás, lo que significa que una vez que entró en vigencia una norma con las características que presenta la ley 27.636, el gobernante (ya fuere en su carácter de administrador, legislador o juzgador) no podrá dejarla de lado.

(1) Si bien gran cantidad de autores considera que el mismo tuvo sus inicios entre el siglo XV y XVI, considero oportuno (como consecuencia del avance en el ámbito jurídico-social), tener por comenzado el mismo a partir de la eliminación del sistema monárquico absolutista, para pasar al constitucionalismo (ya fuere presidencialista o parlamentarista).

(2) Importante trascendencia, revisten al respecto el Tratado del Cuadrilátero, Pacto Federal de 1831, el Protocolo de Palermo, El Acuerdo de San Nicolás, Los Tratados de Convivencia, El Pacto de San José de Flores, entre otros.

(3) Conf. TORRES MOLINA, Ramón, "Historia Constitucional Argentina", Ed. Scotti, La Plata, 2008, 1ª ed., p. 140.

(4) Conf. RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D., "Manual de historia del derecho", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2016, 1ª ed., p. 453.

(5) Conf. GONZÁLEZ, Joaquín V., "Manual de la Constitución Argentina", Ed. Estrada, Buenos Aires, 1983, p. 101.

(6) Conf. GARGARELLA, Roberto (coord.), "Teoría y Crítica del Derecho Constitucional", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, 1ª ed., 2ª reimp., t. I, Democracia, p. 268.

(7) Ver: MARUCCI, Carlos, CIRES, Gerardo, "Historia Constitucional: reformas constitucionales argentinas desde 1860 a 1994", Ed. Erreius, Buenos Aires, 2022, 1ª ed., ps. 21 a 144.

(8) Conf. QUIROGA LAVIÉ, Humberto, "Estudio analítico de la reforma constitucional", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1995, 3ª ed., p. 44.

(9) Ver resultados Censo 2022.

(10) Ver: MÁRQUEZ, Nicolás, LAJE, Agustín, "El libro negro de la nueva izquierda", Ed. Grupo Unión, Buenos Aires, 2016, 1ª ed.

(11) Algo que sí se analiza fácticamente está muy alejado de ser real ya que en Argentina casi el 50% de los trabajadores se encuentra en negro —limitando el análisis histórico desde 1983 al presente—.

(12) Conf. PEÑA GUZMÁN, Luis A., ARGÜELLO, Luis R., "Derecho Romano", Ed., Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1966, 2ª ed., t. I, p. 81.

(13) Ver: FERREYRA, Leandro E., "La regulación de la responsabilidad del estado", Ed. Ediar, Buenos Aires, 2017, 1ª ed., p. 19.

(14) ALBERDI, Juan B., "Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina", Ed. Terramar, La Plata, 2009, 1ª ed., p. 101.

(15) Conf. PIAGGIO, Lucas A., MATTERA, María Eugenia, "El Nuevo Régimen de Responsabilidad del Estado", ED, 2018, 102.

(16) CS, Fallos 321:1124.

(17) CS, Fallos 330:563.

(18) CS, Fallos 321:1124.

(19) CS, Fallos 330:563.

(20) La CS, ya se pronunció al respecto tanto en "Zacarías" (Fallos 321:1124) como en "Mosca" (Fallos 330:563), estableciendo que existen distintos tipos de deberes jurídicos en cabeza del Estado, que en ocasiones pueden ser generales y amplios, mientras que en otras situaciones pueden ser concretos y determinados.

(21) "honeste vivere"; "alterum non laedere"; "suum cuique tribuere"; lo que significa: vivir honestamente, no dañar a otro y dar a cada uno lo suyo.

(22) Art. 1 CADH, "1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica,

nacimiento o cualquier otra condición social. 2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano".

(23) Art. 2 CADH, "Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el art. 1 no estuviera ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades".

(24) Conf. PERRINO, Pablo E., "La Responsabilidad del Estado y los Funcionarios Públicos. Código Civil y Comercial. Ley 26.944 Comentada", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, 1ª ed., p. 101.

(25) CS, Fallos 342:2198 y 338:161 (consid. 17).

(26) CS, Fallos 336:1642.

(27) Art. 1 CADH. Obligación de respetar los derechos. 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

(28) Art. 2 CADH. Deber de adoptar disposiciones de derecho interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas

legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

(29) Conf. QUIROGA LAVIÉ, Humberto, BENEDETTI, Miguel A., CENICACELAYA, María de las Nieves, "Derecho constitucional argentino", Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2001, 1ª ed., t. I, p. 73.

(30) Luego habrá que analizar si fue acertado aceptar los Tratados del art. 75, inc. 22, CN y a su vez dotarlos de jerarquía constitucional (adelanto mi postura diciendo que no).

(31) Ver: QUIROGA LAVIÉ, Humberto, "Estudio analítico de la reforma constitucional", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1995, 3ª ed.

(32) Ver: RODRÍGUEZ, Marcela, "Igualdad, democracia y acciones positivas", en GARGARELLA, Roberto (coord.), Teoría y Crítica del Derecho Constitucional, Ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, 1ª ed., t. II, p. 619.

(33) Conf. GELLI, María A., "Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, 4ª ed., 8ª reimp., t. II, ps. 235 y 236.

(34) Ver: RODRÍGUEZ, Marcela, "Igualdad, democracia y acciones positivas", en GARGARELLA, Roberto (coord.), Teoría y Crítica del Derecho Constitucional, Ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, 1ª ed., t. II, p. 630.

(35) Ver: Dec. nac. 721/2020.

(36) Conf. GRAFEUILLE, Carolina E., "Hacia la (definitiva) descriminalización de las personas travestis, transexuales y transgénero", DPyC, TR LALEY AR/DOC/2008/2024.

(37) La reforma a la Constitución Nacional de 1994 la incorporó a través del art. 37 y de la cláusula transitoria nro. 2.

(38) Ver: GRAFEUILLE, Carolina E., "Terminalidad educativa y Ley 27.636 de cupo laboral travesti-trans", SJA 01/03/2024, TR LALEY AR/DOC/2840/2023.

(39) Ley 26.618.

(40) Ley 26.743.

(41) Conf. GELLI, María A., "Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, 4ª ed., 8ª reimp., t. I, p. 239.

(42) QUINTANA ORIVE, Elena, "Régimen Jurídico de la Responsabilidad de los Funcionarios en Derecho Romano", Universidad Autónoma de Madrid Facultad de Derecho Departamento de Derecho Privado, Social y Económico, ps. 25 y 26, https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=33822 , desde el año 2013.

(43) ROSATTI, Horacio, "Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado. Análisis Crítico y Exegético", Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014, 1ª ed., p. 283.

(44) GORDILLO, Agustín, "Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas: La responsabilidad del Estado", cap. XVI, Ed. Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2013, 1ª ed., ps. 546 y 547.

(45) ANDRADA, Alejandro D., "Ley 26.944. Responsabilidad del Estado y Funcionarios Públicos. La situación en las Provincias", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2017, 1ª ed., ps. 229 y 230: "En la Convención Interamericana Contra la Corrupción, a la cual ya se encontraba adherido nuestro país por la ley 24.759, se entiende por

función pública, toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos. Son Funcionarios y agentes públicos a los efectos del art. 9 de la LRE todas las personas humanas que, en forma permanente o accidental, gratuita o remunerada ejercen una función o un empleo estatal".

(46) La Convención, fue incorporada al régimen local por la ley 24.759, la misma brinda un concepto amplio respecto al funcionario público, en igual orden se encuentra la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, en ambos instrumentos internacionales se aceptan conceptos amplios importando la existencia de función administrativa para la determinación de su aplicación. Amparar los puntos mencionados permitiría aducir que los integrantes de Colegios Profesionales al ejercer función administrativa podrían quedar equiparados a funcionarios públicos respondiendo dentro de la Provincia de Chubut, en los términos del art. 69 CPCH.

(47) PERRINO, Pablo E., "La Responsabilidad del Estado y los Funcionarios Públicos. Código Civil y Comercial. Ley 26.944 Comentada", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, 1ª ed., p. 223: "Según hemos destacado la norma utiliza los vocablos funcionarios y agentes públicos sin mayores precisiones, por lo que cabe entender que están alcanzados por aquella todos los sujetos que trabajan o prestan funciones para el Estado, en forma remunerada o gratuita, de modo permanente o accidental, de iure o de facto, que hayan accedido al cargo por elección popular o nombramiento de autoridad competente, sin importar su jerarquía".

(48) Art. 77 CP. "Por los términos "funcionario público" y "empleado público", usados en este código, se designa a todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente".

(49) Conf. CCiv. y Com., Esquel, "C. P. E. c. Municipalidad de Epuyén s/ Recurso Contencioso", 14/05/2002, Expte. 47/00 CANO, según voto del Dr. Margara.

(50) Conf. CCiv. y Com., Esquel, "M. S. A. c. Municipalidad de Gobernador Costa s/ Contencioso Administrativo", 13/04/2015, Expte. 187/12 CANO, según voto del Dr. Flass.

(51) Conf. CCiv. y Com., Sala B, Trelew, "I. M. L. y otros c. LA U.D.S. SA (fiduciaria del fideicomiso Empresa Transportadora V.T.) s/ daños y perjuicios", 07/10/2014, Expte. 161, año 2014 CAT, según voto del Dr. López Mesa.

(52) Ver: BONATO, Mauro R., "Actos de gobierno, actos políticos o cuestiones políticas no justiciables: la suerte del ave fénix", RDA, TR LALEY AR/DOC/363/2024.

(53) CFed., Cont. Adm., Sala V, "Pons Estel, Aymar Agustín y otros c. Instituto Nacional de Cine y Artes Audiovisuales s/ medida cautelar", 15/05/2025, Expte. CAF 10139/2024.

Las acciones consumeriles de clase en la Provincia del Chubut

por Mariano Palma

Disponible en: https://www.informacionlegal.com.ar/
Publicado en: JAPatagonia 2025 (diciembre), 12. JA 2025-IV
Cita online: TR LALEY AR/DOC/3113/2025
[Consultado el: 12/01/2026]

Sumario

I. Introducción. — II. Las acciones de clase y su falta de regulación legal. — III. La doctrina derivada de ciertos precedentes de la Corte Suprema aplicables a los procesos de clase. — IV. ¿Qué son las acciones de clase y cuándo conviene su interposición? — V. El acuerdo conciliatorio y transaccional en el marco del art. 54 de la ley nacional 24.240. — VI. ¿Cuáles son los pasos para validar el acuerdo? — VII. ¿Los consumidores y usuarios están obligados a seguir la solución que adopte la mayoría? — VIII. ¿Quién lleva adelante el control del cumplimiento del acuerdo? — IX. ¿Se cumple con el principio de reparación integral? — X. La cosa juzgada. — XI. ¿Qué caminos deberán adoptarse en la sentencia condenatoria? — XII. ¿Qué ocurre con el daño punitivo en las acciones consumeriles de clase? — XIII. Una decisión judicial de trascendencia local. — XIV. Conclusión.

I. Introducción

La última reforma a la Constitución Nacional (CN) trajo consigo la incorporación de cuatro [4] grandes artículos que vendrían a modificar para siempre el régimen legal nacional, no solo en el ámbito federal, sino que también a nivel local.

El cuarteto mencionado en el párrafo precedente estaría integrado por los arts. 41, 42, 43 y 75, inc. 22 de la CN, implicando no solo el reconocimiento textual a ciertos derechos que con anterioridad eran amparados por el art. 33 de la CN (Derechos Implícitos) sino también la posibilidad de regular (quizás un poco forzado si se lo analiza en profundidad) ciertas instituciones jurídicas que introducirían a la República Argentina en el siglo XXI y que, si bien serían nuevas para nuestro ordenamiento, en otras latitudes del planeta ya tendrían eficiencia comprobada a lo largo de los siglos.

Por lo dicho corresponde tener en consideración que el presente trabajo tiene como finalidad desarrollar la acción de clases (cuyo nacimiento se dio a través de la vía pretoriana de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS) en el famoso precedente "Halabi" (1), la doctrina (2) ya se había pronunciado respecto a procesos colectivos hacía más de una década) pero circunscripta al ámbito de la Provincia del Chubut, tomando como base los principios del régimen ritual local y la organización estatal a través de la Constitución Provincial.

Sin perjuicio de lo antes dicho y al solo efecto de hacer un brevísimo repaso histórico se puede decir que las acciones de clase tuvieron su nacimiento y perfeccionamiento en el derecho anglosajón (al igual que otros institutos jurídicos —ej. la multa civil o daño punitivo— son incorporados al régimen continental de derecho) en principio en Inglaterra. Ahora bien, los comienzos en realidad tienen su origen en la Inglaterra medieval. Nallar y De Arrascaeta (3) nos dicen que se interponían mediante acciones del derecho común pero el fundamento de estas radicaba en intereses comunes de los pueblos, ciudades, parroquias o asociaciones. Sin perjuicio de ello logran establecerse como método de tutela colectiva a través del desarrollo de la Court of Chancery (Tribunal de Equidad) que desarrolló el Bill of Peace que no era otra cosa que la posibilidad de realizar un reclamo conjunto con otros individuos. La jurisprudencia entendía que se debían acreditar los siguientes extremos: "que un litisconsorcio activo sería imposible o impracticable, dada la gran cantidad de individuos

que poseían el mismo interés; que todos los integrantes del grupo tenían un interés común en la materia sometida a decisión judicial, y que las partes específicamente designadas podían representar adecuadamente los intereses de aquellos individuos ausentes" (4).

Estados Unidos (continuando si se lo quiere el criterio inglés) también desarrolló el instituto tomando como base el Bill of Peace inglés para crear lo que actualmente se conoce como class actions que en el fondo tenían como finalidad tratar de solucionar un problema procesal (más allá de la tutela de derechos colectivos), el cual consistía en solucionar en un único proceso un problema común. De hecho, uno de los primeros antecedentes es Federeal Equity Rule 48 que data del año 1842. Esta tuvo vigencia hasta que fue modificada por la Equity Rule 38 (1912), que también sería modificada en 1938 con la aparición de la Rule 23 Federal Rules of Civil Procedure, la cual a su vez recibió varias reformas posteriores.

Como se puede advertir, la tutela de los derechos colectivos a través de procesos de clase tiene larga data en el derecho anglosajón, mientras que en el ámbito del derecho continental la situación es disímil. Sin perjuicio de ello, la Argentina (como se mencionó en los primeros párrafos) adoptó una suerte de pseudo regulación en principio a través de los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y luego a través de un conjunto de acordadas dictadas por el Máximo Tribunal que rigen para el ámbito federal.

Es la Ley de Defensa del Consumidor (LDC — ley nacional 24.240) con las modificaciones efectuadas a través de la ley nacional 26.361, la primera (5) norma a nivel nacional en incorporar las acciones de clase en su art. 54, obviamente que reguladas para esta rama del derecho en particular.

Más cercano en el tiempo, con la sanción y entrada en vigor del Código Civil y Comercial de la Nación (Cód. Civ. Com.), se hizo mención directa a las acciones de clase en los arts. 14 (6) y 240 (7). Sin perjuicio de ello dichas normas no establecieron parámetros de

actuación vinculados a aspectos procesales (recordemos que la ley nacional 26.994 es un código de fondo que no debiera incurrir en normativa ritual —aunque esto no es así—).

La situación en la Provincia del Chubut ofrece sus propias características que generan un abanico muy particular de posibilidades. Si bien existe articulado en la Carta Magna provincial que hace referencia concreta a los derechos difusos y su tutela (art. 57, Const. de Chubut) (8), en lo que respecta específicamente a los consumidores y usuarios el lector deberá recurrir al art. 33 de la Const. del Chubut, el cual claramente especifica: "El Estado desarrolla políticas tendientes a la protección de los usuarios y consumidores, reconociéndoles el derecho de acceder, en la relación de consumo, a una información eficaz y veraz y de agruparse en defensa de sus intereses. Para gozar de este derecho las entidades que así se organicen deben estar reconocidas, ser representativas y observar procedimientos democráticos internos. Los particulares y las entidades mencionadas tienen legitimación a los fines de promover amparo u otras acciones destinadas a la prevención y la reparación de daños. La ley regula el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización, sancionando a quienes atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios, en cuanto sea de competencia provincial".

Claro es que el régimen legal posibilita la aplicación de procesos de clase de competencia consumeril a nivel provincial. Ahora bien, el problema se presenta por la inexistencia de normas procesales que determinen cómo se debe componer la clase, cuáles son los parámetros para la imposición de medidas cautelares o incluso algo mucho más simple que consiste en tomar conocimiento de la existencia de un proceso de estas características donde el particular puede ser actor como consecuencia de verse afectado en sus derechos por el actuar de algún proveedor o prestador.

Ya es más que claro que las acciones de clase en el ámbito de la defensa del consumidor y usuario han llegado para quedarse, basta con observar el aumento exponencial de casos a nivel federal desde el precedente "Halabí" a la actualidad, motivo por el cual será vital que el legislador local proceda a la regulación del instituto. Para lo cual a través del presente trabajo daré algunas pautas que considero no deben ser dejadas de lado, sobre todo teniendo en consideración la regulación de la ley nacional 24.240 (art. 54).

II. Las acciones de clase y su falta de regulación legal

Las acciones de clase en sí comenzaron su existencia gracias a resoluciones judiciales que ampararon derechos reconocidos constitucionalmente. Un notable ejemplo de ello es el precedente "Kattan" (9) donde, con la finalidad de tutelar derechos medioambientales (se buscaba detener la pesca de toninas overas por parte de embarcaciones japonesas), la Justicia Federal reconoce una legitimación amplia para la tutela de derechos colectivos de estas características (que por aquel entonces —año 1983— solo eran reconocidos como derechos implícitos).

El acontecimiento que generó un cambio drástico en la regulación legal referido a este instituto fue la reforma efectuada a la Constitución Nacional en el año 1994 a través de la cual se incorporó el art. 43 de la CN que refiere al "amparo colectivo" y hace mención expresa a la legitimación (en la actualidad no deben olvidarse las pautas dadas por el art. 1712 del Cód. Civ. y Com., pero ello en el marco de la acción preventiva) para poder iniciar este tipo de acciones siempre que estén vinculadas con discriminación, ambiente, defensa de la competencia, usuarios y consumidores y a su vez cualquier derecho de incidencia colectiva, facultando para su interposición al afectado, al defensor del pueblo y a las asociaciones que tutelen dichos derechos.

En el ámbito federal, lo cierto es que no existió una mención específica en la materia hasta la sanción de la ley nacional 25.675 "Ley

General del Ambiente", que a través de su art. 30 establecía una legitimación amplia para efectuar los reclamos medioambientales relativos a la tutela y el goce de estos.

Con posterioridad, la reforma efectuada a la ley nacional 24.240 por la ley nacional 26.361 generó un nuevo quiebre en el régimen regulatorio de las acciones de clase, sobre todo en el ámbito del derecho consumeril, puesto se agregó el art. 54 que directamente menciona las "Acciones de Incidencia Colectiva", pero sin profundizar mucho respecto a cuestiones de índole ritual.

Es luego de la reforma efectuada sobre la Ley Consumeril que la CS, dicta el precedente "Halabí" (10) que vino en parte a tratar de zanjear la ausencia normativa por parte del legislador nacional quien solo se limitó a mencionar las acciones de clase en las normas citadas en los párrafos precedentes. Vale destacar al respecto que si bien el Máximo Tribunal nacional hace una distinción referida a los tipos de derechos a tutelar (derechos individuales; derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos; derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto intereses individuales homogéneos), también se pronuncia respecto de ciertos aspectos vinculados a la legitimación y demás cuestiones de índole procesal sin llegar (puesto no es una facultad propia o que le corresponda) a regular el instituto.

Dentro de esta falta de regulación la Corte Suprema (más allá del contenido de sus sentencias) ha decidido regular ciertos aspectos del proceso de clases a través de acordadas. Así, se dictó la acordada 32/2014 que tiene como finalidad la creación de un registro público de procedimientos colectivos no solo radicados ante los juzgados federales, sino también ante los juzgados provinciales, siempre que los Superiores Tribunales [y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA)] de cada provincia hubieren adherido a dicha acordada. Por otro lado, encontramos la acordada 12/2016 en la que se aprobó el reglamento de actuación en procesos colectivos para los juzgados federales y nacionales. Nuevamente se invita a los Superiores

Tribunales de las provincias y a CABA a facilitar información. Por otro lado, se establece una limitante en cuanto a su aplicación referida a los procesos regidos por la ley nacional 25.675 (Ley General del Ambiente) y aquellos procesos que se vinculen con personas privadas de su libertad o se encuentren en el marco de un proceso penal.

De forma breve, se puede decir que el anexo I de la acordada 12/2016 establece que en principio se deberá ingresar la causa de forma electrónica, debiendo informar el objeto del juicio y tipo de parte, los datos de identificación de los litigantes; se debe a su vez anexar con la demanda la prueba documental de la que se pretenda servir; la asignación de la causa se realizará por sorteo; una vez asignado el juzgado el letrado deberá acompañar el escrito de demanda de forma conjunta con la documental en formato original. Ya pasando al anexo II, este hace referencia a la forma de presentación de la demanda (tipo de hoja, cantidad de renglones, contenido de la carátula, etc.); constancia del abono de la tasa de justicia, constancia de mediación (si la hubiere habido), etc.

Lo dicho hasta el presente deja en claro que existe una absoluta falta de regulación procesal respecto de las acciones de clase (ello incluye a las consumeriles, más allá de las pautas fijadas por la ley nacional 24.240). La Corte Suprema de Justicia de la Nación en su carácter de cabeza del Poder Judicial nacional y último intérprete de la Constitución Nacional, no puede haber emitido las acordadas previamente reseñadas, sobre todo la 12/2016, puesto está más que claro que con dicho acto administrativo viola facultades propias del Congreso Nacional (art. 75, CN), que se encuentran totalmente vedadas al Poder Judicial. Si bien es sabido que existen funciones propias de otros poderes dentro de la organización de cada uno de ellos (ej. juicio político en el Poder Legislativo; decretos en el Poder Ejecutivo), no es aceptable que a través de una acordada se pretenda regular aspectos del ámbito procesal (cuya característica principal es que estos son de orden público) por quienes no fueron electos por la sociedad (recuérdese que el Poder Legislativo está integrado por la Cámara de Diputados que representan al pueblo y por la Cámara de

Senadores que representan a los Estados provinciales) y ocupan un cargo que tiene como finalidad dirimir disputas interpretando las reglas propias del ordenamiento jurídico, no yendo contra ellas.

Por lo expuesto, no considero que la acordada 12/2016 obligue a nadie, puesto estamos en presencia de un acto inconstitucional que carece de facultades y caracteres propios que hacen a una norma obligatoria (ej. una ley), siguiendo la idea debería ser tachada de inconstitucional. El problema que se presenta es ¿ante quién? ¿La Corte Interamericana? Sabido es que sus decisiones no pueden revocar (11) los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

III. La doctrina derivada de ciertos precedentes de la Corte Suprema aplicables a los procesos de clase

Como se dijo previamente existen gran cantidad de precedentes que realizaron pequeños aportes referidos al derecho colectivo [ej. "Asociación Benghalensis" (12) y "Vertbisky" (13)] y al proceso de las acciones de clase, resulta imposible desarrollarlos a todos. Por eso, tomaré aquellos que considero de una trascendencia superlativa y trataré de brindar los aspectos cruciales que derivan de cada uno de ellos.

Previo a iniciar cualquier tipo de desarrollo es pertinente hacer una breve mención a la causa "Mendoza" (14), como la sentencia de nuestro Máximo Tribunal que marcó un hito en la tutela de derechos medioambientales y de forma conjunta adelantó ciertos reparos referidos a los procesos colectivos.

Sin perjuicio de lo mencionado ut supra, considero oportuno iniciar el análisis a partir del famoso precedente "Halabí", respecto del cual podemos extraer el siguiente contenido, teniendo en cuenta que se dictó luego de la reforma a la Constitución Nacional efectuada en el año 1994 y la incorporación del art. 43, por lo que se puede observar la concurrencia de tres [3] clases de derechos tutelados por el

ordenamiento, siendo estos: a) Derechos individuales; b) Derechos de incidencia colectiva referidos a bienes colectivos; c) Derechos de incidencia colectiva referidos a bienes individuales homogéneos. Por otro lado, la Corte en el mismo precedente estableció en cuanto a requisitos de la acción colectiva, que esta debe contener para su viabilidad: 1) Caso: debe existir en todos los supuestos (derechos individuales, derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos y derechos de incidencia colectiva referidos a intereses individuales homogéneos); 2) Hay que observar si se trata de una afectación actual o la amenaza de una lesión futura; 3) Con respecto a la legitimación se estableció: a) Los derechos individuales son ejercidos por su titular —hace referencia a ellos el primer párrafo del art. 43 de la CN—, lo que se busca es tutelar derechos divisibles no homogéneos y se caracteriza por la búsqueda de la reparación de un daño esencialmente individual y propio de cada uno de los afectados; b) Derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, en estos casos son ejercidos por el Defensor del Pueblo de la Nación, las asociaciones que concentran el interés colectivo y el afectado. Se deben reunir además ciertos requisitos: I. La petición debe tener por objeto la tutela de un bien colectivo (ej. el medioambiente) siendo indivisible y no admitiendo exclusión alguna; II. La pretensión debe ser focalizada en la incidencia colectiva del derecho; III. La prueba debe hallarse relacionada con respecto al bien colectivo; c) Derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos (art. 43, 2º párr., CN), son básicamente derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente, a la competencia, usuarios y consumidores o los derivados de la discriminación. No hay un bien colectivo, se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Existe un hecho único o continuado que provoca la lesión a todos ellos y entonces se genera una causa fáctica homogénea. Como consecuencia de la homogeneidad fáctica y normativa es que se realiza un solo juicio dándole efectos expansivos a la cosa juzgada (con excepción de la prueba del daño); 4) Existencia de una causa fáctica común donde además se constate que el ejercicio individual no aparece plenamente justificado; 5) Existencia de un hecho único o complejo que causa una

lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales; 6) La pretensión debe estar concentrada en los efectos comunes y no en lo que cada individuo puede peticionar; 7) El interés individual considerado aisladamente no justifica la promoción de una demanda con lo cual podría verse afectado el acceso a la justicia; 8) En cuanto a la admisión de la demanda, esta requiere: I. La precisa identificación del grupo o colectivo para poder ejercitar el derecho de defensa, invocándose cuestiones de hecho y de derecho que sean comunes y homogéneas a todo el colectivo; II. La adecuada notificación de todas las personas que pudieren tener un interés en el litigio, para que puedan elegir si quedar dentro o fuera del proceso; III. Adecuadas medidas de publicidad a fin de que no haya multiplicación o superposición en el proceso, para evitar sentencias contradictorias; 9) La sentencia posee efectos erga omnes.

En el precedente "Padec" (15) se termina de confirmar lo sustentado en "Halabí". Básicamente se sostuvo que una asociación de consumidores y usuarios como la actora (Padec), tenía legitimación (en primera y segunda instancia se lo habían denegado) en los términos de los arts. 42 y 43 de la CN para interponer la demanda contra la empresa de medicina prepaga, puesto nos encontrábamos en presencia de uno de los sujetos legitimados para llevar adelante tal proceso ya que esta representaba un derecho de incidencia colectiva referido a intereses individuales homogéneos, a su vez se determinó que existía un hecho único que podía lesionar a una pluralidad de sujetos (recordemos que el caso se fundó en aumentos unilaterales realizados por la demandada a partir de una cláusula contractual). También se entendió que "la pretensión estaba concentrada en los efectos comunes para toda la clase de sujetos afectados" (se configura uno de los requisitos establecidos en "Halabí" para las acciones colectivas) y por último la Corte sostiene confirmando la legitimación de la actora, que dada la escasa significación económica individual de las sumas involucradas le resultaría muy costoso accionar a cada uno de los usuarios por lo que es importante la tutela de los derechos a través de asociaciones de consumidores.

Un fallo de suma trascendencia y no tan popular como los mencionados es "Municipalidad de Berazategui" (16), donde se establece la delimitación de los lineamientos necesarios para la procedencia de las acciones colectivas teniendo en consideración la posibilidad de que existan varios procesos sobre un mismo tema, por lo que se decide la creación de un registro de acciones colectivas (acordada 32/2014), con la finalidad de evitar cualquier tipo de fallo contradictorio que pueda generar gravedad institucional.

Siguiendo con el desarrollo de los distintos precedentes, encontramos el fallo "Cepis" (17) referido al aumento de la tarifa de gas a usuarios residenciales sin la concurrencia de audiencia pública. Al respecto, y en lo que refiere a las acciones de clase, el tribunal cimero sostuvo que la acción colectiva es la forma de lograr la tutela de ciertos grupos de individuos que si pretendieran iniciar una acción de forma independiente el costo que demandaría dicho actuar superaría el beneficio que podrían llegar a obtener. Es por ello por lo que el proceso de clases beneficia a este conjunto de individuos en particular (en el caso se hablaba de los usuarios residenciales), no pudiendo vedarse dicho derecho o restringírselo de ninguna forma. La Corte confirma el criterio fijado en "Halabí" y en "Municipalidad de Berazategui", agregando que la detallada posibilidad de determinar el grupo o conjunto de afectados permite a su vez delimitar los alcances subjetivos del proceso y de la cosa juzgada requiriendo de la notificación a los integrantes de la clase. De esta forma, se les reconoce legitimación a las asociaciones de consumidores y usuarios para el reclamo de derechos de incidencia colectiva referidos a intereses individuales homogéneos (incluso de naturaleza patrimonial). Por último, puntualizó en la necesidad de que el cargo de Defensor del Pueblo sea cubierto exhortando al Congreso a que proceda a su designación, puesto dentro de las muchos deberes, obligaciones y facultades se puede decir que este (el Defensor del Pueblo) se encuentra legitimado para iniciar procesos de incidencia colectiva.

Por último, nos encontramos con "Abarca" (18). En lo que a nosotros nos interesa la Corte se pronuncia respecto de la ausencia

total de legitimación de un grupo de diputados provinciales, el secretario de la Defensoría del Pueblo Provincial (pretendiendo actuar como Defensor del Pueblo interino), el Partido Justicialista Bonaerense y el presidente de un Club Social y Deportivo (12 de octubre de Quilmes). Al respecto entiende que son los arts. 42 y 43 de la CN y la normativa consumeril, los encargados de determinar quiénes son los legitimados. En el fondo lo que se continúa buscando es tratar de delimitar cuál es el colectivo para tutelar para que de esta forma se pueda determinar la legitimación y que a su vez no existan sentencias contradictorias que puedan llegar a quebrantar la institucionalidad y vulnerar derechos.

IV. ¿Qué son las acciones de clase y cuándo conviene su interposición?

La doctrina ha elaborado distintos conceptos en referencia a las acciones de clase, algunos criterios interesantes son los esbozados por Nallar y De Arrascaeta, quienes consideran que son: "un proceso mediante el cual un grupo de personas que se encuentra en igual situación jurídica demandan a través de un representante, a raíz de los daños que les provoca un hecho que es común a todas ellas, y que culmina con el dictado de una sentencia cuyos efectos se propagan —en principio— a toda la clase" (19), Bianchi por su parte considera que es: "un sistema procesal en el cual una persona o un pequeño grupo de personas pueden representar a un gran número de individuos que poseen un interés común" (20). Pinese y Corbalán no profundizan demasiado en la definición que dan sosteniendo que es: "la acción que se la ejerce ante la afectación o la amenaza de los derechos de incidencia colectiva" (21).

En lo particular considero que se puede definir a las acciones de clase como el proceso destinado a tutelar los derechos de incidencia colectiva de un grupo previamente identificado de individuos que actuarán como actores o demandados culminando dicho proceso judicial con una sentencia que posee efectos erga omnes.

Respecto de la acción de clase como proceso iniciado por la parte actora, a la doctrina y la jurisprudencia vienen sentando lineamientos trascendentales sobre todo en los últimos veinte [20] años. Ahora bien, respecto de la acción de clase pasiva, esto es identificando a la clase en el sujeto pasivo, no existe mucha doctrina al respecto o incluso pronunciamientos judiciales. Es menester tomar en consideración los lineamientos fijados por el derecho estadounidense a través de la Rule 23, la cual no hace distingos respecto de la parte activa o pasiva dentro del proceso.

Sin perjuicio de lo dicho hasta el momento, el proyecto de procesos colectivos elaborado por el Instituto de Derecho Procesal de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires le dedica los arts. 57 al 60 a este tipo de procesos colectivos pasivos.

En cuanto a la interposición de la acción conviene dejar en claro que habrá que distinguir el proceso colectivo (o la tutela de intereses colectivos, difusos, etc.) de la posibilidad de iniciar un proceso judicial donde estemos en presencia de un litisconsorcio activo o pasivo o mixto según sea el caso, entonces lo determinante será poder observar la concurrencia de los requisitos determinados por la CS en el precedente "Halabí", ello con la finalidad de poder adecuar la situación fáctica al proceso judicial que corresponda logrando así la tutela de los derechos que se encuentren en juego.

El análisis de los requisitos (por cuestiones prácticas me remito al punto en el cual se desarrolló el tema) de concurrencia no es menor. Al contrario, en lo particular considero que será determinante para poder realizar el proceso y obtener una sentencia favorable, puesto de lo contrario la pretensión será declinada.

Entonces se puede considerar que la interposición de una acción de clase genera ciertos beneficios tanto para el actor como el demandado (ej. podrá identificar a los actores y ejercitar adecuadamente el derecho de defensa). La identificación de la clase

permite la posibilidad del acceso a la jurisdicción, circunstancia que determinará la correcta tutela de los derechos de esta clase (ej. la falta de interés por la ausencia de beneficio económico o incluso por implicar una erogación superior a la posible indemnización a recibir si se plantea el proceso de forma individual sería un caso de limitación en cuanto al acceso a la jurisdicción). Otro beneficio, pero desde el punto de vista del contribuyente será la economía procesal de que exista un único proceso reduciendo en sobremanera el dispendio económico que pudiera implicar la existencia de un millar de reclamos. Como correlato de la existencia de un único reclamo se sigue lógicamente que la sentencia que se dicte no importará la violación a derechos ni tampoco implicará un acto de gravedad institucional por ser contradictoria a otros procesos que pudieran existir referidos a la misma temática.

V. El acuerdo conciliatorio y transaccional en el marco del art. 54 de la ley nacional 24.240

Ya habiendo fijado los lineamientos generales respecto de los procesos colectivos y su estado de vigencia actual dentro del sistema jurídico nacional, corresponde abocarme en profundidad al tema que es la columna vertebral de este trabajo, esto es las acciones de clase consumeriles.

Haciendo una breve lectura del art. 54 de la LDC, se podrá observar que existe la posibilidad de realizar un acuerdo conciliatorio o una transacción (22) que implicará la culminación del proceso siempre que se cumplan con los pasos establecidos en la ley.

Previo a todo análisis es menester distinguir con claridad qué es un acuerdo conciliatorio y qué es uno transaccional. Respecto del primero (acuerdo conciliatorio), puedo decir que es la resolución de un procedimiento administrativo (aunque también puede tener lugar en el proceso judicial) (23) que deriva con un convenio entre partes referidos a puntos concretos. ¿Esto qué quiere decir? Que, en principio, este se da en una etapa previa a la judicialización, pensemos

en aquellas jurisdicciones que poseen la mediación previa obligatoria, de lograrse mediar, las partes estarán facultadas para homologar el acuerdo de dicha mediación (previo el cumplimiento de los requisitos fijados por la ley —revisión por el Ministerio Público Fiscal—). Ahora bien, el art. 54 hacía referencia a los acuerdos que pudieran lograrse dentro de lo que se conocía como "COPREC" —Servicio de Conciliación Previa en las Relaciones de Consumo— el cual en la actualidad se encuentra eliminado por el dec. 55/2025 (24). Ya refiriéndome al segundo caso [acuerdo transaccional (25)], nos encontramos en presencia de un convenio que se da dentro del proceso judicial (habiéndose agotado la etapa administrativa o incluso la mediación previa obligatoria —sin perjuicio de que concurra la conciliación dentro del proceso—), por lo que la existencia de este pondrá fin al pleito y es tomada como un modo anormal de finalización del proceso. El Código Procesal Civil y Comercial Nacional hace referencia a ella en los arts. 73, 162, 308 y 347, inc. 7 entre otros (el Código Ritual Civil y Comercial de la Provincia del Chubut también tiene menciones a la transacción en los arts. 6º, inc. 1; 74; 164; 311; 349 Inc. 7; 351 inc. 4; 549, inc. 8 y 750).

Entonces se deja en claro que la mención a dos [2] institutos jurídicos diferenciados dentro del art. 54 de la ley nacional 24.240 no obedece al capricho del legislador, sino —por el contrario— tiene por finalidad tratar de regular situaciones disímiles dentro de un marco normativo previamente establecido que hoy (como consecuencia de las decisiones del Poder Ejecutivo —año 2025—) se ven técnicamente alteradas.

VI. ¿Cuáles son los pasos para validar el acuerdo?

En relación con los pasos de validación del acuerdo, si bien dependerá en principio de los requisitos fijados por el Derecho Procesal propios de cada jurisdicción (26) (puesto recordemos la reglamentación de los procesos y procedimientos provinciales es una de las facultades no delegadas a la Nación), previamente se deberán

cumplir con los requisitos enunciados en el estatuto consumeril, el incumplimiento de estos trae consigo la pena de nulidad.

Los pasos previos no regulados por la ley nacional 24.240 serán vitales para la legitimidad del acuerdo y el juez deberá observar que en las negociaciones se respeten los derechos del colectivo que se pretende tutelar y no la voluntad del legitimado activo o incluso la de su abogado (o grupo de abogados). Una forma de brindar tranquilidad a la clase es la publicidad del acuerdo (27), puesto por obvias razones no todos podrán estar presentes en el debate y es por este motivo que el juez debe ser el garante del cumplimiento de las garantías constitucionales.

Entonces, según dictamina el art. 54 de la ley nacional 24.240, es obligatorio correr vista del acuerdo al Ministerio Público Fiscal (este último en su carácter de protector de la legalidad). Debemos tener en cuenta que la Fiscalía no emitirá dictamen si estuviera actuando dentro del proceso como legitimado, esto es en tutela de los derechos de usuarios y consumidores.

La situación no ofrece mayores inconvenientes y, como sostuve previamente, el no cumplimiento de la vista a la Fiscalía conllevará la tachadura de nulidad respecto del acuerdo conciliatorio o transaccional según fuere el caso concreto.

VII. ¿Los consumidores y usuarios están obligados a seguir la solución que adopte la mayoría?

Uno de los principales problemas que se presentan en el proceso colectivo es que la clase no le otorgó mandato alguno al legitimado activo (pensemos en el caso de miles de centenares de personas) para la realización de acuerdo alguno, es por ello que será vital la publicidad de la existencia del proceso colectivo para la clase a la cual se encuentra dirigida, sobre todo respecto de los efectos de la sentencia homologatoria (puesto el individuo integrante de la clase en su carácter de actor, deberá saber cuáles son los beneficios o contras

en el convenio homologado, para así saber qué puede exigir del proveedor o prestador y observar si existe algún tipo de incumplimiento) (28).

Dentro de la normativa se contempla lo que en el derecho anglosajón es conocido como opt out (29), que consiste en la facultad que poseen los consumidores o usuarios que se encuentran dentro de la acción de clase de salirse de esta y por lo tanto no ser alcanzados por las pautas fijadas en la sentencia homologatoria, no es ni más ni menos que una excepción al efecto de cosa juzgada.

En estos casos, la forma de la presentación deberá adoptar las pautas requeridas por el juzgado de turno para lograr cumplir con los efectos mencionados, pudiendo nuevamente iniciar el reclamo ante el proveedor o prestador de forma individual (30).

Como se mencionó previamente si bien tenemos regulado el sistema de opt out, también existe su contracara que es el opt in. Este último consiste en determinar como parte del proceso a aquellas personas que soliciten expresamente ser parte de la acción. El problema que se presenta es que se deja de lado un gran número de individuos que en muchas ocasiones tienen una afectación, pero por circunstancias particulares (lejanía con el lugar del proceso, limitaciones socioeconómicas, etc.) no pueden hacer valer su voluntad de integrar la clase.

VIII. ¿Quién lleva adelante el control del cumplimiento del acuerdo?

Por otro lado, y en cuanto al cumplimiento del acuerdo, es viable la designación de un interventor veedor con la finalidad de que controle el desarrollo de este. Si bien en lo particular considero que dicha obligación (sobre todo por el tipo de derechos que se tutelan) debería recaer sobre el juez, en ciertas ocasiones debido a la cantidad de trabajo existentes en nuestros juzgados resultaría fácticamente imposible realizar los pertinentes controles.

Por otro lado, vale decir que una vez cumplido por el demandado (proveedor o prestador) el acuerdo, no podrá volverse a reclamar nada en dichos términos (esto dirigido a los integrantes del colectivo), incluso vale tener presente que el demandado podrá (dependiendo del proceso) utilizar la transacción o conciliación homologada como una excepción procesal (habrá que estarse al código de rito vigente en la materia).

IX. ¿Se cumple con el principio de reparación integral?

El principio de reparación integral (31) es un principio constitucional (art. 75, inc. 22, CN) del derecho de daños que debe ser cumplido de forma obligatoria por el juez al momento de dictar sentencia o incluso al momento de homologar un acuerdo (conciliatorio o transaccional), en caso de que exista algún gris o circunstancia que se observe que pueda llegar a vulnerar dicho precepto jurídico. Al momento de correrse vista al Ministerio Público Fiscal, este debería oponerse a la homologación del acuerdo (siempre que obviamente no sea un legitimado), también podrá oponerse a la homologación del acuerdo el juez interviniente si observa alguna situación que genere inconvenientes técnicos.

Previo a pronunciarme respecto de los rubros indemnizables debemos dejar en claro que el daño (art. 1737, Cód. Civ. y Com.) debe reunir ciertos requisitos para que sea procedente su reparación, el maestro Bustamante Alsina (32), consideraba que el daño debía ser cierto, subsistente, personal y debía engendrar un interés legítimo.

En cuanto a los rubros indemnizables, deberá abonarse el daño emergente, la incapacidad sobreviniente, el lucro cesante, la pérdida de chance y el daño punitivo, en lo particular también considero que la indemnización debe abarcar a los daños extrapatrimoniales (art. 1738, Cód. Civ. y Com.).

Interesante paradigma se presenta respecto del daño punitivo y el principio de reparación integral, recordemos que este último tiene

como finalidad colocar a quien sufrió el daño en el lugar que se encontraba previo a que aconteciera este. En lo particular considero que es un rubro plenamente indemnizable en el caso de las acciones colectivas consumeriles.

X. La cosa juzgada

La situación respecto de la cosa juzgada dentro del proceso colectivo reviste ciertos ribetes propios que la excluyen de las pautas tradicionales para distinguirla así de sentencias individuales que puedan ser dictadas por el juez.

Todos sabemos que la característica principal de este tipo de sentencias es que poseen efectos erga omnes, motivo por el cual serán extensibles a todos los miembros integrantes de la clase (vale poner de resalto lo importante que es la determinación de la clase) aun en aquellas situaciones que no hubieran intervenido en el proceso.

La doctrina ha elaborado ciertas críticas referidas a los efectos de la cosa juzgada (erga omnes), algunos consideran que podría violar el derecho de propiedad (art. 17, CN) con respecto a aquellos que no se consideraban como integrantes de clase. También mencionan que el acceso a la justicia se vería limitado como consecuencia de existir una sentencia firme puesto limitaría la posibilidad de iniciar una acción individual, otros posan sus observaciones sobre la extensión de los efectos de la sentencia para quienes no han participado del proceso. Hay también quienes consideran que nos encontramos en presencia de una vulneración de las facultades propias del Poder Legislativo, puesto la sentencia se asemejaría a una ley (por su generalidad).

Las menciones a las observaciones efectuadas por la doctrina que se describieron en el párrafo anterior, si bien son interesantes esgrimen un notable error, el cual consiste en no entender que nos encontramos en presencia de un proceso colectivo, donde el daño es colectivo y como consecuencia de ello la reparación asume dichas

características por lo que las reglas propias de los procesos tradicionales son difíciles de aplicar bajo este tipo de circunstancias.

Si se analizan los casos de sentencias del Máximo Tribunal, podemos decir que encontramos el caso "Monges" (33) o el caso "Defensor del Pueblo c. Estado Nacional" (34). Como se puede observar la característica de los efectos erga omnes vienen desde antaño. Sin perjuicio de ello existen casos de excepción a tal regla dentro del proceso colectivo, un primer caso se da con el ya visto opt out, pero también podrán impugnar el efecto erga omnes los miembros de la clase que demuestren que fueron afectados por la decisión sin haber tomado intervención dentro del proceso.

XI. ¿Qué caminos deberán adoptarse en la sentencia condenatoria?

La sentencia debe cumplir con las peculiaridades propias que presenta el caso. Por lo tanto, podemos encontrar sentencias que sean declarativas (buscan la certeza respecto a un acontecimiento en concreto), mientras que por el otro lado tenemos las sentencias condenatorias que obligaran al proveedor o prestador al cumplimiento de una obligación de dar, hacer o no hacer.

Entonces cuando nos encontramos en presencia de una sentencia condenatoria de contenido patrimonial, el juez podrá limitarse a declarar la responsabilidad del proveedor o prestador, quedando la cuantificación del daño (o indemnización) para una etapa posterior (35) (ej. ya fuere porque cada daño debe ser probado a través de un proceso especial, etc.).

Cuando estuviéramos en presencia de una sentencia resarcitoria (36), esta será la encargada de determinar el monto indemnizatorio que deberá abonar el proveedor o prestador, pudiéndolo hacer el juez de forma directa o fijando los lineamientos o criterios para su determinación (cuando la situación sea más compleja). El art. 54 del Estatuto Consumeril es claro al respecto,

ahora no debe olvidarse —al momento de determinar los parámetros para la indemnización— el cumplimiento del principio de integralidad con las características propias del derecho consumeril.

Por último, tenemos un sistema que implica tratar de recuperar los fondos obtenidos ilícitamente por el proveedor o prestador y que afectaron a los integrantes de la clase, sin obligar a estos a demostrar uno por uno el daño padecido. El derecho anglosajón se conoce como fluid recovery (en el art. 54 de la ley nacional 24.240 se conoce como sentencia con daños diferenciados para cada consumidor o usuario) y en el derecho nacional consiste básicamente en el inicio de la vía incidental requiriendo de forma previa que el demandado se haga cargo del total de las indemnizaciones. Paso seguido, como se mencionó previamente, a través de la vía incidental se debe probar el daño sufrido por cada uno de los miembros de la clase y cobrar así la indemnización que corresponda.

XII. ¿Qué ocurre con el daño punitivo en las acciones consumeriles de clase?

Los daños punitivos (también conocidos como multa civil o sanción pecuniaria disuasiva) han sido incorporados al régimen nacional a través de la reforma efectuada sobre la ley nacional 24.240 por la ley nacional 26.361 en el año 2008. Desde entonces el microsistema de responsabilidad consumeril ha sido el único en regular dicho instituto, puesto nuevamente se trata sobre el tema en el art. 64 de la LDC (ley nacional 27.442), resta decir que el anteproyecto de Código Civil y Comercial (actual ley nacional 26.994) regulaba la sanción pecuniaria disuasiva en el art. 1714, sin perjuicio de ello este nunca vio la luz puesto que fue derogado.

El instituto jurídico de los daños punitivos ha dado mucho que hablar, desde los primeros trabajos (37) que se elaboraron al respecto, se ha generado un gran revuelo dentro del ámbito del derecho de daños.

Gran cantidad de ríos de tinta han pasado por debajo del puente, generando en la doctrina una gran variedad de conceptos y criterios de determinación. Sin perjuicio de ello considero oportuna la posición adoptada por López Herrera, quien lejos de adjudicarse la conceptualización (que implica ni más ni menos que un señoreaje sobre el término) del instituto, en su libro eligió remitirse a conceptos brindados por la doctrina comparada dentro de su obra (38), que en lo particular considero se encuentra en la cúspide de la doctrina referida a la temática.

Vale tener presentes los conceptos dados por Favier, quien entiende que el daño punitivo, es una: "sanción, pecuniaria, disuasiva, gravosa aplicada a determinadas conductas y dirigida por la desidia y la especulación, causadora de daños injustificados" (39).

Picasso por su parte considera que los daños punitivos son: "otorgados en los supuestos de daños para castigar al demandado por una conducta particularmente grave, y para desalentar esa conducta en el futuro" (40).

El maestro Pizarro entiende que los daños punitivos son: "sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro" (41).

Así según entiendo, para observar si el instituto del daño punitivo se encuentra presente, el intérprete deberá atisbar la concurrencia de dos elementos fundamentales, por un lado, un aspecto de índole sancionador, mientras que por el otro encontramos aspectos de índole preventivos, la conjugación de dichas finalidades conlleva como lógico resultado tratar de prevenir cualquier tipo de hecho que se enmarque en los posibles ámbitos de aplicación de este.

Por último, desde la humildad de quien escribe estas palabras, considero pertinente conceptualizar al daño punitivo como el instituto jurídico, que a través de una sanción de índole económica que puede ser abonada en dinero o especie, busca prevenir, disuadir y castigar la comisión de actos realizados con dolo o culpa grave que vulneren directa o indirectamente los intereses de un sujeto de derecho.

El concepto brindado en el párrafo anterior obedece a la creencia de que el daño punitivo no solo debe aplicarse dentro del microsistema de responsabilidad de defensa del consumidor (ver leyes nacionales 24.240 —art. 52 bis— y 27.442 —art. 64—), sino que al mismo tiempo debe ser extensible (dentro de los términos que fije el legislador) a otro tipo de situaciones que no se encuentran reguladas en la actualidad.

Como se deduce, el daño punitivo tendrá lugar en cuanto a su aplicación en aquellas situaciones claramente delimitadas por el legislador a través de la norma, fuera de ella no corresponde que estos tengan existencia.

Lo que se quiere significar, es que el ámbito de vigencia actual de los daños punitivos se encuentra drásticamente reducido a los casos amparados por la ley nacional 24.240 (estos son aquellos incumplimientos graves que permitan enmarcar la conducta dentro del art. 52 bis de la norma consumeril) o en los casos regidos por la Ley de Defensa del Competencia (27.442).

Fuera de los regímenes mencionados en el párrafo precedente, el daño punitivo carece de existencia, por lo tanto, su aplicación y vigencia no es más que una simple utopía de algunos de quienes creemos que la modificación al art. 1714 del Anteproyecto de Código Civil y Comercial no fue más que un retroceso.

Ahora bien, retomando el tema, en el caso de la Ley de Defensa del Consumidor el art. 52 bis. (es vital interpretarlo de manera conjunta al art. 8º bis de la LDC) es el encargado de legislar de

forma primigenia sobre la materia, pero con grandes falencias que han sido descriptas por la doctrina más exquisita y que a modo meramente enunciativo repetiré de manera breve, puesto el tema ya ha sido tratado en forma abundante. Así, se le critica los presupuestos de aplicación (incumplimiento de las obligaciones legales o contractuales), el carácter facultativo de su imposición por parte del magistrado (el juez "podrá"), la índole del factor de atribución (aunque la doctrina mayoritaria considera que se requiere de culpa grave o dolo). También se pone en tela de juicio la frase que hace referencia a "la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso", también se le criticó la remisión al art. 47 para la gradación de la multa, esta crítica en la actualidad se ha tornado abstracta por la modificación realizada a través de la ley nacional 27.701 (art. 119). Por último, la doctrina minoritaria considera que estamos en presencia de un instituto jurídico que es incompatible con la Constitución Nacional por crear un tipo penal abierto.

Así lo dicho, el daño punitivo se aplicará cuando concurra un incumplimiento contractual u obligacional por parte del proveedor/prestador siempre que hubiere actuado con culpa grave o dolo, ponderando la gravedad del hecho y las demás circunstancias que lo rodean. Sin perjuicio de lo antes mencionado, el instituto también tendrá vigencia en aquellas situaciones donde concurra trato indigno y prácticas abusivas, como ser la "colocación de los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias", en sí cualquier tipo de actividad que por parte del proveedor implique humillación o menosprecio.

En el caso de la Ley de Defensa de la Competencia (27.442), el daño punitivo se encuentra legislado en el art. 64, el cual estipula: "Las personas que incumplan las normas de la presente ley, a instancia del damnificado, serán pasibles de una multa civil a favor del damnificado que será determinada por el juez competente y que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan".

Las causales de aplicación parecieran ser amplias por la variedad de casos que legisla la normativa de la competencia, pero en realidad únicamente están circunscriptas a los casos específicos de la norma, no pudiendo el juzgador extenderse en su aplicación (42).

Así, situaciones que den lugar a acuerdos entre competidores, concentraciones económicas, aquellos actos que tengan por objeto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado, aquellos que impliquen un abuso de la posición dominante, etc. (por cuestiones didácticas se recomienda al lector remitirse a los arts. 1º y 2º de la ley nacional 27.442).

Como se dijo previamente, fuera de las causales establecidas por la norma, no corresponderá la aplicación de ninguna multa civil. Es de gran importancia repetir dicho concepto, puesto de no ser así entendido el juez podrá incurrir en grave violación a los derechos constitucionales correspondientes a una de las partes de la controversia.

Con respecto a la acción de clases, la doctrina nacional se encuentra nuevamente dividida, hay quienes se pronuncian a favor (criterio que en lo particular que considero acertado) y quienes (43) consideran que el art. 52 Bis. no es compatible con el art. 54 del Estatuto Consumeril, nuevamente se puede decir que han corrido ríos de tinta otorgando los fundamentos a favor o en contra de su aplicación. Ahora bien, en lo particular (como adelanté renglones arriba) considero que la aplicación del art. 52 Bis., debe concurrir (o en su caso el art. 64 de la Ley de Defensa de la Competencia) siempre que exista una relación de consumo, puesto nuestra Carta Magna nacional ha fijado con claridad la aplicación del microsistema de responsabilidad consumeril de forma directa a la relación de consumo (art. 42, CN), el no cumplimiento de dicha pauta no significaría otra cosa que dejar de lado principios basamentales de esta rama del derecho.

Ahora bien, con relación al ámbito práctico la jurisprudencia se ha mostrado bastante reticente a la aplicación del daño punitivo y sobre todo en el caso de las acciones de clase, el fundamento de la determinación de la sanción con relación al proveedor/prestador considero que debe ser desechada, puesto como se trató en un punto anterior, la sentencia puede adoptar el criterio (determinado incluso por el art. 54 de la ley nacional 24.240) fluid recovery, a través del cual cada uno de los miembros de la clase tendrá un monto dedicado al rubro en comentario disímil a cualquiera de los otros integrantes buscando la equidad en su aplicación. De hecho, la multa civil debe ser destinada al consumidor, que otro sujeto distinto de aquel que la perciba (sobre todo estando en presencia de una acción de clase) no implicaría otra cosa que un enriquecimiento incausado teniendo en consideración el régimen jurídico vigente al momento de escribirse estas palabras.

XIII. Una decisión judicial de trascendencia local

La Provincia del Chubut no cuenta con gran variedad de precedentes judiciales en el marco del derecho consumeril que estén vinculados a acciones de clase. Sin perjuicio de ello existen algunos pocos que destacan en cuanto a su modo de solución por parte de los juzgadores.

El precedente "P., C. F. c. T. M. A. S.A. s/ Acción de Clase" (Expte. Nº 103 - Año: 2021 CANO) decidido por los jueces Petris, Flass y Früchtenicht, es una de las sentencias a destacar dentro de la ausencia total de un marco procesal jurídico referido exclusivamente a las acciones colectivas.

En cuanto a los hechos, el caso se basa en un reclamo realizado por un particular a una compañía de telefonía celular debido a la continua falta de servicio. Lo interesante del fallo es el reconocimiento de los daños punitivos aplicados a la demandada, siendo los estos cobrados por los afectados (o sea, los integrantes de

la clase tutelada) y no por organizaciones públicas o incluso el propio actor.

El tribunal deja en claro que los daños punitivos no poseen carácter accesorio, sino que son autónomos e independientes de otras indemnizaciones, tienen un función sancionatoria y preventiva que busca —valga la redundancia— prevenir y punir graves conductas del dañador, al ser de origen legal es el legislador quien determina su existencia y el destino al cual deben dirigirse las sumas dinerarias obtenidas bajo este rubro.

Siguiendo los fundamentos de la sentencia, los jueces se explayan entendiendo que el art. 52 bis debe ser interpuesto al proveedor que no cumpla con sus obligaciones legales o contractuales, por otro lado y en cuanto a su graduación entienden que el juez debe considerar: 1) La gravedad del hecho (el perjuicio social producido por el proveedor); y, 2) Demás circunstancias, si bien este último requisito es impreciso, aducen que permite al juzgador introducir como pauta de valoración la cuestión del beneficio obtenido por el proveedor a través de la conducta que se pretende punir.

Respecto al art. 54 del Estatuto Consumeril, los juzgadores entienden que no concurre ningún aspecto técnico limitante en cuanto a la aplicación del daño punitivo, motivo por el cual habrá que apelar a los métodos determinados en la norma a fin de poder solucionar cualquier inconveniente que se pueda llegar a presentar.

Finalmente resta decir que la sentencia de Cámara enuncia los criterios que vengo esbozando a lo largo del presente trabajo y de muchos otros. Entiendo que el daño punitivo es parte integrante del microsistema de responsabilidad de defensa del consumidor y que tiene como finalidad esencial prevenir y punir debiendo ser su destinatario el actor o en el caso de acciones de clase, los miembros integrantes de la misma.

XIV. Conclusión

Luego de haber realizado un análisis integral de las cuestiones sometidas a investigación se puede decir que se generaron las siguientes conclusiones:

a) El Congreso de la Nación y las legislaturas provinciales deben regular en sus códigos rituales los procesos colectivos.

b) La regulación de los procesos colectivos deberá realizarse teniendo en cuenta la materia sobre la que versen, a través de este trabajo se deja en claro que no es lo mismo la restitución de sumas dinerarias, la aplicación de sanciones o la recomposición del medio ambiente.

c) La Corte Suprema de Justicia de la Nación y los superiores tribunales provinciales deben abstenerse de regular institutos procesales, puesto no son facultades propias y al hacerlo vulneran directamente derechos constitucionales y la organización estatal, sobre todo el principio republicano de división de poderes surgido como una respuesta a la concentración de facultades en el monarca absolutista, que no debería existir.

d) El daño punitivo si bien surgió en el derecho anglosajón, en la actualidad integra nuestro ordenamiento jurídico (en dos leyes nacionales —24.240 y 27.442—), motivo por el cual, los jueces no pueden abstenerse de aplicarlo cuando hubiere sido debidamente peticionado en el escrito de demanda y se reunieren los requisitos de ley.

e) El art. 54 de la Ley de Defensa del Consumidor no impone limitación alguna para la aplicación de los daños punitivos y su distribución entre los individuos que integran la clase.

f) Destinar los daños punitivos a organismos o miembros que no integraran la clase va en contra de la normativa actual y vigente, motivo por el cual la sentencia no se ajustará a derecho.

(1) CS, Fallos: 332:111.

(2) GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R., "Los daños colectivos y la reparación", Ed. Universidad de Buenos Aires, 1993, 1ª ed.

(3) NALLAR, Florencia - DE ARRASCAETA, Arturo, "Acción de clase: tutela de derechos de incidencia colectiva: difusos individuales homogéneos", Ed. Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2019, 1ª ed., p. 19.

(4) "Adair vs. New River Co." (1805), 11 Ves. Jun. 429.

(5) La ley nacional 25.675 (Ley General del Ambiente), si bien mencionó los procesos colectivos —art. 30— no lo reguló con la "profundidad" que lo hizo el régimen consumeril.

(6) Art. 14 del Cód. Civ. y Com. Derechos individuales y de incidencia colectiva. En este código se reconocen: a) derechos individuales; b) derechos de incidencia colectiva. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general.

(7) Art. 240 del Cód. Civ. y Com. Límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes. El ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes mencionados en las Secciones 1ª y 2ª debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva. Debe conformarse a las normas del derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público y no debe afectar el funcionamiento ni la

sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial.

(8) Art. 57 de la Const. del Chubut. Toda persona tiene legitimación para obtener de las autoridades la protección de los derechos difusos de cualquier especie reconocidos por esta Constitución, sin perjuicio de la responsabilidad del Estado.

(9) JFed. CAD Nº 2, "Kattan, Alberto E. y Otro c. Gobierno Nacional - Poder Ejecutivo", 10/05/1983.

(10) CS, Fallos: 332:111, TR LALEY AR/JUR/182/2009.

(11) CS, Fallos: 340:47, TR LALEY AR/JUR/66/2017.

(12) CS, Fallos: 323:1339, TR LALEY AR/JUR/930/2000.

(13) CS, Fallos: 328:1147.

(14) CS, Fallos: 329:2316, TR LALEY AR/JUR/1945/2006.

(15) CS, Fallos: 336:1236.

(16) CS, Fallos: 337:1024, TR LALEY AR/JUR/49753/2014.

(17) CS, Fallos 339:1077, TR LALEY AR/JUR/52079/2016.

(18) CS, Fallos: 339:122.

(19) Conf. NALLAR, Florencia - DE ARRASCAETA, Arturo, "Acción de clase: tutela de derechos de incidencia colectiva: difusos individuales homogéneos", Ed. Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2019, 1ª ed., p. 197.

(20) Conf. BIANCHI, Alberto B., "Las acciones de clase. Una solución a los problemas procesales de la legitimación colectiva a gran escala", Ed. Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2001, 1ª ed.

(21) Conf. PINESE, Graciela G. - CORBALÁN, Pablo S., "Ley de defensa del consumidor: Ley 24.240 modificada por las leyes 24.568, 24.787, 24.999 y 26.361", Ed. Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2018, 2ª ed., p. 300.

(22) Previo a todo análisis corresponde tener presente que la ley exige para la viabilidad de la transacción que exista: 1) Capacidad para transigir; 2) Poder especial; 3) Que se trate de derechos transigibles por lo que quedan fueran aquellos que fueran indisponibles. Cabe también tener presente que el poder especial —como veremos más adelante— es de difícil cumplimiento, puesto lo tendrá el abogado respecto del sujeto legitimado (afectado, asociaciones de consumidores y usuarios, etc.), pero no respecto de la totalidad de los integrantes de la clase, por ello es tan importante la notificación o publicidad que se haga no solo de la existencia del pleito (Acordada 32/2014) sino también de las cláusulas del acuerdo a homologar.

(23) Ver: Art. 309 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación.

(24) El gobierno libertario adujo respecto del nivel de eficiencia del COPREC, que durante todo el año 2024 se resolvieron efectivamente (de los 108.762 casos que hubo) el 28% de los reclamos, se cerraron sin acuerdo el 18%, el 7% fueron rechazados por no cumplir con los requisitos mientras que el 47% quedó pendiente de tramitación.

(25) Ver: Arts. 1641 y 1643 Cód. Civ. y Com.

(26) Como se dijo previamente se requerirá de la concurrencia de: 1) Derechos que estén disponibles, (ver: "Municipalidad de Berazategui c. Aguas Argentinas SA". JA, 2006-IV,

238); 2) Que el colectivo se encuentre bien representado (entra en juego el opt out); 3) El contenido del acuerdo, permitiendo que el magistrado arribe a la convicción firme de que es beneficioso para la clase.

(27) Conf. VERBIC, Francisco, "Introducción a los procesos colectivos", Ed. Editores del Sur, Buenos Aires, 2021, 1ª ed., p. 172.

(28) Ver: "Mullane v. Central Hanover Bank & Trust Co." 330 U.S. 306 (1950).

(29) Ver: KAMERBEEK, Tomás A., "Acciones de clase, procesos de consumo y planes de ahorro", TR LALEY AR/DOC/476/2025.

(30) Conf. TAMBUSSI, Carlos E. (Dir.), "Ley de Defensa del Consumidor", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2019, 2ª ed., ps. 358 y 359.

(31) En el precedente "Ontiveros" (CS, Fallos: 340:1038), la Corte Suprema retoma el concepto de responsabilidad integral (vale tener presente el voto en disidencia del Dr. Lorenzetti, donde iguala los conceptos de reparación plena e integral —postura que en principio no comparto—), estando el mismo, más vinculado a los Tratados Internacionales. Misma situación acontece en la causa "Grippo, Guillermo Oscar, Claudia P. Acuña y otros c. Campos Enrique Oscar y otros s/ Daños y Perjuicios (Acc. Trán. c/ Les. O Muerte)" del 2 de septiembre de 2021, donde el tribunal cimero nuevamente sienta la importancia del principio de reparación integral y de forma conjunta establece la importancia de las fórmulas matemáticas en el cálculo de los daños.

(32) Conf. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "Teoría de la responsabilidad civil", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2007, 9ª ed., ps. 170 a 174.

(33) CS, Fallos 319:3148, TR LALEY AR/JUR/1334/1996.

(34) CS, Fallos: 332:1759, TR LALEY AR/JUR/25134/2009.

(35) En el derecho estadounidense se conoce como downstream.

(36) En el derecho estadounidense se llama upstream.

(37) Conf. PIZZARO, Ramón D., "Daños Punitivos", en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída - PARELLADA, Carlos Dir., "Derecho de Daños. Homenaje al Profesor Doctor Félix A. Trigo Represas", Ed. La Rocca, Buenos Aires, 1993, 2ª Parte, ps. 287 a 337; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "¿Conviene la introducción de los llamados Daños Punitivos en el derecho argentino?", en Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Segunda Época, Año XXXVIII, Nº 31, 1993, Buenos Aires, 1994, ps. 71 a 128; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "Los llamados daños punitivos son extraños a nuestro sistema de responsabilidad civil", LA LEY, 1994-B, 860; entre otros.

(38) Ver: LÓPEZ HERRERA, Edgardo, "Los daños punitivos: Naturaleza. Tipos. Jurisprudencia comparada. Análisis económico. Aplicación al derecho del consumidor", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, 2ª ed., ps. 17 y 18.

(39) Conf. FAVIER, Daniela, "Daños Punitivos", Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2020, 1ª ed., p. 11.

(40) Conf. PICASSO, Sebastián, en PICASSO, Sebastián - VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. (Dir.), "La Ley de Defensa del Consumidor, comentada y anotada", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2009, 1ª ed., T. I, p. 593.

(41) Conf. PIZZARO, Ramón D., "Daños Punitivos", en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída - PARELLADA, Carlos (Dir.), "Derecho de Daños. Homenaje al Profesor Doctor Félix A. Trigo Represas", Ed. La Rocca, Buenos Aires, 1993, 2ª Parte, ps. 287 a 337.

(42) Recordemos que la imposición de sanciones debe tener ciertas restricciones, más allá de que particularmente propicie la extensión del daño punitivo en su vigencia a otros casos, pero esto debe ser ejercitado dentro de parámetros preestablecidos por la norma.

(43) Ver: OTAOLA, María A., "Una visión pragmática sobre las acciones de clase", TR LALEY AR/DOC/2880/2021.

Análisis filosófico del derecho consumeril

por Mariano Palma

Disponible en: https://www.informacionlegal.com.ar/
Publicado en: La Ley Next Online
Cita online: TR LALEY AR/DOC/2457/2025
[Consultado el: 12/01/2026]

Sumario

I. Introducción.— II. Vigencia y validez del régimen de defensa del consumidor.— III. El estado actual de la vigencia jurídica del micro sistema de responsabilidad consumeril. — IV. El in dubio pro consumidor. Desarrollo de la situación.— V. La resolución de conflictos normativos por aplicación de principios como el "in dubio pro consumidor".— VI. Conclusión.

I. Introducción

Harto debatido en el ámbito de la Filosofía del Derecho es el tema relacionado al sistema jurídico y el orden jurídico, interesante criterio es el mantenido por el maestro Eugenio Bulygin (1) quien considera al sistema jurídico como un conjunto de normas (2), mientras que al orden jurídico como una secuencia de sistemas jurídicos.

Los criterios expuestos en el párrafo precedente son trascendentales para el desarrollo de la hipótesis de investigación que se propone desarrollar en el presente trabajo.

La irrupción del régimen de Defensa del Consumidor en el año 1993 a través de la ley 24.240 viene a servir de claro ejemplo que debe ser analizado en la interacción del sistema jurídico nacional. El caso reviste interesantes ribetes, puesto que, con posterioridad a la entrada en vigencia del microsistema de responsabilidad, se presenta

el caso particular de su constitucionalización a través del art. 42 que fuera incorporado por el convencional constituyente en la reforma de 1994 a la carta magna nacional.

De esta manera, conceptos como los de validez-vigencia (3), sistemas jurídicos (4) dinámicos, sistemas jurídicos estáticos y aplicación de principios jurídicos para la solución de controversias técnicas que pueden presentarse en la efectivización del régimen consumeril, generan la posibilidad de realizar un análisis desde la filosofía del derecho tomando en consideración dichos aspectos y plasmándolos desde la mirada de los autores que integran la mentada rama.

El caso de la validez-vigencia de la Ley de Defensa del Consumidor no es menor —más allá de la constitucionalización de ciertos principios que integran el microsistema de responsabilidad— ya que las diversas modificaciones que ha sufrido la norma originaria, sumado a la interrelación que presenta con otras normas dentro del sistema jurídico, hacen que se convierta en un verdadero sistema de interacciones normativas con supremacía constitucional como así también infraconstitucional.

Una situación, que también se analizará en el desarrollo del presente trabajo, será la incorporación del principio de *in dubio pro consumidor* (5), teniendo en consideración que dicho principio viene a salvar o aplicar la normativa más favorable para el consumidor. Este principio, no es ni más ni menos que una derivación del principio de *in dubio pro reo* (6), más utilizado en el ámbito del Derecho Penal.

Lo cierto es que el régimen jurídico de defensa del consumidor ha generado una irrupción que modifica los parámetros de interpretación normativa y obliga a la intervinculación de distintas ramas del derecho a fin de que puedan ser resueltos los conflictos que puedan presentarse al momento de aplicar la ley.

Dada la abundancia normativa (algunos pueden considerar que estamos en presencia de una sobre regulación) la situación descripta *ut supra* no es de simple solución y en muchas ocasiones el intérprete —que *prima facie* es el abogado (7)— deberá meter mano a principios propios de la filosofía del derecho para poder resolver los conflictos técnicos que se presenten en el acontecer del ejercicio profesional.

II. Vigencia y validez del régimen de defensa del consumidor

Un tema no menor a dilucidar es el de la aplicación de la norma, teniendo en consideración un tiempo dado y un espacio territorial concreto. Estas pautas serán la esencia de la resolución de conflictos, puesto permitirán al intérprete aplicar normas que estén vigentes según fuere el momento temporal específico.

La cuestión por trillada que algunos quieran hacerla parecer no lo es en lo más mínimo, puesto que un error en la forma de aplicar el derecho conllevará la derrota en el pleito judicial y a su vez implicará una mala praxis por parte del abogado.

Bulygin hace un interesante análisis en su manuscrito "tiempo y validez" (8) donde pone en términos asequibles un desarrollo teórico referido a la eficacia de la norma observando un momento determinado de vigencia y teniendo en cuenta si la norma fue dictada por autoridad competente.

En el caso de la ley 24.240 en cuanto a su validez, el primer aspecto a observar es si ha sido dictada por autoridad competente. Tenemos en claro que estamos en presencia de una norma destinada a regular las relaciones jurídicas que derivaban de los vínculos de consumo, o sea destinada a tutelar a consumidores y usuarios, por ello debía ser el Congreso Nacional (Poder Legislativo Nacional) el encargado de llevar adelante su emisión —vale recordar que se invita a las provincias a adherir a la misma—.

En cuanto a su validez normativa al momento de su dictado (1993) dicha norma tenía un contenido normativo absoluto, no existiendo otra norma que determinara su aplicación a la solución de los casos regidos por ella.

Siguiendo el desarrollo de las ideas tenemos dos criterios más que deben ser sumados, el de pertenencia y el de aplicabilidad. En el caso que estamos tratando vale recordar al lector que la ley 24.240 se sancionó en 1993 previo a la reforma Constitucional de 1994 que incorporó al art. 42 CN (referido a los derechos de usuarios y consumidores) y que a su vez es también previa a la ley 26.994 (o Cód. Civ. y Com., que adopta articulado referido a la defensa de consumidores y usuarios).

De esta manera, la pertenencia se dará durante el año 1993 y parte del año 1994 de forma única o directa ya que no existirá otro régimen jurídico aplicable más que el establecido por el estatuto consumeril.

Observemos que en el párrafo precedente se hace referencia exclusiva a un período de tiempo determinado (la Ley de Defensa del Consumidor, 15 de octubre de 1993, mientras que la Constitución reformada inició su vigencia el 22 de agosto de 1994), el mismo marca con claridad la pertenencia, ya que luego de la incorporación del art. 42 CN, el sistema de defensa del consumidor se ve alterado por la incorporación con rango constitucional de la "relación de consumo", tipo de vínculo jurídico que no va solo a limitarse a las relaciones contractuales (en cuanto a la aplicabilidad de la ley 24.240), sino a todas las relaciones que sean consideradas de consumo.

Lo que podemos decir es que el ámbito de aplicabilidad de la norma se modifica con el surgimiento de otra norma de la cual obtiene su validez, por lo tanto, tampoco tendría luego de la reforma a la CN de 1994 un contenido normativo absoluto sino relativo.

Por lo que si vemos el caso particular de estudio (ley 24.240 a lo largo de los años), pasa de ser un sistema absoluto a relativo luego de la reforma de la Constitución Nacional y se termina de confirmar con la sanción de la ley 26.994 —Cód. Civ. y Com.—.

Por lo que podemos decir que la ley 24.240 perteneció como sistema jurídico con validez normativa absoluta durante T (que fue el plazo que se mencionó previamente entre la promulgación de la ley en análisis y la entrada en vigencia de la Constitución reformada), luego de la reforma constitucional, T, paso a ser T1, siendo T1 el demarcador del nuevo sistema jurídico imperante sin que existan en T1 ningún tipo de derogación.

El período T1 al que se hace mención en el párrafo precedente se mantendrá hasta T2 que será cuando ingresen nuevas reformas a la Ley de Defensa del Consumidor, lo que provocará el surgimiento de un nuevo sistema jurídico.

Entonces, siguiendo el criterio de Bulygin, el período (temporal) durante el cual una norma tiene existencia es denominado "tiempo externo", el cual será desde octubre de 1993 a agosto de 1994, durante dicho extracto temporal la norma será aplicable a casos en particular y dicha aplicación el gran maestro la denomina "tiempo interno" (por lo que el tiempo interno se vincula con la aplicación de texto legal).

Ahora pensemos lo siguiente, el "tiempo interno" (en el caso de la ley 24.240) puede aplicarse aun después de modificada, puesto la misma resolverá los conflictos que puedan presentarse durante su vigencia.

Lo dicho en el párrafo anterior se puede plasmar en un claro ejemplo, la ley 24.240 en su redacción original no (9) contemplaba la "relación de consumo" la cual fue incorporada por el art. 42 CN, por lo que previo a la entrada en vigencia de la Constitución de 1994, solo eran tuteladas las relaciones consumeriles derivadas de contratos

(gratuitos u onerosos) no así aquellas que provinieran de la "relación de consumo", por lo tanto —siempre que el reclamo no estuviere prescripto—, luego de reformarse la ley 24.240 como consecuencia de los nuevos lineamientos sentados por el art. 42 CN, los problemas que surgieran durante la vigencia de la ley serían los resueltos por ella.

III. El estado actual de la vigencia jurídica del micro sistema de responsabilidad consumeril

La situación actual del régimen de Defensa del Consumidor trae consigo aparejados ciertos problemas que pueden llegarse a presentar a la hora de resolver un caso que pueda ser tutelado por esta normativa.

Debemos tener en consideración que la ley 24.240 (con sus sucesivas reformas) (10) comienza a interactuar dentro de un sistema jurídico propio —que podemos llamar microsistema de responsabilidad consumeril— a través de distintas normas que lo componen.

Así el actual sistema (o micro sistema de responsabilidad) tiene en su cúspide a la Constitución Nacional (art. 42 CN), sigue la ley 24.240, el Cód. Civ. y Com. (ley 26.994), la Ley de Defensa de la Competencia (ley 27.442) y el régimen de Lealtad Comercial (dec. 274/2019) (11).

Se encuentra fuera de debate que el principio rector en la materia lo sienta la conjugación del art. 42 CN y la ley 24.240, siendo las restantes normas complementarias a la hora de su aplicación a la solución de controversias.

De lo dicho hasta ahora entonces se puede entender que un sistema jurídico (en el caso de la Defensa de Consumidores y Usuarios) es un concepto estrecho, como bien lo manifiesta Bulygin, puesto en el caso particular sobre el que estamos trabajando encontramos normas de diferentes jerarquías y distintas ramas del

derecho que mantienen relaciones jerárquicas entre normas del propio sistema, pero también en su relación con normas ajenas al mismo.

Así lo dicho, Bulygin referenciando la distinción que realiza Hart, comenta que existen: "normas de primer nivel (o reglas primarias en la terminología de Hart) imponen deberes y prohibiciones a los sujetos jurídicos y les otorgan permisos o autorizaciones. Normas de nivel superior (reglas secundarias en la terminología de Hart) confieren poderes, públicos y privados, e imponen obligaciones a los jueces y otros funcionarios aplicadores del derecho. Normas de tercer nivel que regulan la aplicabilidad de las normas de segundo nivel" (12).

IV. El in dubio pro consumidor. Desarrollo de la situación

El principio de *in dubio pro reo* claramente ha traído consigo una catarata derivativa en cuanto a su aplicación, ya que no solo rige en el ámbito del Derecho Penal, sino que también lo hace en el Derecho Administrativo (13) y como veremos en el presente punto en el estatuto del consumidor.

Es el art. 3 (14) de la Ley de Defensa del Consumidor el encargado de incorporar el mentado principio, cuando dispone: "en caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor" (15), dejando de esta manera en claro cuál es la pauta interpretativa que debe tener el juez al momento de resolver la controversia.

Incluso la Corte Suprema fija un criterio interesante al respecto: "En virtud del principio *in dubio pro consumidor* que gobierna la materia consumeril, ante supuestos en los que no surja inequívoca la existencia de una relación de consumo o su presencia pueda resultar dudosa y requiera de un examen circunstanciado que la determine —y más allá de que finalmente se desestime la pretensión por no verificarse dicho vínculo—, la cuestión deberá ser dirimida a la luz del

citado principio con las consecuencias que se derivan de ello en los distintos ámbitos, entre los que cabe incluir, obviamente, al beneficio de justicia gratuita (Voto del juez Rosatti). —El juez Maqueda, en disidencia parcial, consideró inadmisible el recurso extraordinario (art. 280 Cód. Proc. Civ. y Com.)—" (16).

Algunos podrán pensar que nos encontramos en presencia de un criterio para la resolución de las lagunas jurídicas (17) que puedan llegar a presentarse, lo cierto es que la puesta en práctica del mentado principio tiene implicancias trascendentales en la solución de las controversias que puedan llegar a suscitarse al momento de aplicar la ley (o dicho en otros términos la ley correcta).

Si partimos de la base que el sistema normativo que rige los acontecimientos es aquel que se encuentra vigente al momento del hecho que se pretende tutelar, la situación de la elección de la normativa aplicable sería de fácil solución puesto solo con contrarrestar la ley con el tiempo obtendremos como resultado la solución del conflicto.

Cuando incorporamos a la receta el principio de *in dubio pro consumidor* —como regla de interpretación— la situación cambia, el derecho aplicable será el que existía al momento de acontecer el hecho, pero tendrán ultractividad o retroactividad aquellos principios que tutelen de mejor manera los derechos de consumidores y usuarios siempre que fueren establecidos por la normativa.

Lo que se quiere sostener es que en la práctica el juez deberá observar al momento de acaecido el hecho cuál es la normativa más benigna para el consumidor —principio que debe extenderse también a la interpretación probatoria (18)—, para dar una solución al caso concreto bajo análisis.

Entonces, haciendo un breve repaso de lo enunciado hasta ahora, podemos decir que la ley 24.240 entró en vigencia en octubre de 1993, siendo que originariamente la misma no contenía el principio

analizado en este acápite por lo que tenemos un primer momento que podemos nombrar como T, luego en el año 2008 se efectúan ciertas reformas sobre el texto de la normativa a través de la ley 26.361 incorporando el principio de *in dubio pro consumidor* (o interpretación más favorable), lo que podríamos llamar T1, por lo que todos los acontecimientos regidos durante la vigencia de T1 tendrán la posibilidad de ser resueltos bajo el prisma del mentado principio que se comenta en el punto en desarrollo, tomando en consideración el juzgador todas las normas que pertenecen al sistema para realizar la resolución del caso de forma coherente (19).

Por último, resta decir que, por aplicación del principio bajo estudio, los cambios de interpretación respecto a las normas y aplicación de las mismas variarán según sea el caso que se pretende resolver, estamos en presencia de un "verdadero traje a medida" que deberá ser medido por el juez, sin embargo, ello no significa que se modifique la ley —se le otorgaría al magistrado una función de la cual carece por manda constitucional (20)—.

V. La resolución de conflictos normativos por aplicación de principios como el "in dubio pro consumidor"

Grandes autores (21) del derecho han sostenido que los conflictos entre normas jurídicas, siempre que estas sean válidas, no pueden existir puesto no es viable la presencia de contradicciones entre las mismas.

Dworkin (22) plantea una posición intermedia a la de los autores mencionados en el primer párrafo, al sostener que las reglas jurídicas no entran en conflicto más sí lo hacen los principios jurídicos (23).

Más allá de lo comentado en el párrafo anterior, lo cierto es que los conflictos entre normas existen en la práctica diaria del ejercicio profesional y corresponde tanto a abogados como a jueces

tratar de arbitrar los medios necesarios para poder llevar adelante la solución de conflicto conforme a derecho.

Primero el abogado al momento de redactar la demanda (deberá observar qué principio jurídico y norma rigen la situación) y en segundo término el juez, al momento de dictar la sentencia que resolverá el caso, deberá echar mano a la ley, pero también a los principios constitucionales que rigen la situación.

Entendiendo que la Constitución de la Nación se encuentra en la cúspide normativa, las pautas que fije serán superiores a la ley, motivo por el cual no quedan dudas respecto a cómo se deberá resolver al momento de aplicar el derecho. Ahora en el caso de conflicto normativo, por aplicación del principio de *in dubio pro consumidor*, corresponderá resolver en los términos de la norma que fuere más favorable al consumidor frente al proveedor/prestador.

¿Estamos en presencia de lagunas del derecho? La respuesta no puede ser afirmativa (24), puesto las situaciones encuentran regulación jurídica, en realidad nos encontramos en presencia de una norma que fija pautas de interpretación que no podrán ser dejadas de lado por el juzgador al momento de resolver el conflicto puesto en su estrado.

Cerrando el tema, la situación no es de simple solución, el juez deberá analizar las particularidades del caso y en base a ello resolver la situación de la manera más favorable para el consumidor/usuario, siempre haciendo uso de los criterios lógicos y filosóficos que podrán fundar la razonabilidad de —en este caso— la sentencia judicial.

VI. Conclusión

De lo trabajado hasta el presente se obtienen las siguientes conclusiones:

1. La vigencia normativa tiene una obligatoria relación con el tiempo al momento de aplicar la ley para la resolución del caso concreto.

2. Los principios de interpretación normativa son pautas obligatorias para el juzgador a la hora de llegar a una resolución más justa del conflicto.

3. El principio de *in dubio pro consumidor*, no puede ser dejado de lado por el juzgador, ello surge de diversos precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

4. El criterio de Dworkin respecto a la colisión de las reglas jurídicas se considera el correcto.

5. Luego de realizar un análisis de la situación se comparte el criterio de Bulygin respecto de la validez y su relación con el tiempo referidos a las normas y su aplicación.

(1) Ver: ALCHOURRÓN, Carlos E., BULYGIN, Eugenio, "Análisis lógico y derecho", Ed. Trotta, Madrid, 2021, ps. 639 a 659.

(2) A lo largo del trabajo se analizará si estamos en presencia de un sistema estático o dinámico en cuanto a sus cambios.

(3) Bulygin se refiere a este aspecto como "tiempo y validez". En lo particular considero que validez y vigencia serían términos más apropiados para describir la situación que se da al momento de aplicar la norma y analizarla en el caso concreto. Sin perjuicio de lo dicho, la distinción realizada en el párrafo anterior es meramente subjetiva.

(4) Ver: ALCHOURRÓN, Carlos E., BULYGIN, Eugenio, "Sistemas normativos", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2015, 2ª ed., 1ª reimp., p. 94.

(5) Conf. PINESE, Graciela G., CORBALÁN, Pablo S., "Ley de defensa del consumidor: Ley 24.240 modificada por las leyes 24.568, 24.787, 24.999 y 26.361", Ed. Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2018, 2ª ed., p. 36.

(6) Derivan del mismo, varios principios según el tipo de rama del derecho en la que estemos actuando, por ejemplo, el *in dubio pro administrado* para el Derecho Administrativo, etc.

(7) Vale tener presente (con aciertos o desaciertos) que las controversias jurídicas llegan deglutidas a los tribunales (sobre todo en el caso de la determinación de la competencia — en la materia y en lo territorial—), por lo que el juez —más allá que deba realizar los controles pertinentes— debe avocarse exclusivamente a la solución del conflicto.

(8) Ver: ALCHOURRÓN, Carlos E., BULYGIN, Eugenio, "Análisis lógico y derecho", Ed. Trotta, Madrid, 2021, p. 229.

(9) Por lo que el juez debía aplicar la ley 24.240 (redacción primigenia) a todos los contratos que hubieran generado problemática estando bajo su régimen jurídico vigente y no la existente al momento de interponer la demanda.

(10) 1) Ley 24.568 del año 1995; 2) Ley 24.787 del año 1997; 3) Ley 24.999 del año 1998; 4) Ley 26.361 del año 2008; 5) Ley 26.993 del año 2014; 6) Ley 26.994 del año 2014; 7) Ley 27.250 del año 2016; 8) Ley 27.265 del año 2016; 9) Ley 27.266 del año 2016; 10) Ley 27.444 del año 2018; 11) Ley 27.701 del año 2022.

(11) Ver: TAMBUSSI, Carlos E., "Ley de defensa del consumidor", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2019, 2ª ed., ps. 44 y 45.

(12) Conf. ALCHOURRÓN, Carlos E., BULYGIN, Eugenio, "Análisis lógico y derecho", Ed. Trotta, Madrid, 2021, p. 237.

(13) En el régimen administrativista tiene vigencia el principio de *in dubio pro administrado*.

(14) También podemos encontrarlo en el art. 25 y 37 del mismo plexo normativo, ya pasando a otros órdenes jurídicos lo encontramos en los arts. 1094, 1095 y 1119 Cód. Civ. Y Com.

(15) Art. 3, ley 24.240. TR LALEY AR/LCON/2MS5.

(16) CS, "A.C.U.D.E.N. c. Banco Provincia del Neuquén s/ daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual", 28/10/2021, CSJ 002585/2017/CS001. TR LALEY AR/JUR/170251/2021.

(17) Interesante es el criterio seguido por ALCHOURRÓN y BULYGIN en su obra "Sistemas normativos" cuando en el capítulo "El problema de la relevancia y las lagunas axiológicas", tratan sobre como los sistemas resuelven los problemas de lagunas teniendo en consideración los universos de casos respecto de los cuales deben responder.

(18) Conf. CCiv. y Com., Sala I, "Delgado, María Elena c. Banco de Formosa SA y/o Q. R. J. R. s/ medida autosatisfactiva", 31/08/2023. TR LALEY AR/JUR/129723/2023.

(19) Ver: ALONSO, Juan P., "Interpretación de las normas y derecho penal", Ed. Didot, Buenos Aires, 2016, 1ª ed., ps. 373 a 375.

(20) Conf. ALCHOURRÓN, Carlos E., BULYGIN, Eugenio, "Sistemas normativos", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2015, 2ª ed., 1ª reimp., p. 137.

(21) Un claro ejemplo de ello lo son: Bentham y Austin.

(22) Ver en: "Legal principles and the limits of law", *The Yale Law Journal*, vol. 81, nro. 5, apr., 1972, ps. 823 a 854, ALONSO, Juan Pablo y CALZETTA, Alejandro D. (trads.). DOI: 10.2307/795152.

(23) Dworkin entiende que, si las reglas jurídicas plantean una determinada forma de actuar, dichas acciones deberán estar realizadas como se plantean en la norma. Es la propia norma la que incluye todas sus excepciones, siendo imposible plantear conflicto normativo alguno.

(24) Conf. ALCHOURRÓN, Carlos E., BULYGIN, Eugenio, "Sobre el concepto de orden jurídico", *Crítica: Revista Hispanoamericana de Filosofía*, vol. 8, nro. 23, agosto de 1976, ps. 3- 23.

Luces y sombras respecto de la irrevocabilidad e irrecurribilidad del veredicto absolutorio del jurado popular

por Mariano Palma

Disponible en: https://www.informacionlegal.com.ar/
Publicado en: DPyC 2026 (mayo), 96
Cita online: TR LALEY AR/DOC/823/2026
[Consultado el: 11/05/2026]

Sumario

I. Introducción.— II. El pueblo no delibera ni gobierna sino a través de sus representantes.— III. El veredicto y su irrevocabilidad.— IV. Los Tratados sobre Derechos Humanos con Jerarquía Constitucional y la necesidad de recurso de revisión V. Los acontecimientos del caso.— VI. El desarrollo del juicio oral ante el jurado ¿es un show?— VII. La responsabilidad del fiscal como funcionario público ante un veredicto absolutorio.— VIII. El jurado mixto como única solución.— IX. Conclusión.

I. Introducción

Ante las monarquías absolutistas que tuvieron lugar durante gran parte del primer milenio (recordemos que era la forma de gobierno preponderante) surge la idea de república, como sistema que tiende a limitar el poder del soberano (que vale tener presente este provenía de dios) y funda su razón de ser en la idea la representatividad (los gobernantes van a obtener su poder a partir de la representación social que posean) (1), eliminando de cuajo todo vestigio de autoritarismo y favoritismo (según lo considero fue parcial).

Así, la Constitución de Estados Unidos (2) —redactada en Filadelfia, 1787— va a ser el primer instrumento jurídico que abra el camino al constitucionalismo frente al estado monárquico absolutista, la república va a comenzar a regir poco a poco a lo largo y ancho del planeta teniendo como principal función la limitación al poder y la adjudicación de responsabilidad frente a poblaciones que en el antiguo sistema se encontraban totalmente desprotegidas.

A modo de recordatorio se entiende como república al conjunto de los siguientes institutos jurídicos: 1) La responsabilidad del funcionario público; 2) La periodicidad en las funciones; 3) La publicidad de los actos de gobierno; 4) La división de poderes; 5) El estado de derecho; 6) La elección popular de los representantes (democracia).

El instituto del juicio por jurados es incorporado a la Constitución de Estados Unidos (1787) a través de dos [2] enmiendas que resultan de trascendencia para el proceso penal como lo son la sexta (6°) y séptima (7°) enmienda. La adopción de tal instituto es el fiel reflejo de la incorporación del sistema anglosajón (*common law*) al surgimiento de la nueva concepción del Estado.

El sistema anglosajón (3) se contrapone históricamente al régimen jurídico continental europeo que es el adoptado por el Estado nacional como consecuencia de una herencia histórica proveniente desde las Leyes de Indias (durante el Virreinato del Río de la Plata) que se plasmó no solo en la costumbre de nuestros tribunales locales sino también en la Constitución Nacional de 1853 y sus sucesivas reformas.

La influencia del constitucionalismo norteamericano y sus institutos dentro del orden nacional es innegable, tal es así que se incorporan tres [3] artículos a la Constitución Nacional (actualmente son el 24, 75, inc. 12 y 118) que tienen por objetivo la puesta en marcha de un proceso donde se vieran involucrados jurados, de

hecho, el art. 118 hace expresa mención que dicho proceso debe ser establecido para los juicios "criminales".

Todo ello, como es sabido, en un marco acusatorio completamente adversarial, público y de audiencias y en un contexto sumamente respetuoso de las garantías individuales que las constituciones y las convenciones internacionales aseguran a los acusados (hay que tener presente que esto no siempre fue así, vale recordar los juicios de Salem —por dar un ejemplo—) (4).

En la segunda década del siglo XXI, ante la falta de regulación por parte del Congreso de la Nación (art. 75, inc. 12, CN), las distintas jurisdicciones provinciales han ido avanzando en la implementación del juicio por jurados, tal es el caso de la Provincia de Entre Ríos, que dictó la ley 10.746 "Juicio por Jurados".

Vale tener en cuenta, que como se comentó previamente (y a modo reiterativo) el sistema del juicio por jurados tiene como función esencial evitar el avance del Estado sobre situaciones que en principio podrían ser resueltas por la sociedad, la participación directa de esta en procesos judiciales es la fundamentación que otorgan los defensores de dicho sistema.

Lo importante y que vale destacar para con posterioridad ahondar en el comentario al fallo, es lo que sienta el art. 89 del plexo normativo (ley 10.746) mencionado *ut supra:* "Veredicto absolutorio. Irrecurribilidad. El veredicto de no culpabilidad del jurado será obligatorio para el juez director y hará cosa juzgada material, concluyendo definitiva e irrevocablemente el procedimiento y la persecución penal en contra del acusado. Contra el veredicto de no culpabilidad y la sentencia absolutoria correspondiente no se admite recurso alguno, salvo que el acusador demuestre fehacientemente que el veredicto de no culpabilidad fue producto del soborno, o de los delitos de coacción agravados, o secuestros extorsivos u otras graves intimidaciones que ejercieron una coacción sobre el o los jurados, que hubiesen determinado el veredicto absolutorio. Tampoco se admitirá

recurso alguno contra la sentencia absolutoria dictada por el juez ante un jurado estancado".

II. El pueblo no delibera ni gobierna sino a través de sus representantes

El ejercicio de la democracia tuvo lugar antiguamente en las polis griegas, donde era ejercido por un grupo reducido y determinado de individuos quienes votaban de manera directa los temas, con el avance del tiempo, la tecnología y la sociedad surgieron nuevas formas de gobierno que determinaron la existencia de nuevos sistemas, dentro de estos encontramos a la república que adopta como uno de sus pilares fundamentales a la democracia.

Dada la gran extensión territorial de los nuevos países latinoamericanos y sobre todo de la Argentina, el sistema representativo se impone como una forma necesaria para el correcto ejercicio de la administración estatal.

El art. 1° de la CN fija con claridad la forma de gobierno a la que adhiere nuestro país, de esta manera estipula: "La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según la establece la presente Constitución", así siguiendo el criterio cuanto más se avanza en la lectura de la norma magna se llega al art. 22 CN, el cual rotundamente expresa: "El pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta constitución (…)".

Queda en claro que el principio general establecido en nuestra Constitución Nacional es el sistema representativo y como excepción encontramos al juicio por jurados y a los mecanismos de democracia semidirecta (ello luego de la reforma efectuada en 1994).

La existencia de jurados dentro de la organización del Poder Judicial viene a significar una alteración al principio de representatividad, tal es así, que dicho órgano fue instituido por el

convencional constituyente de 1853 con el espíritu de seguir el criterio sentado por el derecho anglosajón permitiendo a la sociedad (pueblo) tener una participación directa en las decisiones de dicho Poder que afectaban concretamente sus derechos.

Entonces el jurado como instituto jurídico vendría a irrumpir la forma representativa de gobierno permitiendo el acceso del *popolum* a decisiones que estaban exclusivamente reservadas a personas que requerían cumplir con ciertos requisitos previos, por empezar un título universitario de abogado/a y además hubieren rendido los exámenes pertinentes ante los Consejos de la Magistratura tanto para ocupar el cargo de Juez, fiscal o defensor público.

La amalgama entre la forma representativa y el juicio por jurados no es menor y en el fondo demuestra en parte la problemática que enfrenta nuestro ordenamiento jurídico que a menudo mezcla instituciones del derecho anglosajón con instituciones del derecho continental europeo generando en la práctica grandes problemáticas, puesto como es sabido la costumbre nacional se inclinó por la continuidad de las Leyes de Indias y en su momento (1853) por el mantenimiento del sistema continental europeo.

III. El veredicto y su irrevocabilidad

El fundamento principal del sistema republicano de gobierno fue la limitación al poder del monarca absolutista, permitiendo la división de este (no solo en Ejecutivo, Legislativo y Judicial) a través de diversos institutos que implicaban técnica y prácticamente la reorganización del Estado.

Recordemos que el fundamento del poder en las monarquías absolutistas era la vinculación del Rey con la deidad, dicho criterio también será dejado a un lado para de esta manera encontrar la legitimación de los nuevos funcionarios en la voluntad del pueblo, entonces se abandonan las limitaciones al monarca impuestas por la ley divina, por las leyes sancionadas por los representantes del pueblo

a través del cumplimiento de las formalidades fijadas en la ley del hombre.

La idea fundamental de la república era tratar de evitar cualquier exceso en el ejercicio del poder que pudiera perjudicar o avasallar los derechos de los ciudadanos, no cambiar de verdugo, esto es el monarca por el pueblo.

Es por ello que el mismo sistema implementa frenos y contrapesos (5) con la finalidad de evitar cualquier abuso y tiende sobre todo a proteger a las minorías ante posibles avances de las mayorías fijando lineamientos concretos respecto de los cuales no pueden desentenderse en el ejercicio de la cosa pública.

Los distintos ordenamientos jurídicos que encontramos a lo largo y ancho de nuestro territorio nacional que hacen referencia al proceso de juicio por jurados sientan como principio rector la irrevocabilidad del veredicto dando a la decisión del pueblo una firmeza que en razón de su naturaleza no se corresponde con los principios que enaltece la Constitución nacional (vale tener presente las limitaciones que impone el art. 14 CN).

En lo que se refiere a las jurisdicciones locales tenemos las siguientes provincias con normativa que determina la imposibilidad de interponer recurso ante el veredicto absolutorio: 1) Chubut (arts. 53 y 59, ley XV 30); 2) Río Negro (art. 232, ley 5020); 3) Neuquén (art. 241, ley 2784); 4) Provincia de Buenos Aires (art. 371 *quarter,* inc. 7 del Cód. Proc. Penal —ley 11.922—); 5) Entre Ríos (art. 81, ley 10.746); 6) Mendoza (art. 38, ley 9106); 7) San Juan (art. 496 del Cód. Proc. Penal, ley 1851); 8) Catamarca (art. 89, ley 5719); 9) Salta (art. 90, ley 8478); 10) Chaco (art. 89, ley 2364-B); 11) CABA (art. 61, ley 6451).

Como puede verse, en todos los casos provinciales mencionados previamente no solo se observa la irrevocabilidad e irrecurribilidad, sino también la ausencia de fundamentación (circunstancia que la defensa trata de esbozar como un atributo que

beneficia la eliminación de la facultad recursiva) en la decisión del jurado, discurriendo generalmente entre culpable, no culpable o no culpable por la concurrencia de una causa de inimputabilidad. La situación no es menor puesto es otro de los aspectos que avasalla directamente los principios establecidos en nuestra carta magna (derecho a una decisión fundada), vale tener presente que si bien es el legislador quien estatuyó las facultades del jurado en cuanto al alcance de sus pronunciamientos, lo cierto es que en el mejor de los casos será el juez el que funde la decisión, una situación que no se corresponde con el sistema constitucional requiriendo de la existencia de una decisión fundada por parte de quien la emite, en este caso concreto el jurado.

Entonces, en realidad nos encontramos en presencia de un instituto constitucional regulado en la carta magna, pero que en realidad al momento de ser puesto en práctica el legislador no logra una aplicación amalgamada con nuestro ordenamiento jurídico, sino por el contrario pareciera que las normas que regulan el juicio por jurados hubieren sido vendidas en bloque a las distintas jurisdicciones que las implementaron.

La ley 10.746 pareciera no apartarse del criterio general, así el art. 81 hace concreta mención a que el jurado solo debe pronunciarse respecto de la culpabilidad o no, pero no debe realizar ningún tipo de fundamentación que esté relacionada con los elementos que llevaron a adoptar tal decisión, en el caso del veredicto absolutorio la situación se encuentra regulada por el art. 89 en virtud del cual se estipula: "El veredicto de no culpabilidad del jurado será obligatorio para el juez director y hará cosa juzgada material, concluyendo definitiva e irrevocablemente el procedimiento y la persecución penal en contra del acusado. Contra el veredicto de no culpabilidad y la sentencia absolutoria correspondiente no se admite recurso alguno, salvo que el acusador demuestre fehacientemente que el veredicto de no culpabilidad fue producto del soborno, o de los delitos de coacción agravados, o secuestros 24 ley 10.746 Juicio por Jurados extorsivos u otras graves intimidaciones que ejercieron una coacción sobre el o los

jurados, que hubiesen determinado el veredicto absolutorio. Tampoco se admitirá recurso alguno contra la sentencia absolutoria dictada por el juez ante un jurado estancado", entonces como puede verse no existen decisiones fundadas del jurado, quizás en el derecho comparado (especialmente el sistema estadounidense de dónde se copiaron la mayorías de los aspectos procesales relativos al jurado) la ausencia de fundamentación sea la regla, pero en el caso de nuestra normativa la situación es disímil, puesto como consecuencia de la reforma a la Constitución Nacional de 1994 y el otorgamiento de jerarquía constitucional a un conjunto de Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, hay situaciones que no pueden ser toleradas.

Lo que plantea el legislador provincial a través de los artículos mencionados en el párrafo precedente no es otra cosa que una restricción total a la facultad de los fiscales y querellantes de interponer recurso alguno contra la decisión del jurado (con excepción de los casos taxativamente enumerados).

En lo referido al caso bajo estudio la situación fue disímil, ya que "contra la resolución, que concedía el recurso ante el veredicto absolutorio al MPF y al representante de la parte querellante, a la vez que declaraba la inconstitucionalidad del art. 89 de la ley 10.746, de juicio por jurados, interpuso revocatoria con Casación en subsidio, el Defensor Técnico (...)" (6), como se observa es el propio tribunal unipersonal que entendió de forma primigenia en la causa el encargado de disponer la inconstitucionalidad del art. 89 de la ley 10.746, al mismo tiempo que concede los recursos que con posterioridad serían tratados por el Tribunal de Casación.

La defensoría si bien sustentó su recurso, en lo que particularmente considero desde el punto de vista técnico una falacia (o argumento *ad nauseam*) puesto enfatiza que la totalidad de las legislaciones provinciales referidas a juicio por jurados poseen veredictos absolutorios irrevocables e irrecurribles que hacen cosa juzgada, paso seguido entendió que solo el imputado posee la facultad

recursiva (circunstancia que también es contradictoria con los Tratados Internacionales con Jerarquía Constitucional del art. 75, inc. 22, CN) de forma exclusiva, no así el Ministerio Público Fiscal y la Querella, fundando tal criterio en precedentes de la Corte Suprema (7) de Justicia de la Nación que a su vez hacen referencia a jurisprudencia comparada (8) (mayoritariamente del sistema *common law*) e incluso de otras provincias (9), e incluso pretendió negar la facultad de los jueces de pronunciarse respecto de la constitucionalidad de las normas en juego, incluso profundiza en ciertos criterios derivadas del precedente de la Provincia de Buenos Aires "Bray-Paredes", donde se resalta la naturaleza soberana de la decisión del jurado como esencia y base fundante de la irrecurribilidad de sus decisiones (ello copia exacta del sistema anglosajón), algo totalmente atípico dentro de nuestro sistema jurídico ya que como sabemos existe un "camino" procesal a través de la vía recursiva que permite dar certeza de las decisiones adoptadas en instancias inferiores (por jueces probo) para de esta forma no vulnerar derechos.

Debemos tener en cuenta, que más allá de la resolución a la que se arribe el imputado debería ser el más interesado en que las decisiones que se adoptan a lo largo del juicio sean revisadas por órganos superiores a fin de convalidar la etapa procesal para de esta forma adquirir efectivamente un derecho.

Como se mencionó previamente no existen en nuestra organización jurídica órganos (incluso las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación son susceptibles de revisión por tribunales de índole internacional) de decisión que tengan resoluciones absolutas e irrevisables sobre todo en los casos en los cuales las mismas carecen de fundamentación y afectan derechos como la libertad de los individuos.

Por lo tanto, al analizar con mayor profundidad la irrevocabilidad e irrecurribilidad del veredicto absolutorio al único resultado que se logra arribar es a que tal carácter debe ser considerado contrario a derecho dentro de nuestro sistema jurídico

nacional, si bien tiene raigambre constitucional la necesidad de juzgamiento de causas criminales a través del proceso de juicio por jurados, no es requisito excluyente de su existencia que las decisiones que tomen los jurados a través de sus veredictos no puedan ser sometidas a control cuando las mismas resultaren totalmente absurdas.

IV. Los Tratados sobre Derechos Humanos con Jerarquía Constitucional y la necesidad de recurso de revisión

Previo a realizar cualquier tipo de desarrollo intelectual debemos tener presente tres [3] artículos de nuestra Carta Magna Nacional, en primer orden el art. 14 (10) en virtud del cual se estipula que ningún derecho es absoluto, el art. 17 (11) que hace mención concreta al derecho de propiedad y su inviolabilidad y por último el art. 28 CN (12) el cual se refiere al principio de razonabilidad, de la conjugación de las tres normas surge con claridad que pretender sustentar la irrevocabilidad e irrecurribilidad de decisiones (por más que las mismas sean adoptadas por el "pueblo") que se toman dentro de un proceso judicial donde se deben respetar principios superiores, contradicen los principios previamente enunciados.

El proceso penal (en todas las jurisdicciones provinciales, así como en la federal) consta de una etapa previa al juicio o de investigación en donde se busca recabar todo tipo de elemento que podrá ser ventilado en el juicio como prueba, permitiendo al imputado observar el cumplimiento de las garantías constitucionales que hacen a su defensa, para luego pasar a la etapa del juicio propiamente, esta última fase del proceso culmina con una sentencia, respecto de la cual es factible la interposición de un recurso, tanto por el Ministerio Público Fiscal, el Querellante o la Defensa. Resulta poco sensato no aceptar la facultad recursiva ante sentencias absolutorias del Ministerio Público Fiscal y más aún del Querellante, puesto debemos recordar que la lesión al patrimonio que genera el delito se da sobre la víctima, que es el principal interesado/a en tratar de

recomponer este, ello independientemente de que la titularidad de la acción —siempre que estemos en presencia de delitos de acción pública— sea del Ministerio Público Fiscal.

La revisión de lo regulado en los Tratados Internacionales con Jerarquía Constitucional ha sido tanto por parte del Ministerio Público Fiscal, la Querella y la Defensoría, ahora bien, en los desarrollos que realizan los jueces al momento de fundar su voto se hace mención concreta a una serie de artículos que corresponden a ciertos instrumentos internacionales, al respecto conviene tener presente cuáles son estos Tratados y qué dicen con relación a interrogantes cómo ¿existe la posibilidad de interponer recursos respecto de las decisiones judiciales? ¿solo el imputado se encuentra facultado para solicitar la revisión de la resolución judicial?

Entonces observemos de forma concreta lo que plantea cada uno de los instrumentos con jerarquía constitucional del art. 75, inc. 22, CN: 1) Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre: art. 18. Derecho de justicia. Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo, debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente; 2) Declaración Universal de Derechos Humanos: art. 7°. Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley (...); art. 8°. Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley; 3) Convención Americana sobre Derechos Humanos: art. 8°, inc. 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad a las siguientes garantías mínimas: h) Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. Inc. 4 el inculpado absuelto por sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos; 4) Pacto Internacional de

Derechos Civiles y Políticos: art. 3° Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que: a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales; b) la autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial; c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso; 5) Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial: art. 6°: Los Estados partes asegurarán a todas las personas que se hallen bajo su jurisdicción, protección y recursos efectivos, ante los tribunales nacionales competentes y otras instituciones del Estado, contra todo acto de discriminación racial que, contraviniendo la presente Convención, viole sus derechos humanos y libertades fundamentales, así como el derecho a pedir a esos tribunales satisfacción o reparación justa y adecuada por todo el daño de que puedan ser víctimas como consecuencia de tal discriminación, 6) Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes: art. 13 Todo Estado parte velará por que toda persona que alegue haber sido sometida a tortura en cualquier territorio bajo su jurisdicción tenga derecho a presentar una queja y a que su caso sea pronta e imparcialmente examinado por sus autoridades competentes. Se tomarán medidas para asegurar que quien presente la queja y los testigos estén protegidos contra malos tratos o intimidación como consecuencia de la queja o del testimonio prestado.

Claramente se puede deducir que las limitaciones aducidas por la Defensa (13) respecto de la facultad recursiva del Ministerio Público Fiscal y la Querella no son tales, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre sostiene de forma categórica la posibilidad de que las personas (sin hacer distinción entre imputado y víctima) protejan sus derechos ante cualquier tipo de violación y para

tal fin en el ámbito del debido proceso legal adjetivo es que deben contar con recursos que permitan efectuar la revisión de las decisiones adoptadas por instancias inferiores (ya fueren jueces unipersonales o tribunales colegiados), para de esta forma poder asegurar la plena vigencia de los derechos.

Aceptar la irrevocabilidad e irrecurribilidad de un veredicto absolutorio, viola concretamente los derechos constitucionales de la víctima la cual no puede ser dejada de lado, el criterio jurídico ha cambiado, el sistema pendular (14) de tutela absoluta (al imputado) que puede observarse en procesos penales ya no alcanza a satisfacer las necesidades de la sociedad, el pueblo (más allá de su participación o no, dentro de las decisiones que se toman en el Poder Judicial) solicita y requiere de la protección del damnificado.

Por lo tanto, no se puede tolerar dentro de nuestro régimen constitucional que una parte dentro de un proceso tenga facultades de revisión de lo dictaminado, mientras que la otra (siendo la afectada) carezca absolutamente de toda posibilidad de interponer recurso alguno.

La adopción de dogmas comunistas o marxistas (15), que en el fondo buscan la abolición del derecho de propiedad (art. 17, CN) que mencioné al comenzar el punto, no pueden ni deben ser avaladas por el juez, ello sin perjuicio de las reglas que haya impartido el legislador, puesto este último debe dictar la normativa con sustento en el régimen legal vigente y a su vez en las necesidades de la sociedad, de apartarse de tales criterios únicamente redunda en el total descreimiento al sistema procesal penal y en el retorno de la venganza de sangre (que es lo que podemos observar a diario cuando la gente no denuncia los delitos que se comenten o cuando toma manos en el asunto para resolver los conflictos por la falta de soluciones que brinda la rama penal).

V. Los acontecimientos del caso

El imputado que resultó absuelto por el veredicto del jurado había sido imputado por tocamientos y abuso sexual con acceso carnal a su sobrina entre la edad de seis [6] y siete [7] años, para tales actos se habría valido de su preeminencia física, mayoría de edad y vínculo familiar que derivaba en una confianza especial.

Los hechos sucedían cuando el encartado retiraba a la menor de la escuela en moto, la cual dirigía con destino a su vivienda particular, en el transcurso del camino aprovechaba a realizar tocamientos en las partes íntimas de la menor.

El abuso sexual tuvo lugar en su domicilio particular, al momento de que la menor se encontraba en la cama, situación en la cual el imputado le habría besado la vagina, en otras oportunidades cuando la menor se encontraba viendo televisión en el sillón no solo realizó tocamientos, sino que le mostró su miembro viril, el cual apoyaba sistemáticamente sobre el cuerpo de la menor y en otras oportunidades llegó a mantener acceso carnal vía vaginal con este.

Ante estos hechos, el jurado popular decidió emitir un veredicto absolutorio que permitió eximir de todo tipo de responsabilidad penal al imputado.

Contra la sentencia que amparaba el veredicto absolutorio el Ministerio Público Fiscal y la Querella interponen recurso a fin de obtener la declaración de inconstitucionalidad del art. 89 de la ley 10.746, requerimiento que es logrado.

Contra la resolución que otorga la inconstitucionalidad del art. 89 de la ley 10.746, el Defensor interpone recurso de revocatoria con casación en subsidio. De forma sucinta podemos decir que funda su recurso en que la irrevocabilidad e irrecurribilidad del veredicto absolutorio se encuentra abalado en todas las normativas de las distintas jurisdicciones que regulan el juicio por jurados, por otro lado

estipuló que los Tratados Internacionales con Jerarquía Constitucional solo avalan la posibilidad de interponer recursos como una garantía exclusiva de la persona declarada culpable (ya vimos que no es así), a su vez hace mención a que ciertos pronunciamientos judiciales, por ejemplo en el derecho comparado menciona a "Green vs. United States" (1957) (donde se sostuvo que no corresponde someter a una persona a un proceso ininterminable de incertidumbre que podría tener como resultado la condena de un inocente además de implicar gastos innecesarios para el Estado), también menciona precedentes de otras jurisdicciones provinciales (como: "López, Mauro Gabriel s/ recurso de queja"; "Bray Paredes") e incluso la Corte Suprema de Justicia de la Nación ("Alvarado", "Sandoval", etc.).

Por otro lado y en cuanto a los aspectos procesales, el defensor sostuvo que la declaración de inconstitucionalidad solo debe proceder cuando estemos en presencia de una situación de suma gravedad, que por su parte tanto el Ministerio Público Fiscal como la Querella no habían interpuesto el recurso en forma correcta puesto al no existir fundamentos en el veredicto, no hay audiencia de cesura, por lo que el plazo debió computarse a partir del momento que el presidente del jurado procede a la lectura del veredicto, situación que no ocurrió.

Por último, profundizó en la declaración de inconstitucionalidad y al respecto se remitió no solo a doctrina sino también a distintos fallos de las diferentes jurisdicciones y grados.

El caso tiene ciertas aristas que como lo vengo mencionando generan rispideces, por una parte se pretende cumplir con la manda fijada en la Constitución Nacional (la realización de juicios por jurados), pero por el otro se presenta el problema que dicho instituto es totalmente ajeno a nuestro sistema, por lo tanto al tratar de seguirse los procesos establecidos en otras jurisdicciones e implementarlos en nuestro derecho interno, se generan gran cantidad de problemas técnicos que deberían haber sido previstos por el legislador y que

termina resolviendo el juez mediante las declaraciones de inconstitucionalidad.

VI. El desarrollo del juicio oral ante el jurado ¿es un show?

Los procesos escriturarios a los cuales la sociedad nacional estaba acostumbrada desde mucho antes de la creación del Virreinato del Río del Plata [vale recordar el viejo sistema de Audiencias (16)], paso a paso se están dejando atrás en la totalidad de las jurisdicciones provinciales (ni que hablar en Nación), el nuevo sistema acusatorio por momentos pareciera que ha venido para quedarse (sobre todo si analizamos el dispendio dinerario que implica la creación de salas de Audiencia, el personal necesario y la tecnología aplicada) en lo que respecta al proceso penal.

La eliminación paulatina del sistema mixto no solo implica cambios en cuanto a la cuasi eliminación de los escritos, sino también el surgimiento de un nuevo formato de juicio que requiere de una intervención oral constante tanto por parte de la Fiscalía, la Querella y la Defensa, puesto se cierne en presentaciones orales ante el juez (o los jueces, según como fuera estructurado el proceso en cada jurisdicción) a los fines de sustentar la acusación o la defensa —según fuere el caso.

La particularidad de estos procesos radica en la necesidad de efectuar una exposición clara y detallada de la prueba reunida contra el imputado para que este en el momento procesal oportuno a través de su abogado pueda ejercitar el tan aclamado derecho de defensa (arts. 18 y 75, inc. 22, CN).

Una situación peculiar se presenta cuando en el sistema acusatorio oral, donde intervienen profesionales se le agrega un jurado profano en cumplimiento de lo establecido en nuestra Constitución Nacional (y aquellas pocas locales que así lo establecieron) (17), ya el proceso deja de convertirse en la búsqueda de la verdad material

donde los aspectos técnicos son vitales (nulidades en cuanto a la prueba, las pericias técnicas, la apreciación de la prueba en general) para el correcto desarrollo del proceso y la lógica obtención de un resultado (esto, sin perjuicio de que puedan existir errores como en toda actividad que desarrolla el ser humano, pero dichos errores se subsanan con la facultad recursiva de las partes intervinientes) para transformarse en una exposición que tendrá como finalidad lograr el convencimiento de un número de ciudadanos —varía según la jurisdicción— (que desconoce sobre la apreciación de la prueba, teorías de causalidad, teoría del delito, teoría de la pena, tipos penales, causales de eximición y justificación, etc.), que deberán dictar un veredicto condenatorio o absolutorio según su parecer que va a surgir de los dichos de los acusadores y los defensores.

Así, se abandona un sistema netamente técnico (repito, con errores que se subsanan mediante la vía recursiva) donde todos los intervinientes tienen conocimientos profesionales respecto de la materia que están juzgando, para pasar a una exposición que no debe ser técnica, puesto el público al cual va dirigida carece de cualquier conocimiento al respecto y que tiene como finalidad tratar de sustentar la responsabilidad penal del acusado.

VII. La responsabilidad del fiscal como funcionario público ante un veredicto absolutorio

Con la aplicación del sistema de juicios por jurados se plantean nuevos desafíos profesionales, no solo en la necesidad de mejorar los aspectos expositivos que tengan los individuos que participen en este tipo de procesos, sino también aquellos vinculados con la responsabilidad por mala praxis.

A poco que se vaya desarrollando la institución del juicio por jurados, nuevas particularidades se irán presentando y es allí donde los abogados deberán evaluar con un nuevo prisma la actuación de cada una de las partes intervinientes para así determinar la responsabilidad cuando fuere oportuno.

Como se mencionó previamente, el Ministerio Público Fiscal es el titular de la acción penal (art. 120, CN), sobre este reposa la persecución (por decirlo de algún modo) de los delitos de acción pública, pero sobre todo de aquellos tipos penales que pueden ser sometidos (una vez culminada la etapa de investigación) a juicios por jurados.

El problema se presenta cuando la víctima (la cual ha sido dejada totalmente de lado dentro del proceso penal, aunque se pretenda morigerar tal situación lo cierto es que debería tener la misma igualdad de armas que el imputado, vuelvo a repetir, nos encontramos en el siglo XXI, no en la edad media, debemos resolver los problemas penales de las personas, no desalentar la realización de denuncias favoreciendo al descreimiento del sistema y la venganza privada), se ve perjudicada por un veredicto absolutorio que pueda ser la lógica consecuencia de una mala praxis por parte del Ministerio Público Fiscal (algo más común de lo que se piensa).

La primera opción que posee el perjudicado (o sea la víctima) es radicar la denuncia ante el Consejo de la Magistratura a fin de que por vía sumarial evalúen las circunstancias planteadas y oportunamente si correspondiera remitan las actuaciones al Tribunal de Enjuiciamiento para que proceda a la remoción —si ello fuera necesario—.

Ahora bien, otro aspecto de la responsabilidad a evaluar es la patrimonial (18), la cual es derivada del daño producido por la mala praxis de los funcionarios públicos (en el caso, los fiscales), en primer orden habrá que observar si en la jurisdicción que nos encontramos existe algún tipo de normativa referida a la responsabilidad del funcionario público y del Estado, pueden entonces presentarse dos opciones, que no exista mención alguna o que exista tanto a nivel Constitución Provincial como Ley de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público, en el primer caso (que no exista) la situación es de simple solución, deberá aplicarse por analogía lo sentado en el Cód. Civ. y Com. (en si la teoría de la responsabilidad civil —daño,

antijuridicidad, relación de causalidad y factor de atribución—), ahora cuando exista normativa tanto constitucional o legal que haga referencia a la responsabilidad del funcionario y del Estado pueden presentarse los siguientes caminos: a) que la Constitución Provincial establezca un tipo de responsabilidad civil del funcionario público, en cuyo caso deberá resolverse por lo estipulado en la ley 26.994; b) Que exista normativa (leyes de la Legislatura) que regulen la responsabilidad del Estado y del Funcionario pero dentro de la competencia administrativa, en este caso habrá que estarse a lo establecido en la ley, debiendo interponerse la demanda de daños en el fuero contencioso administrativo y no en el civil.

¿Qué deberá evaluarse a la hora de determinar la mala praxis? En principio debemos analizar la selección de los jurados realizada por el Ministerio Público Fiscal, puesto esta etapa será determinante para el desarrollo del proceso durante el juicio oral, en segundo orden (y teniendo en cuenta las características propias que presente cada uno de los integrantes del jurado) habrá que tener en cuenta como se presenta el caso al jurado, qué pruebas son de las que se vale el funcionario para realizar la acusación y como las expone al jurado para lograr un veredicto condenatorio.

Como se mencionó previamente, el proceso deja de ser (en parte) técnico para transformarse en un verdadero *show* que tiene por objetivo lograr el convencimiento de quienes integran el jurado de que el acusado posee responsabilidad penal (según la teoría del caso que se desarrolle), por lo tanto, la evaluación de la exposición será crucial a la hora de realizar la adjudicación de la responsabilidad patrimonial al o a los funcionarios intervinientes.

Se presenta una situación particular, puesto puede ocurrir que los fiscales intervinientes hayan presentado el caso dentro de los parámetros de razonabilidad y aun así obtener como resultado de ello un veredicto absolutorio, en este caso habrá que indagar en la responsabilidad de los integrantes del jurado y si efectivamente a estos mismos se los puede catalogar como funcionarios públicos en el

ejercicio de un cargo (que en lo particular considero que así debiera ser) (19).

Hay que tener en cuenta que para arribar a la etapa de juicio oral (con o sin jurados) se requiere previamente haber agotado la etapa de instrucción o investigación, motivo por el cual los elementos probatorios que se vayan incorporando al proceso (que en el debate serán prueba) deberán ser categóricos para de esta manera no someter indiscriminadamente a una persona a un proceso penal con todo lo que ello significa y además de esto para asegurar a la víctima la obtención de la reparación del daño y a la sociedad en su totalidad mediante la aplicación de una pena con funciones sancionatorias y reeducadoras.

VIII. El jurado mixto como única solución

Se han escritos ríos de tinta respecto de la participación ciudadana dentro del Poder Judicial y las decisiones que este adopta, lo concreto es que en la práctica salvo un único caso de excepción el resto de los procesos en los cuales intervienen jurados lo hacen a través del sistema de jurado popular.

Como mencioné en otros artículos de mi autoría (20) el jurado puede dividirse en: 1) jurados populares (o sistema anglosajón) integrados por personas que no tienen ningún tipo de vínculo con la justicia o el sistema judicial; 2) jurado escabinado, en el cual los integrantes del jurado son jueces lego que conocen sobre el derecho y se pronuncian al respecto a través de un veredicto; 3) jurados mixtos, integrados por jueces legos y ciudadanos (sin vínculo con la justicia).

La provincia de Córdoba ha adoptado un sistema mixto que viene funcionando desde 2005 (21) hasta el presente (para delitos económicos, hechos de corrupción, delitos contra la vida, etc.), siendo la primer jurisdicción (el juicio por jurados se estableció en 1998) en cumplir con la manda establecida en la Constitución Nacional, sin perjuicio de ello a lo que nos interesa, la posibilidad de que existan

jurados técnicos permite arribar a veredictos más justos, disminuyendo así de forma drástica la posibilidad de error.

La existencia de jurados mixtos no será la salvación —ello es más que obvio— pero permitirá al imputado y a la víctima tener la seguridad que la apreciación de la prueba y de los hechos desarrollados a partir de la teoría del caso dentro del juicio oral, sean observados con la debida atención.

Lo dicho en párrafos previos no obsta incluso a que deba existir igualdad recursiva entre las partes (más allá que es una manda constitucional y que la interpretación que se ha hecho sobre los Tratados Internacionales con Jerarquía Constitucional, quizás no sea la más correcta dado los tiempos que vivimos), que en el fondo es lo que se está peleando a través del precedente bajo análisis, esto es, ni más ni menos que la necesidad de que no existan decisiones definitivas que no sean susceptibles de revisión a través de la vía recursiva.

IX. Conclusión

Analizando la normativa de forma conjunta a la jurisprudencia vigente, teniendo en consideración las necesidades de la sociedad en la actualidad, la adecuación del proceso penal a tales necesidades y las particularidades del caso se puede arribar a las siguientes conclusiones:

1. No es aceptable que existan decisiones irrevocables dentro de un proceso judicial, salvo que las mismas sean el resultado de una perención de instancia o vencimiento del plazo.

2. La irrecurribilidad del veredicto absolutorio vulnera directamente los derechos de la víctima y con ello la necesidad de la sociedad en su totalidad de arribar a una solución concreta y circunstanciada de los acontecimientos fijados en la etapa de investigación y que fueron tenidos como valederos para elevar la causa a juicio.

3. El Ministerio Público Fiscal, la Querella y la Defensa deben poseer la misma facultad recursiva según surge de los Tratados Internacionales con Jerarquía Constitucional del art. 75, inc. 22, CN, por ello las jurisdicciones locales deberán adecuar sus sistemas procesales locales.

4. La sentencia de primera instancia que declara la inconstitucionalidad del art. 89 de la ley 10.746 es adecuada a derecho y debe ser el puntapié inicial para que se produzcan las modificaciones legislativas necesarias a fin de adecuar los procesos penales.

5. Es menester analizar la responsabilidad del Ministerio Público Fiscal a la hora de llevar adelante la selección de los jurados populares, de forma conjunta deberán observarse las facultades expositivas en la presentación del caso frente al jurado a fin de poder determinar la existencia de mala praxis, ello dado las características particulares que se presentan en cada proceso.

6. Habiendo transcurrido un cuarto del siglo XXI no es aceptable que la víctima sea tenida como un tercero ajeno con derechos limitados dentro de los procesos penales.

(1) Gran aporte de ideas, tuvieron los autores contractualistas (Hobbes, Locke y Roseau) respecto del acuerdo existente entre los integrantes de una sociedad a fin de que pueda lograrse esta cohesión, si lo analizamos en perspectiva dicho acuerdo no es ni más ni menos que lo que en la actualidad conocemos como Constitución.

(2) Conf. GONZÁLEZ, Joaquín, "Manual de la Constitución Argentina", Ed., Ángel Estrada, Buenos Aires, 1983, 28ª ed., p. 38.

(3) Recordemos que parte de la esencia del proceso anglosajón se funda en un sistema adversarial, público y de audiencias

que si bien en principio no respetó mucho las garantías constitucionales sí lo hace en la actualidad (quizás genera más beneficios para el imputado que para la víctima, circunstancia que debería modificarse a la brevedad, puesto se pierde el eje, que es tratar de evitar lo que en la antigüedad se conocía como la venganza de sangre. Este sistema se va a contraponer a un formato preminentemente escrito, donde domina el profesionalismo de las partes intervinientes y de quien decide (el juez).

(4) Ver: PALMA, Mariano, "Mefistófeles, daños punitivos y el juicio por jurados", ADLA 2023-10, p. 31, TR LALEY AR/DOC/1417/2023.

(5) Interesante es el criterio que sienta al respecto Mostesquieu en su obra titulada: "El espíritu de las Leyes".

(6) CCas. Penal, Paraná, "A., J. A. s/ abuso sexual s/ recurso de casación", 15/09/2025, Expte. 2217/24, TR LALEY AR/JUR/106533/2025.

(7) Conf. CS, Fallos 302:457, TR LALEY AR/JUR/4073/1980; 311:394, TR LALEY 04_311v1t059; 312:435, TR LALEY AR/JUR/2439/1989; 314:407, TR LALEY AR/JUR/791/1991; 315:923, TR LALEY AR/JUR/1719/1992; 322:842, TR LALEY AR/JUR/667/1999, entre otros.

(8) Ver: "Green vs. United States", 1957.

(9) Ver: TCas. Penal BA, Sala II, "L., M. G. s/ recurso de queja (art. 433 del CPP) Interpuesto por Agente Fiscal", 04/02/2016; TCas. Penal BA, Sala V, "B. J. P. y P. J. M. s/ recurso de queja (art. 433 CPP) Interpuesto por el Particular Damnificado", 12/09/2017, Expte. 78.302.

(10) Art. 14 CN. "Todos los habitantes de la nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio (...)".

(11) Art. 17 CN. "La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley (...)".

(12) Art. 28 CN. "Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio".

(13) Dentro del proceso penal los defensores buscaran reducir al máximo o eliminar la pena que pudiera aplicarse, esta es la base sobre la cual funciona el actual sistema, en lo particular considero que debería buscarse aplicar justicia y no administrar el sistema en base a reducciones o eliminación de penas (o si lo vemos del lado del Ministerio Público Fiscal la obtención de sentencias condenatorias, más allá que la condena quede en suspenso —no cumpliendo parte de la finalidad de la pena que es la resociabilización del reo—).

(14) Basta con observar otras ramas del ordenamiento para vislumbrar la problemática, ejemplo claro de ello los es el Derecho de Familia, el Derecho Consumeril, el Derecho Laboral, etc., en todos los casos se olvida lograr el valor justicia para tutelar quizás a quién muchas veces no corresponde.

(15) Conf. SILVESTRONI, Mariano H., "Teoría Constitucional del Delito", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2018, 3ª ed., ps. 71 a 81.

(16) Ver: MARTIRÉ, Eduardo, "Las audiencias y la administración de justicia en las indias", Ed. Librería Histórica, Buenos Aires, 2009, 2ª ed.

(17) Si uno se toma el trabajo de analizar cada Constitución Provincial incluida la de CABA se topa con el resultado de que menos de la mitad adopta el sistema de jurados en sus constituciones provinciales, a continuación, veamos cada una de las Constituciones provinciales que receptan el instituto: 1) Chubut: arts. 135, inc. 27, 162, 171 y 172; 2) Río Negro: art. 197; 3) Córdoba: art. 162; 4) San Luis: arts. 191 y 215; 5) La Rioja: art. 144; 6) Santiago del Estero: art. 184; 7) Corrientes: art. 178; 8) Misiones: art. 12; 9) Entre Ríos: art. 122, inc. 23 y 186; 10) CABA: arts. 81 y 106.

(18) Ver: PALMA, Mariano, "El funcionario chubutense y su responsabilidad", Ed. Argenta, Buenos Aires, 2023, 1ª ed., ps. 99 a 178; PALMA, Mariano, "Comentario a la Ley de Responsabilidad del Estado I N.º 560", Ed. Autores de Argentina, Buenos Aires, 2022, 1ª ed., ps. 363 a 395; PALMA, Mariano, "La responsabilidad del funcionario público en la Provincia del Chubut", RDA 2023-149, 102, TR LALEY AR/DOC/1930/2023.

(19) Conf. PALMA, Mariano, "El juicio por jurados en la Provincia de Santa Fe. ¿Un nuevo proceso de orden provincial?", RDPyC 2024-8, p. 124, TR LALEY AR/DOC/1997/2024.

(20) Ver: PALMA, Mariano, "El juicio por jurados en la Provincia de Santa Fe. ¿Un nuevo proceso de orden provincial?", ob. cit.; PALMA, Mariano, "Daños punitivos y juicio por jurados en el sistema chaqueño", JA Litoral, TR LALEY AR/DOC/2603/2023.

(21) Al respecto conviene observar la ley 9182 de la Provincia de Córdoba.

La inteligencia artificial y el derecho de consumidores y usuarios

por Mariano Palma

Disponible en: https://www.errepar.com/
Publicado en: Temas de Derecho Comercial Empresarial y del Consumidor. 22/05/2026
[Consultado el: 31/07/2026]

Sumario

I. Introducción.— II. Determinación del consumidor.— III. La relación de consumo en la era digital.— IV. Pautas a tener en consideración a la hora de interponer la acción.— V. Parámetros para establecer la responsabilidad.— VI. Conclusión.

El presente trabajo tiene como finalidad exponer que en cada vínculo que el ser humano entabla con sistemas de inteligencia artificial subyace una relación de consumo (art. 42 CN), siempre que el mismo esté direccionado a satisfacer necesidades del sujeto como consumidor, no siendo ajena la prestación del servicio de inteligencia artificial a la competencia derivada del microsistema de responsabilidad consumeril.

I. Introducción

El ser humano a lo largo de su historia ha sido como bien lo llamada Aristóteles un Zoon Politikon, dicho en otros términos un animal social y político, que vivía en comunidad y es allí donde encontraba la posibilidad de desarrollarse plenamente, después a lo largo de los años aparecerían los filósofos contractualistas (Hobbes, Locke y Rousseau) que debatirían sobre los beneficios o perjuicios que generaría el intercambio con otros seres humanos dentro de la sociedad.

La esencia del discurso aristotélico se mantendría por siglos, pero comenzaría a sufrir ciertos embates a partir de la primera revolución industrial, la segunda atacaría nuevamente la concepción vertida por el filósofo griego para ser la tercera revolución industrial, que es la que vivimos en la actualidad, la que cambiaría por completo la concepción aristotélica.

Desde la segunda mitad del siglo XX es que se vienen desarrollando tanto en el ámbito de las matemáticas como a nivel de hardware sistemas computacionales que trataron de aumentar, suplementar y ampliar la capacidad técnica del hombre, que como todos sabemos encuentra su muralla en las limitaciones biológicas.

La creación de la computadora como máquina y la posibilidad de ampliar los conocimientos científicos mediante la abstracción aplicada a casos concretos posibilitó un desarrollo tecnológico que en los últimos veinte (20) años ha avanzado a pasos agigantados, la famosa frase de la religión apostólica católica romana en referencia a Dios y la creación del ser humano "creado a imagen y semejanza"(1) se traspolaría, el hombre actual en su infinita ignorancia y máxima arrogancia ha creado un ente que es técnicamente más inteligente y que a su vez no se encuentra limitado biológicamente, no es finito, sino por el contrario infinito.

La sociedad desde la década de 1990 ha cambiado, el ser como individuo comenzó a interactuar de manera disímil con sus comunes, tal es así que las relaciones interpersonales en la República Argentina se han reducido drásticamente lo que ha generado una caída estrepitosa de la tasa de natalidad en casi un 40% según estudios actuales (2) al respecto y un aumento del 57% de hogares sin personas menores de 18 años de edad.

La interacción entre el hombre y la máquina ha afectado drásticamente los aspectos biológicos y naturales del ser humano, al haber creado un ente que recopila datos de manera ilimitada y los pone a favor del hombre según la programación recibida, genera en

muchas situaciones que las personas se abstraigan de vincularse con otros de su misma especie, para así mantener interacciones (puesto no pueden llamarse vínculos) con bots de inteligencia artificial.

El presente análisis tendrá como finalidad aclarar ciertos aspectos jurídicos respecto de los vínculos que se establecen con proveedores de inteligencia artificial teniendo en consideración la primacía constitucional del Art. 42 CN, enfocándonos en la relación de consumo y como la misma se encuentra con claridad inmersa en estas nuevas interacciones, que en algunos casos son afectivas (pero eso solo, por una parte, ya que la inteligencia artificial no es capaz de sentir efectivamente).

II. Determinación del consumidor

La Ley 24.240 en forma previa a la Constitución Nacional (Art. 42 CN) fue la encargada de determinar y regular todo aspecto vinculado al Derecho del Consumo desde su entrada en vigencia en el año 1993 y a través de los años y diversas reformas sufridas.

La Ley de Defensa del Consumidor deja en claro el concepto a través del Art. 1 de su plexo legal el cual reza: "La presente ley tiene por objeto la defensa del consumidor o usuario. Se considera consumidor a la personas física o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita y onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar". El segundo párrafo del artículo primero genera una nueva categoría de consumidor, llamada "consumidor equiparado" o "consumidor indirecto", y tiene lugar cuando el sujeto, sin ser parte de la relación principal de consumo, pero como consecuencia de la existencia de la misma o en ocasión de ella, "adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa,

como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social".

Ahora bien, según mi criterio, el hecho de ser "consecuencia de" tendrá lugar en aquellas situaciones en las cuales exista una relación causal adecuada en el bien o servicio contratado por el consumidor/usuario directo y el daño y/o perjuicio sufrido por el consumidor/usuario equiparado o indirecto.

Mientras que "la ocasión" se da en aquellas circunstancias donde el daño se genera a través de una facilitación derivada de la relación de consumo, por lo tanto, el daño no se hubiere producido sin la existencia de dicho vínculo consumeril, lo que lleva a pensar que, si se suprime su existencia, el resultado "daño" desaparece (3).

Un tercer sujeto aparece vinculado a este artículo, pero ya no desde la Ley 24.240, sino por el contrario desde el Código Civil y Comercial de la Nación siendo este el expuesto a una relación de consumo (4), es el sujeto que, sin haber tomado participación directa dentro del vínculo jurídico, pero como consecuencia de aquel, se ve alcanzado por ciertas circunstancias del acontecer causal que influyen en su situación. Es por el hecho de la existencia de la relación de consumo extensible a su persona, que el régimen jurídico lo ampara (5).

La situación en realidad excede al Derecho de los Contratos, al Derecho de Legitimación Procesal y debe ser circunscripta dentro del microsistema del Derecho de Consumidores y Usuarios, específicamente en lo que refiere a la relación de consumo y sus caracteres, peculiaridades y circunstancias, que la dotan de cualidades no amparadas en otros ordenes jurídicos del sistema nacional.

Actualmente, podemos decir que la Ley 26.994 modificó la regulación realizada por la Ley 26.361 en el Art. 1, eliminando la siguiente frase: "a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo", quitando así, si se lo quiere, al

consumidor/usuario expuesto o bystander (6) del régimen jurídico nacional y colocándonos en una situación de desventaja jurídica frente a Brasil (7) y Uruguay (8) que contemplan dicha figura en sus ordenamientos internos.

En cuanto a los fallos de la Corte Suprema, esta había receptado al "expuesto" a una relación de consumo en el precedente "Mosca" (9) (con anterioridad a la modificación de la normativa) y también la misma figura jurídica fue utilizada en varios precedentes de tribunales inferiores (10), con la debida cautela que tal extensión del régimen consumeril requiere, en la actualidad ha sido dejada a un lado por el sistema jurídico.

En el caso de la Ley 26.994, tampoco habla del "expuesto" en el Art. 1092 CCyCN, sin perjuicio de ello, la figura podrá ser extraída del Art. 1096 CCyCN que reza: "Las normas de esta Sección y de la Sección 2ª del presente Capítulo son aplicables a todas las personas expuestas a las prácticas comerciales, determinables o no, sean consumidores o sujetos equiparados conforme a lo dispuesto en el artículo 1092", o sea la figura únicamente sería aplicable cuando estemos en presencia de prácticas abusivas en el marco de una relación de consumo.

La determinación de quien será considerado consumidor o usuario es vital para poder discernir si corresponde la aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor o no, puesto recordemos la normativa consumeril se aplicará respecto de aquellos individuos que quizás no se encuentren relacionalmente vinculados a una relación de consumo, pero como consecuencia de ella y de los daños producidos corresponderá resolver la cuestión a tratar por tal régimen jurídico. Tengamos en cuenta que el título hace referencia a la inteligencia artificial y cómo esta se podrá vincular con el derecho consumeril. Al respecto recordemos que al momento de escribir estas palabras las inteligencias artificiales existentes de acceso gratuito u oneroso son la consecuencia de la prestación de un servicio por parte de una empresa

que sin lugar a dudas deberá ser considerada proveedora/prestadora a los fines de la regulación legal que corresponda aplicar.

Qué se pretende significar en el párrafo anterior, que cuando una persona utiliza una inteligencia artificial, siempre que lo haga como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, sin importar que la utilización del servicio sea realizada a título oneroso o gratuito, lo que en realidad observaremos es la existencia de una relación de consumo (Art. 42 CN y Art. 3 Ley 24.240), motivo por el cual la regulación a aplicar será la propia del microsistema de responsabilidad consumeril que tiende a tutelar a la persona profana frente al verdadero profesional.

El concepto está más que claro, una persona normal (de a pie) jamás estará en condiciones de poder comprender o tener siquiera de forma remota la misma estructura técnica que poseen los proveedores/prestadores actuales de servicios de inteligencia artificial.

Tal es el avance tecnológico en el ámbito de la inteligencia artificial que la misma no solo se utiliza para la realización de actividades profesionales o laborales, sino por el contrario en muchas ocasiones es utilizada por las personas con fines íntimos tendiente a permitir una interacción social, en un mundo cada vez más despersonalizado y donde los vínculos son extremadamente finitos en el tiempo y frágiles, la suma de estas dos características genera un problema social de trascendencia puesto en muchas ocasiones quienes se encuentran en un grado mayor de vulnerabilidad exponen ante estos algoritmos que imitan el razonar humano (con grandes limitaciones en la actualidad) sus sentimientos más íntimos generando un conflicto legal.

La problemática se presenta por una parte en el acceso a la información privada de las personas que tienen estas empresas proveedoras/prestadoras del servicio de inteligencia artificial, interrogantes como ¿qué hacen con la información? ¿quién tiene la revisión de la información que se ventila a su cargo? ¿qué garantía

existe de que efectivamente se elimine o limpien tales datos brindados? ¿qué tipos de consejos se dan? ¿quiénes fijan las pautas para otorgas los consejos? Entre otras más.

III. La relación de consumo en la era digital

Previo a iniciar cualquier tipo de tratamiento respecto de la relación de consumo debemos conceptualizar la misma y para poder llevar adelante tal empresa previamente resulta necesario hacer un pequeño análisis histórico, si bien la Ley 24.240, al momento de su entrada en vigencia en el año 1993, no hacía referencia a la relación de consumo, sino que entendía que el régimen normativo consumeril solo era aplicable entre contratantes, es a partir de la reforma a la Constitución Nacionalde 1994, cuando a través del Art. 42 (11) se hace mención explícita a la relación de consumo.

Con la sanción y entrada en vigencia de las reformas efectuadas por la Ley 26.361 a la Ley 24.240, toma vigencia normativa dentro del texto de la Ley de Defensa del Consumidor, la "relación de consumo" (Art. 3), que tratamos en el presente.

Queda en claro, que luego de la reforma efectuada por la Ley 26.361, en el capítulo I de la Ley 24.240, se determinará no solo el sujeto activo y pasivo, sino que también el vínculo a través del cual se unen ambos individuos, con la finalidad de poder discernir si el régimen jurídico instaurado por la norma es de viable aplicación.

La relación de consumo excederá el concepto clásico de contratantes, para incorporar nuevas situaciones que en muchas ocasiones no se encontrarán avaladas por la existencia de un contrato, es que los expuestos o también los equiparados (12), carecen de todo vínculo contractual con el proveedor o prestador y sin perjuicio de ello, son pasibles de ser tutelados por la normativa en comentario.

Por lo dicho en el párrafo precedente es que el lector podrá entender que nos encontramos en presencia de un concepto amplio,

que tratará de abarcar todas las situaciones existentes e incluso aquellas que fueran dudosas, puesto para dichos casos el propio artículo habla del in dubio proconsumidor.

El concepto de contrato ya no será de aplicación exclusiva al ámbito de la defensa del consumidor, sino que en dicho territorio tendrán vigencia la "adquisición" y la "utilización", siempre que fueran realizadas como destinatario final, lo que abrirá la puerta a la relación de consumo, como un vínculo jurídico determinante.

La relación de consumo podrá conceptualizarse, como el vínculo jurídico que une al consumidor/usuario con el proveedor/prestador, sin importar que exista un contrato, como se conoce en el derecho clásico.

Este vínculo jurídico tendrá por finalidad tutelar los derechos de la parte más débil (13), esto sería del profano frente al experto, del que ignora los procesos productivos, o carece de la estructura (14) necesaria (técnica, jurídica, económica, etc.) para poder afrontar a su contra parte.

Es dentro de esta relación que se van a dar la totalidad de beneficios que asegura el régimen tuitivo consumeril (15) y nunca fuera de ella, por esto es vital la determinación de su existencia (más allá de que a través de la misma se podrá encuadrar al sujeto activo y al sujeto pasivo dentro del proceso).

Por lo tanto, cuando no (16) exista una "relación de consumo", no será viable la aplicación de la Ley 24.240 o el microsistema de responsabilidad consumeril (Ley 26.994, Ley 27.442 y DNU 274/2019), ni de los beneficios que son una derivación de ella, como el daño punitivo, la gratuidad, la responsabilidad objetiva, el deber de seguridad (17), la inversión de la carga probatoria, la aplicación del proceso más abreviado, etc.

Una vez aclarado a qué nos referimos cuando hablamos de relación de consumo, debemos hacer trasladar dicho concepto a la aplicación circunstanciada a las situaciones fácticas que nos encontramos describiendo en el presente análisis, va de suyo que en aquellas situaciones en las cuales el usuario utilice servicios de inteligencia artificial de forma gratuita u onerosa (como los que ofrecen los buscadores o algunas aplicaciones o plataformas digitales) la situación quedará amparada y tutelada por el microsistema de responsabilidad consumeril, lo determinante será observar el cumplimiento de los requisitos fijados por el Art. 1 de la Ley 24.240, esto es que utilice el servicio como "destinario final en beneficio propio o de su grupo familiar", siendo dentro de estos términos que habrá que observar la posible existencia de otros sujetos que reúnan los requisitos para ser considerados usuarios o consumidores (ej. usuario mixto, el equiparado, el expuesto a una relación de consumo).

Pasando en limpio, la utilización de la inteligencia artificial siempre que la misma no esté puesta al servicio de una cadena de consumo o producción y que tenga como finalidad un beneficio propio o del grupo familiar deberá ser entendida como determinante de una relación de consumo lo que implica que el sistema tuitivo será aplicable de forma directa al sujeto.

IV. Pautas a tener en consideración a la hora de interponer la acción.

En la actualidad, como consecuencia de una variada cantidad de factores sociológicos el ser humano se ha alejado de sus pares, el vínculo social es cada vez de menor frecuencia y la interacción se desarrolla a través de sistemas electrónicos (llámese celular, aplicaciones de citas, aplicaciones de búsqueda de comida, de prestación de servicios, de compra de objetos, de inversión, etc.) generando una falta de relación que en muchas ocasiones es suplantada por este nuevo sistema conocido como inteligencia artificial que no es una persona o un ser sensible, sino que es el

desarrollo del hombre, programado por este, para realizar una determinada actividad específica.

Ya nos encontramos con casos en los cuales los chatbots son utilizados por las personas quizás con fines distintos para los que fueron creados, pero aun así el proveedor continúa en la prestación del servicio; existen casos en los cuales usuarios de estos servicios han sido afectados por los resultados de las conversaciones y la ventilación de aspectos privados de sus vidas dentro de la prestación del servicio.

En el derecho comparado se exhiben una amplia cantidad de casos en donde varias personas que se vincularon con chatbots terminaron suicidándose, a modo de ejemplo podemos mencionar el caso Jonathan Gavalas (18), el caso Sewell Setzer (19), el caso Adam Raine (20), entre otros.

Si bien algunos podrán alegar que las personas fallecidas tenían problemas de salud mental, ello no quita la responsabilidad del proveedor por la prestación del servicio que induce o lleva al usuario a tomar drásticas decisiones que en muchas ocasiones son irreversibles, siendo este quizás uno de los aspectos más crueles, puesto tampoco se ha determinado aun la responsabilidad por la utilización de imágenes que realizan a menudo las inteligencias artificiales, recordemos que existe el derecho a la imagen y no se entabla ningún tipo de contrato (expuesto a una relación de consumo) con la persona cuya imagen (Art. 53 CCyCN) es utilizada por la inteligencia artificial a pedido de un tercero para la realización de un meme o lo que fuere.

Es en el marco fáctico descripto previamente que deberemos observar la existencia de una relación de consumo, habiendo encontrado la misma la demanda deberá ser dirigida contra el proveedor del servicio de inteligencia artificial fundado ello en la responsabilidad de tipo objetiva que se encuentra regulada por la Ley de Defensa del Consumidor.

Ya habiendo encontrado la relación de consumo (ipso facto la competencia), habrá que adecuar las pautas de la demanda a las formalidades del microsistema de responsabilidad consumeril, ello conforme los requisitos establecidos a lo largo del articulado de la Ley 24.240 y sobre todo del Art. 53 de dicho plexo normativo.

Es importante destacar que el domicilio en el cual se debe notificar al proveedor será aquel que obre en el estatuto societario (según el tipo de sociedad comercial que se hubiere constituido), ello a fin de evitar posibles nulidades.

V. Parámetros para establecer la responsabilidad

En el marco de la teoría de la responsabilidad civil varios son los presupuestos que se requieren para la determinación de responsabilidad, es así como encontramos al daño, la antijuridicidad, la relación de causalidad y el factor de atribución.

Con referencia al daño, a partir del momento en el cual el prestador de servicios de inteligencia artificial causa un daño y/o perjuicio la víctima del mismo sufre (más allá del daño) un menoscabo en su patrimonio que debe ser resarcido, puesto inmediatamente acontece el daño, el autor se configura como deudor de una obligación, mientras que la víctima será acreedora del dañador. Deberá tenerse presente que no todo daño será indemnizable, sino solo aquel que genera una modificación disvaliosa en el patrimonio (21) de la víctima.

Entonces habrá que observar cuál es el daño efectivamente causado dentro de la relación de consumo. Es vital que el mismo se dé dentro de los parámetros fijados por el Art. 3 de la Ley 24.240, ya que, si el daño producido no hubiere sido dentro o como consecuencia de la relación de consumo, la aplicación del régimen tuitivo consumeril debería ser descartada. En cuanto a los tipos de daño entiendo que deben ser receptados todos ellos, a fin de poder

cumplir con la manda constitucional de reparación integral vinculada íntimamente al principio de alterum non laedere.

La antijuridicidad a la cual se refiere el ordenamiento jurídico es la material y objetiva, la misma puede ser conceptualizada como aquel accionar que estuviere en contra de la totalidad del ordenamiento jurídico. Así, un actuar será antijurídico, no solo con relación a un ámbito específico del derecho, sino al orden jurídico entendido como una totalidad. Es por ello, que deberá distinguirse a la antijuridicidad en material y formal (22), siendo la que tenga vigencia dentro de nuestro régimen jurídico, la antijuridicidad material.

Las acciones/omisiones, serán las formas a través de las cuales la antijuridicidad se manifestará en el mundo real, generando de esta manera, una violación al ordenamiento jurídico imperante en un momento dado y lugar determinado. Es importante tener en cuenta que en el microsistema de responsabilidad consumeril existe el deber de seguridad (este opera como factor de atribución, pero al mismo tiempo fija pautas dentro de las cuales proveedores y prestadores deben desenvolverse afin de no dañar a los consumidores y usuarios).

En lo que respecta a la relación de causalidad la misma implica la posibilidad de vincular el actuar del prestador/proveedor con los daños y perjuicios producidos, determinando la existencia de un vínculo material, jurídico y relevante.

A través de la relación de causalidad, se deberá dar respuesta a los siguientes interrogantes: a) ¿Quién es el autor del daño?; b) ¿Quién debe probar?; c) ¿Hasta dónde debe responder el autor del daño por los perjuicios ocasionados?; d) ¿Existe alguna causal que rompa este nexo?

Puedo adelantar que la respuesta a dichos interrogantes estará dada por la causalidad material (23), entendida esta última como la relación entre el hecho del agente y el daño que permita determinar la

existencia de una causalidad desde el punto de vista de las ciencias naturales, implicando en ciertos casos una relación de causa/efecto (se debe agregar a la causalidad material las causales de ruptura de nexo causal).

Y por último nos encontramos en presencia del factor de atribución, que consiste en la razón de ser de la imputación de responsabilidad a un determinado sujeto de derecho (en el caso que nos ocupa, lo será el proveedor/prestador).

La inteligencia artificial no es un sujeto de derecho (ello hasta el momento de escribir las presentes palabras), motivo por el cual jamás podremos hablar de un factor de atribución subjetivo fundado en la culpa (negligencia (24), impericia (25) e imprudencia (26)) y dolo (existen distintos tipos de dolo, entre ellos tenemos el dolo directo (27) o dolo indirecto (28)) ya que para que concurran ambos elementos debe existir intención, discernimiento y libertad (Art. 260 CCyCN) -yo agrego voluntad-.

En el caso entonces el factor de atribución será objetivo, la responsabilidad será determinada por la ley, por la equidad (29), por la creación de un riesgo (30), por la falta de servicio, por la garantía (31), etc.

La distinción entre la aplicación de uno u otro tipo de factor de atribución no es menor, ya que, en el caso de concurrir un factor de atribución objetivo, el demandado para eximirse de responsabilidad deberá demostrar una ruptura del nexo causal (la cual se da a través de las eximentes de responsabilidad), el cual será la culpa de la víctima o de un tercero por el cual no se debe responder (existen más eximentes, pero entiendo que estás serán las aplicables al caso).

Claramente estamos en presencia de una cosa riesgosa (altamente riesgosa) que hasta el presente no ha sido trabajada con la seriedad que se merece ya que la misma atravesará la vida de toda la humanidad generando grandes perjuicios que alguien deberá

solventar, podría asemejarse a la problemática que genera la energía nuclear, para la cual existen numerosas normativas no solo nacionales sino también internacionales.

VI. Conclusión

De lo trabajado se puede concluir:

a. La inteligencia artificial es un servicio que brinda un prestador, no puede ser tenida como un sujeto de derecho o como un ser no sintiente.

b. La inteligencia es una cosa riesgosa, por lo que el proveedor/prestador deberá responder en los términos de un factor de atribución objetivo.

c. Siempre que concurran los requisitos establecidos en el microsistema de responsabilidad consumeril (Ley 24.240, Ley 26.994, Ley 27.442, DNU 274/19), la situación se deberá regir por dicho sistema de responsabilidad.

(1) Génesis, 1:26.

(2) Ver: DIMIER DE VICENTE, Dolores, BOLZON, Lorena, GONZÁLEZ, María Sol, "La tasa de natalidadcayó 40% en Argentina y los hogares sin hijos ya son la mayoría", publicado en Infobae el 15/05/2025.

(3) Teoría de la Causalidad Sine Qua Non.

(4) Ver: CNCom., Sala A, 17/11/2017, "Romero Emilio Enrique y otros c/ Bapro Mandatos y Negocias SA s/ Organismos Externos".

(5) A quienes los consideran como un sujeto que, si bien no se relaciona directamente con el bien o servicio, como consecuencia de su exposición al mismo, adquiere las características de consumidor.

(6) Figura jurídica proveniente del Derecho Anglosajón, conceptualizada como un sujeto que está expuesto a una situación dañosa de la que resulta formalmente ajeno, por no integrar el vínculo contractual.

(7) Código de Consumo de Brasil (art. 29).

(8) Ley de Relaciones de Consumo (17.250), en su art. 4.

(9) CSJN, Fallos: 330:563.

(10) CNCiv., Sala L, 300/06/10, "Aguirre, Diego Oscar c/ Argañaraz, Ramón Francisco y otros s/ Daños y perjuicios" (Expte. Nº 65.241/2005); CNCiv., Sala H, 30/11/11, "Sánchez, Jesús Abel c/ Los Constituyentes S.A. de Transporte y otros s/ Daños y Perjuicios", elDIAL-AA6522, entre otros.

(11) CSJN, Fallos: 329:695.

(12) Ver: CNCom., Sala A, 04/10/2022, "MERCADO, MARIANO EZEQUIEL C/ BAPRO MANDATOS Y NEGOCIOS S.A. S/ORGANISMOS EXTERNOS" (Expte. Nº 10.098/2022).

(13) Conf. BRUN, Carlos A., BRUN, Emiliano, "La relación de consumo, el destino final y la falta de profesionalidad del consumidor", publicado en la Ley Thomson Reuters, cita online: AR/DOC/2747/2021. Pág. 3.

(14) Ver: CNCom., Sala B, 19/10/2022, "CENSABELLA, ANDREA c/ VOLKSWAGEN SA de AHORRO P/F DETERMINADOS Y OTRO s/ ORDINARIO" (Expte. Nº 3116/2018).

(15) CSJN, Fallos: 344:3095.

(16) Ver: CNCiv., Sala K, 02/06/2022, "S. B., A. c/ Yahoo de Argentina SRL s/ Daños y Perjuicios" (Expte. Nº 27.874/2016).

(17) Conf. CNCiv., Sala H, 07/11/2022, "Pocay Delia Yudith María c/ Irsa Inversiones y Representación SRL y otros s/ Daños y perjuicios" (Expte. Nº 97.698/2010).

(18) Ver: https://www.france24.com/es/programas/la-entrevista/20260313-caso-jonathan-gavalas-la-ia-le-dijo-que-se-cortara-las-mu%C3%B1ecas-para-estar-juntos

(19) Ver: https://www.nytimes.com/es/2025/11/09/espanol/estilos-de-vida/chatbot-suicidio-adolescente.html

(20) Ver: https://www.bbc.com/mundo/articles/c30z5lyjzygo

(21) Por patrimonio, debe entenderse el conjunto de bienes (materiales e inmateriales).

(22) En la antijuridicidad formal se hace referencia a una norma expresa, mientras que la antijuridicidad material se vincula con el ordenamiento jurídico en su totalidad.

(23) Deberán observarse modificaciones en el mundo real, que tienen como resultado consecuencias observacionales.

(24) Ocurre en aquellas situaciones en donde el sujeto a través de una omisión en la previsión o habiéndola previsto, no realiza la actividad necesaria para evitar el daño.

(25) Se da en aquellas situaciones en las cuales no se conoce o conoce mal la teoría o práctica de una determinada arte, ciencia, profesión u oficio. El Art. 16 CN exige idoneidad en el cargo.

(26) No se prevé por completo lo que podría suceder (consistiría en hacer más de lo que se debe).

(27) Se quiere el resultado dañoso y realiza todo lo necesario para que el mismo se dé.

(28) Al sujeto le son indiferentes los daños que pueda ocasionar siempre que obtenga el resultado querido.

(29) Surgió del ex art. 907 CC, donde la responsabilidad se afincaba en la posibilidad que tenían los jueces de mejorar la situación de la víctima de un perjuicio, en razón de su posición y la posición o situación del victimario.

Hoy puede encontrar regulación jurídica en los arts. 1718 inc. c, 1742 y 1750 CCyCN.

(30) La teoría surgió en Francia, considera que quien es dueño o guardián de una cosa riesgosa, será responsable de los daños que genere a través de la misma. Un ejemplo claro de aplicación de la teoría lo encontramos en los arts. 1757 y 1758 CCyCN.

(31) Surge en aquellos casos en los cuales la ley constituye en garante a un determinado sujeto de derecho frente a la víctima de los hechos. Ejemplos claros de este tipo de factor de atribución los encontramos en la responsabilidad del principal por el dependiente (art. 1753 CCyCN), en el deber de indemnidad (ley 24.240), etc.

Participación ciudadana, reforma de la constitución e inmunidades en la provincia del Chubut. El particular caso del Consejo de la Magistratura

por Mariano Palma

Disponible en: https://www.informacionlegal.com.ar/
Publicado en: La Ley Online. JAPatagonia 2026 (junio), 17. JA 2026-II
Cita online: TR LA LEY AR/DOC/1097/2026
[Consultado el: 21/05/2026]

Sumario

I. Introducción.— II. Las prerrogativas en las Provincias Patagónicas.— III. La ley V 70.— IV. Sistemas de participación ciudadana en la reforma a la Constitución Provincial del Chubut.— V. La eliminación de los fueros en la reforma a la Constitución Provincial Chubutense de 2025.— VI. Conclusiones.

I. Introducción

Desde el nacimiento de la Constitución Provincial en 1957 hasta el año 2025 quienes ejercieron cargos públicos en carácter de funcionarios tuvieron un régimen privilegiado de tutela que tenía como finalidad la protección de las más altas magistraturas a desempeñar en la Provincia.

Las inmunidades a que se hace mención en el párrafo precedente son sistemas de tutela especial que tenían como finalidad en el surgimiento del Estado Nacional (1853), la protección de los funcionarios, sobre todo aquellos integrantes del Poder Legislativo, para de esta manera asegurar el correcto funcionamiento del órgano.

El objetivo de su existencia es tratar de evitar el mal funcionamiento del sistema de División de Poderes prohibiendo que un Poder del Estado limite la actuación de otro y generando la posibilidad, por una parte, de que los opositores políticos tengan la tutela del ordenamiento en referencia a las críticas que puedan realizar respecto al desarrollo del gobierno de turno.

Recordemos que la carta magna a nivel nacional hace referencia a dos inmunidades dentro de su texto, por un lado la "inmunidad de opinión" (art. 68 CN) y por el otro la "inmunidad de arresto" (arts. 69 y 70 CN), las facultades tutelares especiales otorgadas a los legisladores (Diputados y Senadores) se hacen extensibles al Defensor del Pueblo (art. 86 CN) a los funcionarios del Ministerio Público (art. 120 CN), a los jueces federales (1) y a un grupo reducido de integrantes del Poder Ejecutivo Nacional (2).

Este sistema de protección por manda constitucional debe ser extensible al ámbito provincial (art. 5 CN), pero con las limitaciones impuestas a través de los criterios fijados en la Constitución Nacional.

Su surgimiento debe ser el resultado de la decisión de los Convencionales Constituyentes (esto como consecuencia del poder constituyente derivado) (3), por lo que es la Constitución Nacional la encargada de fijar los pisos dentro de los cuales los Estados provinciales deberán acotar su actuación. El poder constituyente derivado solo podrá ser ejercido por el Convencional

Constituyente en respeto a las cláusulas pétreas, los pactos pre-constituyentes, los Tratados Internacionales y toda normativa tendiente a regular su funcionamiento.

Lo referenciado en el párrafo precedente significa que no existirá posibilidad alguna de que prerrogativas de este tipo (inmunidades) sean otorgadas por los legisladores, recordemos que los mismos en sus facultades se encuentran exentos de poder efectuar

reformas a la Constitución (tanto si fuera a nivel nacional como provincial).

II. Las prerrogativas en las Provincias Patagónicas

El régimen provincial se encuentra limitado, pero al mismo tiempo autorizado (4) por los arts. 5 y 121 CN, entonces como lógica derivación de los criterios vertidos a través del principio de supremacía constitucional es que las Provincias deberán respetar los parámetros establecidos en la Constitución, por lo que los criterios a los cuales deberá adecuarse el Convencional Constituyente local (tanto si lo fuera del Poder Constituyente Originario como del Derivado) serán en realidad los impartidos (como base) por las pautas fijadas en la Constitución Nacional.

Se vuelve a repetir, las Legislaturas Provinciales (Poder Legislativo) serán incapaces de poder realizar modificación alguna sobre las cartas magnas locales, este criterio fue vertido previamente a través del precedente "Molina"(5) de la Corte Suprema de Justicia de la Nación fijando un conjunto de pautas claras para que las provincias establezcan las inmunidades locales.

Es interesante tomar en cuenta las decisiones adoptadas por la Corte Suprema y ver como estas influyen en el plano local, los lineamientos fijados en el precedente "Cerámica San Lorenzo"(6), fallo que se pronuncia respecto de la obligatoriedad de las sentencias de nuestro máximo tribunal para con los tribunales de grado inferior.

Por otro lado, vale recordar —y sobre todo en casos de Derecho Público— que los lineamientos fijados en el precedente "Lopardo" son de una envergadura tal, que el intérprete de la norma, no podrá dejarlo de lado, es por ello, que comparto el siguiente extracto de dicho fallo: "A pesar de la autoridad de que están investidos y el respeto que merecen los precedentes de la Corte, en cuanto Tribunal Supremo de la Nación toda, y las razones de economía procesal, certeza y seguridad jurídicas que aconsejan la

conveniencia de tender a la uniformidad de la jurisprudencia ¬en la medida de lo prudente y dentro de la ineludible variedad de las circunstancias de tiempo y lugar¬ ha de reconocerse que los precedentes del Tribunal carecen de fuerza general legalmente vinculante para los tribunales locales en materia de derecho público local, en virtud de lo dispuesto en los arts. 67, inc. 11, 100, 104 y 105 de la CN. El hecho de que dichos tribunales y los nacionales de la Capital Federal puedan apartarse fundadamente de aquellos precedentes no es, a pesar de algunos inconvenientes que de ello pudiera derivar, sino una consecuencia necesaria del sistema federal adoptado en la Carta Magna y específicamente en los artículos citados"(7).

Estos criterios vertidos previamente por el tribunal cimero, si bien son observados en el ámbito académico y científico, entiendo que no correspondería su aplicación al caso de las inmunidades reguladas.

Para sustentar lo esgrimido *ut supra*, debemos tener en cuenta que lo que se encuentra en juego no es ni más ni menos que el sistema republicano de gobierno y con ello la responsabilidad del funcionario público, sin perjuicio de la tutela que el art. 16 CN —derecho de igualdad— reconoce a la totalidad de los habitantes de la nación, siendo pautas irrenunciables que ni siquiera el más desorientado jurista podrá dejar de lado.

Dentro de este posicionamiento doctrinario, el precedente "Molinas", tendrá plena vigencia, aun en el caso de encontrarnos en presencia de un hecho que surja a nivel provincial adecuándose a dicha normativa, en una palabra, lo que se pretende significar, como se lo hizo a lo largo del presente, es que únicamente la Convención Constituyente puede otorgar inmunidades/prerrogativas a los funcionarios.

Si bien es sabido que las provincias guardan facultades que pueden ser expresas o tácitas en su determinación, esto lleva a

concluir que los Estados de jerarquía media guardarán facultades propias que no son explícitamente determinadas por la Constitución y otras tantas lo serán de forma clara y concreta. Hay que tener en cuenta que las inmunidades mencionadas en párrafos precedentes cesan en el momento en el cual el funcionario deja el cargo o cuando concurra el desafuero y/o juicio político según fuere la situación a enfrentar.

Así en el caso de Tierra del fuego el art. 93 de la Carta Magna local hace referencia a las inmunidades de los legisladores (opinión y arresto) (8), en la misma vereda se encuentran el Gobernador y el Vicegobernador (art. 133), siendo esta facultad extensible a los funcionarios municipales y comunales (art. 182).

Santa Cruz regula la inmunidad de arresto (art. 96), opinión (art. 98) en su Constitución Provincial en principio referida a los Diputados, pero extensible por manda constitucional al Gobernador y Vicegobernador (art. 118), a los ministros del Poder Ejecutivo (art. 120), a los ministros del Superior Tribunal, al Fiscal de Estado (art. 125) y a los Convencionales Constituyentes (art. 158).

Rio Negro comienza con un criterio importante en el art. 7 de su Constitución Provincial, puesto determina el plazo de duración de las inmunidades, fueros, etc., en esta dinámica los legisladores provinciales tendrán inmunidades de arresto y opinión (art. 128), también los convencionales constituyentes (art. 113), los fiscales de actuaciones administrativas (art. 165), el Defensor del Pueblo (art. 168), el Gobernador y el Vicegobernador (art. 177), los Ministros (art. 184), el Fiscal de Estado (art. 192), los Magistrados y Funcionarios judiciales solo tendrán inmunidad de arresto (art. 199) y por último los funcionarios municipales elegidos por el voto popular.

Neuquén en su norma suprema local establece, a través del art. 9, la vigencia de las inmunidades durante el período de duración del mandato para todos los funcionarios reconocidos por la Constitución, el art. 173 hace referencia a la inmunidad de opinión,

mientras que el 174 lo hace con respecto a la de arresto, pero referida a los legisladores provinciales, estas a su vez son extensibles al Gobernador y al Vicegobernador (art. 205), a los Ministros del Poder Ejecutivo (art. 216), a los miembros del Consejo de la Magistratura (art. 250) —presentándose la particularidad que es el convencional constituyente el que lo determinó las inmunidades—, los miembros del Tribunal de Cuentas (art. 260) también tendrán las mismas inmunidades, como así los integrantes del Poder Judicial (Funcionarios y Magistrados), el Defensor del Pueblo (art. 265) y los miembros de los Concejos Deliberantes tendrán inmunidad de opinión (art. 287).

En el caso de la Provincia de La Pampa, la Constitución fija la inmunidad de arresto y opinión (art. 63) para los legisladores provinciales, en el caso del Gobernador y Vicegobernador (art. 78) también seguirán su misma suerte, igual situación acontece con los Ministros del Poder Ejecutivo (art. 86) o los Magistrados e integrantes del Ministerio Público (art. 93), el Fiscal de Investigaciones Administrativas también está tutelado (art. 107), al igual que los Convencionales Constituyentes.

Con respecto a la situación de Chubut me explayaré en puntos venideros puesto esta presenta la particularidad de que mediante un sistema participativo la sociedad ha decidido en el año 2025 abrogar ciertos arts. de la Constitución local a través de los cuales se eliminarían prerrogativas.

III. La ley V N° 70

El 26 de abril de 1995 se promulgó la ley 4086 que con posterioridad sería conocida como V 70, dicha norma regula los aspectos referidos al Consejo de la Magistratura, su integración, funcionamiento, remoción, etc.

En lo que a este artículo científico respecta es interesante observar la redacción del art. 13, el cual pregona: "Los miembros del

Consejo de la Magistratura gozan, desde el día de su elección y hasta el cese de sus funciones, de las inmunidades establecidas en el Título II de la Parte Segunda, arts. 248 y siguientes de la Constitución Provincial. El pleno del Consejo de la Magistratura decide el desafuero o suspensión del imputado, en su caso, con el voto de por lo menos diez de sus miembros".

El lector jurídico entenderá la postura que se viene sosteniendo, es imposible que el legislador (local o nacional) otorgue prerrogativas que no se encuentran avaladas por el convencional constituyente en el texto de la norma magna.

El artículo trece [13] de la ley V 70 (más allá de la reforma efectuada en el año 2025 sobre este tema) es inconstitucional, esto quiere decir que desde la sanción de la Ley hasta el presente los miembros integrantes del Consejo de la Magistratura jamás gozaron de prerrogativa alguna.

Es importante entender que el ejercicio de facultades se encuentra determinado por la normativa y que tal normativa debe ser entendida en una lógica piramidal (principio de supremacía constitucional) para de esta manera evitar confrontaciones con normas de jerarquía superior o dotar de facultades sin estar capacitado constitucionalmente para ello.

Resulta interesante observar como a lo largo de los años han pasado gran cantidad de juristas por dicho cuerpo que tiene como función esencial la elección de los funcionarios que integran el Poder Judicial y el Ministerio Público y ninguno efectúo tal observación a través de una presentación judicial solicitado la declaración de inconstitucionalidad.

Más allá de la inconstitucionalidad en su origen con la que operó la ley V 70 en la actualidad ha quedado el art. 13 abrogado, aunque correspondería su eliminación del texto de la norma para

evitar cualquier tipo de confusión en quienes no tienen formación técnico legal.

IV. Sistemas de participación ciudadana en la reforma a la Constitución Provincial del Chubut

La Constitución originaria de 1957 carecía de sistemas de democracia semidirecta o participación ciudadana como los que se incorporarían luego de la reforma efectuada a la carta magna provincial en 1994.

Siguiendo el criterio fijado por los Convencionales Constituyentes de nación, en el ámbito provincial los encargados de realizar la reforma irían un paso más adelante incorporando la consulta popular (art. 262), la iniciativa popular (art. 263) y la revocatoria de mandatos (art. 264), como sistemas de democracia semidirecta tendientes a interpretar la voluntad del pueblo de forma más contundente a la existente previo a su incorporación.

Recordemos que este tipo de sistemas busca tratar de resolver el problema troncal que es la falta de representación existente en el electorado con respecto a quienes se presentan para ocupar cargos públicos que son el resultado del voto popular y que no exista una separación de hecho entre quienes se postulan y quienes los eligen, al momento de ejercer la función pública.

De esta forma, para captar la voluntad popular y no limitarse al sistema rígido establecido por los arts. 265 a 270, el convencional constituyente de 1994 entendió que correspondía incorporar una nueva cosmovisión respecto a la posibilidad de realizar reformas, es así que se establece el sistema de enmiendas de la Constitución Provincial.

Es en el marco referenciado en el párrafo anterior que se incorpora un interesante instituto regulado en el art. 271 de la carta magna provincial que pregona: "La reforma de hasta dos artículos

puede ser declarada y sancionada por la Legislatura con el voto de los dos tercios del total de sus miembros. Dictada la ley de reforma, se somete en la primera elección siguiente a referéndum popular para su aprobación o desaprobación. Si la mayoría vota a favor de la reforma, la enmienda queda aprobada y el Poder Ejecutivo debe promulgarla quedando incorporada al texto de la Constitución. Estas enmiendas no pueden votarse por la Legislatura sino con un intervalo de dos años por lo menos".

Este sistema de enmiendas *ad referendum* de la sociedad, tiene como finalidad evitar la estanqueidad que genera el sistema tradicional, posibilitando en muchas ocasiones que reformas que pueden ser limitadas por los distintos actores políticos que encontramos en la legislatura salgan a la luz.

El lector deberá tener presente que el sistema de enmiendas instituido por el convencional constituyente provincial de 1994 tiene dos etapas correlativas, la primera de ellas, es la sanción de una ley de necesidad de la reforma por parte de la Legislatura Provincial, la norma local tendrá como finalidad determinar los artículos (o el) que se pretenden reformar, para que la misma sea válida deberá contar con los votos de los dos tercios (2/3) de los miembros totales del Poder Legislativo Provincial, la segunda de las etapas consiste en la obtención del referéndum popular, esto quiere decir que la sociedad mediante su voto determinará si acepta o no la propuesta de enmienda efectuada a través de la Legislatura, la votación deberá tener lugar en la elección siguiente a la entrada en vigencia de la ley que propone la enmienda.

La sociedad a través del referéndum aceptará o rechazará la reforma, en el caso de rechazarla la Constitución Provincial se mantendrá como está, mientras que, en el caso de ser convalidada por el voto de la población, el Poder Ejecutivo se verá en la obligación de promulgarla quedando incorporada al texto de la Constitución.

V. La eliminación de los fueros en la reforma a la Constitución Provincial Chubutense de 2025

El 19 de marzo de 2025 se aprobó la ley V 201 la cual establecía por parte de la Legislatura Provincial un proceso de reforma constitucional a través del método de enmiendas regulado por el art. 271 de la Carta Magna local.

La norma referenciaba la necesidad de realizar modificaciones sobre dos [2] artículos, el 247 y el 248, el primero de los citados en su redacción originaria establecía: "El Gobernador, el Vicegobernador o quien los reemplace conforme a esta Constitución gozan de completa inmunidad en sus personas y sus domicilios desde el día de su elección al de su cese. Los miembros del Tribunal electoral, incluso los municipales, gozan de la misma inmunidad desde la convocatoria a elecciones hasta la terminación del acto eleccionario y proclamación de los electos", el segundo de los artículos mencionados estipulaba: "Los legisladores, los magistrados del Poder Judicial, el Procurador General, el Defensor General, los fiscales y defensores, los ministros del Poder Ejecutivo, los miembros electivos de los municipios, los dirigentes y representantes de sindicatos y organizaciones gremiales legítimamente constituidos gozan de completa inmunidad en sus personas y en sus domicilios desde el día de su elección o nombramiento hasta el día de su cese y no pueden ser detenidos por ninguna autoridad, salvo el caso de ser sorprendidos *in fraganti* en la ejecución de un delito con pena privativa de la libertad. La detención se comunica con la información sumaria correspondiente dentro del término de dos horas: 1. Tratándose de legislador o funcionario sometido a juicio político, a la Legislatura; 2. En los casos de jueces y magistrados al Tribunal de Enjuiciamiento; 3. Si se trata de miembros efectivos de los municipios, al cuerpo deliberativo respectivo; 4. Si son dirigentes o representantes gremiales, a la entidad de su representación. En los casos de los incs. 1 y 2 el cuerpo dispone la libertad y allana los fueros del detenido. En los casos de los incs. 3 y 4 el cuerpo o la entidad correspondiente, aconsejan la libertad o disponen su desafuero. En todos estos supuestos se consideran los

antecedentes de cada uno sin perjuicio del funcionamiento del *habeas corpus*".

La nueva redacción de los artículos sería la siguiente: "Art. 247. Supresión de la inmunidad de proceso y ejecución de sentencia condenatoria. El Gobernador, el Vicegobernador y los integrantes de los tribunales electorales provincial y municipales están sujetos a la acción penal sin privilegio. La ejecución y cumplimiento de una sentencia penal condenatoria que resulte confirmada por un tribunal de alzada, aunque tenga pendientes recursos o impugnaciones extraordinarias, no está sujeta a intervención ni autorización previa de ningún otro poder del Estado ni de estamento alguno como así tampoco requiere proceso legislativo de desafuero; art. 248. Supresión de la inmunidad de ejecución de sentencia condenatoria.

La promoción de causa penal, su tramitación y el enjuiciamiento penal por delitos comunes o en ejercicio de la función contra legisladores, magistrados del Poder Judicial, Procurador General, Defensor General, fiscales, defensores, ministros del Poder Ejecutivo, miembros electivos de los municipios, dirigentes y representantes de sindicatos y organizaciones gremiales legítimamente constituidos, no requiere intervención ni autorización previa de ningún otro poder del Estado ni de estamento alguno. La ejecución y cumplimiento de una sentencia penal condenatoria que resulte confirmada por un tribunal de alzada, aunque tenga pendientes recursos o impugnaciones extraordinarias, no requiere proceso legislativo o judicial de desafuero, ni ante el Tribunal de Enjuiciamiento o del Cuerpo Deliberativo municipal, según el caso".

Las nuevas redacciones buscaban eliminar las prerrogativas establecidas por el Convencional Constituyente de 1957 y continuadas por el de 1994 y agilizar los procesos penales en contra de los funcionarios provinciales, municipales y gremiales. La propuesta de la Legislatura Provincial fue sometida *ad referendum* en las elecciones de medio término de octubre de 2025, obteniendo como resultado el

63% de los votos y convirtiéndose de esta manera en una reforma constitucional mediante el sistema de enmiendas.

Sectores vinculados al Poder Judicial objetaron la eliminación de los fueros aduciendo que debilitaba la independencia de dicho Poder, encontrándose los jueces y fiscales más vulnerables frente a las posibles embestidas del Poder Ejecutivo, aduciendo que la ausencia de fueros no permite la decisión o investigación de casos de gran dificultad y a su vez ataca los derechos de la ciudadanía a tener un Poder Judicial independiente.

Los criterios vertidos *ut supra,* no pueden ser aceptados al no tener ninguno de los funcionarios públicos fuero alguno, se genera un plano de igualdad, la razón de ser histórica de los mismos en el siglo XXI ha desaparecido, su manutención obedece únicamente a privilegios de sectores estatales que el común de la gente no posee, de hecho las grandes investigaciones que se vinculan con actos de corrupción tanto a nivel nacional como provincial han sido el resultado de trabajos periodísticos que luego fueron radicados como denuncia, pero quienes lo realizaron no poseían ningún tipo de prerrogativa e igualmente pudieron llevarlo adelante.

En lo particular considero que los integrantes del Estado (funcionarios) en sus tres [3] Poderes deben tratar de adecuarse a las pautas que solicita la sociedad y al tiempo en el que viven (repito siglo XXI), puesto no son ni más ni menos que sus representantes y aquí es claro como se puede observar parte de la problemática que esgrime la sociedad con respecto al sistema representativo, consistente en la disociación con la realidad por parte de los funcionarios públicos (vale tener presente que es el contribuyente el que mantiene la estructura del Estado —Nacional, Provincial y Municipal—).

La Provincia del Chubut ha sido precursora a nivel nacional en este aspecto de la eliminación de los fueros y hasta el momento de redacción del presente artículo no se han presentado mayores problemas en cuanto a su aplicación (salvo el caso de quienes

utilizaban las prerrogativas para proteger su actividad ilícita o inmoral).

VI. Conclusiones

De lo trabajado hasta el presente se puede concluir que:

1. Es el Convencional Constituyente el encargado de determinar las prerrogativas.

2. El legislador carece de facultades para modificar directa o indirectamente el articulado de la Constitución y su espíritu.

3. Los miembros integrantes del Consejo de la Magistratura jamás tuvieron ningún tipo de inmunidad o prerrogativa.

4. El art. 13 de la ley V 70 fue inconstitucional hasta el año 2025 y en la actualidad debe ser derogado.

5. La eliminación de los fueros se realizó a través de una reforma constitucional de enmiendas que permite a los ciudadanos de la Provincia tomar decisión directa en los artículos a reformar.

6. Podemos observar no solo en la Provincia o Municipios, pero también en el ámbito de Nación como los fueros, prerrogativas e inmunidades han sido utilizados a lo largo de los años para proteger a gran cantidad de personas inmorales e íntimamente vinculadas a la actividad delictual, estando la problemática vinculada a los tres [3] Poderes, su eliminación permite lograr la tan ansiada igualdad ante la ley (art. 16 CN).

7. Las razones de ser que dieron origen al establecimiento de inmunidades por parte del Convencional Constituyente de la Constitución Nacional en 1853 y que fueran amparadas por las Constituciones locales no existen en el Siglo XXI, la manutención de tales beneficios solo opera como una verdadera eximente para rendir

cuentas atacando de esta manera al sistema republicano de gobierno (responsabilidad del funcionario público).

(1) Conf. QUIROGA LAVIÉ, Humberto, BENEDETTI, Miguel Ángel, CENICACELAYA, María de las Nieves, "Derecho Constitucional Argentino", Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2001, 1ª ed., t. II, ps. 1173 y 1174.

(2) Vale tener presente que los Ministros al igual que el Jefe de Gabinete (imperiosa lectura merece el voto en disidencia del Dr. Fayt en el precedente "Cavallo" - Fallos 321:2617), gozan de la inmunidad de opinión cuando sean convocados —o concurran por propia voluntad— por alguna de las Cámaras del Congreso de la Nación, misma situación se repite con respecto al Vicepresidente (actuando como Presidente del Senado - Art. 57 CN).

(3) El Poder Constituyente originario es el encargado de fijar las pautas de actuación, estas solo podrán ser modificadas por el Poder Constituyente derivado, no así por un simple legislador.

(4) Conf. ARMESTO, Diego H., "inmunidades parlamentarias y su actualidad", Sup. Act., TRLALEY AR/DOC/2040/2014.

(5) CS, Fallos 314:1091, TR LA LEY AR/JUR/1286/1991.

(6) Conf. CS, Fallos 307:1094, TR LA LEY AR/JUR/1595/1985.

(7) Conf. CS, Fallos 304:1459, TR LA LEY AR/JUR/391/1982.

(8) También extensible a los Convencionales Constituyentes.

Responsabilidad por el uso de drones

por Mariano Palma

Disponible en: https://www.hammurabi.com.ar/
Publicado en: Hammurabi online
[Consultado el: 19/06/2026]

Sumario

I. Introducción.— II. Régimen jurídico aplicable.— III. La Resolución 550/2025 de la ANAC.— IV. El Art. 63 de la Ley 24.240 — V. Conclusión.

I. Introducción

La historia de la humanidad demuestra con precisión quirúrgica que el hombre ha centrado gran parte de su atención en los cielos, ya fuere desde los análisis filosóficos realizados por los filósofos cosmológicos, la mitología griega y romana, la creación de doctrinas teológicas o incluso la utilización de tal ámbito que va entre la tierra y las estrellas para el desarrollo de las obras poéticas más destacadas.

Distintos inventores desarrollarían máquinas tendientes a lograr el tan ansiado vuelo, desde Arquitas de Tarento, Kong Ming o incluso Miguel Ángel, demostrando el interés que existía en las distintas culturas por tal ansiado objetivo.

Es recién con la creación de los hermanos Wright que el ser humano logra conquistar de manera incipiente los cielos a través del aeroplano esto, a comienzos del siglo XX, luego el desarrollo de tal área de la ingeniería generaría drásticas modificaciones al diseño primigenio pero permitiría un avance tecnológico tal que posibilitaría el traslado del ser humano a lo largo y ancho del globo terráqueo

acotando las distancias y tiempos de traslado, no solo de personas, sino también de mercaderías, el avión como lo conocemos en la actualidad llegaría para quedarse.

Si bien asociamos la conquista de los cielos al avión, en realidad son múltiples áreas en las cuales la ingeniería aeronáutica triunfó a nivel mundial, solo basta con recordar la conquista del espacio exterior por la Unión Soviética o el primer alunizaje por los Estados Unidos.

En todos los casos mencionados (al menos desde el inicio del siglo XX) el derecho, como es usual en esta área, ha regulado sistemáticamente la actividad con la finalidad no solo de prevenir los posibles accidentes que pudieren llegar a ocurrir, sino también para brindar ciertas pautas de organización que permitan a la sociedad prever.

En el marco de lo mencionado en el párrafo precedente es que surgen a nivel internacional diversos Tratados vinculados a la responsabilidad como ser: 1) Convenio de Aviación Civil Internacional de Chicago de 1944; 2) El Convenio de Tokio de 1963; 3) El Convenio de la Haya de 1970; 4) El Convenio de Montreal de 1971; 5) El Protocolo de Montreal de 1988; 6) El Protocolo de Montreal de 2014, etc.

La República Argentina, no ha sido ajena a la regulación jurídica del espacio aéreo y de las aeronaves, tal es así que la materia ha sido codificada a través de la Ley 17.285 de mayo de 1967, también conocida como "Código Aeronáutico" con sus sucesivas reformas.

El avance tecnológico en la materia ha permitido que nuevas aeronaves se sumen a las regladas en la antigua normativa, generando de esta manera situaciones innovadoras fácticamente que requieren de la regulación por parte del Estado.

Pensemos que las normas dictadas durante el siglo XX solo tuvieron en contemplación la regulación de la aeronavegación mediante la presencia directa e inmediata de personas en cabinas de mandos que se encontraban dentro de la propia aeronave, el terreno fáctico como todos sabemos ha cambiado diametralmente, las personas ya no se encuentran gobernando el destino de la máquina dentro de ella, sino por el contrario lo pueden realizar a distancia, sin siquiera estar dentro del mismo país o continente.

El avance tecnológico incluso se ha transportado al ámbito lúdico permitiendo que el simple ciudadano adquiera vehículos aeronavegables, desde globos aerostáticos, pasando por aviones a escala, aeromodelismo, etc., todas prácticas que han influido en la aparición del dron, el cual cumplimenta de forma perfecta el hedonismo del hombre que lo vemos cotidianamente en las redes sociales mediante la auto filmación, pero que también pueden ser traspoladas a otros ámbitos del quehacer como lo es la guerra, sin embargo este último tópico excede el presente trabajo en su desarrollo.

Esta breve introducción tiene como finalidad permitir al lector entender cuál será la base estructural del presente artículo que se encuentra dirigido a la utilización de drones dentro del marco de la Ley De Defensa del Consumidor, ello con las particularidades propias y restrictivas que determina dicho microsistema de responsabilidad.

II. Régimen jurídico aplicable

Como se mencionó en la introducción la irrupción del dron (1) en el ámbito lúdico ha venido a significar grandes cambios en la vida diaria, la expansión de las redes sociales y la necesidad (cuasi enfermiza) de grabar, capturar y retratar para luego exponer todo acontecimiento de la vida ha generado un nuevo ámbito económico y laboral, ya se observan nuevos puestos de trabajo, tales como ser youtuber, instagramer o incluso tiktoker a los cuales las generaciones más jóvenes aspiran.

Para cumplir con el objetivo de visibilizar los acontecimientos es necesaria la concurrencia de cierta infraestructura, quienes tenemos algunos años ya sobre este planeta recordaremos que las fotografías no se sacaban con gran frecuencia puesto se debía revelar el rollo para de esta forma poder tener acceso a la imagen, con la irrupción de la cámara digital tal situación cambió para quedar como un objeto obsoleto, incluso la cámara digital sería jubilada por el smartphone o las cámaras de acción.

Este nuevo conjunto de elementos tecnológicos no terminaría ahí, sino por el contrario se incorporaría un nuevo agente al mercado, estamos hablando del dron, el cual si bien tiene aplicaciones técnicas interesantes (para ámbitos de seguridad, seguridad nacional, como armas de guerra, etc.) (2), aquí nos limitaremos a la actividad civil (por decirlo de alguna manera que permita lograr una distinción clara).

Si bien el Convenio de Chicago (3) de 1944 en su artículo octavo (8) hace referencia a la aviación no tripulada, quienes lo redactaron lejos estaban de suponer la existencia de drones como los conocemos en la actualidad.

En el ámbito nacional es recién con las resoluciones de ANAC (527/2015; 885/2019) que se establece el reglamento VANT (Vehículos Aéreos no Tripulados) y el SVANT (Sistema de Vehículos Aéreos no Tripulados).

La normativa mencionada previamente es interesante de analizar, puesto a partir de ella se determina el concepto de dron, y tal definición permitía distinguir la aplicación del régimen del Código Aeronáutico puesto este último hacía referencia en su Art. 36 a aeronaves y no a vehículos aéreos.

La descripción efectuada en el párrafo precedente seria modificada por la irrupción del Dec.70/23, el cual directamente modificó la redacción del Art.36, para de esta manera incorporar a los vehículos aéreos (drones).

Las modificaciones también recaerían sobre el Art. 79 del Código Aeronáutico, el cual establece la necesidad de contar con un piloto habilitado para poder llevar adelante la tripulación del dron, dando a entender (según fuera el caso) que nos encontramos en presencia del comandante (interesante es tener en cuenta a las aeronaves que son gobernadas por inteligencia artificial).

Si bien el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 70/23 ha sufrido variada cantidad de declaraciones de inconstitucionalidad, las mismas no han recaído sobre lo referente al tema que nos ocupa en este trabajo.

Otra situación que no escapa a la aplicación normativa, converge específicamente en la determinación de que leyes pueden gobernar fácticamente el desempeño de la actividad, en un interesante artículo(4) el maestro Sobrino hace referencia a la aplicación del régimen de seguros algo que era obligatorio para el piloteo de drones desde la resolución 517/2015 en convergencia con la Res. 40.250 (con las modificaciones efectuadas a través de las Res. 198/18 y 721/25) de la Superintendencia de Seguros de la Nación.

III. La Resolución 550/2025 de la ANAC

Como bien se conoce, el gobierno nacional ha implementado un criterio de desregulación de ciertas actividades que se encontraban con exceso reglamentario, trayendo consigo más perjuicio y desaliento de actividades que beneficios posibles, el lector deberá tener presente que en ciertas ocasiones las regulaciones previas se realizaron con cierto tino.

Lo trascedente en la materia que ocupa el objeto del presente trabajo es la vinculación de las resoluciones de la ANAC con el manejo de los drones, por ello la Res. 550/2025 viene a significar un avance con cierto tino en lo que respecta a la navegación de drones.

Con la normativa actual se reemplazan las antiguas denominaciones VANT/SVANT por RPA/RPAS, siguiendo los criterios de la OACI (Organización Internacional de Aviación Civil).

Se genera la posibilidad de brindar a través de todo centro que lo solicite a la ANAC el curso de piloto a distancia en todas las categorías, eliminando el monopolio que existía con anterioridad a su puesta en vigencia.

La nueva normativa genera una modificación respecto de la regulación de las aeronaves no pilotadas, así se divide en: 1) Categoría Abierta: No requiere de autorización previa, donde el piloto tenga alcance visual de la aeronave, dentro de una altura que no exceda los 122 Mts., siempre que la aeronave no exceda los 25 kg (con excepción de las zonas rurales). En estos casos no se requiere licencia aeronáutica (solo se debe poder demostrar conocimientos básicos), se debe presentar con carácter gratuito una declaración jurada ante la ANAC, consignando los datos técnicos del dron y del operador(5); 2) Categoría Específica(6): Las operaciones deben realizarse con autorización previa de la autoridad competente, se da para drones entre 25 y 150 kg., o con un peso igual o superior a 250 gr que no trabaje bajo categoría abierta, en estos casos el piloto deberá contar con licencia; 3) Categoría Certificada(7): comprende aquellos vuelos de aeronaves cuyo peso supere los 150 kg., requiriendo previamente de autorización por la autoridad competente.

En el caso de la categoría abierta, otro interesante cambio se dio en la abolición del seguro obligatorio, nada obsta sin embargo a que el titular adquiera dicho servicio, pero ya no por imposición normativa, en estos casos debemos tener presente que los daños producidos serán satisfechos con la totalidad del patrimonio del dañador.

IV. El Art. 63 de la Ley 24.240

De la lectura del artículo se entiende que la voluntad del legislador ha sido establecer un orden de prelación normativa que tienda a fijar una forma concreta para la solución de los conflictos vinculados a la interpretación de las leyes.

En lo particular considero que se generan grandes escollos ya que la relación de consumo encuentra regulación en el Art.42 CN, situación que por aplicación del principio de supremacía constitucional permite entender que todo lo vinculado al microsistema de responsabilidad consumeril tendrá supremacía por sobre el resto de la normativa mencionada en el artículo (más allá que haga referencia a los Tratados Internacionales propios del Derecho Aeronáutico).

El estatuto consumeril solo se aplicará a los aspectos que no estuvieren regulados por la normativa aeronáutica específica, es importante tener presente que aun existiendo este criterio existen doctrinarios que no aceptan tal postura, un ferviente opositor a la aplicación de la normativa consumeril lo es el Dr. Folchi(8).

Si bien la normativa establece un orden de prelación, observemos los criterios sentados por la Sala I de la Cámara Federal Civil y Comercial que al respecto ha dicho: "Pues bien, a los fines de dar una respuesta cabal a esta cuestión, debo aclarar que el art. 63 de la ley 24.240 dispone que al contrato de transporte aéreo se le aplicarán las normas del Código Aeronáutico, los tratados internacionales y, supletoriamente, la Ley de Defensa del Consumidor. La importancia de esta aclaración no es menor, dado que el ámbito de la defensa del consumidor es el único en el cual la legislación positiva –hasta el momento- prevé a aplicación de la multa civil. Hago un paréntesis aquí para puntualizar que si bien el art. 63 citado fue derogado por el art. 32 de la ley 26.361, este último fue –a su vez- observado por el decreto 565/08. Ahora bien, las presentes actuaciones giran en torno a una demanda fundada en un hecho

originado en la actividad aeronáutica, extremo que determina la aplicación de la ley específica de la materia, es decir, el Código Aeronáutico y los correspondientes tratados internacionales. Ocurre que cuando el supuesto sometido a decisión encuadra en las previsiones específicas de la ley especial, no existen razones valederas que, como principio, autoricen a descartarlas y apartarse de ellas (conf. Sala 3, causa N° 7.210/11 del 28/06/13). Lo expuesto no implica negar la relación de consumo, sino – antes bien- rechazar el desplazamiento de las normas de la ley aeronáutica que específicamente regulan la cuestión. Dicho en otros términos, el transporte aéreo no está completamente excluido de las previsiones contenidas en la Ley de Defensa del Consumidor, sino que la aplicación de esta última es supletoria y está limitada a aquellos supuestos no contemplados en el Código Aeronáutico ni en los tratados internacionales"(9).

La misma Sala I, en otro caso que versó sobre un reclamo ante las continuas reprogramaciones que tuvieron lugar luego de la cancelación de un pasaje como consecuencia del Cóvid-19 dijo lo siguiente: "por una cuestión de orden metodológico, corresponde abordar en primer término la queja de la demandada identificada como inciso a) en el considerando III de la presente, referida a la inaplicabilidad de la Ley N° 24.240 y al derecho aplicable al caso, puesto que la solución de dicho planteo resulta determinante para establecer el marco normativo que habrá de regir el examen de los agravios subsiguientes. Pues bien, el Convenio de Montreal de 1999 sobre Unificación de Ciertas Reglas de Transporte Aéreo Internacional entró en vigor en el plano internacional el 4/11/03. Y si bien la República Argentina no lo ratificó, adhirió a él depositando el instrumento de adhesión el 16/12/09, habiendo entrado en vigor para nuestro país el 4/02/10. Por lo tanto, dicho instrumento internacional rige predominantemente el presente caso"(10).

La Dra. Barreiro nos dice que sería competencia exclusiva del estatuto consumeril: "a) El deber de información del Art.4 y 36 LDC; b) El carácter vinculante de la oferta y la publicidad de los arts. 7 y 8

LDC; c) El trato digno al pasajero del art. 8 bis LDC; d) El deber de brindar el servicio en las condiciones acordadas previsto en el art.19 LDC; e) La revocación de la aceptación en el marco de adquisiciones de pasajes fuera del establecimiento -arts. 33 y 34 LDC-; f) La prohibición de incluir en sus contratos cláusulas abusivas conforme al art.37 LDC y todas estas conductas disvaliosas podrán ser objeto de las sanciones previstas por los arts. 40 bis, 47 y 52 bis LDC"(11).

Por su parte, Wajntraub entiende: " Lo expresado nos lleva a afirmar que la excepción a la idea orientadora del criterio más favorable para el consumidor debe ser de interpretación sumamente restrictiva, por lo que el sistema de protección de los consumidores debe aplicarse no sólo cuando las leyes especiales nada dicen frente a alguna hipótesis determinada, sino también cuando la ley 24.240 contemple alguna obligación para los proveedores que resulte complementaria o integradora de otras surgidas de las normas específicas, siendo todas ellas resultantes del mismo presupuesto de hecho"(12).

Más allá de lo expresado por los doctrinarios y la jurisprudencia previamente mencionada, tengo al respecto un criterio disímil, entiendo que si bien el legislador ha querido establecer una vigencia supletoria del estatuto consumeril, dicha voluntad no se condice con la del convencional constituyente que ha dotado de vigencia constitucional a la relación de consumo (Art.42 CN), motivo por el cual toda situación que recaiga dentro de la misma debería ser gobernada por el microsistema de responsabilidad consumeril, no se puede aceptar que a través de sentencias judiciales se entienda que hay vigente una relación de consumo y que al mismo tiempo se decida resolver el pleito con otro microsistema de responsabilidad, privando inexorablemente al consumidor de los beneficios tuitivos propios de la Ley 24.240.

V. Conclusión

De lo expresado en presente artículo se puede obtener como conclusión:

a) La nueva reglamentación impartida por la Res. 550/2025 vino a simplificar la utilización de los drones generando una reglamentación que converge con los criterios sentados internacionalmente.

b) Al no ser obligatorio el seguro en el caso de drones de menos de 250 gr., el propietario deberá responder con la totalidad de su patrimonio.

c) Al igual que las aeronaves pilotadas la Ley de Defensa del Consumidor no queda exenta de aplicación, por el contrario, tendrá plena vigencia, siempre que nos encontremos en presencia de una relación de consumo en los términos del Art. 42 CN.

(1) Este debe ser entendido como el "vehículo aéreo destinado a volar sin piloto a bordo y pilotado desde una estación de pilotaje a distancia" (Res. 885/19 ANAC).

(2) Ver: VANINETTI, Hugo A., "El empleo de VANT/drones en investigaciones penales", publicado en DPYC, cita online: TR LALEY AR/DOC/3697/2020; CARRANZA, Luciana, MAGGIO, Facundo, "La utilización de nuevas herramientas tecnológicas en la investigación criminal. El drone", publicado La Ley, cita online: TR LALEY AR/DOC/4167/2019.

(3) La República Argentina adhiere mediante Dec.15110/46.

(4) Conf. SOBRINO, Waldo, "Seguro de drones", publicado en La Ley, cita online: TR LALEY AR/DOC/ 443/2018.

(5) Debemos tener presente que si bien existen mayores libertades, también se mantuvieron ciertas limitaciones respecto de las cuales el operador no podrá hacer caso omiso, como por ejemplo las prohibiciones de operar en ciertos espacios aéreos (prohibidos, restringidos o peligrosos, zonas de control, zonas de no vuelo, donde se desarrollen operaciones de bomberos, policías, seguridad pública o emergencias, espacios de instrucción de vuelo o entrenamiento, cuando existan condiciones meteorológicas adversas, sobre personas o proximidad de ellas, etc.).

(6) En estos casos se deben cumplir ciertos requisitos, ya se mencionó que el dron debe pesar entre 25 y 150 kg, el mismo deberá estar inscripto en el Registro Nacional de Aeronaves de la ANAC, debiendo poseer Certificado de Matrícula y el Certificado de Aeronavegabilidad. El piloto deberá contar con licencia, con Certificación Médica Aeronáutica Clase 3, disponer de Certificado de Explotador de Trabajo Aéreo.

(7) En estos casos, los drones deberán cumplir con los requisitos técnicos establecidos para las aeronaves tripuladas. En el caso del piloto este también deberá cumplir con mayores requisitos.

(8) Conf. FOLCHI, Mario O., "Tratado de Derecho Aeronáutico", Tomo I, 1ª ed., Ed. Astrea, Buenos Aires, 2015. Pág. 496.

(9) Cam.Fed. Civ. y Com., Sala I, 04/12/2025, "SCUKA, Estefanía Cristina c/ Aerolíneas Argentinas S.A. s/ incumplimiento de contrato" (Expte. N°18.985/2022).

(10) Cam.Fed. Civ. y Com., Sala I, 02/12/2025, "FERNÁNDEZ, Cecilia Mercedes c/ LUFTHANSA s/Daños y Perjuicios" (Expte. 6650/2021).

(11) Conf. BARREIRO, Karina, "La ley de defensa del consumidor y el transporte aéreo de pasajeros", publicado en la Ley, cita online TR LALEY AR/DOC/3669/2014.

(12) Conf. WAJNTRAUB, Javier H., "Régimen jurídico del consumidor: comentado", 1ª ed., Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2017. Pág. 378.

La inteligencia artificial y la responsabilidad de su utilización en el ejercicio de la Magistratura. El caso especial de Chubut

por Mariano Palma

Disponible en: https://www.errepar.com/
Publicado en: Temas de Derecho Comercial Empresarial y del Consumidor. 03/07/2026
[Consultado el: 31/07/2026]

Sumario

I. Introducción.— II. La ley 26.944 y la responsabilidad judicial por actividad legítima.— III. El caso de la constitución de la provincia del Chubut y la normativa de índole inferior (Ley I N° 560. Ley V N° 108, etc.). 1. Responsabilidad IN IUDICANDO. 2. Responsabilidad IN PROCEDENDO— IV. El art. 3 del Código civil y comercial de la Nación.— V. ¿Cómo afecta al cerebro la utilización de inteligencia artificial? ¿En el ejercicio de la Magistratura, la persona puede privarse de razonar?.— VI. Las peculiaridades del caso.— VII. Conclusión.

I. Introducción

La historia de la humanidad demuestra que el hombre en las distintas etapas de su evolución se ha vinculado con los elementos tecnológicos que tuvieron como finalidad permitir mejorar las condiciones de vida.

Desde el descubrimiento del fuego, pasando por la creación de la rueda, el motor a vapor y luego a explosión, la tecnología ha marcado drásticamente las condiciones de vida de la sociedad, generando de forma inmediata modificaciones que se tradujeron en

nuevos regímenes jurídicos tendientes a resolver los problemas que se presentaban.

Ejemplo claro de esta situación antagónica postulada en el párrafo precedente lo fue la revolución industrial que trajo consigo no solo la base del avance tecnológico que vemos en la actualidad sino también el social, con la aparición de los derechos de segunda generación (derechos económicos, sociales y culturales) y nuevos sistemas de imputación de responsabilidad como el caso de la responsabilidad objetiva en los daños producidos por las máquinas dentro de las fábricas.

Hasta el siglo XX, la situación respecto a la tecnología y el sistema de regulación de los acontecimientos perniciosos que sucedieran como consecuencia de ella fue más o menos el mismo, ante el daño suscitado por una nueva tecnología, el derecho procedía a su regulación con posterioridad a que el mismo acontezca, aun ante avances tecnológicos que podían generan la caída de la civilización (ej. la bomba atómica, las centrales nucleares, etc.) el derecho como sistema de regulación y tutela seguía sin brindar soluciones, la situación cambió parcialmente con la aparición de las teorías de la responsabilidad preventiva que en Argentina se plasmaron a través de la "nueva" regulación que fijaba el Código Civil y Comercial de la Nación.

Las normas mencionadas en el párrafo anterior no llegarían a solucionar los problemas que se van asuscitar como consecuencia de la aparición de un nuevo elemento tecnológico que definitivamente está suplantado al ser humano y por el momento ciertas funciones que desarrolla en la sociedad (que seguramente con el avance del tiempo y de la tecnología serán más en un futuro no distante), estamos hablando de la inteligencia artificial.

El fenómeno de la suplantación del criterio humano y su razonar tiene como inicio incipiente la década de los cincuenta a través de distintos trabajos de matemáticos que se profundizaron en la

década de mil novecientos setenta y que hoy podemos observar con resultados "palpables" a través de los servicios brindados por distintas empresas.

La inteligencia artificial ha ingresado a un terreno sin regulación alguna que posibilita avances no correspondidos sobre distintos aspectos de la vida del ser humano que antes eran decididos por este de forma exclusiva, ahora no debemos olvidar que la inteligencia artificial hará hasta donde las personas así lo dispongan.

La idea del presente desarrollo es tratar de que el lector pueda vislumbrar que la inteligencia artificial no es una simple herramienta más en manos de los funcionarios públicos, sino por el contrario la misma (en su estado actual y futuro de desarrollo) suple funciones intelectuales que el juez debía realizar al momento de dictar la sentencia.

Por lo dicho, trataré de demostrar que la utilización de la inteligencia artificial lejos de ser un beneficio para las partes que se ven inmiscuidas en un proceso judicial (de la materia que fuere) implica la suplantación de los criterios judiciales, la apreciación de la jurisprudencia y doctrina y el análisis concreto de la prueba dentro del expediente (o legajo) que se debe realizar por el juez bajo el prisma de los preceptos previamente mencionados (dicho en términos simples, el juez debe leer la jurisprudencia, la doctrina y efectuar la apreciación probatoria -más allá del tinte que impone la sana crítica- bajo el lumbral de su propio proceso cognitivo -el que se da en su cerebro- y no del análisis realizado por el algoritmo), no acudiendo a resoluciones efectuadas por la inteligencia artificial que es un servicio prestado por una empresa privada que suple en parte el razonamiento humano, determinando a este último.

Recordemos que el ingreso del magistrado a la judicatura se realiza a través de un examen de oposición y de antecedentes donde el sujeto demostrará su valía e idoneidad para el cargo, ahora lo que se evalúa es la capacidad de razonamiento para la resolución de los

conflictos en el marco de la prestación del servicio de justicia, ¿Cómo puede entenderse que el funcionario -dicho en otros términos el Estado- dicte sentencia a través de la solución que da una empresa privada? ¿Cómo las partes se aseguran una sentencia imparcial? ¿Qué idoneidad tiene el funcionario para ocupar el cargo? ¿Es moralmente aceptable el dictado de sentencias con inteligencia artificial?

II. La ley 26.944 y la responsabilidad judicial por actividad legítima

La responsabilidad del Estado ha sido un tema álgido a lo largo de los años puesto al no existir normativa específica (con excepción del viejo Art. 1112 C. Civ.) a través de un orden sistematizado, los casos que se planteaban eran resueltos a través de las sentencias de los jueces llegando a la Corte Suprema para que se desarrollara allí la doctrina jurisprudencial que más tarde se plasmaría en la Ley 26.944. La Ley de Responsabilidad del Estado Federal buscaría generar a través de la regulación una limitación en el ámbito de la responsabilidad por actividad lícita del Estado, contraviniendo claramente los principios constitucionales de los Arts. 19 y 75 Inc. 22 CN.

Dentro de los fallos del máximo tribunal que tuvieron incidencia en la norma (Art. 5 Ley 26.944) podemos mencionar a "Laplacette" (1), "Corporación Inversora Los Pinos S.A." (2), etc., a través de los mismos la Corte adopta un criterio restrictivo en cuanto a la indemnización, comenzando a cimentarlas bases de lo que sería en la actualidad el fundamento o razón de ser del artículo en comentario.

Debemos recordar que en el año 1994 al reformarse la Constitución Nacional se incorporaron a través del Art. 75 inc. 22 una serie de Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, dotados de jerarquía constitucional, constituyendo de forma conjunta con la parte dogmática un bloque de constitucionalidad.

La supremacía constitucional establecida en dichos Tratados obligó a repensar el sistema de reparación (3), tanto es que se determinó a través de varios precedentes (previos a la reforma de la Constitución Nacional) de la Corte Suprema, el primero de ellos "Santa Coloma" (4) seguido por "Gunther" (5), que la víctima de un perjuicio debía quedar en igual o similar situación a la que se encontraba previo a sufrir el daño.

Con posterioridad a los fallos mencionados, la Corte fue elaborando una nueva teoría y cosmovisión a través de sus precedentes (6), como por ejemplo en "Aquino" (7), "Ángel Estrada" (8) o incluso "Rodríguez Pereyra" (9), estableciendo al hombre como sujeto principal y eje del sistema jurídico, surgiendo de esta manera la constitucionalización del derecho de daños.

Adentrándonos en la redacción del Art. 5 (10) de la Ley de Responsabilidad del Estado Nacional podemos observar que se genera una situación poco feliz respecto a la responsabilidad estatal por actividad judicial lícita, la redacción actual de la norma estipula: "La responsabilidad del Estado por actividad legítima es de carácter excepcional. En ningún caso procede la reparación del lucro cesante. La indemnización de la responsabilidad del Estado por actividad legítima comprende el valor objetivo del bien y los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la actividad desplegada por la autoridad pública, sin que se tomen en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos, ni ganancias hipotéticas. Los daños causados por la actividad judicial legítima del Estado no generan derecho a indemnización".

Por lo visto, el principio de la excepcionalidad en la responsabilidad por actividad lícita estatal (que conlleva a la restricción), tuvo un efecto expansivo respecto de ciertas áreas. Así, el último párrafo del artículo en comentario contempla la irresponsabilidad estatal por los daños producidos a través de la actividad judicial legítima (11).

Antes de iniciar el desarrollo del tema corresponde recordar al lector que el principio rector en materia de daños (como se viene repitiendo) es el alterum non laedere reconocido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el Art. 19 CN, que debe ser conjugado con el principio de indemnización integral amparado por los Tratados Internacionales del Art. 75 inc. 22 CN.

Analizando ya el fondo de la cuestión es fácil entender que el Art. 5 último párrafo (12) (cuya fuente son ciertos precedentes (13) de la Corte Suprema) solo hace mención a la responsabilidad judicial por actividad lícita, dejando abierta la puerta para que se permita su demandabilidad por actividad ilícita o ilegítima, en cuyo caso correspondería aplicar los presupuestos (14) sentados en el Art. 3 (15) de la Ley 26.944 a fin de lograr una solución acorde al ordenamiento jurídico dentro del cual se desarrolla la temática, sin tachar al mismo de inconstitucional (16).

Si bien la responsabilidad judicial por actividad ilícita o ilegítima fue dividida in procedendo (anormal funcionamiento de la justicia) y en in iudicando (error judicial), conviene aclarar que el legislador podría haber desarrollado los mismos teniendo en consideración las pautas fijadas por la Constitución para de esta manera brindar un marco legal dentro del cual se pudieran resolver los conflictos que se presentarán.

Quienes amparan (17) la irresponsabilidad por actuar lícito del Poder Judicial sustentan su postura en que las sentencias y resoluciones judiciales no tienen carácter de índole general (adelanto que no comparto el criterio), ni buscan fines comunitarios, sino por el contrario resuelven casos concretos (18).

Siguiendo la postura comentada en el párrafo precedente, en el proceso civil, el perjuicio que se ocasione como consecuencia de la responsabilidad estatal por actividad judicial legítima debería ser soportado por los particulares (puesto la litis se traba entre las partes y la resolución de la misma es en referencia al caso concreto), ahora

bien, en el ámbito penal la cuestión no es la misma, ya que en ciertas ocasiones acontece el dictado de medidas cautelares (19) con respecto a un individuo o a un objeto, que en el fondo tiene como finalidad tutelar los intereses generales de la comunidad, en cuyos casos, de acontecer algún daño por actividad legítima del Poder Judicial no se respondería (según el ordenamiento actual), sin embargo, en el caso hipotético de proceder la derogación o inconstitucionalidad del último párrafo del Art. 5, la responsabilidad por actividad judicial legítima debería regirse en última instancia por el Art. 4 (20) de la Ley 26.944.

Vale recordar respecto a la legitimación pasiva que la misma recaerá no solo sobre el Estado, sino también sobre funcionarios y magistrados y los auxiliares de justicia.

III. El caso de la constitución de la provincia del Chubut y la normativa de índole inferior (Ley I N° 560. Ley V N° 108, etc.)

Como se mencionó en el punto anterior existen dos tipos de responsabilidad que pueden ser adjudicados a los errores cometidos por el Poder Judicial, estamos hablando de la responsabilidad IN IUDICANDO -error- o IN PROCEDENDO -anormal funcionamiento-, a continuación, haré un breve resumen de ambas.

1. Responsabilidad IN IUDICANDO

Rosatti, entiende por error judicial: "(…) cuando se verifica una equivocación por la inadecuada interpretación, encuadre o desconocimiento de las normas aplicables al asunto juzgado (error de derecho) o cuando se resuelve conforme a hechos que no se corresponden con la realidad o mediante una deficiente apreciación de las circunstancias fácticas de la controversia (error de hecho)" (21).

La tutela jurídica, en los casos de error judicial (por contradicción entre la sentencia y los hechos probados en la causa o contradicción entre las normas legales (22) que se deben aplicar), es

vital, ya que el justiciable tiene derecho a recibir una resolución judicial acorde a las circunstancias y características particulares que presenta el proceso en el cual se ve inmiscuido.

Tal es la importancia de este instituto jurídico, que a partir de la incorporación de los Tratados Internacionales con Jerarquía Constitucional del Art. 75 inc. 22 CN, se ha producido una constitucionalización del error judicial (23) y los perjuicios que se ocasionen a través de las resoluciones emitidas por el Poder Judicial que cuenten con tal vicio, así el Art. 10 C.A.D.H. (24), establece la necesidad de indemnizar todo daño y perjuicio (25) que se hubiera producido a través de una "condena en sentencia firme", en el mismo sentido encontramos a los Arts. 9 Inc. 5 y 14 Inc. 6 del P.I.D. C. y P.

Si bien, parecieran ambos tratados referirse con exclusividad a casos del ámbito penal, considero pertinente extender la aplicación al régimen del derecho privado y público en su totalidad.

La Corte Suprema, ha tratado la cuestión en innumerables ocasiones, cabe resaltar al respecto, lo sentado en "Román", donde se dijo: "Solo cabe considerar como error judicial a aquel que ha sido provocado de modo irreparable por una decisión de los órganos de la administración de justicia cuyas consecuencias perjudiciales no han logrado hacerse cesar por efecto de los medios procesales ordinariamente previstos a ese fin" (26). En el caso "Pouler", el tribunal cimero se pronunció respecto de la prisión preventiva de la siguiente manera: "La absolución posterior del procesado no convierte en ilegítima la prisión preventiva dispuesta en el curso de un proceso, pues sólo debe significarse como error judicial aquella sentencia que resulta contradictoria con los hechos probados en la causa y las disposiciones legales congruentes al caso" (27). En "García" se trató el inicio del cómputo del plazo de prescripción para iniciar la demanda por error judicial, de la siguiente manera: " En los casos de ejercicio irregular de la función jurisdiccional se requiere además - a los fines del punto de arranque del curso de la prescripción, remover la apariencia de licitud del hecho, por lo cual la

ilegitimidad de la conducta dañosa surge en un tercer momento, que es el dictado de la sentencia definitiva, ya que recién en el momento de ser sobreseídos, la situación jurídica de los procesados ya no puede revertirse ni volver a responsabilizarlos del delito que les fuera endilgado, por lo que a partir de que cobra firmeza el sobreseimiento es que debe computarse el inicio del plazo de prescripción, puesto que recién en esa instancia queda descartada la posibilidad decompensación" (28).

Ya pasando al análisis del derecho provincial, el error como supuesto de responsabilidad Judicial dentro del sistema provincial, encuentra asidero constitucional en el Art. 60 CPCH, que establece: "El Estado garantiza la plena reparación de los daños causados por error judicial, sin otro requisito que su demostración. Especialmente indemniza los daños ocasionados por la indebida privación de la libertad, su indebido agravamiento o por incumplimiento de los preceptos referidos al tratamiento de detenidos y presos".

El constituyente ha acompañado al Art. 60 CPCH, con dos artículos que tienen trascendencia insoslayable, el primero de ellos es el Art. 168 CPCH (29), el cual establece la obligación (de resultado) de "sustanciar y fallar los juicios dentro de los términos legales y conforme a derecho", considerando su incumplimiento una falta grave que implicará responsabilidad en los términos del Art. 69 CPCH –si hubiera causado un daño o perjuicio-, más allá de la destitución o incluso de la responsabilidad penal o administrativa en la que pudiera incurrir.

El segundo de los artículos, es el Art. 169 CPCH (30), que establece la obligación (nuevamente de resultados) de que las resoluciones judiciales sean "motivadas, con adecuada fundamentación lógica y legal", en cuyo caso nuevamente el incumplimiento de la manda constitucional será considerado como "falta grave" y permitirá proceder a la determinación de responsabilidad (política, civil, penal y/o administrativa) del funcionario.

Por su parte, en un escalón menor dentro de la pirámide jurídica, encontramos a la Ley V Nº 36, que legisla los casos de personas condenadas por error a una pena privativa de la libertad (Art. 1), otorgándoles derecho a indemnización por los perjuicios (patrimoniales y extrapatrimoniales) que hubieren sufrido, siendo la vía de reclamación la civil a través del proceso sumario (Art. 6).

En el mismo escalón, que se ubica por debajo de la Constitución Provincial, encontramos a la Ley V Nº 108 "Carta de Derechos de los ciudadanos de la Provincia del Chubut ante la Justicia", en donde a través del Art. 17 se faculta a los ciudadanos a realizar quejas y reclamaciones cuando estén en presencia de una inadecuada prestación del servicio de justicia. El Art. 18 del mismo plexo normativo faculta a reclamar al ciudadano por todo error judicial que hubiera padecido dentro de un proceso judicial dando lugar a una indemnización que deberá ser tramitada con "preferencia y celeridad".

De lo dicho hasta aquí entiendo que corresponderá resolver el error judicial dentro de los términos del Art. 1 y 3 de la Ley I Nº 560, ya que no estamos en presencia de actividad legítima del Poder Judicial, ello siempre que el actor no decida iniciar la demanda de daños y perjuicios en los términos del Art. 69 CPCH, en donde el Estado, puede ser demandado solidariamente con el juez o funcionario, siendo de aplicación para la resolución de la controversia el régimen del Código Civil y Comercial.

Así planteada la cuestión, claramente la demanda por daños y perjuicios dentro de la Provincia del Chubut contra el magistrado que utiliza sistemas de inteligencia artificial (copia y pega sin siquiera borrar la fuente) es una acción pasible de generar la indemnización correspondiente y la efectiva remoción del cargo.

2. Responsabilidad IN PROCEDENDO

Autores, como Andrada (31), Piaggio y Mattera (32), Rosatti (33), consideran que la responsabilidad por el anormal funcionamiento de la justicia, constituye una subclase de la responsabilidad por falta de servicio, ello con fundamento en que la misma, tiene lugar por acción u omisión de un órgano del Estado que provoca un anormal funcionamiento del Poder Judicial.

La normativa provincial, hace especial referencia al anormal funcionamiento de la justicia, en la Ley V Nº 108 (Art. 18). Repito lo mencionado previamente, puesto considero que el legislador provincial, debió haber tratado la temática en abordaje, dentro de la Ley I Nº 560.

Los casos abarcados por el presente instituto son variados y no siempre involucran al juez, sino que por el contrario a todos los órganos del Poder Judicial y del Ministerio Público Fiscal y de la Defensa.

Dentro de los casos más comunes, podemos mencionar: a) omisión en la comunicación del levantamiento de un secuestro que recaía sobre un automotor (34); b) irregularidades en levantamientos de embargos (35); c) errores en el libramiento de cheques (36); d) falta de dinero en una cuenta judicial (37); e) percepción de cheques por sujetos indebidos (38); f) perjuicios ocasionados, en libramiento de oficios y cédulas (39); g) anomalías en procesos de subasta (40); h) incumplimiento de los plazos procesales (41); i) mal determinación de la prohibición de salida del país (42); j) pérdida de documentación (43), etc.

Si se pretende imputar responsabilidad al Estado Provincial, con fundamento en el anormal funcionamiento de la justicia, deberá iniciarse el reclamo teniendo presente el cumplimiento de los requisitos y presupuestos establecidos por el juego de los Arts. 1 y 3 de la Ley de Responsabilidad del Estado, salvo como ya se mencionó

previamente, que se inicie el reclamo directamente contra el funcionario y se demande solidariamente al Estado en los términos del Art. 69 CPCH.

IV. El art. 3 del Código Civil y Comercial de la Nación

La Ley 26.994 ha determinado nuevos parámetros respecto del ejercicio de la magistratura que no se encontraban previamente establecidos en el Código Civil Velezano y que en la actualidad tienen vigencia normativa.

La redacción del Art. 3 del Código Civil y Comercial de la Nación dispone: "El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada". La norma impone una obligación de tipo personal (intuito personae), esto es que únicamente el magistrado será el encargado de dictar sentencia, al mismo tiempo que al resultado de la obligación se debe llegar de manera razonada y fundada.

El Código Civil y Comercial, obliga al juez a que se pronuncie de forma razonada y fundada (Art. 3 CCyCN) pero por él, no por otro, un proveedor no puede ni debe ser la base sobre la cual se edifique el razonamiento jurídico que dé lugar a un fallo judicial.

En el marco de lo dispuesto por el Art. 3 CCyCN, es el juez el que debe aplicar los procesos o métodos establecidos por el Art. 2 CCyCN y no un algoritmo en el marco de la prestación de un servicio que lo que hace no es otra cosa que suplantar el razonamiento humano.

El Estado se ha reservado de forma histórica la aplicación del ius puniendi, dicha facultad coercitiva solo puede ser aplicada por él, a través de sus órganos, en el caso se personifica a través del magistrado, el cual deberá fallar de forma obligatoria cumpliendo con los criterios fijados por el Art. 3 del Código de fondo privatista, en estos casos la ausencia de fundamentación o razonamiento al aplicar

tal fundamentación conlleva a la nulidad del acto, luego habrá que observar si nos encontramos en presencia de una sentencia arbitraria o no (recordemos que la Corte Suprema al momento de escribir estas palabras no ha emitido ningún fallo al respecto), pero en todos los casos lo que tendremos es una falta de idoneidad (Art. 16 CN) para el ejercicio del cargo que a su vez genera una responsabilidad de tipo objetiva (en el caso de los Estados Provinciales donde la responsabilidad del funcionario público fuere civil) (44) ya que el artículo 3 -como se mencionó previamente- establece una obligación concreta de resultados.

V. ¿Cómo afecta al cerebro la utilización de inteligencia artificial? ¿En el ejercicio de la Magistratura, la persona puede privarse de razonar?

La facultad de razonar si bien no es única del ser humano, sí lo es la posibilidad de resolución de problemas de alta complejidad, privándose (la raza humana) exclusivamente de la utilización del instinto y apelando a conocimientos previos, esta forma de pensamiento lógica compleja es propia únicamente del hombre.

Si bien hace tiempo que existen sistemas computarizados de compilación de jurisprudencia o doctrina, lo cierto es que tal compilación aplicada a la solución concreta de un problema (o caso) solo surgió como variable posible a partir de la existencia de la inteligencia artificial.

Como se mencionó previamente el servicio de inteligencia artificial es una prestación que se brinda en el marco de la existencia de un proveedor y un usuario, habrá que observar en el caso concreto si el mismo es utilizado para dar valor o dentro de una cadena de consumo en cuyo caso no será aplicable la Ley 24.240 (y el microsistema de responsabilidad consumeril).

Este servicio tiene como peculiaridad que en si bien funciona (hasta el momento de escribir estas palabras) en parte como un

compilador de información también se presenta la posibilidad de entrenar al algoritmo a fin de que el mismo mejore la calidad de respuesta referida al resultado que se busca obtener.

En el caso mencionado en el párrafo anterior estaríamos en presencia (no de forma total en la actualidad puesto el avance aún no ha llegado a tal nivel tecnológico) de tener un sistema computarizado que en parte razona posibilitando la solución de controversias que se presenten en dicho ámbito.

Por lo dicho, la utilización de algoritmos de inteligencia artificial por parte de los magistrados denota una debilidad técnica y cognitiva que se traduce en una imposibilidad concreta de ejercitar las funciones, ya que si se deriva la facultad de razonar en un sistema computarizado prestado por un tercero con intereses económicos, sociales, culturales, etc., abandonando el juez el criterio propio, la posibilidad de razonar las circunstancias particulares (no solo las concretas del expediente o legajo) que se ventilan dentro de un proceso, sobre todo en el caso de aquellos que son orales (propios de la órbita del Derecho Penal, pero extensibles a otras materias) donde el juez debe prestar especial atención a las situaciones que se presenten durante el desarrollo del proceso, genera una clara dependencia que limita al magistrado y ataca derechos constitucionales básicos del imputado.

Es interesante analizar el trabajo presentado en el Instituto Tecnológico de Massachussets titulado: "Tu cerebro en ChatGPT: Acumulación de deuda cognitiva cuando se usa un asistente de inteligencia artificial para simples tareas de redacción"(45), donde mediante un análisis de campo concreto en individuos se arribó a la conclusión que la utilización de la inteligencia artificial no solo tiene un impacto negativo en el desarrollo de la capacidad cognitiva, sino también en el pensamiento crítico e independencia intelectual, generando una dependencia en el usuario de estos sistemas, siendo la diferencia cognitiva con personas que no utilizan este tipo de servicios de un porcentaje abrumador. La dependencia como veremos surge

con claridad en el análisis del caso chubutense ya que dicho algoritmo fue "entrenado" durante meses (claramente), generando de esta manera, la falta total de capacidad de razonamiento propio, diluyendo la capacidad cognitiva y análisis crítico que un magistrado debe tener en el caso que se presenta a la hora de fallar.

El juez no puede privarse de razonar, tal situación no es ni más ni menos que una incapacidad técnica absoluta que lo priva de ejercitar el cargo, traducido en otros términos es mal desempeño y por lo tanto causal de destitución.

VI. Las peculiaridades del caso

El caso que da origen al presente análisis data del año 2025 en donde un juez Penal de primera instancia dicta una sentencia en el marco de juicio por robo simple (PCIA. DEL CHUBUT c/P., R.A.". Carpeta Judicial Nº 6.209, Legajo Fiscal Nº 59.560 Esquel), dicha sentencia va a esgrimir errores técnicos que cualquier magistrado razonable tacharía de nula (habilitando a la responsabilidad previamente descripta).

El aquo mediante la utilización de un sistema de inteligencia artificial pone a disposición de un proveedor ajeno al Estado Provincial información sumamente sensible como es la que se ventila en un proceso penal donde se debate sobre la culpabilidad y consecuentemente la libertad de una persona o incluso (no es el caso) sobre situaciones altamente sensibles como lo pueden ser los delitos contra la integridad sexual o el honor, siendo que el empresario debe ser ajeno a dicha información puesto es el juez el encargado de llevar adelante el razonamiento lógico y técnico a través de la apreciación de la prueba que determinará o no la responsabilidad penal.

Lo mencionado en el párrafo anterior es netamente observable en la lectura de la sentencia cuando de forma previa a arribar al Punto IV (resolución sobre las cuestiones probatorias planteadas por la defensa), se lee con claridad "Aquí tienes el punto

IV reeditado, sin citas y listo para copiar y pegar". El juez claramente solicitaba a la inteligencia artificial (vuelvo a repetir, un proveedor de servicios ajeno al Estado que lo suplanta en las funciones de razonamiento) que le redacte el punto más trascendental de la sentencia que consiste en la evaluación de los elementos probatorios.

La Cámara Penal al momento de fallar como consecuencia del recurso interpuesto por la defensa del imputado (recordemos que la sentencia dictada a través de la utilización de inteligencia artificial fue condenatoria), sostuvo que: "La sentencia condenatoria dictada contra el acusado por el delito de robo simple debe ser anulada, porque el juez utilizó inteligencia artificial generativa para fundamentar la resolución sobre la validez de pruebas centrales sin dejar constancia suficiente del alcance, método y supervisión de dicha herramienta, lo que impide controlar la trazabilidad del razonamiento, vulnera el principio de juez natural, la garantía de fundamentación, el debido proceso y la defensa en juicio, y genera una motivación que debe ser equiparada a una respuesta meramente dogmática incompatible con los estándares constitucionales y legales aplicables. (…) El uso estratégico y responsable de la inteligencia artificial en el sector público necesita prever mecanismos para vigilar el impacto social y económico de dichos sistemas y el deber de los Estados de reforzar la capacidad del Poder Judicial para adoptar decisiones relacionadas con IA, particularmente en lo relativo a la protección de los derechos humanos, el estado de derecho, la independencia judicial y el principio de supervisión humana, así como la fiabilidad de esos sistemas, su orientación al interés público y centrados en el ser humano.(…) El desafío al que nos enfrentamos, de los algoritmos y de procesos de automatización aplicados a los sistemas de Justicia, merece un tratamiento interdisciplinario y sobre todo humanístico, ya que las máquinas y todos los sistemas complejos tecnológicos no poseen la experiencia ni las emociones de los seres humanos. (…) El reto de la inteligencia artificial aplicada a la Justicia es utilizarla para mejorar la eficiencia y la eficacia de los procesos judiciales, promoviendo que esa integración tecnológica mejore la calidad de gestión judicial. Sin embargo, las garantías y derechos humanos deben estar más que

presentes, para que los justiciables puedan gozar de la satisfacción concreta de sus demandas sociales. (…) La argumentación jurídica, en la era de la inteligencia artificial, deberá basarse en un razonamiento lógico e integrado, capaz de comprender la normativa jurídica, la trama social compleja, pero también el lenguaje natural y el fenómeno tecnológico. El desarrollo de todo el avance científico - IA, Big Data, Blockchain- impone la composición de esas normas jurídicas a dicha realidad tecnológica, que debe realizarse respetando normas éticas, con transparencia, coherencia y equilibrio, y, sobre todo, promoviendo los ideales republicanos y democráticos, para lo cual resulta trascendental la capacitación de los operadores judiciales" (46).

El criterio sentando por la Cámara es de destacar en ciertos aspectos, en otros no tanto, debo resaltar que las herramientas de las que se vale el juez no pueden sustituir o aminorar su capacidad de razonamiento con el paso del tiempo, punto y aparte estas mismas deben ser dotadas (sobretodo en el caso de la inteligencia artificial que analiza y razona sobre elementos probatorios en un juicio -penal-) por el Estado, no puede ni debe un magistrado servirse de la utilización de un proveedor de servicios ajeno al Estado del cual desconoce la cadena de custodia respecto de la información que le es suministrada (claramente sensible).

Ante la manda de la Cámara (dictando sentencia conforme a ley) a que se anule la sentencia y dicte un nuevo juicio se interpone nuevamente recurso, pero en este caso por parte de la Fiscalía que pretendía se mantenga el acto viciado aunque fuere condenatorio, vale recordar al lector que cualquier órgano del Estado (Nacional, Provincial o Municipal) en principio debe velar por el correcto cumplimiento de la Ley, esto no es ni más ni menos que el acatamiento a las garantías constitucionales, situación que no se siguió por parte del Ministerio Público Fiscal.

A través de la interposición del recurso mencionado ut supra se llega al máximo nivel de decisión a nivel provincial esto es al Superior Tribunal de Justicia que de forma extremadamente escueta y

sin la debida fundamentación técnica a través de su decisorio (47) decide apartarse del criterio sentado por la Cámara (repito, el correcto) y dar validez a la sentencia dictada con la utilización (copiar y pegar) de inteligencia artificial.

El Superior incurre en graves errores técnicos al dictar dicho fallo, puesto olvida que la sentencia debe ser el resultado del razonamiento del juez a través de la apreciación de la prueba realizada por él mismo, en el caso de autos, se remite información privada a una empresa desconocida por el Estado Provincial para que evalúe las circunstancias del caso (elementos probatorios) y en base a ellos emita un modelo de sentencia que luego es copiado y pegado para posteriormente ser firmado como propio. ¿En el marco reseñado en el párrafo anterior, las garantías constitucionales existen? La respuesta debe ser negativa, recordemos la normativa mencionada previamente, no solo el Art. 3 CCyCN, sino también la existente a nivel provincial que ni siquiera se menciona en la resolución del Superior Tribunal (que dicho sea de paso no generará más que futuros reproches por parte de la doctrina) la Ley V Nº 108 o la Ley I Nº 560.

VII. Conclusión

A modo de conclusión de este breve trabajo, que trata una temática de amplitudes tales que serían propias de una obra de otras dimensiones, se puede decir que:

a. El magistrado como ser humano es quién es elegido por el Consejo de la Magistratura en cumplimiento del principio de idoneidad (Art. 16 CN) para el ejercicio de la función.

b. El juez no puede ni debe utilizar inteligencia artificial, puesto ya existen trabajos internacionales que demuestra la adicción que genera, sumado a la drástica caída en la capacidad cognitiva del usuario, violando la posibilidad de imparcialidad en las sentencias.

c. El juez no debe ventilar información a un proveedor privado (empresa) no contratado por el Estado Provincial, relativa al desarrollo de un juicio en donde la normativa lo compele de forma individual a dictar sentencia con fundamento lógico y razonable por parte únicamente de él.

d. La utilización de inteligencia artificial en el dictado de sentencias, sobre todo en los aspectos que se vinculan a la evaluación de la prueba tienen que ser rechazados por violar el derecho a una sentencia razonada (por un ser humano) determinada por los Tratados Internacionales con Jerarquía Constitucional del Art. 75 Inc. 22 CN.

e. Al igual que se imponen sanciones a los abogados que citan jurisprudencia inexistente como consecuencia de la utilización de inteligencia artificial, el Juez debe ser sancionado, puesto incurre en una causal de mal desempeño, lo que da la posibilidad y necesidad de su inmediata remoción.

f. La utilización de inteligencia artificial genera responsabilidad para el Estado en los términos de la Ley I Nº 560 (Ley de Responsabilidad del Estado) y para el funcionario en los términos del Art. 69 de la Constitución de la Provincia del Chubut.

(1) CSJN, Fallos: 195:66.

(2) CSJN, Fallos: 296:617.

(3) El Art. 21 inc. 2 de la C.A.D.H. dispone la obligación de dotar al sujeto privado de sus bienes, de una indemnización justa. En un mismo orden de ideas, se posiciona el Art. 29 inc. c del Tratado Internacional en comentario.

(4) CSJN, Fallos: 308:1160.

(5) CSJN, Fallos: 308:1118.

(6) CSJN, Fallos: 323:3564; 323:3386; 327:857, entre otros.

(7) CSJN, Fallos: 327:3753.

(8) CSJN, Fallos: 328:651.

(9) CSJN, Fallos: 335:2333.

(10) Este artículo es replicado por los distintos ordenamientos provinciales como a continuación observaremos: Art. 5 Ley I N° 560 Chubut; Art. 1 Ley 3.396 Santa Cruz; Arts. 12 y 13 Ley 5.339 Río Negro; Art. 10 Ley 8.968 Mendoza; Art. 6 Ley 10.636 Entre Ríos; Art. 5 Ley 2.657-A San Juan; Art. 11 Ley 10.004 La Rioja; Art. 1 Ley 5.536 Catamarca; Art. 1 Ley 7.179 Santiago del Estero; Art. 5 Ley 6.325 C.A.B.A.

(11) Cám. Civ. y Com., Pto. Madryn, 28/03/2019, "H.R.W. c/ Provincia del Chubut s/ Daños y Perjuicios" (Expte. N° 218, Año 2018).

(12) Art. 5 Ley 26.944. último párr. "Los daños causados por la actividad judicial legítima del Estado no generan derecho a indemnización".

(13) CSJN, fallos: 327:1738; 328:4175; 330:2112; 333:2353; 321:1712; 318:1990; 317:1233; 325:1855, entre otros.

(14) La Corte Suprema, tiene dicho que los presupuestos y sobre todo el nexo de causalidad, deberán ser probados de manera objetiva (CSJN, Fallos: 323:1981; 308:2494). Por otro lado, se exigía, previo a la existencia de la ley de Responsabilidad del Estado, que no se haya podido encontrar remedio en el marco del proceso y del ejercicio regular de la función jurisdiccional, requiriendo de un nuevo

pronunciamiento judicial que declare la ilegitimidad de los actos del juez y los deje sin efecto.

(15) Entiendo que, en estos casos, una vez cumplidos los presupuestos establecidos por la normativa, no correspondería ningún tipo de limitación respecto de los rubros a indemnizar, debiéndose cumplir el principio de integralidad (CSJN, Fallos: 315:2309 y 322:2683, entre otros). Todo esto, más allá de las oportunas declaraciones de inconstitucionalidad que corresponda decretar, conforme a la débil técnica jurídica que posee el artículo tercero de la Ley de Responsabilidad del Estado.

(16) En principio, el Art. 5 último párrafo podría ser tachado de inconstitucional por repugnar a los Arts. 8 y 25 y de la C.A.D.H. (GELLI, María Angélica, "Lectura constitucional de la Ley de Responsabilidad del Estado", Publicado en el Suplemento Constitucional, 25/08/2014).

(17) La posición, que dio fundamento al artículo, surge de ciertos antecedentes jurisprudenciales dela Corte Suprema de Justicia de la nación (Fallos: 317:1233; 318:1990, entre otros).

(18) Situación particular, se presenta en el caso de las acciones de clase, teniendo en consideración el tipo de interés que se pretenda tutelar a partir de la interposición de la acción.

(19) Un claro ejemplo (aunque la Corte Suprema considera que no corresponde indemnizar -Fallos: 314:1668-, salvo que se determine a la resolución como incuestionable, arbitraria o infundada -Fallos:333:2353; 328:4175; 329:3894; 327:1738-), es el de aquel sujeto que haya sido detenido, procesado y con posterioridad se determine su inocencia. ¿Quién se hace responsable por la mala publicidad que recae sobre el sujeto? ¿Quién responderá por el estado de sospecha que se mantendrá en la sociedad respecto de su situación judicial? ¿Quién responderá por el daño moral y el lucro cesante ocasionados como consecuencia de la privación de la libertad?

Estos y más interrogantes tienen como única respuesta el ESTADO, siendo este el encargado de velar por la vigencia Constitucional y el cumplimiento efectivo del estado de derecho dentro de un sistema republicano de gobierno.

(20) Cám. Civ. y Com., Esquel, 02/2018, "G., M. H. c/ Municipalidad de Esquel s/ Daños y Perjuicios" (Expte. N°: 169-Año: 2017 CANO), según voto del Dr. Früchtenicht.

(21) Conf. ROSATTI, Horacio, "Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado. Análisis Crítico y exegético", Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014. Págs. 572 y 573.

(22) CSJN, Fallos: 330:2112.

(23) Tal es la trascendencia e importancia que poseen las resoluciones judiciales (como actos de estado), que la violación o perjuicio ocasionado a través de ellas, como consecuencia de un error judicial, ha sido tratado como violación a un derecho humano de elemental importancia.

(24) Art. 10. C.A.D.H. "Derecho a Indemnización. Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial".

(25) CSJN, Fallos: 330:2112.

(26) CSJN, Fallos: 317:1233.

(27) CSJN, Fallos: 330:2112.

(28) CSJN, Fallos: 333:802.

(29) Art. 168. CPCH. "Es obligación de todos los magistrados y funcionarios judiciales sustanciar y fallar los juicios dentro de los términos legales y conforme a derecho.

Vencidos los plazos a que se refiere el párrafo precedente, previa petición, pierden la aptitud jurisdiccional en el caso.
El incumplimiento de las obligaciones establecidas en este artículo se considera falta grave a los fines de la destitución, conforme a los procedimientos dispuestos por la presente Constitución".

(30) Art. 169. CPCH. "Las resoluciones judiciales deben ser motivadas, con adecuada fundamentación lógica y legal. En el caso de los órganos colegiados, la fundamentación es individual, aun cuando coincida con la conclusión de otro de los miembros.
La ausencia de motivación suficiente e individual se considera falta grave a los efectos pertinentes".

(31) Conf. ANDRADA, Alejandro Dalmacio, "Ley 26.944. Responsabilidad del Estado y Funcionarios Públicos. La situación en las Provincias", Ed. La Ley Thomson Reuters, Buenos Aires, 2017. Pág. 122.

(32) PIAGGIO, Lucas Aníbal-MATTERA, María Eugenia, "El Nuevo Régimen de Responsabilidad del Estado", Ed. El Derecho, Buenos Aires, 2018. Pág. 158.

(33) Conf. ROSATTI, Horacio, "Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado. Análisis Crítico y exegético", Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014. Pág. 570.

(34) CSJN, Fallos: 318:845.

(35) CSJN, Fallos: 312:316.

(36) Conf. CNCont.-adm. Fed., Sala II, 12/02/1999, "Lusquiños, Horacio R. c/ Estado Nacional", publicada en JA, 2000-I-252.

(37) CSJN, Fallos: 177:171.

(38) CSJN, Fallos: 335:585.

(39) CSJN, Fallos: 307:821; 318:845; 326:4445, entre otros.

(40) Conf. CNCont.-adm. Fed., Sala IV, 8/04/1986, "Nahoum, Alberto V. c/ Gobierno Nacional (Ministerio de Justicia)", publicado en LL, 1987-A, 225.

(41) Conf. "Mezzadra" (Fallos: 334:1302) y "Arisnabarreta" (Fallos: 332:2159), entre otros.

(42) CSJN, Fallos: 329:1881.

(43) CSJN, 14/05/2013, "Kaerger Arturo Otto y otra c/ ESTADO NACIONAL ARGENTINO y otro s/daños y perjuicios", K 9. XLVI. RHE.

(44) En el caso concreto de la Provincia del Chubut se plasma a través del Art. 69 de la ConstituciónProvincial.

(45) Ver: KOSMYNA, Nataliya, HAUPTMANN, Eugene, YUAN, Ye Tong, SITU, Jessica, LIAO, Xian-Hao, BERESNITZKY, Ashly Vivian, BRAUNSTEIN, Iris, MAES, Pattie, "Your Brain on ChatGPT: Accumulation of Cognitive Debt when Using an AI Assistant for Essay Writting Task", publicado en: https://www.researchgate.net/publication/392560878_Your_Brain_on_ChatGPT_Accumulation_of_Co

(46) C. Penal, Esquel, 15/10/2025, "Provincia del Chubut c/ P., R.A.", Cita: TR LALEYAR/JUR/107794/2025.

(47) STJ, Rawson, 13/03/2026, "Provincia del Chubut c/ P., R.A. s/ Recurso de queja", cita: TR LALEYAR/JUR/17716/2026.

Breve análisis al nuevo Código General de Procesos para la Provincia del Chubut

por Mariano Palma

Disponible en: https://www.informacionlegal.com.ar/
Publicado en: La Ley Online. Y en Revista Jurisprudencia Argentina Patagonia. Septiembre 2026/ N°3
Cita online: TR LALEY AR/DOC/2188/2026
[Consultado el: 06/08/2026]

Sumario

I. Introducción. — II. El criterio judicial como sistema reinante ¿protege las garantías constitucionales? — III. ¿Me parece o nos olvidamos de algo? — IV. Breve análisis del articulado. — V. Conclusiones.

I. Introducción

El derecho y el cumplimiento de formalidades han sido dos materias indisolubles a lo largo de la historia, al respecto vale recordar el Derecho Romano y el ejercicio de las "Actio" o incluso las solemnidades a las cuales se veía sometido el proceso, solemnidades (1) que eran consideradas sacramentales en muchos casos.

A lo largo de la historia se ha mantenido en los diversos sistemas (Derecho Continental y *Common Law*) la existencia de procesos que tengan como finalidad la posibilidad de adjudicar un derecho o imponer sanciones a determinados sujetos.

El Derecho Procesal ha venido a ser la materia jurídica encargada de establecer las pautas y formalidades a cumplir a fin de poder obtener una sentencia judicial que, dentro del marco del cumplimiento de las garantías constitucionales o también llamadas el

debido proceso legal adjetivo, otorguen una respuesta a una determinada pretensión en un marco de seguridad jurídica sin violar preceptos de índole superior (ej. art. 75, inc. 22, CN).

Estos procesos que se mencionaron previamente se rigen en su generalidad por un Código Procesal (o también conocido como de Rito) que tiene como exclusivo y excluyente objetivo el de prefijar las pautas a seguir para el correcto desenvolvimiento del proceso.

En el marco institucional y organizacional estatal, es la Convención Constituyente (tanto nacional, como provincial) la encargada de otorgar y determinar las facultades que corresponden a cada uno de los Poderes integrantes de la República que se plasman en lo que conocemos como Constitución (la misma puede ser Nacional o Provincial).

El convencional constituyente nacional ha querido que sea el Poder Legislativo el encargado del dictado de los Códigos de Fondo (art. 75, inc. 12, CN), permitiendo que las Provincias dicten aquellos Códigos que hacen referencia a los procesos judiciales (lo que párrafos arriba mencioné como Códigos de Rito).

El formato es claro, en el Poder Legislativo (tanto nacional como provincial) lo que hay son representantes del pueblo (en Chubut la Legislatura se encuentra integrada por veintisiete miembros) por lo tanto la voluntad de la Convención Constituyente fue que a través de la Carta Magna sea el pueblo de la provincia el encargado de legislar sobre los procesos (art. 135, inc. 19) para el otorgamiento de derechos. Esto quiere significar que a poco que se lee el proyecto de Código se observa la delegación de determinación de pautas procesales en el Poder Judicial representado en el caso por el Superior Tribunal de Justicia.

Entonces, si se delegan facultades en el Poder Judicial en lo que respecta a decisiones que corresponderían al Poder Legislativo lo que se genera *prima facie* es una inconstitucionalidad. Al respecto hay

que tener en cuenta que los Ministros del Superior Tribunal de Justicia (más allá de la falta de capacidad técnica o no que puedan demostrar o incluso el cumplimiento de las pautas legales y académicas que tal cargo verdaderamente requiere), según lo estipula la Carta Magna Provincial (arts. 163, 164, 165 y 166), son elegidos como consecuencia de un acuerdo político propuesto por el Poder Ejecutivo y refrendado con dos tercios de los miembros de la Legislatura (Poder Legislativo). Esto significa que fácilmente pueden ser removidos por la Legislatura a través del Juicio Político (o cuando se produzca la renuncia, jubilación o fallecimiento de algún Ministro), cuando se genere un cambio de gobierno, lo que implica que las pautas que fijó la anterior composición del Superior Tribunal respecto a las facultades delegadas por la Legislatura a través del Cód. Procesal en lo referente a los tipos de proceso aplicables, pueden ser borrados de un plumazo generando ni más ni menos que inseguridad jurídica, lo que se traduce en falta directa de inversiones económicas.

Por otro lado, el Código Procesal que se presenta como "innovador" nada tiene de tal, veremos que los criterios de oralidad adversarial a los que recurre son propios (o innovadores) de la primera década del siglo XXI cuando se dictó el Cód. Proc. Penal Provincial (ley XV 9 antes ley 5478). En la actualidad dicho sistema nada tiene de disruptivo. Por el contrario, son mayores las críticas que se le hacen por pergeñar una suerte de "show" más que un proceso judicial, recordemos también que dicho tipo de sistemas requieren de mayor cantidad de jueces, una infraestructura más importante (sala de audiencias, tecnología aplicada, etc.) y únicamente pueden aplicarse de forma correcta en pequeños lugares donde el volumen de trabajo es bajo o nulo.

La inteligencia artificial ha venido a modificar absolutamente todo lo que conocemos en la actualidad, la existencia de sistemas absolutamente digitales ya no brinda seguridad y, por lo tanto, se requiere del formato escriturario para asegurar efectivamente los actos de Estado (en el caso los correspondientes al Poder Judicial).

Como se referenció *ut supra,* es difícil pensar cómo la convención redactora (aquí es donde se extraña la pluma de maestros como López Mesa) no dedicó un capítulo exclusivo a la utilización de tal elemento (no considero que sea una herramienta, puesto realizando una simple proyección de no menos de diez años tendrá mayor capacidad que la de un ser humano). Este craso error que podemos observar no solo en resoluciones (2) del Superior Tribunal ha sido correctamente resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Buenos Aires a través del dictado de la res. 1719/2026 (es notorio como la idoneidad del funcionario —Ministros— pone en resalto la solución de problemas de manera más eficiente y eficaz) evitando los problemas que se suscitaron tiempo atrás con jueces de nuestra provincia (que también acontecieron en Prov. de Bs As.). Al respecto me pronuncié en un artículo (3) analizando la responsabilidad de los jueces en tales actividades y los perjuicios que puede acarrear para las partes.

Por todo lo dicho de forma introductoria el lector podrá avizorar que a lo largo del presente artículo analizaré en forma concisa el proyecto, realizando las críticas que considere pertinentes.

II. El criterio judicial como sistema reinante ¿protege las garantías constitucionales?

El criterio judicial se ha esgrimido en la práctica jurídica como un verdadero conjunto de normas que determinan a la propia existencia del proceso establecido por el legislador (quien verdaderamente ejerce la representación del pueblo y está facultado por la Constitución Provincial para el dictado de este tipo de normativa). Así las cosas, no son pocas las ocasiones en las que la parte de forma conjunta al abogado litigante deben acercarse al juzgado para saber cuál es el criterio que posee el magistrado de turno respecto de tal acontecer procesal (que la mayoría de las veces se encuentra legislado).

El criterio judicial se había esbozado para la determinación de la resolución de ciertos accionares que en casos excepcionales no se encontraban regulados por el Código de Rito. Sin embargo, tal postura fue apartándose de su idea primigenia para transformarse en la actualidad en el sostenimiento de posturas incluso contrarias a la propia normativa.

Un caso concreto de criterio judicial es el que se cierne sobre la determinación del proceso aplicable en materia de relaciones de consumo, sin ir más lejos el art. 53 de la ley 24.240 determina la necesidad de aplicar el proceso más abreviado existente en la jurisdicción competente, el legislador nacional entendió que únicamente se puede escapar de tal criterio cuando la parte (el consumidor) de forma expresa así lo solicite en el escrito de demanda. Tal criterio fue amparado a nivel provincial por el art. 10 de la ley VII 22 donde se exige directamente la aplicación del proceso sumarísimo. En el ámbito de la Circunscripción Judicial del Noroeste del Chubut, tanto el juzgado Civil y Comercial de Primera Instancia como la Cámara (4) (nobleza obliga, el Dr. Flass no amparó tal desidia jurídica) entienden que, por aplicación del criterio judicial, no debe aplicarse el proceso sumarísimo y que el juez puede modificar el tipo de proceso sin requerimiento de parte.

Entonces la libertad de aplicación del criterio judicial que se encuentra amparada en el nuevo proyecto de Código Procesal es casi absoluta, esto en la práctica tribunalicia tiene como único resultado la falta de seguridad jurídica para las partes.

Vuelvo a repetir, el criterio judicial se mantendrá según se mantenga el magistrado y sus ideas, de ser desplazado, suspendido, jubilado, etc., el criterio se modificará por el del nuevo juez que entienda en la causa. Tal circunstancia no puede ser aceptada, puesto —vuelvo a repetir— es el legislador el que impone las normas del proceso como consecuencia de la adjudicación de tales facultades al Poder Legislativo por la Convención Constituyente en la Carta Magna Provincial.

Tomemos de ejemplo la audiencia multipropósito (art. 516 del proyecto). Dependiendo del criterio judicial es el tipo de proceso que se dará al hecho, esto quiere decir que si la composición del tribunal se modifica en otro pleito de similares características podrá observarse la aplicación de un proceso disímil.

Más allá que la audiencia multipropósito pareciera haber sido inspirada en la obra de Enrique Santos Discépolo "Cambalache" y no en normativa ritual que permita vislumbrar a futuro una estrategia procesal para la tutela de derechos (sí, ni más ni menos que derechos), la facultad otorgada al juez como máxima deidad en el proceso, sin posibilidad de aplicar recursos de apelación (puesto en la mayoría de los casos son recursos de revocatoria que se interponen ante el mismo tribunal), conlleva a la vulneración directa de garantías constitucionales (art. 75, inc. 22, CN). En ocasiones pareciera que el proyecto de Código hubiere sido redactado por personas que carecen de conocimientos básicos sobre Derecho Constitucional.

Entonces, a poco que se lee el proyecto se podrá entender la reticencia (por no decir miedo o pánico) a que una normativa de estas características logre entrar en vigencia dentro de las circunstancias actuales que rodean a la Provincia del Chubut.

III. ¿Me parece o nos olvidamos de algo?

El actual Cód. Proc. Civ. y Com. regula ciertos procesos especiales con una claridad inusitada, pudiendo ser superada, claro está. Sin embargo, el proyecto no logra este estándar, por lo cual no se entiende cómo la Comisión no ahondó en los procesos que estaban correctamente redactados y para los cuales no era necesario realizar ningún tipo de reforma.

El proyecto exhibe grandes faltantes que, si bien pretenden ser resueltos por la voluntad del juez (que es puesto como si fuera una deidad que todo resuelve con su criterio pretoriano al estilo Romano), aun así, no lograrían implementar la seguridad jurídica que se busca.

La ausencia de una regulación concreta referida a concursos y quiebras, procesos estos que en muchas ocasiones exhiben una complejidad técnica y documental en el aporte de pruebas que implican la necesidad concreta de poseer normas que establezcan pautas firmes a seguir, ha sido un gran desatino.

La regulación específica de los interdictos y acciones posesoria, denuncia de daño temido, reparaciones, interdictos (adquirir, retener, recobrar, etc.), mensura, deslinde, copia y renovación de títulos, examen de los libros por el socio, reconocimiento adquisición y venta de mercaderías, como se lo hace en la ley III 21, desde mi opinión ha sido otro craso error que implica ni más ni menos que nuevamente el juez decida cómo resolver bajo su exclusivo criterio y sin la existencia de normas concretas (por lo tanto se genera inseguridad jurídica) o incluso el poder de interponer recursos de apelación ante dicho tipo de decisiones.

Sin perjuicio de todo ello, el mayor de los problemas se presenta en la falta de regulación específica del proceso consumeril. Esto quiere decir que todo aquel consumidor y usuario que pretenda solicitar ante la "justicia chubutense" el cumplimiento efectivo de un derecho que haya sido violado deberá (además de efectuar rezos continuos a la providencia, divinidad o ser supremo de su agrado) observar cuál juez le toca para, de esta manera, ver si su proceso será el más abreviado o, por el contrario, (esto en los casos que haya rezado poco) someterse a procesos más amplios.

Entonces, a nivel nacional, con la entrada en vigencia de la ley 26.993 se crea la Justicia del Consumo. Esta normativa permitió la existencia de tribunales especializados en la materia a fin de evitar las aberraciones jurídicas que se pueden observar en otras latitudes referidas al tema, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires fue la punta de lanza a través de la cual se determinaron tribunales especializados e incluso se reguló su funcionamiento procesal con el dictado de la ley 6407 (Cód. Procesal para la Justicia en las Relaciones de Consumo de la CABA).

Si bien lo que correspondería es ya tener tribunales especializados, se comprende las limitaciones presupuestarias existentes, por lo que a fin de salvar tal circunstancia al menos correspondería el dictado de normas de rito que permiten regular una materia de la complejidad que exhibe en la actualidad el derecho del consumo, pero por lo visto, no reviste tal importancia (como otros procesos).

Por último, por cuestiones didácticas no me referiré a los procesos vinculados a materia laboral o incluso a los derivados de las relaciones de familia, puesto no podría llamarse al presente trabajo artículo, sino que debiera adoptar el término de libro o manual.

IV. Breve análisis del articulado

En el presente acápite el lector podrá observar que se analizarán los artículos que generan más incongruencias (según el criterio de quien escribe estas palabras). No se transcribirán los artículos observados puesto excedería los límites impuestos para la redacción de artículos. Veamos uno por uno: 1) Art. 1. Se genera una delegación en sistemas jurídicos superiores de facultades que en realidad son propias de la Provincia (como lo es en el caso el dictado del Cód. Procesal), ahora se salvan ciertas regulaciones, como por ejemplo las referidas a la acción preventiva que encuentran regulación en el Cód. Civ. y Com.; 2) Art. 2, inc. 2. La extensión territorial de la Provincia del Chubut, sumado a la falta de poder adquisitivo de algunos de sus habitantes, hace imperiosa la necesidad de que existan mesas de entrada en ciertas localidades núcleo para de esta forma poder cumplir con el derecho de acceso a la justicia; 3) Art. 3. El proceso oral no siempre es el mejor, de hecho, en casos de alta complejidad con variedad de actores o demandados o incluso cuando exista alta cantidad de elementos probatorios los procesos escriturarios permiten al juez el manejo de un mayor volumen de causas; 4) Art. 8. Se generan obvias incompatibilidades con normas que establecen procesos específicos como el art. 53 de la ley 24.240 (art. 10 de la ley VII 22). La libertad de formas que esgrime el segundo

párrafo en muchas ocasiones atenta contra el formalismo que es una garantía en sí misma; 5) Art. 10. No existe limitante alguno (salvo casos de excepción como cuestiones de familia) para que las audiencias se publiquen vía web como se transmite una sesión del Poder Legislativo, recordemos que se debe cumplir con el principio republicano de publicidad de los actos de gobierno (art. 1, CN); 6) Art. 6. Se le otorga una importancia al precedente que no existe en nuestra cultura procesal y jurídica, nuevamente se deja en manos de la voluntad del juez la decisión absoluta, lo que no solo es malo, sino que también obliga al abogado y la parte a tener que saber cuáles son los criterios judiciales aplicables según el magistrado que actúe en el proceso. Recordemos que el legislador como representante de la sociedad es el encargado de establecer las pautas procesales, no el juez; 7) Art. 13. No se encuentran claramente determinadas las causas de excusación; 8) Art. 20. Se debería hacer mención concreta y expresa a abogados de la matrícula así no amplía la gama de actuación (ej. lo podría ser un procurador); 9) El rechazo de una oferta no puede ser entendido como un ítem a valorar en contra de quien no la aceptó. Tal situación (o sea las circunstancias por las que no se aceptó) excede al Poder Judicial puesto aceptar el criterio regulado por el artículo implicaría entrometerse en el ámbito personal tutelado por el principio de reserva (art. 19, CN); 10) Art. 22. La existencia del servicio de mediación obligatoria lo único que hace es alargar los procesos, generando una limitación y cuello de botella al presentante para el ingreso de la pretensión en el Poder Judicial ejercitando los derechos de acceso a la justicia y tutela judicial efectiva (art. 75, inc. 22, CN). Vale recordar que a nivel nacional directamente se eliminó el COPREC a través del dec. 55/2025, por ser muy bajo el número de las pretensiones allí resueltas; 11) Art. 49. Hace mención a la posibilidad de solicitar medidas cautelares anticipadas, lo interesante es que las mismas se dan dentro de procesos colectivos que previamente no eran regulados, en este aspecto ha habido un avance; 12) Art. 50. Interesante es el nuevo criterio sentado para la organización de la judicatura (muy parecido al penal), haciendo remisión a otra normativa, que quizás hubiere sido importante se fijen pautas concretas dentro del Código de Rito; 13) Art. 51. Se crea una

oficina judicial. Al respecto habrá que observar si la misma opera como en el ámbito penal o si por el contrario se la dota de mayores funciones que la hagan eficiente y eficaz y que a su vez permitan tener un recurso humano activo y no ocioso; 14) Art. 53. De forma correcta se mantienen los criterios referidos a la prórroga de la competencia sobre todo en materia territorial en cuestiones patrimoniales, sin perjuicio de ello se presentan ciertas peculiaridades en materia de consumo que no fueron tenidas en consideración; 15) Art. 55, inc. a. Existe una colisión directa con la ley 24.240 y el Cód. Civ. y Com. en lo que respecta a derechos consumeriles; 16) Art. 56. La declaración de nulidad debe producirse antes de la sentencia para de esta forma evitar el dispendio jurisdiccional por llevar adelante un proceso sin competencia para hacerlo; 17) Art. 57. Se imponen una serie de obligaciones para el Poder Judicial Provincial que, dadas las circunstancias actuales, difícilmente puedan cumplirse. Recordemos que este tipo de Códigos para su efectiva vigencia requieren de grandes inversiones en infraestructura; 18) Art. 59. El artículo no pareciera distar mucho de lo que fija el art. 36 ley III 21, sin perjuicio de ello puede observarse que se le otorga un enorme poder al magistrado pareciera una forma propia de un sistema inquisitivo (todo lo opuesto a lo que los propulsores del proyecto supuestamente buscan); 19) Art. 60. Excede en lo normado por el actual art. 35 ley III 21, este artículo es un caso de notorio otorgamiento de facultades al juez que distan mucho de generar tranquilidad en los representantes de las partes, ya que estas mismas pueden ser utilizadas de forma aleccionadora. ¿Cuáles pueden ser los problemas que presente? Todos conocemos de los gravísimos problemas que presentan gran parte de los funcionarios que integran el Poder Judicial Chubutense (solo resta con ver las noticias locales y nacionales o la cantidad de denuncias en el Concejo de la Magistratura), por lo que la prudencia y la templanza son claramente valores escasos o ajenos en estas épocas a muchos de los funcionarios, la verdadera interrogante se da cuando uno se pregunta ¿cómo hace el abogado de la matrícula para obtener un fallo fundado en ley que de seguridad jurídica a través de un proceso adecuado? Por otro lado, observamos como en el artículo se limita la vía recursiva ante órgano superior por la imposición de sanciones

disciplinarias, algo directamente inconstitucional que va en contra del propio art. 1 del proyecto y del art. 75, inc. 22, CN (de hecho, se violan las garantías del debido proceso administrativo sancionador); 20) Art. 61. El gran jurista Vélez Sarsfield consideraba que las conceptualizaciones no eran propias de un Código, los redactores del presente proyecto parecen apartarse de tal criterio; 21) Art. 63. Se esboza nuevamente una limitación en la vía recursiva, el tribunal no puede resolver por sí solo, sus decisiones deben poder ser revisadas por órganos superiores; 22) Art. 67. La redacción va en contra de lo estipulado respecto de la cesión de derechos, por lo tanto, debería ser modificado de inmediato; 23) Arts. 70 y 71. El legislador local no puede legislar en materia de responsabilidad referida al contrato de apoderamiento, dicha facultad fue delegada en el Congreso de la Nación (art. 75, inc. 12, CN); 24) Arts. 91 y 92. La responsabilidad debería ser extensible al juez; 25) Arts. 93 y 94. Vale recordar que el Ministerio Público también es el encargado de pronunciarse respecto de la competencia estando determinada tal facultad por el art. 11, ley V 94, pero siendo correcto que figure en el Código de Rito; 26) Arts. 96 a 102. Hacen referencia al "Amigo del Tribunal". En la práctica dicha figura, lejos de generar beneficios en la búsqueda del valor justicia a través de la independencia e imparcialidad del magistrado, será utilizada para la politización de los procesos vulnerando directamente las garantías constitucionales referidas al debido proceso legal adjetivo; 27) Arts. 103 y 104. La incorporación de jurados en el ámbito del proceso es un claro retroceso, en varias (5) oportunidades me pronuncié respecto a los problemas que trae este tipo de sistema (más allá que fuera voluntad del primer convencional constituyente nacional). El problema esencial radica en la falta de formación sobre todo técnica por el tipo de jurado que se pretende aplicar (¿habría que preguntarles a los redactores si gustarían de ser operados por un simple transeúnte?). El retroceso es claro y evidente y no puede ser regulado de manera general o simple como se lo hace en dichos artículos. Imaginemos el caso de la imposición de daños punitivos o el de un inmueble ocupado por quienes *a priori* consideran que tienen derechos ancestrales ¿qué determinación logrará el jurado? ¿La parte se sentirá conforme? ¿Qué alcance se le dará al veredicto, será

recurrible?; 28) Art. 105. Impone la oralidad, recordemos que actualmente el Superior Tribunal de Justicia avasallando facultades propias del Poder Legislativo dictó una acordada (4723/19) que viola directamente lo establecido en por el art. 135, inc. 19, CPCH y que incluso nunca fue declarada inconstitucional por parte de los magistrados (o también a pedido de los Colegios de Abogados). Recordemos que el control de constitucionalidad es difuso y de oficio (ver art. 10, CPCH). Es por ello que el otorgamiento de facultades disciplinarias a jueces netamente alineados con el Superior Tribunal de Justicia carentes de absoluta independencia vulnera directamente el ejercicio de la profesión, *ipso facto* el derecho de defensa en juicio; 29) Art. 106. La digitalización de la documentación implica un traslado de responsabilidad, el abogado litigante deberá hacerse cargo de la custodia y depósito de la documental, mientras que el Estado (ya hemos visto la deficiencia de la oficina judicial en la Circunscripción Judicial del Noroeste del Chubut en la custodia de elementos probatorios) (6) se apartará rotundamente de tales obligaciones, tal circunstancia no genera otra cosa que inseguridad jurídica. Es más, ni siquiera se obliga al tribunal a chequear la veracidad de los documentos; 30) Art. 109. La cadena de custodia será vital sobre todo respecto de los ciberataques, no debemos olvidar las continuas fallas que presenta el sistema actual y la necesidad imperiosa de contar con firma digital, no solo de los abogados, sino también de las partes; 31) Art. 115. Los plazos ante la carencia de firma son muy prolongados, lo que dependiendo del caso puede dar lugar a dilaciones de tiempo planificadas dentro de la estrategia procesal del caso; 32) Art. 140. Se limita la vía recursiva sin la posibilidad de realizar la apelación correspondiente ante la Cámara; 33) Art. 150. La libertad de formas muchas veces facilita la realización de ciertos actos procesales, pero tiene como contracara la vulneración de la seguridad jurídica (¿cómo aseguramos que haya leído el mail o el mensaje de *WhatsApp* o SMS?); 34) Art. 159. Se genera una nueva limitación en la revisión de las decisiones que le otorga al tribunal un poder que no le corresponde; 35) Art. 163. Se elimina la recusación sin expresión de causa. Recordemos que las relaciones de amistad son de difícil probanza sobre todo en pequeñas comunidades como las chubutenses donde la

gran mayoría de la población se conoce. La eliminación de la recusación sin causa vulnera directamente los derechos de la parte a un juez imparcial que emita una resolución fundada en ley, otro aspecto a tener en cuenta es el criterio que posee el juez, siendo este contrario a la estrategia procesal y teniendo como resultado la posible derrota en el pleito; 36) Arts. 182 a 188. Sería interesante dejar en claro el caso de la justicia gratuita referida a las relaciones de consumo, puesto no es lo mismo que actuar bajo el beneficio de litigar sin gastos (como quienes no saben de la materia lo entienden); 37) Arts. 206,208 y 209. Interesante es la posibilidad de realizar la notificación a través de redes sociales, habrá que observar cuáles son las pautas de seguridad para cumplir tal finalidad sin que existan hackeos o ciberestafas; 38) Art. 244. En el caso que las medidas cautelares no estén especificadas genera un problema institucional ya que vulnera la seguridad jurídica y el derecho de defensa; 39) Art. 268. Debería hacerse referencia a la posibilidad de presentar nuevamente la prueba en Cámara (más allá que se trate el tema en artículos posteriores); 40) Art. 288. Son interesantes las pautas adoptadas para la determinación de quienes pueden ser considerados testigos; 41) Art. 316. La imposibilidad de recusación del perito cuando no fuere integrante de las listas que tenga el Superior Tribunal de Justicia o la Cámara genera grandes falencias ya que en pequeñas comunidades donde todos se conocen ¿cómo se puede asegurar o garantizar un dictamen imparcial?; 42) Art. 310. Las costas debieran ser siempre a cargo de la vencida, salvo en los casos de Defensa del Consumidor (art. 53, ley 24.240); 43) Art. 319. En el caso del derecho consumeril no se aplica el beneficio de litigar sin gastos, sino la justicia gratuita que son institutos diferentes; 44) Art. 355. Vulnera directamente las facultades de independencia e imparcialidad del juez. Se le otorga al Superior Tribunal de Justicia un poder de pseudo policía sobre las sentencias del cual carece [vale revisar el precedente "Cerámica San Lorenzo"(7)]. A diferencia de los magistrados de primera y segunda instancia, la población carece de la seguridad en el cumplimiento de la idoneidad para el cargo (arts. 16 CN y 67 CPCH) respecto de los Ministros del Superior Tribunal (como así también del Procurador General o incluso del Defensor General) puesto estos no ingresan al

puesto a través de un concurso sino por el contrario son el resultado de un acuerdo político que refrenda la Legislatura, entonces cuando dejen de ejercer la función (ya fuere por destitución, renuncia, jubilación, etc.) los criterios podrían cambiar en cabeza de los nuevos integrantes; 45) Art. 365. Limita las decisiones que pueden ser impugnadas a través del recurso de apelación generando así una imposibilidad absoluta de que órganos superiores puedan realizar las verificaciones correspondientes; 46) Art. 370. Se elimina el recurso de revocatoria con apelación en subsidio, generando de esta manera un serio ataque a las garantías constitucionales y al debido proceso legal adjetivo; 47) Art. 396. La determinación de 20 jus para la interposición del recurso ante el Superior Tribunal de Justicia genera una vulneración directa en el acceso a la justicia. Este depósito no debe cobrarse en casos de defensa del consumidor o cuando exista beneficio de litigar sin gastos; 48) Art. 435. Hay procesos que ya vienen determinados de forma previa por el legislador, como por ejemplo el caso de defensa del consumidor; 49) Art. 438 Inc. k. Nuevamente se limita la revisión por la cámara, algo inadmisible; 50) Art. 450. Va en contra del Derecho de Propiedad; 51) Art. 518. Este artículo es directamente inconstitucional, puesto a través de los Tratados Internacionales con Jerarquía Constitucional (art. 75, inc. 22, CN) se asegura la revisión por un órgano superior; 52) Art. 523. Más allá de los criterios que se ciernen por algunos actores políticos respecto del trabajador, lo cierto es que se viola el derecho de igualdad ante la ley, no todos los trabajadores son santos ni todos los empleadores demonios; 53) Art. 524. Directamente va en contra de la teoría de los actos propios y del principio de congruencia; 54) Art. 543. Nuevamente se limita la posibilidad de apelar.

V. Conclusiones

De lo reseñado se puede concluir:

a. El proyecto presenta serias deficiencias técnicas que no pueden ser aceptadas, el mismo no se condice con la tutela que brindan las garantías amparadas por la Constitución Nacional tanto en

su parte dogmática (arts. 1 a 43) como en la parte orgánica (especial énfasis hay que tener en el caso del art. 75, inc. 22, CN).

b. La implementación de un sistema oral y adversarial en el ámbito civil requerirá de una cuantiosa inversión no solo en materia de actualización de magistrados, funcionarios y personal, sino también en infraestructura de la cual carece el Estado chubutense.

c. La eliminación de la posibilidad de revisión por órganos superiores de las decisiones adoptadas en primera instancia es retrógrada y no se condice con el sistema de derecho actual y vigente.

d. El otorgamiento de súper facultades en las decisiones referidas al proceso es una delegación legislativa encubierta que corresponde constitucionalmente al legislador provincial y no a los Ministros del Superior Tribunal (no fueron elegidos por el pueblo y no rindieron examen de idoneidad y oposición de antecedentes para el puesto).

e. La falta de regulación del proceso de consumo o incluso de los daños generados al medio ambiente es algo que debe corregirse en caso de entrar en vigencia.

f. Lo recomendable sería la redacción de un nuevo proyecto donde previamente se consulte a académicos nacionales especializados en la materia, pero sobre todo a los locales (estos últimos son los que conocen sobre la situación provincial del Poder Judicial), Colegios de Abogados, jueces de primera y segunda instancia, defensores civiles y Universidades Públicas.

(1) Conf. PEÑA GUZMÁN, Luis A., ARGUELLO, Luis R., "Derecho Romano", Ed. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1966, 2ª ed., t. I, p. 458.

(2) Ver: STJ, Rawson, "Provincia del Chubut c. P., R. A. s/ Recurso de queja", 13/03/2026, Cita: LALEY AR/JUR/17716/2026.

(3) Ver: PALMA, Mariano, "La inteligencia artificial y la responsabilidad de su utilización en el ejercicio de la magistratura. El caso especial de Chubut", Revista Temas de Derecho Comercial, Empresarial y del Consumidor, Ed. Erreius, julio 2026.

(4) Ver: S.I. Nro. 167/2026 CANO. Firma Dr. Jorge Fruchtenicht, Dr. Fernando Nahuelanca, Dra. María Fernanda Zanatta., en Autos: "Palma, Mariano c. Vaulten SA (INGOT) s/ daños y perjuicios", Expte. 96/2026.

(5) Ver: PALMA, Mariano, "Luces y sombras respecto de la irrevocabilidad e irrecurribilidad del veredicto absolutorio del jurado popular", Revista de Derecho Penal y Criminología, nro. 4, Ed. La Ley, mayo 2026, p. 96; PALMA, Mariano, "El juicio por jurado en la Provincia de Santa Fe. ¿Un nuevo proceso de orden provincial?", Revista de Derecho Penal y Criminología, nro. 8, Ed. La Ley, septiembre 2024, p. 124; PALMA, Mariano, "Daños punitivos y juicio por jurados en el sistema chaqueño", JA Litoral, Cita online TR LALEY AR/DOC/2603/2023; PALMA, Mariano, "Mefistófeles, Daños Punitivos y Juicio por Jurados", ADLA 2023-10, p. 31; PALMA, Mariano, ver en: "Juicios por jurados. Doctrina publicada en revistas jurídicas", Las bibliotecas. Serie Actualidad, nro. 4, Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires, febrero 2026.

(6) Ver: https://www.diariojornada.com.ar/280694/policiales/_robaron_evidencias_de_una_oficina_judicial_en_esquel

(7) CS, Fallos 307:1094.

La declaración de inconstitucionalidad del art. 730 Cód. Civ. y Com. en el régimen de la responsabilidad consumeril

por Mariano Palma

Disponible en: https://www.informacionlegal.com.ar/
Publicado en: RCCyC 2026 (agosto), 230
Cita online: TR LALEY AR/DOC/1582/2026
[Consultado el: 10/08/2026]

Sumario

I. Introducción.— II. Finalidad de la incorporación del art. 730 Cód. Civ. y Com. al régimen privatista y los criterios de la Corte al respecto.— III. El art. 53 de la ley 24.240.— IV. Los criterios de la Cámara Comercial para sustentar la inconstitucionalidad.— V. Conclusión.

I. Introducción

La actividad profesional en el ámbito liberal presenta constantemente vicisitudes que son sobrellevadas por el profesional de acuerdo con su saber, capacidad técnica, económica y circunstancias propias del caso. En tales condiciones el profesional fija la retribución que será pasible de cobrar por los servicios prestados al cliente.

El criterio central de una economía liberal de mercado es la determinación de los precios en base a la oferta y la demanda, sin perjuicio de ello, recordemos que existen productos y servicios que poseen diversos valores dentro del mercado y tal distinción se debe a una amplia variedad de aspectos, que en el ámbito profesional pueden

dividirse en la *expertise*, la formación académica, la inmediatez en el trato y calidad del mismo, el renombre de la persona, los aportes doctrinarios que haya efectuado y la infraestructura que posea para poder desarrollar la actividad, todos estos aspectos (y más) son necesarios a la hora de ponderar el monto a fijar en un presupuesto por la prestación de servicios.

Claro es que no todos los profesionales son iguales, no poseen el mismo renombre, no generan la misma seguridad y distan mucho de poseer los mismos medios, es por estas circunstancias mencionadas en el párrafo precedente y en el presente que la actividad profesional varía en cuanto a los montos que se cobran.

Esta circunstancia, sin embargo, no es aplicable al ámbito del derecho, ya que el abogado de ejercicio liberal al momento de recibir la contraprestación por la labor realizada no puede cobrar lo que efectivamente su giro profesional merece, sino por el contrario el legislador (tanto nacional como provincial) se ha encargado de igualar la contraprestación de todos los letrados, mediocres, regulares y excelentes a través de lo que se conoce como Ley de Honorarios.

La Ley de Honorarios no es regulada en su aplicación por el abogado, sino por el contrario se presenta un nuevo participe, un tercero que es ajeno a las circunstancias particulares del servicio prestado por el abogado al cliente, el que será el encargado de determinar si el abogado debe ganar más o menos según lo estipula la ley.

A las restricciones a la posibilidad de cobro mencionadas previamente, habrá que sumarle una limitación a la percepción de los honorarios que si se quiere proviene de larga data, en principio la misma se incorporó a través de la ley 24.432 que entró en vigencia en 1995 y agregó un párrafo al art. 505 del Cód. Civil, disponiendo: "Si el incumplimiento de la obligación, cualquiera sea su fuente, derivase en litigio judicial o arbitral, la responsabilidad por el pago de las costas, incluidos los honorarios profesionales de todo tipo allí devengados y

correspondientes a la primera o única instancia, no excederá del veinticinco por ciento (25 %) del monto de la sentencia, laudo, transacción o instrumento que ponga fin al diferendo. Si las regulaciones de honorarios practicadas conforme a las leyes arancelarias o usos locales, correspondientes a todas las profesiones y especialidades superan dicho porcentaje, el juez procederá a prorratear los montos entre los beneficiarios. Para el cómputo del porcentaje indicado, no se tendrá en cuenta el monto de los honorarios de los profesionales que hubieren representado, patrocinado o asistido a la parte condenada en costas".

Tal redacción, si bien generó cierto resquemor en quienes ejercían la profesión por aquel entonces, más antipatía trajo consigo la ley 26.994 (Cód. Civ. y Com.) que a través de su art. 730 repetiría los preceptos sentados por el Código Velezano.

La situación, lejos de mejorar, empeoraría, ya que se declararían sucesivas inconstitucionalidades a dicho artículo, solo por los tribunales inferiores, no así por la Corte Suprema.

En lo que respecta a este trabajo, lo interesante será analizar el criterio sentado por la Sala F de la Cámara Nacional Comercial, en autos caratulados "Ghilardi, Carlos Mariano Blas c. FCA SA de Ahorro para Fines Determinados s/ sumarísimo" (Expte. 16066/2023) del 10 de marzo de 2026.

¿Por qué es interesante el precedente mencionado previamente? Su importancia radica en que la declaración de inconstitucionalidad del art. 730 Cód. Civ. y Com. se da dentro del marco de un expediente consumeril, proceso que es regido por el art. 53 de la ley 24.240 y que genera el beneficio a favor del consumidor o usuario de la justicia gratuita.

II. Finalidad de la incorporación del art. 730 Cód. Civ. y Com. al régimen privatista y los criterios de la Corte al respecto

Como se mencionó previamente, el último párrafo del art. 730 Cód. Civ. y Com. deriva del Cód. Civil (art. 505 Cód. Civil), la manutención del criterio sentado por el legislador en el nuevo régimen que unifica las obligaciones civiles y comerciales genera por parte de los colegiados una desilusión importante, ya que cercena de manera directa la posibilidad de recibir la retribución determinada por la Ley de Honorarios (que no es la mismo que la retribución que correspondería).

El legislador, al mantener el criterio sentado en la ley 340 (modificada por la ley 24.432), no hizo otra cosa que apartarse de lo sentado a través de dos [2] décadas de jurisprudencia y doctrina que se enarbolaban en contra de tal incorporación, por las más variadas causas (1) según el área del derecho en cual se hubiere solicitado la inconstitucionalidad.

Es interesante de analizar la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que determinó la constitucionalidad del párrafo agregado por la ley 24.432 en varios de sus precedentes, desde "Abdurraman" (2), pasando por "Brambilla" (3), "Villalba" (4) e incluso "Latino" (5) dichos fallos se fundarían en la necesidad de obtener procesos judiciales en los cuales el índice de litigiosidad fuera moderado, tratando de asegurar el pago de las costas por parte del perdedor.

En el precedente "Abdurraman" la Corte mantuvo la constitucionalidad del art. 277 LCT, manteniendo la vigencia de la reforma efectuada por la ley 24.432, para ratificar tal postura sostuvo que no se generaba una violación al derecho a la igualdad.

En el caso "Brambilla" reconoce la constitucionalidad del art. 505 Cód. Civil, entendiendo que no se violó ningún tipo de facultad

delegada por las provincias al dictar el Congreso de la Nación la ley 24.432 que hace referencia a las limitaciones en la regulación de honorarios.

En "Villalba" fijó un criterio interesante, que, si bien avaló la constitucionalidad del art. 277 LCT, entendió que no existe limitación alguna en la cual el beneficiario de la regulación de honorarios pudiera reclamarle a su patrocinado el excedente del crédito por sobre el límite del 25% establecido por la ley 24.432, puesto la aceptación de una tesitura contraria implicaría aceptar la existencia de una obligación sin sujeto pasivo.

Por último, en "Latino" no aceptó la declaración de inconstitucionalidad decretada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil respecto del art. 730 Cód. Civ. y Com., manteniendo de esta manera el criterio sentado en los precedentes previamente enumerados.

La postura de la Cámara Nacional Comercial no ha sido diferente a la de otros juzgados a lo largo y ancho del país, tales posturas dejan en claro que no es capricho de un conjunto único de jueces, sino por el contrario es que verdaderamente nos encontramos en presencia de una norma inconstitucional que avasalla los derechos patrimoniales de los profesionales del derecho.

La circunstancia se torna más compleja cuando nos encontramos en presencia de procesos dónde la justicia (por manda del legislador nacional) debe ser gratuita, ello fundado en las diferencias asimétricas existentes entre ambas partes del proceso (consumidor/usuarios y proveedor/prestador).

III. El art. 53 de la ley 24.240

El microsistema de defensa del consumidor integrado por la ley 24.240, parte del criterio que existe una diferencia sustancial de recursos o forma de administración de estos en virtud de la cual se

dota al proveedor/prestador de mayor capacidad económica para hacer frente a las demandas que puedan llegar a interponerse contra su empresa.

En tal hipótesis (que en lo particular considero no se aplica a todos los proveedores, solo sería viable respecto de las grandes multinacionales o empresas locales, no así con respecto a una pymes o un pequeño almacén de barrio), es que el legislador ha considerado propicio la eximición del pago de la tasa de justicia al consumidor o usuario que iniciaren una demanda (o sea cuando actúan como promotores de la pretensión) contra un proveedor o prestador, a fin de posibilitar el acceso a la justicia cumpliendo con la manda constitucional del art. 75, inc. 22, CN (a través de los Tratados Internacionales con Jerarquía Constitucional —claro está—).

La ley 26.993 en su art. 55 también repite el criterio sentado por la presente ley dentro de los siguientes términos: "Gratuidad a favor del consumidor o usuario. Las actuaciones judiciales promovidas por consumidores o usuarios, se regirán por el principio de gratuidad establecido en el art. 53, último párrafo de la ley 24.240 y sus modificatorias".

Existen jueces que consideran que el actor debe hacer mención en el escrito de demanda al beneficio estipulado por el art. 53 (justicia gratuita) en lo particular lo considero un despropósito, puesto si se interpone una demanda y en la primer resolución se le impone el carácter de demanda consumeril, no sería necesario que el actor solicite la exención del pago de la tasa de justicia puesto la Ley de Defensa del Consumidor es de orden público y además de eso a través de una ficción jurídica creada por el legislador, se entiende que las normas son conocidas por toda la población mucho más por quienes ejercen el cargo de jueces y tratan a diario con ella (sin perjuicio de lo dicho a fin de evitar dilaciones de tiempo a través de la interposición de recursos tendientes a corregir las resoluciones de jueces obstinados, vale hacer mención a la justicia gratuita y requerir su aplicación al proceso).

Hay que marcar una diferencia con el beneficio de litigar sin gastos regulado por los arts. 78 a 86 del Cód. Proc. Civ. y Com., que si bien buscan lo mismo o sea la igualdad ante la ley y el pleno ejercicio de la defensa en juicio asegurando el acceso a los estrados judiciales (6), la gratuidad a la que se refiere el artículo bajo comentario no requiere del inicio de un expediente incidental para la determinación u observación de los requisitos establecidos por ley.

Lo que se quiere significar ya haciéndolo de forma expresa es que el consumidor o usuario no debe iniciar ningún beneficio de litigar sin gastos al momento de interponer la demanda para que se dé cumplimiento al art. 53, si el juzgado requiriese tal actividad procesal incurrirá en un craso error que no puede ser aceptado, motivo por el cual habrá que tomar mano a la vía recursiva para rever dicha petición.

¿Qué implica el beneficio en la práctica? En principio la ausencia del pago de la tasa de justicia y gastos del proceso y las costas (salvo que el actor resulte vencido) (7).

Veamos el criterio que sentó la Corte Suprema de Justicia de la Nación al respecto en el precedente "Adduc": "A los efectos de determinar el alcance que cabe asignar a la frase 'justicia gratuita' empleada por el legislador, es importante reparar en que tales términos también fueron incorporados en el párrafo final del art. 53 de la misma ley, en el que se señala que '[l]as actuaciones judiciales que se inicien de conformidad con la presente ley en razón de un derecho o interés individual gozarán del beneficio de justicia gratuita. La parte demandada podrá acreditar la solvencia del consumidor mediante incidente, en cuyo caso cesará el beneficio'. Que una razonable interpretación armónica de los artículos transcriptos permite sostener que, al sancionar la ley 26.361 —que introdujo modificaciones al texto de la ley 24.240—, el Congreso Nacional ha tenido la voluntad de eximir a quienes inician una acción en los términos de la Ley de Defensa del Consumidor del pago de las costas del proceso. En efecto, la norma no requiere a quien demanda en el marco de sus

prescripciones la demostración de una situación de pobreza para otorgar el beneficio, sino que se lo concede automáticamente. Solo en determinados supuestos, esto es en acciones iniciadas en defensa de intereses individuales, se admite que la contraparte acredite la solvencia del actor para hacer cesar la eximición. En este contexto, al brindarse a la demandada —en ciertos casos— la posibilidad de probar la solvencia del actor para hacer caer el beneficio, queda claro que la eximición prevista incluye a las costas del proceso pues, de no ser así, no se advierte cuál sería el interés que podría invocar el demandado para perseguir la pérdida del beneficio de su contraparte. Que, por lo demás, el criterio de interpretación expuesto coincide con la voluntad expresada por los legisladores en el debate parlamentario que precedió a la sanción de la ley 26.361, en el que se observa la intención de liberar al actor de este tipo de procesos de todos sus costos y costas, estableciendo un paralelismo entre su situación y la de quien goza del beneficio de litigar sin gastos" (8).

IV. Los criterios de la Cámara Comercial para sustentar la inconstitucionalidad

Es interesante tener en consideración el criterio sentado por la Sala F, de la Cámara Nacional Comercial para determinar la inconstitucionalidad del art. 730 Cód. Civ. y Com. a través del precedente: "Ghilardi, Carlos Mariano Blas c. FCA SA de Ahorro para fines determinados s/ sumarísimo" (Expte. 16066/2023).

Los hechos que dieron lugar a la determinación de inconstitucionalidad se fundan en una liquidación presentada en un proceso consumeril, tal liquidación habría sido aprobada por la suma de pesos quince millones trescientos veintidós mil setecientos cuarenta y dos con ochenta centavos ($15.322.742, 80) equivalente a 194,32 UMA, a dicha liquidación se le aplicó el 25% de límite fijado por el art. 730 Cód. Civ. y Com., siendo la regulación a cobrar de 48,58 UMA prorrateables entre el abogado de la parte actora y los peritos (informático y contador).

Es así como se presenta el pedido de inconstitucionalidad por parte del representante legal del actor, puesto la aplicación de tal limitación resultaba irrisoria y contraria a lo plasmado en el art. 17 CN (Derecho de Propiedad).

La Sala F revisó las pautas vertidas por la Corte Suprema en varios de sus precedentes (previamente citados) estipulando que el tribunal cimero fundaba la constitucionalidad del art. 730 Cód. Civ. y Com. como un acto tendiente a disminuir los posibles costos judiciales que conlleva un proceso.

Esta postura que incluso había sido sostenida por la Sala F en anteriores precedentes (9), pero sin hacer una referencia exclusiva a casos de defensa del consumidor sería modificada, teniendo en consideración el art. 65 de la ley 24.240 (Orden Público) y que el art. 53 de dicho plexo normativo estipula la gratuidad en el proceso, estando exento el consumidor/usuario del pago de las costas si fuera condenado, a abonarlas total o parcialmente (10).

Entonces al verse limitado el demandado por el art. 730 Cód. Civ. y Com. al pago del 25% de los honorarios regulados y en virtud de la existencia del principio de gratuidad (art. 53 ley 24.240) a favor del actor le resultaría imposible al abogado cobrar el remanente de los honorarios a su cliente, por lo que se generaría una obligación sin sujeto pasivo, en lo que respecta al 75 % de los honorarios, por lo que a los fines prácticos estaríamos en presencia de una efectiva reducción de los emolumentos profesionales generando de forma concreta una violación al derecho de propiedad reconocido por la Constitución Nacional (art. 17 CN).

En tal situación, la Sala F adopta un criterio correcto a fin de solucionar el desequilibrio en la percepción de emolumentos que genera la aplicación concreta del art. 730 Cód. Civ. y Com. a los casos de defensa del consumidor donde la plena vigencia el art. 730 Cód. Civ. y Com. en cuanto a la limitación del 25% en la regulación de honorarios ataca directamente el derecho de propiedad (art. 17 CN).

V. Conclusión

De las estipulaciones vertidas se pueden obtener las siguientes conclusiones:

1. El art. 730 Cód. Civ. y Com. genera una limitación irrazonable en el cobro de honorarios profesionales que incluso se encuentran limitados por la Ley de Honorarios vigente en cada jurisdicción, logrando en la práctica que el profesional se vea efectivamente vedado en el cobro del precio por sus servicios que debiera percibir conforme a su experiencia, capacidad técnica y solvencia académica que no es la misma en todos los casos.

2. El microsistema de responsabilidad que se encuentra regulado por la Ley de Defensa del Consumidor, la Ley de Defensa de la Competencia y el Dec. Ley de Lealtad Comercial, no puede ser alcanzado por las limitaciones impuestas a la percepción de honorarios del 25%, puesto aceptar tal criterio genera una obligación que carece de sujeto pasivo.

3. Las limitaciones al cobro de honorarios en todas las áreas del derecho, ello sin importar la competencia, deben ser tenidas como inconstitucionales por violentar el derecho de propiedad establecido en el art. 17 CN.

(1) Violación al derecho de reparación integral, violación al principio de igualdad ante la ley, violación al precepto contenido en el preámbulo de "afianzar la justicia", violación al derecho de propiedad, etc.

(2) CS, Fallos 332:921.

(3) CS, Fallos 332:1118.

(4) CS, Fallos 332:1276.

(5) CS, Fallos 342:1193.

(6) CNCiv., Sala K, "Soto, Ernesto F. c. Seijas, Alicia s/ Beneficio de litigar sin gastos", 04/09/2006.

(7) CNCom., Sala E, "Iglesias, María Luisa c. Caja de Seguros SA s/ Ordinario", 10/09/2012, Microjuris, MJ-JU-M-75969 AR.

(8) CS, Fallos 344:2835.

(9) Ver: "Lobosco, Carina Verónica y otros c. Paraná SA de Seguros s/ Ordinario", Expte. Nro. 5595/2018.

(10) Plenario: "Hambo, Débora Raquel c. CMR Falabella SA s/ Sumarísimo", Expte. Nro. 757/2018.

Derecho del consumidor: La determinación de la competencia consumeril y sus consecuencias en el proceso

por Mariano Palma

Disponible en: https://www.hammurabi.com.ar/
Publicado en: hammurabionline, septiembre 2026
[Consultado el: 2/09/2026]

Sumario

I. Introducción.— II. Las facultades del legislador.— III. El juez como director del proceso ¿puede hacer lo que desea?.— IV. El régimen de la Ley 24.240.— V. ¿Qué obligaciones recaen sobre los proveedores demandados en el proceso?.— VI. El consumidor y el beneficio de justicia gratuita.— VII. El caso de los juzgados que requieren iniciar el beneficio de litigar sin gastos.— VIII. ¿Qué actitud puede tomar la parte demandada a fin de privar al consumidor de dicho beneficio de justicia gratuita?.— IX. Conclusiones.

I. Introducción

Ríos de tinta han sido escritos en referencia a la determinación de la competencia o incompetencia de los órganos del Estado para la procedencia de una petición, su evaluación y posterior tratamiento.

El sistema Argentino al fijar pautas para la determinación de la competencia ha decidido que esta es una facultad que se asignó por el Convencional Constituyente al legislador (Art. 75 Inc. 12 CN), esto significa que es el Poder Legislativo (en los tres Estados -Nación, Provincia y Municipio-) el encargado de regular a través de una ley lo referido a los código de rito (o Códigos Procesales), según la materia. De esta forma encontramos Códigos Procesales Penales, Códigos

Procesales Contencioso Administrativos, Códigos Procesales en Materia de Relaciones de Consumo y Códigos Procesales Civiles y Comerciales, entre otros.

Esta asignación de una pretensión a una determinada materia (penal, administrativa, civil, comercial, laboral, consumeril, de familia, etc.) implica una variedad de actos procesales a ejecutar que deben ser tenidos en consideración, así de los hechos de la demanda (o la denuncia/actuación de oficio) habría que proceder a la asignación de un determinado fuero y a su vez un determinado proceso.

La determinación de los hechos será vital a la hora de desentrañar la competencia en razón de la materia, la tan prestigiosa Sala J de la Cámara Nación Civil, dispuso tal criterio en los siguientes términos: "Para la determinación de la competencia corresponde atender de modo principal la exposición de los hechos que el actor hizo en su demanda y después, y solo en la medida que se adecúe a ellos, el derecho que invoca como fundamento de su pretensión" (1).

Vale recalcar que la competencia tiene como finalidad poder determinar no solo cuál será el juzgado que deberá entender en la contienda, sino también posibilita tener en consideración cuales serán las pautas que regirán cada uno de los actos procesales que se realice dentro del proceso, por lo que su asignación es vital para la existencia del juicio.

Entonces dentro del diagrama constitucional fijado por el Convencional Constituyente, es el legislador el encargado de asignar a un determinado acontecimiento jurídico una competencia territorial, en razón de la materia y dentro de este formato a su vez permitir adjudicar un determinado tipo de proceso.

Lo dicho ut supra viene a significar que el juez no podrá por sí proceder a asignar a una pretensión (que se puede traducir en una demanda, recurso, denuncia, etc.), el fuero en razón de la materia y el territorio que crea conveniente según su parecer o incluso darle curso

dentro de un proceso que no es el asignado a tal fin, un claro ejemplo podría ser el de tramitar una ejecución de pagaré a través del proceso sucesorio.

En la organización reseñada el apartarse de la voluntad del legislador que no es ni más ni menos que la voluntad del pueblo, debe ser entendido como una falta grave, en este caso la vía recursiva se impone como solución única, sin perjuicio de ello, puede acontecer que incluso en el órgano revisor avizoremos la falta de capacidad técnica en la resolución de temas concretos que hacen a la esencia del pleito.

El presente trabajo tiene como finalidad analizar la determinación de la competencia consumeril, las ventajas que conlleva tal asignación para el consumidor y la adjudicación de un proceso más abreviado existente y las facultades que posee el juez como director de un proceso en el marco de la justicia de consumo.

II. Las facultades del legislador

Las facultades del legislador, si bien son establecidas por el Convencional Constituyente a través de la carta magna, tienen como finalidad delimitar el campo de acción de cada Poder del Estado a fin de organizar las funciones y de esta manera evitar la mayor cantidad posible de problemas que se puedan llegar a generar.

Es en el marco del diseño constitucional que el legislador entendió que el sistema que pretendía tutelar los derechos de consumidores y usuarios debía adecuarse a las circunstancias propias de la materia que se fundan en una situación de asimetría entre proveedor/prestador y consumidor/usuario.

En la dinámica referenciada previamente se puede observar que nos encontramos en presencia de dos posiciones diametralmente opuestas que a su vez en cuanto a estructura técnica y capacidad económica (en la enorme mayoría de los casos) son distantes en

sobremanera, por lo que las diferencias a la hora de litigar se traducen en perjuicios directos para los consumidores que deben ser soslayados por el legislador a través de la normativa.

La adopción de criterios tuitivos tanto de consumidores como de usuarios tiene como finalidad soslayar la amplia diferencia existente, permitiendo si se lo quiere, lograr que el sistema igualitario preponderante en el resto de los procesos, se torne en equitativo a fin de cumplir no solo con el Art. 42 CN, sino también con el preámbulo de la Constitución Nacional cuando establece la necesidad de afianzar la justicia.

La adopción de criterios de tutela por parte del legislador no puede ser soslayada por una resolución del Poder Judicial, salvo el caso en el cual el a quo a través de una declaración de inconstitucionalidad (en ejercicio del control judicial difuso) proceda a dejar de lado los criterios que la sociedad a través de sus legisladores estableció de forma concreta para la debida protección de los consumidores y usuarios.

III. El juez como director del proceso ¿puede hacer lo que desea?

El respeto de las garantías procesales es esencial para la obtención de una sentencia fundada en ley, ya no quedan dudas respecto a que estas pautas legales trascienden la voluntad del legislador local o incluso del convencional constituyente para instituirse como principios propios del Derecho Internacional (algunos consideran que son propios del Derecho Natural), que en el mundo occidental se reconocen a la condición del ser humano.

En nuestro sistema jurídico es el juez el encargado de velar por la tutela de las garantías constitucionales, para ello el legislador lo dota de ciertas facultades, en el caso del Código Procesal Nacional, es el Art.36, ahora estas facultades ordenatorias no pueden constituir al

juez como legislador, bajo ningún punto de vista es aceptable que el magistrado realice funciones propias del legislador.

Lo mencionado en los últimos renglones del párrafo precedente es vital para no permitir el ejercicio de facultades que son propias de otro Poder a cualquier funcionario violando el criterio republicano de División de Poderes, base fundamental de nuestro sistema de organización (Art.1 CN), así el juez debe limitarse a aplicar la ley creada por el legislador que es quien representa al pueblo dentro de un sistema representativo (Arts. 1 y 22 CN).

Ahora, la observancia a la tutela de las garantías constitucionales no debe quedar limitada a los criterios sentados para el proceso penal que han sido aplicados con las adecuaciones pertinentes a otras ramas del derecho, sino que además deberá velar por la tutela de las garantías procesales que poseen los consumidores y usuarios, propias de la materia que nos encontramos tratando.

El régimen de consumo (habrá que analizar las normas provinciales que adhieren a la Ley 24.240) impone la aplicación del proceso más abreviado, dicho criterio no puede ser dejado de lado por el magistrado, salvo el caso de excepción que en el punto venidero se mencionará.

Entonces las facultades ordenatorias del juez se encuentran limitadas por las pautas fijadas por el Convencional Constituyente en la normativa magna y por el legislador en las reglas de inferior jerarquía, salvo que exista una declaración de inconstitucionalidad respecto de determinada norma, de no ser así, es simplemente inaceptable y configura una causal de mal desempeño hacerse a un lado de lo que expresamente dispone la Ley 24.240, esto es que la designación de un proceso diferente al más abreviado debe ser expresamente solicitado por el consumidor/usuario, de no ser así será imposible para el magistrado apartarse de lo fijado por el legislador.

IV. El régimen de la Ley 24.240

El Art. 53 del estatuto consumeril fija los parámetros generales relativos a ciertos aspectos procesales que permiten al consumidor/usuario, tener una resolución más rápida (2) y económica de los problemas que plantee ante el Poder Judicial.

Siguiendo el criterio de in dubio pro consumidor, el juez deberá aplicar el proceso más abreviado que exista dentro de la jurisdicción en la cual la demanda hubiere sido presentada.

Entonces dependiendo de donde nos encontremos el proceso deberá seguir los pasos del juicio sumarísimo o sumario. De forma excepcional y atendiendo a las características particulares que presente el caso, el aquo podrá designar otro tipo de proceso que no fuere el más breve por entender que de esta forma se podrá arribar a una solución más justa.

Recordemos que la elección del tipo de proceso es vital, puesto según la jurisdicción provincial en la que nos encontremos, existirán (o no) ciertas limitaciones en los códigos de rito, ya fueran en la cantidad de testigos, en la posibilidad de presentar alegatos, etc.

Es por ello, que habrá que analizar la complejidad del caso concreto, teniendo en cuenta los elementos probatorios, sobre todo si los mismos se encuentran en poder de la parte de demandada, también deberá pensarse en la apremiante necesidad de obtener una resolución más rápida y eficiente.

El despacho que autorice el cambio del tipo de proceso por uno de mayor dilación y complejidad deberá ser fundado para de esta manera permitir que ambas partes comprendan la necesidad de la elección por sobre lo determinado en la ley.

Hay que tener en claro una cuestión no menor, el cambio en la aplicación del proceso sobre el cual va a desarrollarse el juicio debe

ser realizado a pedido de parte(3), no puede el juez de oficio determinar un proceso disímil al más breve existente en su jurisdicción, si actuara sin la solicitud de la parte interesada, el actor en el primer despacho del juzgado deberá hacer mano de la vía recursiva e interponer recurso de reposición con apelación en subsidio, ello para asegurarnos que si el juez de primera instancia sigue obstinado en no cumplir la ley, la Cámara revisora lo obligue a hacerlo.

Recordemos que la interposición de la demanda fijará varios elementos a tener en consideración que son de suma importancia dentro de los cuales encontramos a la determinación de la competencia del juez (4) para decidir dentro del proceso.

La Ley 26.993 crea la Justicia Nacional en las Relaciones de Consumo (Art. 41 y subsiguientes) en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la cual estará integrada por jueces Nacionales en Relaciones del Consumo de Primera Instancia y una Cámara de Apelaciones en Relaciones de Consumo.

En el caso de C.A.B.A. la competencia de la Justicia en las Relaciones del Consumo será obligatoria para todas aquellas demandas que no superen cincuenta y cinco (55) salarios Mínimos, Vitales y Móviles. En cuanto al juez competente, será el del lugar del consumo o uso, el de la celebración del contrato, el del proveedor o prestador o el del domicilio de la citada en garantía, a elección del consumidor o usuario.

Habiendo aclarado ciertas particularidades que presenta la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, podemos decir que en aquellas jurisdicciones donde no exista un fuero específico, la competencia en razón de la materia será asignada a los Juzgados Civiles y Comerciales esto como criterio general, puesto habrá que estarse a las particularidades que se presenten en cada jurisdicción, dicho de otra manera, el legislador a través de los códigos procesales será el encargado de encausar la situación.

El máximo tribunal nacional ya se ha pronunciado respecto de la competencia en los siguientes términos: "Es competente la justicia provincial para entender en la acción iniciada por quien en su carácter de consumidor solicita que se declare el incumplimiento de un contrato de plan de ahorro previo para la adquisición de un automóvil por mediar conductas abusivas en la determinación de los montos de las cuotas, pues la pretensión tiene sustento en los derechos del actor como consumidor e involucra cuestiones que no exceden el ámbito del derecho común derivadas de un vínculo contractual de índole comercial que vincula al accionante con la compañía oferente de los planes de ahorro previo y no se advierte, prima facie, que la resolución del caso exija necesariamente precisar el sentido y alcance de normas contenidas en leyes federales"(5).

Debemos tener en cuenta ciertas reglas procesales que vale la pena aclarar y que son una derivación de principios sentados por la Ley 24.240 (recordemos que estamos en presencia de una norma de orden público, las provincias en sus códigos procesales no pueden dejar de lado las pautas aquí esgrimidas).

El Art. 36 Ley 24.240 fija un conjunto de pautas (el lector deberá remitirse al análisis de la norma si desea contar con mayor profundidad), en virtud de las cuales el consumidor podrá iniciar su demanda ante: a) El juez del lugar del consumo; b) El juez del lugar de la celebración del contrato; c) El juez de su domicilio (6); d) El juez del domicilio del demandado; e) Cuando la demanda sea iniciada por el proveedor/prestador deberá incoarse ante el juez del domicilio del demandado.

También debemos tomar en cuenta la limitación existente que se refiere a la extensión contractual de la competencia tachándolas de inválidas por ser abusivas, esto conforme lo determina el propio Art. 37.

Respecto de la forma de actuación del abogado consumerista, el acta poder que menciona el artículo bajo comentario no es otra

cosa que la posibilidad que ante la presencia de un funcionario público se apodere a un abogado para representar los derechos del consumidor/usuario dentro de un proceso judicial (7).

El Art. 85 del Código Procesal Civil y Comercial Nacional establece: "La representación y defensa del beneficiario será asumida por el defensor oficial, salvo si aquél deseare hacerse patrocinar o representar por abogado o procurador de la matrícula; en este último caso, cualquiera sea el monto del asunto, el mandato que confiera podrá hacerse por acta labrada ante el oficial primero".

Por su parte el Dec. Ley 1798/94 (Art. 53), establece: "El mandato se acreditará por medio del instrumento público correspondiente o con carta poder, con firma del otorgante certificada por autoridad policial o judicial o por escribano público. Podrá también otorgarse mandato mediante simple acta poder certificada por la Autoridad de Aplicación. La misma deberá establecer la identidad y domicilio del mandante y la designación, identidad, domicilio y firma del mandatario". Cabe tener presente que el acta poder podrá acompañarse con el escrito de demanda, sin embargo, nada obsta que se acompañe con posterioridad al inicio del proceso (esto es extensible a las asociaciones de consumidores y usuarios, tanto si actúan en defensa de intereses colectivos como individuales) (8).

El Art. 53 sigue aun reduciendo los costos de litigio para el consumidor/usuario puesto evita la necesidad de apersonarse ante un escribano público y realizar un poder especial para estar en juicio, ya que como todos sabemos tal acto tiene un valor que muchas veces será difícil de costear por el consumidor/usuario, sobre todo si estuviéramos en presencia de un juicio iniciado por micro daños.

Resta decir que las provincias deberán regular los medios necesarios (siempre que no estuviera contemplado en sus Códigos Procesales) para que el consumidor o usuario que fuere actor en un proceso consumeril pueda realizar el acta poder frente al funcionario

público pertinente, en lo particular considero que debería realizarse frente al secretario del juzgado, puesto en la inmensa generalidad de los casos el mismo es considerado el actuario.

V. ¿Qué obligaciones recaen sobre los proveedores demandados en el proceso?

Tanto los proveedores como los prestadores se encuentran obligados dentro del marco de la norma bajo revisión a aportar todos los elementos probatorios que fueren necesarios y que obraren en su poder.

El artículo 53 fija un criterio interesante que consiste en imponer dentro de la esfera procesal el principio de las cargas dinámicas a nivel probatorio, recordemos que el Art. 1735 CCyCN(9) faculta al juez a realizar la distribución de la carga de la prueba tomando como criterio cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla, ahora bien, en el ámbito del derecho del consumo, primará el criterio de in dubio pro consumidor, en virtud del cual siempre habrá que estarse a lo que favorece más al consumidor/usuario.

Este criterio sentando por la norma, no obsta a que el actor deba acompañar la prueba que sustente su pretensión y en caso de no poseerla en su poder señalar la entidad pública o privada donde se encuentre a fin de librar los correspondientes oficios o incluso mencionar que se encuentra en poder del demandado.

Veamos una situación de la práctica tribunalicia descripta por la Corte Suprema: "En segundo lugar, si bien el tribunal entendió que la relación contractual entre las partes se rige por la ley 24.240, inaplicó el régimen de cargas probatorias del artículo 53 de esa norma, que imponía a Galeno aportar todos los medios de prueba que estén en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio. La demandada, no sólo omitió aportar

prueba sobre la causa de los aumentos de cuota efectuados a la actora, sino que se rehusó a colaborar con la determinación de estos hechos, y se ausentó de la audiencia convocada por el tribunal para el 3 de julio de 2019" (10).

Como se puede observar la esencia del principio de las cargas dinámicas es la cooperación de las partes dentro del proceso a fin de que se pueda arribar de forma más rápida a una solución teniendo en consideración que nos encontramos en presencia de una relación asimétrica donde el proveedor/prestador estará en mejores condiciones técnicas de probar debido a que su actividad o función la desempeña como un profesional (o al menos esa ficción jurídica cierne la ley sobre él).

El lector deberá observar en cada una de las jurisdicciones donde pretenda tutelar los derechos de algún consumidor/usuario los códigos procesales a fin de atisbar si existe norma alguna que haga referencia a las cargas dinámicas, en el caso de que no exista el correcto proceder determinará que previo a hacer mano al Art. 53 de la Ley 24.240, observe si la Legislatura Provincial adhirió o no al estatuto consumeril, puesto la ley de adhesión otorgará mayor fuerza vinculante para el juzgado donde desee hacer valer la pretensión, ojo, sin perjuicio de lo dicho el artículo 53 mantiene aún vigencia por lo que el juez deberá acatarlo.

VI. El consumidor y el beneficio de justicia gratuita

El microsistema de defensa del consumidor integrado por la Ley 24.240, parte del criterio que existe una diferencia sustancial de recursos o forma de administración de los mismos en virtud de la cual se dota al proveedor/prestador de mayor capacidad económica para hacer frente a las demandas que puedan llegar a interponerse contra su empresa.

En tal hipótesis (que en lo particular considero no se aplica a todos los proveedores, solo sería viable respecto de las grandes

multinacionales o empresas locales, no así con respecto a una pymes o un pequeño almacén de barrio), es que el legislador ha considerado propicio la eximición del pago de la tasa de justicia al consumidor o usuario que iniciaren una demanda (o sea cuando actúan como promotores de la pretensión) contra un proveedor o prestador, a fin de posibilitar el acceso a la justicia cumpliendo con la manda constitucional del Art. 75 Inc. 22 CN (a través de los Tratados Internacionales con Jerarquía Constitucional -claro está-).

La Ley 26.993 en su artículo 55 también repite el criterio sentado por la presente Ley dentro de los siguientes términos: "Gratuidad a favor del consumidor o usuario. Las actuaciones judiciales promovidas por consumidores o usuarios, se regirán por el principio de gratuidad establecido en el artículo 53, último párrafo de la ley 24.240 y sus modificatorias".

Existen jueces que consideran que el actor debe hacer mención en el escrito de demanda al beneficio estipulado por el Art.53 (justicia gratuita) en lo particular lo considero un despropósito, puesto si se interpone una demanda y en la primer resolución se le impone el carácter de demanda consumeril, no sería necesario que el actor solicite la exención del pago de la tasa de justicia puesto la Ley de Defensa del Consumidor es de orden público y además de eso a través de una ficción jurídica creada por el legislador, se entiende que las normas son conocidas por toda la población mucho más por quienes ejercen el cargo de jueces y tratan a diario con ella (sin perjuicio de lo dicho a fin de evitar dilaciones de tiempo a través de la interposición de recursos tendientes a corregir las resoluciones de jueces obstinados, vale hacer mención a la justicia gratuita y requerir su aplicación al proceso).

Hay que marcar una diferencia con el beneficio de litigar sin gastos regulado por los Arts. 78 a 86 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que si bien buscan lo mismo o sea la igualdad ante la ley y el pleno ejercicio de la defensa en juicio asegurando el acceso a los estrados judiciales (11), la gratuidad a la que se refiere el

artículo bajo comentario no requiere del inicio de un expediente incidental para la determinación u observación de los requisitos establecidos por ley.

Lo que se quiere significar ya haciéndolo de forma expresa es que el consumidor o usuario no debe iniciar ningún beneficio de litigar sin gastos al momento de interponer la demanda para que se dé cumplimiento al Art. 53, si el juzgado requiriese tal actividad procesal incurrirá en un craso error que no puede ser aceptado, motivo por el cual habrá que tomar mano a la vía recursiva para rever dicha petición.

¿Qué implica el beneficio en la práctica? En principio la ausencia del pago de la tasa de justicia y gastos del proceso y las costas (salvo que el actor resulte vencido) (12).

Veamos el criterio que sentó la Corte Suprema de Justicia de la Nación al respecto en el precedente "Adduc": "A los efectos de determinar el alcance que cabe asignar a la frase "justicia gratuita" empleada por el legislador, es importante reparar en que tales términos también fueron incorporados en el párrafo final del artículo 53 de la misma ley, en el que se señala que "[l]as actuaciones judiciales que se inicien de conformidad con la presente ley en razón de un derecho o interés individual gozarán del beneficio de justicia gratuita. La parte demandada podrá acreditar la solvencia del consumidor mediante incidente, en cuyo caso cesará el beneficio". Que una razonable interpretación armónica de los artículos transcriptos permite sostener que, al sancionar la ley 26.361 ─que introdujo modificaciones al texto de la ley 24.240─, el Congreso Nacional ha tenido la voluntad de eximir a quienes inician una acción en los términos de la Ley de Defensa del Consumidor del pago de las costas del proceso. En efecto, la norma no requiere a quien demanda en el marco de sus prescripciones la demostración de una situación de pobreza para otorgar el beneficio, sino que se lo concede automáticamente. Solo en determinados supuestos, esto es en acciones iniciadas en defensa de intereses individuales, se admite que

la contraparte acredite la solvencia del actor para hacer cesar la eximición. En este contexto, al brindarse a la demandada ─en ciertos casos─ la posibilidad de probar la solvencia del actor para hacer caer el beneficio, queda claro que la eximición prevista incluye a las costas del proceso pues, de no ser así, no se advierte cuál sería el interés que podría invocar el demandado para perseguir la pérdida del beneficio de su contraparte. Que, por lo demás, el criterio de interpretación expuesto coincide con la voluntad expresada por los legisladores en el debate parlamentario que precedió a la sanción de la ley 26.361, en el que se observa la intención de liberar al actor de este tipo de procesos de todos sus costos y costas, estableciendo un paralelismo entre su situación y la de quien goza del beneficio de litigar sin gastos" (13).

VII. El caso de los juzgados que requieren iniciar el beneficio de litigar sin gastos

Una curiosa situación se planteaba cuando litigaba en el conurbano bonaerense, más particularmente en el Departamento Judicial de Quilmes, donde se requería en el caso de los procesos consumeriles el inicio del beneficio de litigar sin gastos para poder darle vigencia práctica (real) a la justicia gratuita estipulada por el Art.53 de la Ley 24.240.

Tal criterio como mencioné párrafos atrás es totalmente erróneo, puesto no hace más que incumplir de forma directa con el espíritu del estatuto consumeril el cual es brindar al consumidor/usuario (en su carácter de actor) un sistema veloz y rápido de justicia que tenga por finalidad tratar con equidad la disímil situación en la que se encuentra frente a su oponente procesal.

El requerimiento del beneficio de litigar sin gastos implica el inicio de un expediente por vía incidental que tiene como finalidad dotar de gratuidad al beneficiario, pero con la diferencia que el legislador en el espíritu de la ley (haciendo referencia a la Ley 24.240) lo estableció en miras a las diferencias económicas que pudieran llegar

a existir independientemente de la situación socioeconómica particular del actor (consumidor/usuario).

Veamos un criterio jurisprudencial al respecto que resulta de interés para el presente acápite: "la obtención del beneficio de litigar sin gastos implica tanto la exención de abonar la tasa de justicia, como la publicación de edictos en el Boletín Oficial sin cargo, la traba de medidas cautelares sin previo otorgamiento de caución, la posibilidad de requerir informes periciales por expertos oficiales y la representación por el Defensor Oficial en los términos del art.85" (14).

VIII. ¿Qué actitud puede tomar la parte demandada a fin de privar al consumidor de dicho beneficio de justicia gratuita?

El demandado (proveedor/prestador) podrá eximir al consumidor o usuario de los beneficios que derivan de la gratuidad, pero para ello deberá probar la solvencia del actor (siempre que estemos en presencia de acciones que fueren iniciadas de forma individual).

La prueba de la solvencia del actor (o consumidor/usuario) determinará el pago de la tasa de justicia para la continuación del proceso, motivo por el cual el monto que se reclame en la demanda no podrá ser excesivo como puede observarse habitualmente en la práctica tribunalicia, puesto que como abogados deberíamos comunicar el porcentaje (el mismo varía dependiendo de la jurisdicción provincial) que nuestro cliente debiera abonar en concepto de tasa de justicia.

Técnicamente el demandado deberá iniciar lo que se conoce como un incidente de solvencia (15), en caso de prosperar el consumidor o usuario deberá abonar la tasa de justicia.

La situación no es común, la enorme mayoría de los casos consumeriles se rige por el principio de gratuidad (16).

IX. Conclusiones

Se pueden obtener las siguientes conclusiones:

1. El microsistema de responsabilidad consumeril se enaltece por sobre las demás normas, incluso aquellas de orden procesal, ya que se debe tener en cuenta a la hora de interpretar la normativa el principio de in dubio pro consumidor.

2. La existencia de una asimetría entre consumidor/usuario y proveedor/prestador, determinó al legislador a dictar normativa tendiente a tutelar y proteger a la parte más desfavorecida de la relación de consumo, tal criterio fue adoptado por el convencional constituyente para que así naciera el Art. 42 CN.

3. La Ley 24.240 fija claramente a través de su Art. 53 las pautas procesales a seguir por el juez, este no puede desviarse de ellas salvo que el consumidor/usuario así lo solicite expresamente en su escrito de demanda.

4. El juez que se aparte del proceso más abreviado sin que exista petición expresa del consumidor/usuario, incurre en una causal de mal desempeño, contribuyendo de forma directa a la violación de la División de Poderes, principio integrante de la República (Art. 1 CN).

(1) CNCiv., Sala J, 17/12/2013 "F.G.E. c/ N.R.M."

(2) Ver: KRIEGER, Walter F., BAROCELLI, Sergio S., "Derecho del Consumidor", 2ª ed., Ed. El derecho, Buenos Aires, 2017. Pág. 140.

(3) Conf. TAMBUSSI, Carlos (Dir.), "Ley de defensa del consumidor", 2ª ed., Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2019. Pág.347; PINESE, Graciela G., CORBALÁN, Pablo S., "Ley 24.240 modificada por las leyes 24.568, 24.787, 24.999 y 26.361", 2ª ed., Ed Cathedra Jurídica, 2018. Pág. 317; IACOVANTUONO, Victoria B, "El juicio por daños al consumidor", 1ª ed., Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2024. Pág. 47.

(4) Conf. TANZI, Silvia, ALTERINI, Juan M., "La demanda de daños", 1ª ed., Ed. Erreius, Buenos Aires, 2016. Pág. 18.

(5) CSJN, Fallos: 345:582.

(6) CSJN, Fallos: 340:905.

(7) Ver: DÍAZ SOLIMINE, Omar (Dir.), "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación: comentado y anotado", 2ª ed., Ed. Erreius, Buenos Aires, 2021. Pág. 85; OTERO, Mariano, "Código Procesal, Civil y Comercial de la Nación comentado", 3ª ed., Ed. Estudio, Buenos Aires. 2015. Pág.112.

(8) CNFed. Cont. Adm, Sala IV, 20/02/2007, "ASOCIACIÓN CIVIL POR LA IGUALIDAD Y LA JUSTICIA c/ TELEFÓNICA DE ARGENTINA S.A.", LL, On Line, AR/JUR/686/2007.

(9) Art. 1735 CCyCN. Facultades judiciales. No obstante, el juez puede distribuir la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla. Si el juez lo considera pertinente, durante el proceso debe comunicar a las partes que aplicará este criterio, de modo de permitir a los litigantes ofrecer y producir los elementos de convicción que hagan a su defensa.

(10) CSJN, Fallos: 344:1308.

(11) CNCiv., Sala K, 04/09/2006, "SOTO, Ernesto F. c/ SEIJAS, Alicia s/ Beneficio de litigar sin gastos".

(12) CNCom., Sala E, 10/09/12, "IGLESIAS, María Luisa c/ CAJA DE SEGUROS S.A. s/Ordinario", Microjuris, MJ-JU-M-75969 AR.

(13) CSJN, Fallos: 344:2835.

(14) CNCiv., Sala B, 18/03/1992, "Saavedra, Anselmo c/Línea 103, interno 37", AR/JUR/125/1992.

(15) Conf. BOQUIN, Gabriela Fernanda, RODRÍGUEZ, Gonzalo, "La defensa del consumidor", 1ª ed., Ed. DyD, Buenos Aires, 2017. Pág. 167.

(16) CNCom., Sala F, 23/08/2011, "San Miguel, Martín Héctor y otros c/ Caja de Seguros S.A."

Nuevas miradas críticas sobre el sistema representativo, republicano y federal al comienzo del siglo XXI. ¿Vetustez programada o necesaria reprogramación del sistema?

por Mariano Palma

Disponible en: https://www.informacionlegal.com.ar/
Publicado en: RDA 2026-167, 213
Cita: TR LALEY AR/DOC/2246/2026
[Consultado el: 05/10/2026]

Sumario

I. Introducción.— II. El sistema representativo ¿un régimen vetusto en siglo XXI?— III. Mirada actual sobre los elementos que integran la república ¿miedo a la participación ciudadana?— IV. El federalismo, los tres Estados (nación, provincia y municipio) y una nueva forma de participación en el sistema impositivo.— V. Conclusiones.

I. Introducción

La humanidad se ha organizado a lo largo de su historia de diversas maneras, desde los sistemas tribales donde las bases de interacción social estaban sentadas por el parentesco, linajes o tradiciones compartidas, hasta sistemas más complejos en los cuales ciertos grupos de individuos elegían a un conjunto de otros ajenos a ellos a los fines de que organicen la cosa pública.

En todas las etapas de la evolución de la humanidad lo que podemos observar es una delegación de funciones en terceros (queridas o no) a través de las cuales se busca lograr la administración de lo que en la actualidad conocemos como Estado.

Como todos sabemos los grandes acontecimientos tecnológicos/sociales conllevaron modificaciones sustanciales en el mundo del derecho, lo que derivó en sistemas de organización social más complejos que tendían a adecuarse a las nuevas circunstancias sociales imperantes.

Si uno observa a nivel histórico cuales fueron los puntos bisagra que generaron modificaciones sustanciales no puede dejar de lado la Primera Revolución Industrial, que trajo el cambio sustancial a nivel tecnológico, pero que se gestó como consecuencia posterior de la independencia estadounidense (1776) y la revolución francesa (1789).

Estos cambios tecnológicos mencionados en el párrafo anterior se dieron dentro de una organización estatal que había abandonado el sistema monárquico absolutista para pasar una participación ciudadana a través del sistema representativo y republicano.

El sistema representativo trajo consigo la facultad por parte de la ciudadanía de elegir a sus propios representantes (1), los linajes, la imposición de la sangre o la voluntad de Dios bajo de quienes se decían sus representantes en la tierra desapareció, nuevos problemas serían los que se presentarían a través este nuevo sistema de gobierno donde el pueblo era quien otorgaba la legitimación para la actuación.

El sistema republicano de gobierno vendría a ser el límite a los continuos avances de las monarquías absolutistas sobre la población, la división de Poderes, la responsabilidad del funcionario público, el sistema democrático, la publicidad de los actos de gobierno, la periodicidad en las funciones y el estado de derecho serían la forma a través de la cual se personificaría la respuesta a la actividad monárquica.

La eliminación de las decisiones de corte jerárquico propias del rey desaparecerían con el reconocimiento de la existencia del

sistema federal, que conllevaría ni más ni menos que a la división de los tres [3] Estados como los conocemos en la actualidad (nación, provincia y municipio).

Estas nuevas formas de gobierno que en la República Argentina se plasmarían legalmente a través del artículo primero de la Constitución Nacional (contemporánea a la primer revolución industrial) serían un aire de tranquilidad puesto el nuevo sistema de supremacía constitucional permitiría fijar pautas concretas que no se encontrarían al arbitrio del monarca de turno, situación que como sabemos no llegó a plasmarse de manera inmediata en la vida diaria de la población (2), pero sí estableció los cimientos sobre los cuales se desarrollaría a lo largo de los años.

El presente trabajo no viene a sembrar una idea que vulnere los derechos de los individuos o pretenda amparar sistemas despóticos, todo lo contrario, se busca lograr un análisis (limitado obviamente a estas pocas hojas) de la situación —que a ojos del autor— referida al sistema de gobierno de cara a las nuevas tecnologías que existen en la actualidad y que brindan la posibilidad de un mayor y mejor control por parte de la población de quienes dicen representarla.

II. El sistema representativo ¿un régimen vetusto en siglo XXI?

Se debe destacar que el sistema representativo se encontraba vigente en América y sobre todo en el Virreinato del Río de la Plata, con anterioridad a la Declaración de Independencia del 9 de julio de 1816.

La organización institucional de las Indias Occidentales por parte de los españoles trajo consigo el sistema introducido por los visigodos en la España de aquel entonces, que no es ni más ni menos que una copia (con pequeñas modificaciones) de lo que existía en el Imperio romano.

El surgimiento del municipio romano como etapa previa al ayuntamiento permite ir esgrimiendo lo que ya acontecía durante las ciudades-estado griegas, generando un sistema de participación directa de la sociedad en las decisiones del quehacer diario que tenían incidencia directa en su vida, López Rosa lo explica con claridad cuando expone: "...en el ámbito de las ciudades va estructurando un singular derecho que, poco a poco, será la formidable arma que esgrimirán los pueblos contra las desviaciones del absolutismo monárquico, a la par que desplazará la fuerza de los señores feudales, que irán perdiendo así sus antiguas prerrogativas" (3).

El cabildo tomaría parte de esta organización municipal romana abandonando la posibilidad de elección de los cabildantes, quienes ocupaban su puesto gracias a la elección efectuada por el fundador o por otros funcionarios.

El sistema representativo en Argentina tuvo varias décadas de idas y venidas, que fueron el resultado de la falta de unión política entre los caudillos del momento y que se tradujeron en cuestiones dilatorias respecto de su aplicación institucional a nivel nacional.

Más tarde con la Constitución de 1853, como se esbozó al momento de realizar la introducción, el sistema representativo va a venir a conformar una parte sustancial de nuestra forma de gobierno el cual se encuentra determinado ni más ni menos en el primer (4) artículo en conjugación con el vigésimo segundo (5) artículo de la Carta Magna nacional.

Este sistema representativo fue acentuándose a lo largo del tiempo y con las diversas reformas que sufrió la Constitución primigenia se vio profundizado, motivo por el cual se ha incorporado el término democracia (art. 14 bis. CN), o incluso sistemas de democracia semidirecta (arts. 39 y 40 CN) que influencian directamente sobre el sistema representativo (más adelante hablaré sobre ellos).

Este sistema de representación establecido por el art. 1° CN se profundiza al leer el art. 22 CN, en donde expresamente se dispone: "El pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución...", esto implica que es necesaria la participación de los ciudadanos, la cual se da a través de los partidos políticos (arts. 37 y 38 CN), generándose una convergencia que pareciera indisoluble (6) entre los partidos políticos y el sistema representativo y democrático.

Esta interacción mencionada en el párrafo precedente genera un simbionte que tenía su razón de ser hasta finales del siglo XX, pero que en la actualidad implica una limitación directa a las facultades que posee el individuo dentro de una concepción más acorde al siglo XXI.

Interesante es el criterio que sostiene Gelli en su obra al considerar que "...el hecho de que los sistemas electorales están relacionados con el régimen de los partidos políticos y que estos sean órganos intermedios y necesarios entre gobernantes y gobernados significa que los partidos políticos existen por la democracia representativa y para ella misma y no a la inversa" (7), lamentablemente esta postura como todos sabemos no ha tenido acogida en la vida política argentina.

Lo sentado previamente surge como consecuencia de la crisis de representación existente en nuestra sociedad, no propia del siglo XXI, sino que viene arrastrada de décadas previas. Tal circunstancia del acontecer de la vida política conlleva a que los integrantes de la sociedad al no verse representados en quienes integran o se postulan a través de partidos políticos (en los tres niveles estatales —nación, provincia y municipio—) para ocupar los cargos estatales decidan inclinarse por el voto en blanco o nulo o incluso ejercitarlo colocando el sufragio a partidos que no tienen trascendencia en la vida política con el fin de evitar beneficiar a alguno de los caudillos más acaudalados electoralmente.

Ante este escenario lo que se observa es una crisis que atraviesa a los partidos políticos como medios para llegar al cargo o puesto público, atacando directamente al sistema representativo, única forma según nuestra Constitución Nacional (art. 22) de lograr un cargo de forma obligatoria a través del monopolio de los partidos políticos.

La realidad demuestra que el sistema ha quedado totalmente anacrónico, la obligatoriedad de concurrir a través de un sello partidario implica el cumplimiento no solo de aspectos burocráticos que conllevan al apartamiento de quienes carecen del tiempo necesario para tales trámites por verse obligados a trabajar para sobrevivir o incluso en la dificultad que se genera de participar dentro de los partidos tradicionales donde existen limitaciones claras de acceso a candidaturas por la mezquindad de quienes claramente no pueden ganarse la vida en la actividad privada.

Entonces, a la pregunta "¿el sistema de representación de forma monopólica a través de partidos políticos es viable en la actualidad?", la respuesta se obtiene con claridad del descontento social existente, quienes nos gobiernan (sin importar la pertenencia partidaria —párrafo aparte merecen aquellos que carecen de cualquier tipo de escrúpulo y pasean de partido en partido—) no se encuentran a la altura de poder resolver los problemas estructurales que poseen tanto la nación, como las provincias y los municipios.

Esta circunstancia fue atisbada por el convencional constituyente nacional de 1994 y es así como incorporó los métodos de democracia semidirecta que encontramos en los arts. 39 y 40 de la CN. Tales normas obedecen a una necesidad de posibilitar al pueblo (único soberano) el poder actuar de forma directa sobre ciertas decisiones (8) restringidas únicamente a las facultades del Poder Legislativo (esto a nivel nacional, puesto nada obsta a que las provincias o municipios amplíen la participación de la ciudadanía).

A más que avanzamos en los métodos de democracia semidirecta encontramos instrumentos que son de gran importancia como el presupuesto participativo, el plebiscito, el referéndum, la audiencia pública, la revocatoria de mandatos, la banca del vecino, los cuales son considerados sistemas de participación ciudadana en la cosa pública, claro es, que estos deben estar regulados a fin de no desnaturalizar su función puesto pueden ser utilizados como verdaderos sistemas tendientes a limitar el ejercicio de la administración al gobierno de turno.

Lo que se busca dejar en claro a través de este punto no es la existencia de mecanismo de democracia semidirecta que tienda a permitir una participación limitada del soberano en la cosa pública, sino que lo que se encuentra en crisis es el diagrama constitucional que impone el sistema representativo, el cual en la actualidad no se condice con el nivel tecnológico existente y con las características de la sociedad.

Actualmente el soberano puede ejercitar funciones propias del Poder Ejecutivo relativas a la administración de la cosa pública, la posibilidad de estar conectado vía telefónica las 24 horas del día, permite que cualquier ciudadano (siempre que se den las debidas garantías de seguridad) proceda a aprobar o desaprobar contrataciones, aceptar o rechazar la ejecución de partidas presupuestarias o incluso aceptar o no la designación de funcionarios a cargos políticos como por ejemplo los ministros (recordemos que, en el esquema actual, es el titular del Poder Ejecutivo el encargado de llevar adelante su designación y remoción, sobran los casos de ministros corruptos que debieran ser removidos de inmediato) y todo esto es posible realizarlo a través de una computadora o el instrumento tecnológico que se tenga al alcance (teléfono inteligente, tablet, etc.).

Entonces la crisis no solo es de representación a través de los partidos políticos y sus integrantes, sino que se encuentra vinculada a un esquema que en la actualidad no se condice con el nivel

tecnológico que la sociedad posee a su alcance y el individualismo imperante, esta última situación no es menor puesto enerva un concepto de Estado y participación totalmente distinto a lo que conocíamos hasta el presente.

III. Mirada actual sobre los elementos que integran la república ¿miedo a la participación ciudadana?

Como se mencionó previamente la república vino a significar la respuesta concreta contra las monarquías absolutistas, instituciones como la División de Poderes, la Responsabilidad del Funcionario Público, la Periodicidad en las Funciones, la Publicidad de los Actos de Gobierno, el sistema Democrático de Elección y la vigencia del estado de derecho, vinieron a resultar en la imposición de una nueva forma de gobierno que tenía por finalidad eliminar cualquier vestigio de despotismo.

El sistema republicano se va a levantar como una forma de gobierno que se iba a condecir con el momento histórico que se estaba viviendo, como se mencionó previamente los cambios tecnológicos que generan etapas bisagra (o sea un antes y un después) casi siempre van a acompañados de modificaciones en el sistema jurídico que pueden amparar las nuevas relaciones jurídicas que se pretenden tutelar.

La división de Poderes debe ser el elemento integrante del sistema republicano más conocido y popular, este deviene trascedente a partir de su incorporación en la Constitución de los Estados Unidos tomado del "Espíritu de las Leyes" (1748) de Montesquieu, donde el maestro francés explica la necesidad de división del Poder a fin de evitar abusos en el ejercicio de este (claramente se hacía referencia a las monarquías absolutistas vigentes por aquel entonces). Esta división de Poderes será tripartita en Judicial, Ejecutivo y Legislativo, permitiendo el ejercicio de los pesos y contra pesos.

El resultado de la división de Poderes en países como el nuestro, claramente no fue el deseado, lo que podemos observar en la actualidad es que el Poder Ejecutivo (sin importar el partido político de turno) influye directamente sobre el funcionamiento de los otros dos, en el ámbito federal es el encargado de llevar adelante la elevación de la terna al Senado de la Nación para la designación de los cargos de jueces, fiscales y defensores nacionales, a su vez es el encargado de elegir a los Ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sujetos que no rinden ningún tipo de examen de idoneidad en el cargo, que en su mayoría no son avalados por el voto de la sociedad (interesante es la postura de Gargarella (9) al respecto —adelanto que no la comparto—) y que se encuentran allí como el resultado de acuerdos políticos que en el fondo terminan afectando a la sociedad puesto no son pocos los casos en los que a consecuencia de las decisiones de la Corte Suprema se viola la seguridad jurídica de la Nación. Este sistema hiperpresidencialista conlleva en la práctica el ataque a los otros dos Poderes y la vulneración de sus facultades desvirtuando el sistema planteado por Montesquieu.

A más que avanzamos en esta breve crítica, nos topamos con el Poder Legislativo (desarrollaré este en el Estado Nacional, resta imaginar lo que queda para los Estados provinciales y municipales), el primer problema observable es el de quienes ocupan dichos cargos, tanto diputados (art. 48 CN) como senadores (art. 55 CN) para poder acceder al puesto deben cumplir requisitos domiciliarios, de edad y económicos (para los senadores) más no encontrarse capacitados técnicamente (ser idóneos como estipula el art. 16 CN). De esta manera podemos observar que en pleno siglo XXI donde los reclamos que plantea la sociedad requieren de soluciones técnicas propias de la época, puesto que quienes desarrollan las normas de la nación pueden ser analfabetos, así es como vastos son los casos de leyes emitidas por el Congreso de la Nación que han sido declaradas inconstitucionales por los jueces y respecto a estas no ha concurrido ningún juicio de responsabilidad patrimonial (civil o administrativa —ello según el momento histórico—) o de otra índole con relación a los legisladores que las votaron favorablemente. En este orden de ideas

no es necesario hacer referencia a los costos que implica el sostenimiento del sistema en lo referido a gastos reservados, gastos de bloque, gastos en asesores o incluso las propias dietas de los legisladores.

Así es como se presenta lo que comentaba previamente, el monopolio de los partidos políticos y el sistema representativo genera un ataque directo a la sociedad, que en la actualidad debiera ser reformulado, de hecho no es necesario tener la cantidad de diputados que se tienen, sino por el contrario con un número mucho más mensurado de tres [3] por provincia ad honorem (este requisito extensible a los Senadores), los costos se reducirían drásticamente posibilitando que los proyectos que se presenten cuenten con el aval —a través de sistemas tecnológicos— de la sociedad (habrá que poner un porcentaje razonable del padrón electoral). La necesidad de una reforma constitucional a favor de la participación directa de la ciudadanía es vital, sin perjuicio de ello, lo real es que jamás acontecerá, ya que, como todos sabemos, estos individuos que viven de este sistema jamás votarán la modificación del status quo.

Con respecto al Poder Judicial, como abogado las observaciones a realizar son innumerables, ya se adelantó algo en párrafos previos, lo interesante a destacar son algunas garantías que lejos de cumplir con su finalidad han sido utilizadas para amparar o ser la fundamentación dogmática de la manutención de personajes siniestros (por lo menos) dentro de estructuras estatales, veamos por ejemplo la forma de remoción, el método existente en la actualidad no se condice con las tiempos del siglo XXI, la necesidad de un proceso ante el Consejo de la Magistratura, para con posterioridad concurrir al Tribunal de Enjuiciamiento y recién ser removido del cargo conlleva una dilación temporaria excesiva, al respecto el lector debe tener en consideración la composición del Consejo de la Magistratura y la importancia que le da el Poder Ejecutivo a quienes se desempeñan en este órgano, puesto allí se determina la continuidad de ciertos actos de impunidad (o hechos de corrupción). Lo que se busca es tratar de lograr la remoción del funcionario con un sistema directo realizado

por la sociedad, a tales efectos podríamos implementar la remoción de mandatos a través de un sistema de elección donde la ciudadanía participe (recordemos que es el pueblo de la nación argentina quien le otorga el trabajo) y de esta forma evitar actos burocráticos que ya no se condicen con la necesidades de la gente y lejos de generar garantías conllevan a la violación de los derechos de la ciudadanía.

El segundo aspecto de la República, aquel referido a la publicidad de los actos de gobierno ha sido tratado y desarrollado no solo por los Tratados Internacionales con Jerarquía Constitucional, sino también por el legislador nacional al momento de elaborar la ley 27.275, y su dec. reg. 206/2017, sin perjuicio de ello y teniendo en consideración ciertas pautas fijadas por la Dra. Basterra en su obra (10), no hay ningún tipo de fundamento para que la sociedad en su conjunto no pueda tener acceso a toda la información del Estado, desde el presupuesto ejecutado, pasando por los diversos ingresos que este posee, los contratos que celebra (concesiones, alquileres, etc.), los sueldos de los funcionarios públicos, los gastos reservados, los gastos de tarjetas de crédito o incluso de telefonía celular, etc., toda la información que concierne al Estado debe ser pública (con excepción de aquella que pueda estar vinculada al concepto de secreto de Estado o seguridad nacional) y esta publicidad en la actualidad debe cumplirse a través de los medios tecnológicos, las páginas oficiales del Estado o incluso sus redes.

En lo que respecta a la responsabilidad del funcionario público, he escrito harto al respecto, tanto a nivel nacional como en las distintas provincias, la necesidad de que el régimen jurídico aplicable sea el fundado en el Cód. Civ. y Com. es totalmente conducente con el cumplimiento efectivo del valor justicia, la supuesta adecuación de la responsabilidad pecuniaria dentro del ámbito administrativo, no es más que una forma de limitar la responsabilidad patrimonial de quienes se sirven del Estado para fines particulares, ni que hablar de la responsabilidad penal, donde las penas (elaboradas por ellos mismos —diputados y senadores con el mandato del Poder Ejecutivo de turno—) son superfluas e inconducentes para remediar

el mal que se ocasiona, siendo pasible de ser comparado si se lo quiere al daño ambiental cuya recomposición en la mayoría de los casos es inviable y lleva años para la solución del inconveniente. Resta hablar de la responsabilidad política, el proceso de juicio político (art. 53 CN) regulado en la Constitución Nacional ha quedado totalmente vetusto, vuelvo a repetir, el proceso de remoción de mandatos a través de votaciones en plataformas digitales que brinden la correcta seguridad debe ser el camino a seguir ¿cómo es posible aceptar la existencia de personas nefastas dentro del Gabinete de Ministros, en el Poder Judicial o en el Ministerio Público, sin que la sociedad tome participación? El lector podrá tomar en consideración nuevamente lo sentenciado por el art. 22 CN y observar cómo es necesaria su inmediata revisión y adecuación a los estándares de vida actuales, debe dejarse en claro que no se pretende lograr la imposición de un sistema demagógico como forma de gobierno según lo mencionaba Aristóteles, sino por el contrario permitir la participación de la sociedad en cuestiones de agenda pública que son necesarias y posibles gracias a las nuevas tecnologías.

Un tema no menor es el de la periodicidad en las funciones, como bien es sabido, dicho elemento integrante de la república surgió como una respuesta directa al linaje real o a la transmisión del cargo público por la fuerza de la sangre, esta fue la razón de ser de su existencia, sin perjuicio de ello, en sistemas republicanos mediocres y denostados por los continuos ataques que recibe como el de nuestro país, la periodicidad en las funciones solo hace referencia a la ocupación de un puesto en particular sin ir en profundidad con respecto a otros cargos, es común ver como un pseudo caudillo pasa por la Cámara de Diputados, luego por la Cámara de Senadores, luego se va hacia el Gabinete de Ministros y así eternamente hasta encontrar la jubilación o la peor de todas las jubilaciones para estos seres que es la falta de votos (o sea que los jubilen en las encuestas o en una elección). Este cambio continuo de puestos y postulaciones no hace más que atacar de forma directa a la periodicidad en las funciones, que no debe de ser entendida con referencia a un cargo en concreto, sino por el contrario a la totalidad, ¿cómo podemos aceptar que existe un

beneficio para el sistema republicano cuándo son siempre los mismos candidatos que por décadas se postulan en distintos cargos no dejando que exista verdadera renovación?

En cuanto al sistema democrático de gobierno, en la actualidad no existe uno mejor, si bien esbocé algunos criterios a tener en consideración cuando me referí al sistema representativo, es menester hablar de los distritos electorales, un tema no menor que se ve íntimamente vinculado a la importancia política que se le asigna a ciertos lugares geográficos densamente poblados e improductivos contra otros que mantienen el Estado Nacional con sus aportes productivos, de manera que es necesario rever el caso del distrito único para las elecciones presidenciales (resultado del tan perjudicial "Pacto de Olivos"), puesto tal forma de organización electoral conlleva a que el candidato fije sus objetivos solo en Capital Federal, Conurbano Bonaerense, Córdoba Capital y Rosario, puesto con solo las dos primeras aglomeraciones mencionadas tiene casi la mitad del padrón electoral ¿qué implica esto? Que, si el candidato se encuentra en ejercicio de la función, destinará los recursos que sean necesarios para captar voluntades en estas áreas geográficas olvidando por completo la existencia del resto del país, que es básicamente el que mantiene estos grandes centros urbanos (ya sea con energía, productos del campo, etc.). Es imperiosa la necesidad de reformar el art. 94 CN, para de esta manera poder lograr que existan veinticuatro [24] distritos electorales (uno por cada provincia y uno por CABA) debiendo triunfar en más de la mitad de las provincias para poder adjudicarse la victoria electoral (esto es en 13 distritos), este mecanismo permite quitarle poder a los aglomerados sociales y de esta manera equiparar a las provincias entre sí, permitiendo que la utilización de los fondos públicos tenga un reparto más equitativo.

Comentario aparte merece el caso de las candidaturas testimoniales, donde un funcionario (en ejercicio del cargo) se presenta a un futuro cargo electivo, pero a sabiendas de él mismo que no va asumir dicho puesto, en estos casos claramente lo que se busca es hacer ingresar por lista sábana a lo más bajo de la organización

política, tal sistema no puede continuar ni ser aceptado, de hecho tecnológicamente es viable que se presente una lista de candidatos y que el electorado vote o elija a cada uno de forma particular sin necesidad de tan denigrante lista sábana.

Por último, en sistemas republicanos débiles y atacados por gobiernos fuertemente populistas, el estado de derecho como elemento integrante de la República es el primero en verse vulnerado, no solo por el ataque sistemático al derecho de igualdad ante la ley o al derecho de propiedad, sino por las implicancias que tales formas de actuar conllevan para la sociedad, la impunidad como forma de vida es la carta cotidiana que se ha observado desde la década del noventa hasta el presente. ¿Cómo podemos pretender que exista una seguridad jurídica que abra el paso a inversiones serias? ¿es posible modificar tal situación? Definitivamente, lo necesario para llevar adelante la vigencia del estado de derecho es una vigencia plena de la división de Poderes y así un Poder Judicial apto que no tarde décadas (o sea que cumpla con el plazo razonable) en resolver los crímenes contra el Estado.

IV. El federalismo, los tres Estados (nación, provincia y municipio) y una nueva forma de participación en el sistema impositivo

La división de Poderes no solo se plasmó en la existencia de un Poder Legislativo, otro Ejecutivo y otro Judicial, sino que también se vio resuelta por la existencia de diferentes Estados independientes (parcialmente) entre sí.

Esta división que tuvo su surgimiento en el derecho romano derivada de las gobernaciones provinciales y los municipios (11) y que luego estuvo vinculada a la época virreinal y a la organización que trajo la Corona española implicó (parcialmente puesto todos conocemos las peleas que conllevaron a la unión nacional —federales y unitarios, etc.—) con posterioridad la adopción en cierta forma de un régimen federal, esto implica en parte la convivencia de más de una

estructura de gobierno, con cierta independencia en la toma de decisiones. En la nación argentina se traduce a través de la existencia de tres [3] Estados: nación, provincia y municipio, donde nuevamente vemos la intervinculación y la representación (al menos a nivel nacional) de los Estados Provinciales en la Cámara de Senadores.

Ahora el sistema federal de gobierno que difiere de la Confederación genera ciertos vínculos con los Estados de inferior jerarquía, de esta forma existirán relaciones de subordinación, coordinación y participación.

El verdadero problema en la actualidad se observa en referencia, no al cumplimiento de la normativa a la cual se subordina cada uno de los Estados (los problemas que se presenten en dicho ámbito se solucionan ante el Poder Judicial), sino en la falta de recursos como consecuencia de décadas de políticas negligentes que llevaron a los distintos Estados (provincias y municipios) a carecer de ingresos económicos generados de forma independiente a las coparticipaciones o envíos de fondos de Estados jerárquicamente superiores.

Entonces el entramado de dependencia que genera por ejemplo la famosa ley de coparticipaciones es de vital importancia dentro de aquellas provincias que dependen de dichos ingresos para el pago de obligaciones (desde sueldos, pasando por gastos o incluso obras públicas), lo que conlleva a que el Poder Ejecutivo Nacional tenga una importancia trascendental en el conjunto de provincias deficitarias, la misma relación se aplica entre provincias y municipios (recordemos que son muy pocos aquellos municipios que pueden afrontar obras públicas y el pago de los sueldos).

Por otro lado tampoco podemos olvidarnos de la organización interna de la totalidad de las provincias nacionales, la cual obedece a un criterio netamente unitario, donde se concentra todo el poder político y administrativo en las capitales provinciales dejando aisladas a las comunidades del interior, en pequeñas

provincias quizás no sea un problema, pero si lo analizamos desde punto de vista de las provincias promedio o grandes (en superficie), lo que ocurre es que el administrado debe recorrer grandes distancias para poder solucionar cualquier tipo de problema que se presente.

V. Conclusiones

De acuerdo a los criterios sentados previamente se pueden obtener las siguientes conclusiones:

a. En el marco de la organización constitucional nacional vigente en la actualidad es imposible realizar una intervención directa de la sociedad a través de medios tecnológicos que no se encuentren con alguna limitante.

b. Es imperioso realizar modificaciones a la Constitución Nacional tendientes a eliminar el monopolio que se les otorgó a los partidos políticos en el sistema de representación, es necesaria la reforma del sistema electoral modificando la actual redacción del art. 94, para establecer la obligatoriedad de que la fórmula presidencial deba triunfar en la mayor cantidad de provincias y no en Argentina tomada como un distrito único.

c. En el marco de la reforma antes solicitada debe modificarse y actualizarse los requisitos necesarios para ocupar cargos públicos electivos, requiriendo la formación necesaria que sea acorde a los tiempos y necesidades del país, en dicho marco es necesario que todos aquellos que pretende postularse al cargo público rindan un examen de idoneidad (art. 16 CN) vinculado a temas de derecho constitucional y administrativo.

d. Debe eliminarse el régimen de coparticipación provincial y dichos recursos deben ser devueltos a las provincias, las cuales administrarán sus recursos de acuerdo con su propia producción y necesidades.

(1) Conf. SABSAY, Daniel A., ONAINDIA, José M., "La constitución de los argentinos", Ed. Errepar, Buenos Aires, 1994, 1ª ed., p. 74.

(2) Vale recordar la sanción de la Ley Sáenz Peña (8871), la cual trajo consigo la posibilidad del voto masculino, secreto y obligatorio que más adelante fuera ampliado por la Ley Evita (13.010) haciendo extensible la facultad de elección a las mujeres.

(3) Conf. LÓPEZ ROSAS, José R., "Historia Constitucional Argentina", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2019, 5ª ed., 7ª reimpresión, p. 21.

(4) Art. 1° CN. La nación argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según la establece la presente Constitución.

(5) Art. 22 CN. El pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución. Toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticione a nombre de este, comete delito de sedición.

(6) CS, Fallos 310:819.

(7) Conf. GELLI, María Angélica, "Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, 4ª ed. ampliada y actualizada, 8ª reimp., p. 21.

(8) Ver: QUIROGA LAVIÉ, Humberto, "Estudio analítico de la reforma constitucional", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1995, 3ª ed., p. 17.

(9) Ver: GARGARELLA, Roberto (coord.), "Teoría y Crítica del Derecho Constitucional", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, 1ª ed., t. I, ps. 434 y 435.

(10) Ver: BASTERRA, Marcela I., "Acceso a la información pública y transparencia", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2017, 1ª ed.

(11) Conf. PALMA, Mariano, "El funcionario chubutense y su responsabilidad", Ed. Argenta Sarlep, Buenos Aires, 2023, 1ª ed., p. 24.

Daño punitivo y derecho aeronáutico

por Mariano Palma

Disponible en: https://www.hammurabi.com.ar/
Publicado en: Hammurabi Digital, sección Doctrina
[Consultado el: 30/10/2026]

Sumario

I. Introducción. — II. Modificaciones efectuadas por el Dec. 70/23. — III. Supremacía del régimen constitucional. — IV. La cuestión en la jurisprudencia. — V. Conclusión.

I. Introducción

El hombre históricamente ha soñado con conquistar los cielos, tal es así que diversas culturas a lo largo del globo terráqueo han desarrollado distintos tipos de aeronaves con la finalidad de posibilitar el surcado de los aires.

Como comenté en otras obras de mi autoría [1], el surgimiento de la aviación tuvo sus inicios a principios del siglo XX avanzando a pasos agigantados durante el transcurso de las décadas para dar saltos definitivos a comienzos ya del nuevo milenio.

Tales avances se vieron enmarcados dentro de regulaciones que en muchas ocasiones tenían como finalidad tratar de establecer estándares internacionales referidos sobre todo a la seguridad pero que en la mayoría de los casos iban por detrás de los acontecimientos perniciosos.

Esta regulación internacional tuvo implicancias directas dentro de los ordenamientos jurídicos de los diversos países sobre

todo de aquellos occidentales (Rusia, China, etc., no suscribieron algunos Tratados Internacionales), por lo que el sistema legal interno en ciertas ocasiones parecería que debería ceder frente a las imposiciones del Derecho Internacional.

La República Argentina ha mantenido ciertos criterios que han sido concordantes con algunas pautas del derecho aeronáutico internacional, así Folchi, explica la situación existente en Latinoamérica, con una claridad inusitada, diciendo que: "(…) existe una orientación, o sea que el Estado, sabe qué desea obtener y cómo quiere obtenerlo. Esto, por su parte, está de acuerdo no solo con los elementos mencionados al final del apartado anterior, sino con el sentido de finalidad, que es inseparable de la noción política y que desplaza toda posibilidad de improvisación en la resolución de los problemas o en la búsqueda de sus soluciones" [2].

A lo mencionado previamente habrá que agregarle los nuevos parámetros establecidos por la reforma Constitucional de 1994, donde el esquema piramidal que rigió por más de un (1) siglo fue modificado con la incorporación del Art. 75 Inc. 22 y los Tratados Internacionales con Jerarquía Constitucional, entonces ¿resultaría correcto afirmar que los Tratados Internacionales en el caso de la aviación comercial tienen jerarquía por sobre el Art. 42 CN?

Varios son los interrogantes que se presentan relativos a las circunstancias planteadas, no habiendo el legislador hasta el momento tomado nota de las resoluciones judiciales que se vienen presentando a lo largo y ancho del país ya hace más de dos (2) décadas, a través de los cuales se terminan resolviendo los abusos realizados por aerolíneas dentro del marco de la Ley de Defensa del Consumidor.

Si bien está en claro que los jueces no son legisladores y no deben bajo ningún pretexto arrogarse funciones que son propias del Poder Legislativo, en ciertas ocasiones estipuladas por el orden jurídico se permite la declaración de inconstitucionalidad de normas (a través del control de constitucionalidad), ello con la finalidad de

tutelar los derechos y garantías esenciales establecidos en la primera parte de la Constitución Nacional.

Es en el marco referenciado previamente que habría que analizar el verdadero valor del Art. 42 CN y las posibles pugnas que pudieran llegar a surgir de lo estipulado por la Ley de Defensa del Consumidor y las situaciones fácticas que se presentan a diario en nuestra amada nación.

El presente trabajo tendrá como finalidad analizar no solo lo reseñado en la jurisprudencia más novedosa existente en la actualidad, sino también observar cómo actúa el actual régimen jurídico y qué situaciones no son reguladas por la ley.

II. Modificaciones efectuadas por el Dec. 70/23

El cambio de gobierno en el año 2023 no solo implicó una modificación en la corriente ideológica que gobernaba la nación por casi la totalidad de lo transcurrido del siglo XXI (no corresponde ni vale la pena profundizar en los resultados), sino que también vino a tratar de imponer un nuevo paradigma respecto de la organización del Estado y de ciertas normas que regulaban las distintas actividades económicas de la nación.

La situación económica hacia finales del 2023 era apremiante la inflación alcanzaría el 211% interanual, los niveles de pobreza eran del 50% y la nueva administración consideraba que las reformas debían ser de raíz, con tal finalidad dicta el Dec. 70/2023, para poder llevar adelante ciertas modificaciones que consideraba determinantes.

El dictado del Decreto de Necesidad y Urgencia (vale aclarar) no fue el método correcto y apto para emprender tal empresa, tal es así, que el mismo recibió varias declaraciones de inconstitucionalidad a lo largo y ancho del país en varias de las materias que pretendía modificar.

Esto obligaría al gobierno nacional a afianzar los lazos políticos y sancionar (en el marco del Poder Legislativo) la Ley 27.742 "Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos", que más allá del título utilizado tendría por finalidad saldar los problemas técnicos que poseía el Dec. 70/2023 tratando de contar con el apoyo de la oposición.

Habiendo realizado esta breve introducción se puede decir que sin perjuicio de las embestidas jurídicas recibidas el Dec. 70/2023 mantendría algunas de las modificaciones impuestas desde el Poder Ejecutivo Nacional y ello se observaría con claridad en el articulado del Código Aeronáutico (Ley 17.285).

El Artículo primero del famoso Código quedaría redactado de la siguiente manera: "Este Código rige la aeronáutica civil en el territorio de la República Argentina, su mar territorial y aguas adyacentes y el espacio aéreo que los cubre. El ámbito de aplicación de este Código se extiende asimismo a todos aquellos espacios en los que la República Argentina ejerza jurisdicción y/o derechos de soberanía, conforme a y en cumplimiento de los tratados internacionales de los que es parte. A reserva de los tratados internacionales vigentes para la República, la Argentina tiene soberanía plena y exclusiva sobre el espacio aéreo que cubre su territorio, su mar territorial y sus aguas adyacentes. El ámbito espacial aéreo mencionado en el presente y en los párrafos precedentes se denomina en adelante espacio aéreo argentino".

Como el lector puede observar, se genera una modificación a la redacción original [3] del artículo y a su vez se hace mención directa a la existencia de Tratados Internacionales de los cuales la república es parte.

La mayor de las modificaciones que traería ciertos escollos en el tema que nos ocupa vino de la mano de la nueva redacción del artículo segundo, en virtud de la cual se dispuso: "La aeronáutica civil aerocomercial es un servicio esencial. A los efectos de este Código,

aeronáutica civil es el conjunto de actividades vinculadas con el empleo de aeronaves privadas y públicas, que involucran las actividades de navegación aérea y todas aquellas relaciones de derecho derivadas del comercio aéreo en general. Las aeronaves militares y las operadas por las fuerzas de seguridad en ejercicio de las funciones propias de su competencia, quedan excluidas de la aplicación de esta Ley. Sin embargo, las normas relativas a circulación aérea, responsabilidad y búsqueda, asistencia y salvamento, le serán aplicables también a las aeronaves militares, y las operadas por las fuerzas de seguridad. La aeronáutica civil en la REPÚBLICA ARGENTINA se rige por los Tratados e Instrumentos Internacionales ratificados por la Nación Argentina, la presente ley y sus normas reglamentarias, las Regulaciones Aeronáuticas de Aviación Civil y normas complementarias. Si una cuestión no estuviese prevista en esta Ley ni en los tratados internacionales de los que la República Argentina es parte o en las leyes y reglamentos complementarios, se resolverá´ por los principios generales del derecho aeronáutico y por los usos y costumbres de la actividad aérea; y si aún la solución fuese dudosa, por las leyes análogas o por los principios generales del derecho común".

La nueva redacción pareciera buscar dejar en claro cómo es el sistema y la normativa aplicable en caso de existir algún tipo de controversia, la situación para el simple lector pareciera estar zanjada, lo cierto es que a poco que se profundiza en el tema, la situación deja de ser tan trasparente como se pretende y comienza a demostrar ciertas rajaduras que hacen al sistema jurídico y al microsistema de responsabilidad consumeril.

Así, prima facie, el Art. 2 del Código Aeronáutico plantea el siguiente orden de prelación normativa: 1) Los Tratados e Instrumentos Internacionales que hubieren sido ratificados; 2) El Código Aeronáutico y sus normas reglamentarias; 3) Las Regulaciones Aeronáuticas de Aviación Civil y normas complementarias; 4) Los Principios Generales del Derecho Aeronáutico; 5) Los Usos y

Costumbres de la Actividad Aérea; 6) Las Leyes Análogas; 7) Los Principios Generales del Derecho.

Se presenta la peculiaridad que no se desarrolló en la modificación mención alguna a los Derechos de Usuarios y Consumidores, el lector podría comprender que la Ley 24.240 podría llegar a ser entendida como una norma complementaria en los términos del Art.2 de la Ley 17.285, lo cierto es que tal pauta interpretativa no se condice con la realidad técnica imperante, veamos la razón de ser de tal postura.

III. Supremacía del régimen constitucional

Las atrocidades cometidas en la última dictadura militar, los atropellos a los Derechos Humanos (no solo de gobiernos de facto, sino también constitucionales -ej. Creación de la triple A, etc.-) llevaron a que la dirigencia política de la década de los noventa pusiera como tema del orden del día en el Pacto de Olivos la constitucionalización de un conjunto de Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, que serían incorporados dentro del texto de la Constitución (una decisión que décadas después podemos describir como totalmente desacertada, puesto la nación perdió soberanía en varias aspectos e incluso se vio limitada y obligada -provincias y municipios también- respecto de otros al tener estos instrumentos el carácter de operatividad y superioridad legal)[4].

La masificación del comercio (recordemos que la década de los noventa se iba a caracterizar por la globalización) sumado a las grandes reformas que se venían suscitando a nivel interno referidas sobre todo a la reducción del déficit fiscal mediante la enajenación de las empresas estatales (un oxímoron) implicó la necesidad de tutelar los derechos de este nuevo grupo que se venía gestando desde la década de 1950 con el sistema consumista, que iban a ser los consumidores y usuarios.

El Art. 42 CN va a venir a significar el reconocimiento constitucional de derechos a tales sujetos que previamente fuera determinado por la vigencia de la Ley de Defensa del Consumidor en 1993.

Pasando en limpio, con la última reforma a la Constitución Nacional, se decidió dotar de jerarquía constitucional a un conjunto de Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos regulados en el Art. 75 Inc. 22 (no voy a ingresar en el debate generado respecto a si los mismos en referencia a su incorporación eran constitucionales o no por violar las pautas fijadas en la Ley de Declaración de la Reforma -Ley 24.309-), esto vino a modificar la pirámide jurídica, entendiendo los grandes doctrinarios[5] en la materia, que nos encontrábamos en presencia de una nueva organización, por lo que se comenzó a hablar del famoso bloque de constitucionalidad, integrado por la parte Dogmática (Arts. 1 a 43) de la Constitución en conjunción con los Tratados del Art. 75 Inc. 22.

Entonces si los Tratados Internacionales tienen jerarquía superior a las Leyes, en este caso el Código Aeronáutico y estos están por debajo del famoso bloque de constitucionalidad, puesto no integran la nomina de los Tratados descriptos (o próximos a ingresar) en el Art. 75 Inc. 22, aquellos referidos a derecho aeronáutico, lo cual significa que el Art. 42 CN, tiene supremacía por sobre los Tratados Internacionales en la materia, lo que da como resultado que el Código Aeronáutico deba subsumirse a este artículo de la carta magna.

Esto significa que dónde exista una relación de consumo, habrá que aplicar ni más ni menos que la normativa especial que desarrolla la materia en profundidad, o sea la Ley 24.240 sin perjuicio de las propias limitaciones que parecieran surgir de estas.

Más allá de los Tratados Internacionales que regulan la responsabilidad aérea, abandonar los criterios fijados en la Constitución Nacional por pautas internacionales, además de ser una delegación de soberanía implica un error técnico que conlleva a la

violación de derechos constitucionales (como lo son los de los consumidores y usuarios).

IV. La cuestión en la jurisprudencia

Si bien la normativa establece un orden de prelación, observemos los criterios sentados por la Cámara Federal Civil y Comercial al respecto, la Sala I ha dicho: "Pues bien, a los fines de dar una respuesta cabal a esta cuestión, debo aclarar que el art. 63 de la ley 24.240 dispone que al contrato de transporte aéreo se le aplicarán las normas del Código Aeronáutico, los tratados internacionales y, supletoriamente, la Ley de Defensa del Consumidor. La importancia de esta aclaración no es menor, dado que el ámbito de la defensa del consumidor es el único en el cual la legislación positiva –hasta el momento- prevé a aplicación de la multa civil. Hago un paréntesis aquí para puntualizar que si bien el art. 63 citado fue derogado por el art. 32 de la ley 26.361, este último fue –a su vez- observado por el decreto 565/08. Ahora bien, las presentes actuaciones giran en torno a una demanda fundada en un hecho originado en la actividad aeronáutica, extremo que determina la aplicación de la ley específica de la materia, es decir, el Código Aeronáutico y los correspondientes tratados internacionales. Ocurre que cuando el supuesto sometido a decisión encuadra en las previsiones específicas de la ley especial, no existen razones valederas que, como principio, autoricen a descartarlas y apartarse de ellas (conf. Sala 3, causa N° 7.210/11 del 28/06/13). Lo expuesto no implica negar la relación de consumo, sino – antes bien- rechazar el desplazamiento de las normas de la ley aeronáutica que específicamente regulan la cuestión. Dicho, en otros términos, el transporte aéreo no está completamente excluido de las previsiones contenidas en la Ley de Defensa del Consumidor, sino que la aplicación de esta última es supletoria y está limitada a aquellos supuestos no contemplados en el Código Aeronáutico ni en los tratados internacionales" [6].

La misma Sala I, en otro caso que versó sobre un reclamo ante las continuas reprogramaciones que tuvieron lugar luego de la

cancelación de un pasaje como consecuencia del Cóvid-19 dijo lo siguiente: "por una cuestión de orden metodológico, corresponde abordar en primer término la queja de la demandada identificada como inciso a) en el considerando III de la presente, referida a la inaplicabilidad de la Ley N° 24.240 y al derecho aplicable al caso, puesto que la solución de dicho planteo resulta determinante para establecer el marco normativo que habrá de regir el examen de los agravios subsiguientes. Pues bien, el Convenio de Montreal de 1999 sobre Unificación de Ciertas Reglas de Transporte Aéreo Internacional entró en vigor en el plano internacional el 4/11/03. Y si bien la República Argentina no lo ratificó, adhirió a él depositando el instrumento de adhesión el 16/12/09, habiendo entrado en vigor para nuestro país el 4/02/10. Por lo tanto, dicho instrumento internacional rige predominantemente el presente caso" [7].

Interesante de analizar es la situación que se presenta a nivel jurisprudencial, sobre todo luego del último fallo dictado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala D, en los autos caratulados "Fiorentino, Erika Estefanía y Otro c/ aerovías de méxico s.a.c. de c.v. s/ Sumarísimo" (Expte. N° 520/21).

En cuanto a los hechos, se puede decir que en primera instancia se hizo lugar a la pretensión de los actores (quienes no pudieron viajar al destino por una cancelación) condenando a Aeroméxico y a almundo.com S.R.L, al pago de unos pasajes para cubrir el trayecto Ciudad de México-Buenos Aires, a su vez se incorporó en la sentencia un monto dinerario en concepto de gastos de alojamiento, daño moral y por último intereses en concepto de daño punitivo.

Todas las partes apelaron la sentencia, motivo por el cual la Cámara pudo entender en el caso, el recurso de apelación de la parte actora fue decretado desierto, en el caso de ambas demandadas se dio por presentado.

Aeroméxico fundo su defensa en la segunda instancia en que la cancelación había sido el resultado de un hecho imprevisible e inevitable el cual había sido la pandemia por Covid-19, que trajo el cierre de las fronteras nacionales e internacionales, la Cámara al analizar la situación en concreto tomando como base el Dec. 260/2020 observó que México no figuraba como parte de las zonas afectadas por la pandemia, por lo que a la fecha 24/03/2020 la demandada no estaba impedida de realizar el vuelo, sumado a esto la demandada tampoco facilitó el reembolso del pasaje o implemento actividades tendientes a permitir alternativas eficaces que no dejaren varados a los actores.

Con relación a Almundo, la misma pone de resalto que no tuvo ningún tipo de responsabilidad en la cancelación realizada por Aeroméxico, que su única función fue la ser una intermediaria en la adquisición de los pasajes por parte de los actores y Aeroméxico, la Cámara entendió según la normativa vigente al momento de los hechos (ver Art. 14 Dec. 2182/72) que la agencia de viaje era responsable no por las consecuencias del contrato (la no realización del vuelo), sino por no haber respondido a los requerimientos de los actores solicitando el reembolso de los fondos, estableciendo que no tenía un tipo de responsabilidad solidaria con Aeroméxico sino concurrente.

Con respecto al daño punitivo aplicable a la Aeroméxico, la Sala D, sostuvo: "En efecto, la imposición a Aeroméxico de la referida multa civil en concepto de daño punitivo, es contraria a lo establecido en el art. 29 del Convenio de Montreal de 1999, incorporado a nuestro ordenamiento jurídico mediante la ley n° 26.451, que excluye otorgar indemnizaciones punitivas, ejemplares o de cualquier naturaleza que no sean compensatorias. En efecto, la mencionada norma dispone que: "…En el transporte de pasajeros, de equipaje y de carga toda acción de indemnización de daños, sea que se funde en el presente Convenio, en un contrato o en un acto ilícito, sea en cualquier otra causa, solamente podrá iniciarse con sujeción a condiciones y límites de responsabilidad como los previstos en el

presente Convenio, sin que ello afecte la cuestión de las personas que puedan iniciar las acciones y cuáles son sus respectivos derechos. En ninguna de esas acciones se otorgará una indemnización punitiva, ejemplar o de cualquier naturaleza que no sea compensatoria…". En tal marco, toda vez que por aplicación del art. 63 de la ley 24.240 esta materia (es decir, la procedencia del daño punitivo) se encuentra excluida por haber una regulación en una normativa especial, resulta necesariamente descartada la sanción pecuniaria de que se trata" [8].

Como se puede observar, el criterio que utiliza la Cámara para la no aplicación de los daños punitivos, no se condice con el sistema de supremacía constitucional y la aplicación del régimen especial estatuido por el Art. 42 CN que tiene primacía por sobre los demás Tratados que la Nación pueda celebrar en otras materias (recuérdese el bloque de constitucionalidad) y la Ley de Defensa del Consumidor, el Código Civil y Comercial de la Nación, la Ley de Defensa de la Competencia y el Dec. de Lealtad Comercial, todos ellos vigentes al momento de escribir estas palabras.

V. Conclusión

De lo expuesto se puede obtener como conclusión:

1. El Art. 42 CN forma parte del bloque de constitucionalidad por lo cual se encuentra en un estamento superior a los demás Tratados que la Nación firme.

2. Al encontrarse la relación de consumo por sobre el resto de la normativa como consecuencia de la readecuación de la pirámide jurídica luego de la reforma constitucional de 1994, lo correcto es aplicar la normativa que derive de ella.

3. La modificación a los Arts. 1 y 2 de la Ley 17.285 "Código Aeronáutico" realizada por el Dec. 70/2023 es parcial y limitada, puesto abandona la posibilidad de zanjar los problemas que se

presentan ante la irrupción de la relación de consumo y la vigencia del microsistema de responsabilidad consumeril.

4. Será necesario realizar una reforma sobre la Ley 24.240 en su Art. 63, a fin de adecuar la norma a las circunstancias actuales del sistema constitucional.

Notas

[1] Palma, Mariano, "Responsabilidad por el uso de Drones", publicado en Hammurabi on-line; Palma, Mariano, "Ley 24.240 de Defensa del Consumidor y/o Usuario", Tomo I, 1ª ed., Ed. Autores de Argentina, Buenos Aires, 2026.

[2] Folchi, Mario, "Tratado de Derecho Aeronáutico", 1ª. Ed, Tomo I, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2015. Pág. 51.

[3] Art. 1 Ley 17.285, "Este código rige la aeronáutica civil en el territorio de la República Argentina, sus aguas jurisdiccionales y el espacio aéreo que los cubre. A los efectos de este Código, aeronáutica civil es el conjunto de actividades vinculadas con el empleo de aeronaves privadas y públicas, excluidas las militares. Sin embargo, las normas relativas a circulación aérea, responsabilidad y búsqueda, asistencia y salvamento, son aplicables también a las aeronaves militares. Cuando en virtud de sus funciones específicas las aeronaves públicas incluidas las militares, deban apartarse de las normas referentes a circulación aérea se comunicará dicha circunstancia con la anticipación necesaria a la autoridad aeronáutica, a fin de que sean adoptadas las medidas de seguridad que corresponda".

[4] Los Estados (nación, provincia y municipio) deben adecuar su orden jurídico a las pautas determinadas en los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, el incumplimiento de los

mismos conlleva a sanciones que si lo miramos desde el punto de vista del Estado, son muy difíciles de poner en la práctica dentro de las limitaciones que poseen nación, provincias y municipios. En otras palabras, las exigencias no se condicen con la realidad argentina y son propias de un país del primer mundo, cosa que estamos lejos de ser (en el corto y mediano plazo).

[5] Ver: Gellí, María Angélica, "Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada", Tomo II, 4ª ed., 8ª reimp., Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015. Pág. 225; Quiroga Lavie, Humberto, "Constitución de la Nación Argentina Comentada", 5ª ed., Ed. Zavalia, Buenos Aires, 2012. Pág. 464; SABSAY, Daniel A., ONAINDIA, José M., "La Constitución de los Argentinos", 1ª ed., Ed. Errepar, Buenos Aires, 1994. Pág. 222, entre otros.

[6] Cam.Fed. Civ. y Com., Sala I, 04/12/2025, "Scuka, Estefanía Cristina c/ Aerolíneas Argentinas S.A. s/ incumplimiento de contrato" (Expte. N°18.985/2022).

[7] Cam.Fed. Civ. y Com., Sala I, 02/12/2025, "Fernández, Cecilia Mercedes c/ Lufthansa s/Daños y Perjuicios" (Expte. 6650/2021).

[8] CNCom., Sala D, 04/08/2026, "Fiorentino, Erika Estefanía y Otro c/ aerovías de méxico s.a.c. de c.v. s/ Sumarísimo" (Expte. N° 520/21).