EN LETRA

ISSN: 2362-2148
Año VI, Nros. 11-12
Febrero - Agosto 2019

Queda hecho el depósito previsto por la ley 11.723.

Esta obra está disponible bajo una licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-Sin Derivar 4.0 Internacional. Se permite la copia o redistribución total o parcial de la presente obra por cualquier medio exclusivamente bajo el cumplimiento de la totalidad de las siguientes condiciones: (a) atribución: debe constar claramente: (a.i) la referencia a **EN LETRA**, con indicación del nombre de la publicación, volumen, año de publicación, nombre del autor citado o referido, número de páginas de referencia, nombre del artículo; (a.ii) contener un hipervínculo operativo a esta obra; y (a.iii) dejar constancia de si se han introducido cambios respecto del texto original; (b) uso no comercial: esta obra no puede ser total ni parcialmente reproducida con fines comerciales; y (c) forma originaria: la copia o redistribución total o parcial de la presente obra no estará autorizada si su contenido hubiera sido modificado.

ISSN: 2362-2148

Publicación confeccionada en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, República Argentina, por la **ASOCIACIÓN CIVIL CENTRO DE ESTUDIOS INTERDISCIPLINARIOS EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES (CEICJUS)**.

Editor responsable / correspondencia epistolar:
Alejandro Ezequiel COTO
Mahatma Gandhi 234, piso 2° (C1414EFB)
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, República Argentina

Correspondencia digital:
direccion@enletra.com

Las ideas y términos expresados en esta obra pertenecen exclusivamente a sus autores. El **CENTRO DE ESTUDIOS INTERDISCIPLINARIOS EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**, **EN LETRA** y sus respectivos miembros no necesariamente los comparten, ni se responsabilizan por ellos.

Ningún contenido de **EN LETRA** debe interpretarse como un intento de ofrecer o proporcionar asesoramiento profesional. En caso de dudas o necesidad de asesoramiento profesional, consulte a un profesional matriculado en la materia correspondiente.

EN LETRA y su logotipo son marcas registradas ante el Instituto Nacional de Propiedad Industrial bajo los Registros Nros. 2.753.234, 2.821.023 y 2.821.024.

Consejo Editorial

Director

Carlos A. Garaventa
Universidad de Buenos Aires
Argentina

Subdirector / Secretario Editorial

Alejandro E. Coto
Universidad de Buenos Aires
Argentina

Editores

Pedro A. Alurralde
Univ. Católica de Salta
Argentina

Héctor G. Ana Dobratinich
Univ. de Buenos Aires
Argentina

Álvaro Benavides
Univ. Católica de Salta
Argentina

Jonathan M. Brodsky
Univ. de Buenos Aires
Argentina

Olga L. Camacho Gutiérrez
Univ. de la Gran Colombia
Colombia

Estefanía D. Daró
Univ. de Buenos Aires
Argentina

Enzo E. Donato Brun
Univ. de Buenos Aires
Argentina

Patricio B. Esteban
Univ. de Buenos Aires
Argentina

Tadeo L. Fernández
Univ. Nac. de La Plata
Argentina

Juan M. Galindo Roldán
Univ. de Buenos Aires
Argentina

Ezequiel R. Galván
Univ. de La Plata
Argentina

Patricio N. Giralt
Univ. de Buenos Aires
Argentina

María V. Inostroza
Univ. Degli Studi di Génova
Italia

Ezequiel Jiménez
Middlesex University
Reino Unido

Alejandra M. Lovat
Univ. de Buenos Aires
Argentina

María S. Manín
Univ. de Buenos Aires
Argentina

Ignacio Gómez Perdiguero
Univ. Nacional de Córdoba
Argentina

Ludmila A. Petrinelli
Univ. de Buenos Aires
Argentina

María M. Seoane Arceo
Univ. de Buenos Aires
Argentina

Martín A. Testa
Univ. de Buenos Aires
Argentina

Consejo Académico

Marisa S. Aizenberg / Paola Bergallo / Martín F. Böhmer / Martín D. Farrell / Ricardo Rabinovich-Berkman / Marcelo A. Sancinetti / Luciana B. Scotti

EN LETRA

EN LETRA es una publicación académica del **CENTRO DE ESTUDIOS INTERDISCIPLINARIOS EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES** dedicada a fomentar una cultura democrática basada en el debate de los asuntos públicos. Se publica semestralmente, en soporte digital, desde febrero de 2014. Está integrada por un Consejo Editorial conformado por graduados de distintas universidades; y un Consejo Académico de reconocidos expertos en Derecho.

EN LETRA *is an academic publication depending on the* ***CENTRO DE ESTUDIOS INTERDISCIPLINARIOS EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES*** *devoted to promote a democratic culture based on public affairs debate. It is published digitally on a biennial basis as of February 2014. Its Editorial Council is integrated by graduates from different universities; further, and it has a Law experts' Advisory Committee.*

***

Tres declaraciones y garantías:

1. **EN LETRA** está diseñada de manera hipervinculada para facilitar su navegación interna y a destinos externos (fuentes referenciales *on-line*, enletra.com, correos electrónicos, etc.), los cuales están destacados por el color azul.

2. **EN LETRA** garantiza la publicación de todas las réplicas a los artículos publicados en la edición anterior, siempre que cumplan con una extensión máxima de 30 páginas y se ajusten a los estándares y requisitos de publicación.

3. **EN LETRA** es un espacio abierto y considera periódicamente postulaciones de incorporación a su organización, sin más requisito que la proactividad y la excelencia académica. Los interesados deberán enviar su *curriculum vitae* a direccion@enletra.com.

INDEXACIÓN

EN LETRA está indexada en el **SISTEMA REGIONAL DE INFORMACIÓN EN LÍNEA PARA REVISTAS CIENTÍFICAS DE AMÉRICA LATINA, EL CARIBE, ESPAÑA Y PORTUGAL (LATINDEX)** con categoría I y en la **RED IBEROAMERICANA DE INNOVACIÓN Y CONOCIMIENTO CIENTÍFICO (REDIB)** (Plataforma Open Access de Revistas Científicas Electrónicas Españolas y Latinoamericanas - Consejo Superior de Investigaciones Científicas Ministerio de Economía y Competitividad - Gobierno de España). Asimismo **EN LETRA** integra la **BIBLIOTECA JURÍDICA VIRTUAL** de la **UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO (UNAM)**.

ÍNDICE

EDITORIAL 1

ARTÍCULOS

"A 70 años de la Constitución de 1949. El nacimiento del constitucionalismo comunitario", *Juan Facundo* BESSON 3

1. Introducción 4
2. La filosofía constitucional de la Constitución de 1853-60 8
   2.1. Corrientes de pensamiento constitucional 8
   2.2. Constitución, iluminismo e historicismo 11
3. Constitución, Comunidad y Estado 13
   3.1. Constitución de 1949 como Constitución ontológica 13
   3.2. Influencias de la Constitución de 1949 15
   3.3. Radiografía de la Constitución de 1949 18
   3.4. La deuda: la reforma del sistema de representación política 27
4. La Constitución del Chaco de 1951: la fase superior del Constitucionalismo comunitario 29
   4.1. El proceso de provincialización 29
   4.2. Proceso constituyente 32
   4.3. La representación 35
5. Conclusiones 38

"El juicio por jurados y la 'integridad judicial'. Una reflexión a propósito del modelo legal de jurados adoptado en la Provincia del Chaco", *Hernán Darío* GRBAVAC 42

1. Introducción 44
2. El modelo legal de jurados en la provincia del Chaco 44
3. La "integridad judicial" 53
4. La jurisprudencia del Superior Tribunal de Justicia del Chaco y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: por qué el modelo legal de jurados en el Chaco lesiona la "integridad judicial" 57
5. Una propuesta conciliadora 64
6. Conclusiones 65

"El proceso de desalojo en la jurisprudencia civil y comercial reciente de la Ciudad de Buenos Aires", *Ezequiel Leonardo* CUFARI 71

1. Introducción 72
2. El desalojo en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y en el régimen especial de ejecución de hipotecas 74
3. El derecho a la vivienda, el derecho a la propiedad y el desalojo a la luz de los tratados internacionales de Derechos Humanos 76
4. La jurisprudencia, entre el derecho a la vivienda y el derecho a la propiedad 81
5. ¿Es posible un Poder Judicial garante de los Derechos Económicos Sociales y Culturales? .85
6. A modo de epílogo 92

"El Impuesto a las Ganancias: un análisis constitucional sobre su aplicabilidad en jubilaciones y pensiones", *Francisco* ROMERO BRENLLA 95

1. Introducción 96
2. ¿Qué es un tributo? 97
3. ¿Qué es una jubilación y una pensión? 100
4. ¿Qué es el Impuesto a las Ganancias? 102
5. El Derecho Internacional: elementos relevantes 103
6. ¿Resulta admisible la revisión judicial de gravámenes? 105
7. Jurisprudencia de relevancia: análisis de algunos casos representativos 106
   7.1. "Dejeanne c/ Administración Federal de Ingresos Públicos" (2013) 107
   7.2. "Calderale c/ Administración Nacional de la Seguridad Social" (2017) 108
   7.3. "Fornari c/ Administración Federal de Ingresos Públicos" (2017) 109
   7.4. "Castro c/ Administración Federal de Ingresos Públicos" (2018) 111
8. Conclusión 116

"¿Público-privado o ni público ni privado? Los contratos de participación público-privada como nueva categoría contractual", *Mariana Belén* ROMANO 122

1. Introducción 123
2. Los contratos de participación público-privada (PPP) como una nueva modalidad de contratación pública 125
3. Las prerrogativas de la Administración en los contratos PPP 127
   3.1. El *ius variandi* o la prerrogativa modificatoria 127
   3.2. La suspensión o nulidad del contrato por razones de ilegitimidad 129
   3.3. La extinción unilateral anticipada del contrato por razones de oportunidad 129
   3.4. La aplicación de sanciones 132

4. Las garantías de los particulares en los contratos PPP 133
5. La transparencia en los contratos PPP 135
6. Conclusión 136

"(Des)ventajas de la primera legislación sobre internet de las cosas", *Adriana Margarita* PORCELLI 139

1. Introducción 140
2. Marco conceptual: Internet de las Cosas 144
3. Primera legislación sobre Internet de las Cosas 150
4. Argumentos a favor y en contra de la receiente ley: luces y sombras 157
   4.1. Argumentos en contra 157
   4.2. Argumentos a favor 159
5. Conclusiones 161

"Derecho Civil comparado: Brasil e Argentina", *Thiago* DANTAS 165

1. Introducción 166
2. Derecho comparado 167
3. Relaciones entre el Código Civil argentino y el brasileño 169
4. Consideraciones finales 177

PAUTAS DE PUBLICACIÓN 179

PROCEDIMIENTO DE EVALUACIÓN 185

INDEX

EDITORIAL 1

ARTICLES

"70 Years after the Argentine Constitution of 1949. The Birth of Communitarian Constitutionalism", *Juan Facundo* BESSON 3

"Jury Trial and 'Judiciary Integrity': an Analysis on the Legal Model of Juries Adopted in the State of Chaco", *Hernán Darío* GRBAVAC 42

"Eviction Process in Recent Civil and Commercial Jurisprudence of the City of Buenos Aires", *Ezequiel Leonardo* CUFARI 71

"Argentine's Income Tax: a Constitutional Analysis on Its Enforceability over Income from Retirement Pensions", *Francisco* ROMERO BRENLLA 95

"Public-Private or Neither Public Nor Private? Public Private Partnerhip Contracts as a New Contractual Category", *Mariana Belén* ROMANO 122

"(Des)advantages of the First Legislation on the Internet of Things", *Adriana Margarita* PORCELLI 139

"Direito Civil comparado: Brasil e Argentina", *Thiago* DANTAS 165

GUIDELINES FOR SUBMISSION OF ARTICLES 179

EVALUATION PROCESS 185

EDITORIAL

Uno de los objetivos fundamentales de **EN LETRA** desde su origen ha sido la promoción del espíritu crítico en la comunidad académica. Una vez más, de conformidad con esta línea, el presente número exponemos distintos artículos en que se plantea claramente la necesidad de que progresar en el desarrollo de nuestra actualidad jurídica, tanto en materia de legislación como de teoría constitucional.

En atención a ese principio rector, nuestro artículo de apertura corresponde a Juan F. BESSON (UNR – Argentina), quien analiza la Constitución Nacional de 1949 y la Constitución de la Provincia del Chacho de 1951 como productos de un derecho propuesto desde el pueblo (constitucionalismo comunitario), en contraste con el derecho derivado de la influencia iluminista-aristocrática (pp. 3-41).[1]

En el segundo artículo del número, Hernán D. GRBAVAC (UNNE - Argentina) expone inconsistencias entre el modelo de juicio por jurados recientemente implementado en la Provincia del Chaco y la jurisprudencia de su Superior Tribunal de Justicia y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (pp. 42-67). A partir del entendimiento del derecho como una práctica convencional, intemporal, intergeneracional e inacabada, el autor sostiene la posibilidad de conciliar la garantía del juicio por jurados con el deber de motivación de las sentencias.

Luego, Ezequiel L CUFARI (UBA – Argentina) aborda herramientas aplicadas en los procesos de desalojo que sustancian ante la Justicia Nacional en lo Civil y en lo Comercial, donde advierte la tensión entre el derecho de propiedad del accionante y el derecho a la vivienda de los ocupantes (pp. 71-94). Como resultado, el autor señala inconsistencias entre la jurisprudencia convencional y la reglamentación del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación para estos procedimientos.

En cuarto lugar, Francisco ROMERO BRENLLA (UBA - Argentina) realiza un análisis constitucional sobre la tributación del impuesto a las ganancias por jubilaciones y pensiones, en línea con el creciente interés que esta cuestión ha concentrado en los últimos

1 Sobre este mismo tema, se sugiere considerar también otro trabajo del autor (2017) "Tradición constitucional latinoamericana y Poder Constituyente", en **EN LETRA**, año IV, número 7, pp. 195-227.

años como consecuencia de la reforma legislativa y la jurisprudencia reciente en la materia (pp. 95-119). A partir de la consideración de fuentes normativas nacionales e internacionales y su interpretación por el Poder Judicial de la Nación, este trabajo aborda uno de los principales interrogantes del último tiempo: ¿deben jubilaciones y pensiones tributar impuesto a las ganancias?

A continuación, Mariana B. ROMANO (UBA – Argentina) considera los principios y características de los contratos de participación público privada según la reciente ley 27.328, a partir de la hipótesis que enuncia su naturaleza jurídica distinta a los tipos contemplados por el régimen tradicional de las contrataciones de la Administración Pública Nacional (pp.122 -138).

El número finaliza con dos trabajos referentes a Derecho extranjero. Por un lado, Adriana M. PORCELLI (UBA - Argentina) presenta el debate de ventajas y desventajas resultante de la reciente legislación sobre Internet de las Cosas del Estado de California (Estados Unidos) (pp. 139-164); y, por otro, Thiago Dantas (UBA - Argentina) analiza la importancia del Derecho Comparado, enfocando aspectos generales del Derecho Civil brasileño y argentino, especialmente, con foco en la actualidad social que implica el hecho de que ambos países promulgar nuevos códigos a lo largo del inicio de este nuevo siglo (pp. 165-178).

Por otra parte, el Consejo Editorial manifiesta su profundo agradecimiento a la confianza conferida por nuestros autores y lectores, y a Enzo E. DONATO BRUN por su invaluable colaboración en la confección gráfica de inicio y cierre del número. En especial, asumimos la responsabilidad correspondiente a tal confianza como una fuerza de inspiración para seguir desarrollándo a **EN LETRA** como un espacio editorial independiente, plural y de relevancia académica; razón por la cual cerramos esta década (y nuestro sexto período editorial) con la reafirmación de nuestra misión fundacional: fomentar el espíritu crítico en la comunidad académica y promover el debate público informado, basado en argumentos fundados y claridad conceptual.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

EN LETRA - año VI, números 11-12 (2019)
pp. 3-41

A 70 AÑOS DE LA CONSTITUCIÓN DE 1949
EL NACIMIENTO DEL CONSTITUCIONALISMO COMUNITARIO

Juan Facundo BESSON*

Fecha de recepción: 17 de marzo de 2019
Fecha de aprobación: 31 de mayo de 2019

Resumen

Luego del proceso independentista, las nuevas republicas hispanoamericanas comenzaron a trazar proyectos constitucionales, en los cuales el pueblo estuvo ajeno a la objetivación y la interpretación del mundo jurídico, no obstante, su condición de recipiendario. No es inocente este *modus operandi* de los sectores oligárquicos que administraban los Estados semi-coloniales y su *intelligentzia* que pensaban los textos constitucionales, ya que el derecho escrito sirve para legitimar su proyecto de dominación y la justificación para aplicar la fuerza, en caso de desobediencia del "orden" por ellos establecido. En razón de esto surge una alternativa, un derecho propuesto desde el pueblo, que comienza a redefinir desde su singularidad un nuevo y propio enfoque constitucional. Teniendo en cuenta esa tradición y posicionamiento epistemológico, se expondrá sobre la Constitución de 1949, a setenta años de su sanción. De cómo este instrumento jurídico supero el papel, inaugurando un proyecto constitucional diferente al liberal y social, en el cual la idea de comunidad organizada sería vital y que vería su fase superior en la Constitución de la provincia del Chaco de 1951.

* Abogado graduado de la Universidad Nacional de Rosario (UNR - Argentina). Coordinador del Grupo de estudios e investigaciones "Arturo Enrique Sampay". Docente adscripto de Derecho Político y Derecho de la Integración - Cátedra C de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario (UNR - Argentina). Correo electrónico de contacto: jfacundob@hotmail.com

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

Palabras claves

Constitución de 1949 – constitucionalismo comunitario – filosofía constitucional argentina

70 YEARS AFTER THE ARGENTINE CONSTITUTION OF 1949 THE BIRTH OF COMMUNITARIAN CONSTITUTIONALISM

Abstract

After the independence process, the new Spanish-American republics began to draw constitutional projects, in which the people were oblivious to the objectification and interpretation of the legal world, however, their status as recipients. This *modus operandi* of the oligarchic sectors that administered the semi-colonial states and its *intelligentsia* that the constitutional texts thought, is not innocent, since the written law serves to legitimize its project of domination and the justification to apply force, in case of disobedience of "order" by them established. Because of this arises an alternative, a right proposed by the people, which begins to redefine from its uniqueness a new and own constitutional approach. Taking into account this tradition and epistemological positioning, the Constitution of 1949 will be explained seventy years after its sanction. How this legal instrument overcame the role, inaugurating a different constitutional project to the liberal and social, in which the idea of organized community would be vital and that would see its superior phase in the Constitution of the province of Chaco in 1951.

Key words

Constitution of 1949 - community constitutionalism - community - Argentine constitutional philosophy

1. Introducción

Según la clásica concepción aristotélica, una Constitución es la ordenación de los poderes gubernativos de una comunidad política, de cómo están distribuidas las funciones de tales poderes, cuál es el sector dominante en la comunidad política y cuál es el fin asignado a la comunidad por ese sector social dominante. Y sintetizando su idea el filósofo estagirita recalcaba: que la Constitución y el sector social dominante son lo mismo, porque

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

es ese grupo quien conforma el régimen político.[1] Esto que fue una verdad en tierras helénicas, también lo fue en los orígenes del constitucionalismo moderno, porque la Carta Magna inglesa de 1215 —proclamada como modelo del constitucionalismo liberal— fue impuesta al rey Juan Sin Tierra por los barones (sector social dominante) con sus espadas en mano.

Señala Alberto GONZÁLEZ ARZAC (2016) que en Argentina tuvimos en la Constitución en 1853 el programa gubernativo impuesto por el sector social dominante en las provincias que formaban la Confederación Argentina, y en 1860 debimos adecuarla a los requerimientos de Buenos Aires, como condición para la unión nacional, porque en el contexto de la Nación era el grupo porteño quien tenía primacía. Así la Argentina tuvo una constitución escrita que era, en lo esencial, la ideología de nuestra oligarquía liberal, la cual preservaba el equilibrio de los poderes locales que ella dominaba y estructuraba la organización del Estado Nacional, que había resuelto consolidar mediante una adecuada regulación del mecanismo institucional de una democracia de minoría. El principio de que "el pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes" fue llevado hasta las últimas consecuencias, y entonces la elección de autoridades fue rigurosamente indirecta: los miembros del Senado serían elegidos por las legislaturas provinciales; los del Poder Judicial por el presidente con acuerdo del Senado; el presidente y vice de la Nación por junta de electores. Únicamente una de las cámaras del Congreso Nacional (la de los Diputados) se integraba con "representantes elegidos directamente por el pueblo de las provincias y de la Capital". Pero en el pensamiento del sector social dominante —como en el de Juan Bautista Alberdi, padre de la Constitución— no se concebía una democracia donde el derecho de sufragio se extendiera a la "chusma", el "populacho" o la "multitud", sino a los sectores sociales capaces de elegir "gobiernos dignos".

La Constitución Argentina de 1853-60 y su régimen político no pudieron sobreponerse a las profundas crisis mundiales del constitucionalismo liberal y del "Estado de derecho" del siglo XX. La indiferencia de los pueblos por las libertades individuales —pródigas en formalismo, pero vacías de contenido— y la lucha social desatada irremediablemente, habían decretado la caducidad de derechos consagrados por el

1 Alberto GONZÁLEZ ARZAC (2016) señala que es el grupo dominante el que conforma el poder político, de modo tal que, si el poder social dominante es nacional, el producto constitucional será nacional; pero si ese poder es colonial, la constitución será seguramente colonial.

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

liberalismo. Las constituciones políticas declamaban principios extraños a las necesidades sociales mientras las masas irrumpían en la vida política de las naciones convirtiendo en inadecuadas las normas destinadas a la estructura de un Estado gobernado por minorías.

En este sentido, expresa Arturo Enrique SAMPAY (2007) con respecto al trasfondo ideológico de la Constitución de 1853-60:

> [e]l pensamiento de la mayoría de los convencionales de 1853 estaba imbuido de liberalismo, y las doctrinas de éste sobre el tema, tomadas de los filósofos iluministas del siglo XVIII, Condorcet, Rousseau y el abate Mably, concebían el poder ejecutivo como un órgano secundario, totalmente subordinado al poder legislativo —digamos al pasar, que esta idea se halla tan fuertemente inserta en el esquema racionalista liberal, que en nuestros días Hans Kelsen, el filósofo que mejor refracta el liberalismo en su Teoría del Estado, afirma que la falta de un jefe estatal es lo más conforme con la idea de democracia—.

A la luz de los acontecimientos, nuestra Constitución decimonónica era tan anticuada como todas las constituciones liberales del mundo; y pese a los esfuerzos de nuestros viejos políticos por seguirlo usando remendado, el liberalismo era ya una idea del pasado durante el período que se denominó "Década Infame". La propia Gran Bretaña, exportadora en el siglo pasado del pensamiento económico de Adam Smith, estaba dedicada a establecer el contralor de su economía; en 1926, cuando Lord Keynes publica su célebre folleto *The End of Laissez Faire*, que fuera la partida de defunción del liberalismo económico. La Crisis del 30 —cuyo epicentro fue la crisis norteamericana de 1929— condujo a diferentes gobiernos a replantearse sus objetivos, como el gobierno de Franklin Roosevelt con su *New Deal* y de Adolf Hitler con su nuevo orden. En esa sintonía encontramos la economía planificada de Rusia que entraba definitivamente en la faz constructiva. En Italia, Mussolini exhibía con meridional aparatosidad las importantes obras de reconstrucción y orden. También Francisco Franco imponía orden en una España anarquizada y Oliveira Salazar concluía de organizar el estado corporativo de Portugal.

Mientras tanto, en nuestro país, ni el radicalismo popular de Yrigoyen ni la restauración oligárquica de Uriburu fueron movimientos políticos liberales. Y aún el liberalismo argentino, vuelto al poder en la presidencia del General Justo, habría de verse

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

obligado a defender el crecimiento del país, los intereses nacionales ingleses radicados aquí, instaurando el dirigismo económico que los pusiera al amparo de la competencia norteamericana.

Cabe poner se resalta que las facultades de Derecho argentinas el adjetivo "nuevo" precedía a las instituciones políticas, económicas y jurídicas que se estudiaban y "nuevo" significaba el predominio de lo social sobre lo individual, el intervencionismo estatal en reemplazo del libre juego de los intereses privados. El socialista Alfredo Palacios explicaba en sus clases el primer plan quinquenal ruso y la necesidad de nacionalizar el petróleo para resguardarse de la acechanza del imperialismo. Sánchez Viamonte pronosticaba que, de la democracia burguesa, individualista y liberal, sólo podría salvarse aquello que por su eficacia humana tuviera valor, siempre que quedase incorporado a nuevas formas de organización social. Carlos Ibarguren anhelaba para nosotros una reforma constitucional que nos pusiera a tono con las tendencias modernas: ejecutivos fuertes, parlamentos débiles y la representación de los intereses sociales en el Estado. Juan Carlos Rébora jaqueaba al derecho civil liberal —pilar del sistema económico— concentrando lo principal de su enseñanza en leyes y códigos extranjeros orientados con sentido social y definía su actitud al abandonar la comisión redactora de reformas al viejo Código de Vélez Sarsfield —presidida por Bibiloni— porque ella era impermeable a la concepción social de las instituciones jurídicas privadas. La década de los años '30 sirvió para la formación de un vigoroso movimiento de opinión nacional, tendiente a conquistar una mayor independencia argentina respecto de los capitales británicos adueñados de los principales resortes de la economía argentina. La vida política del país se desenvolvía bajo el signo del fraude electoral, única vía por la que las minorías podían seguirlo gobernando. El esquema político del antagonismo entre "conservadores" y "radicales" perdía vigencia y terminaba por quedar diluido en la oscura "concordancia" entre sectores de ambas tendencias, concretada unas veces en fórmulas presidenciales y otras veces en negociados de triste recordación.

Tras el *golpe militar de 1943,* señala Francisco PESTANHA (2015), despertó en el país otro vigoroso movimiento nacional de las clases obreras, que tendría su manifestación más espectacular cuando las masas laboriosas[2] de los suburbios industriales de Buenos Aires, La Plata, Rosario y Córdoba marcharon sobre la Capital el *17 de octubre de 1945*

2 Raúl Scalabrini Ortíz los describirá ulteriormente como el espíritu de la tierra que impuso una rebelión político-cultural y económica.

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

proclamando su adhesión al entonces Coronel Juan Domingo Perón, convertido a partir de ese instante en conductor del movimiento obrero argentino y del sentir nacionalista que lo animaba. Aquel hecho, que un político de la vieja escuela habría de calificar como "aluvión zoológico",[3] tuvo los elementos permanentes para la formación de una nueva fuerza política, moderna y de contenido social, que diera cauce a esos millares de voluntades desbocadas por el hambre, la miseria y la incultura.

En los rostros de que aquellos trabajadores, se veían a los primeros orilleros asentados en los contornos de la Polis del Plata, desplazados desde hacía décadas por el impulso del "progreso" de los vencedores de las guerras civiles y las inmigrantes negados de "pan y tierra" en sus países de origen, y posteriormente, ya en los prolegómenos de la gran crisis de 1930, se adosaron a este conglomerado heterogéneo los migrantes internos, población rural expulsada de las labores agrícolas debido al trance del modelo agroexportador.

2. La filosofía constitucional de la Constitución de 1853-60

2.1. Corrientes de pensamiento constitucional

A fin de sistematizar las diferentes corrientes de pensamiento constitucional, el marco conceptual del talentoso maestro español Manuel GARCÍA PELAYO (1964) nos proporciona un cuadro epistemológico consistente en tres corrientes de pensamiento constitucionales, a saber: *el racional normativo, el histórico tradicional y el sociológico*. Con respecto al *concepto racional normativo* señala (p. 39):

> concibe la Constitución como un complejo normativo establecido de una sola vez y en el que de una manera total, exhaustiva y sistemática se establecen las funciones fundamentales del Estado y se regulan los órganos, el ámbito de sus competencias y las relaciones entre ellos. La Constitución es, pues, un sistema de normas. No representa una suma o resultante de decisiones

3 Fue un término discriminatorio utilizado para definir a los simpatizantes del peronismo y que fue pronunciado por primera vez por el diputado nacional Ernesto Sanmartino, perteneciente a la Unión Cívica Radical.

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

> parciales tomadas según van surgiendo los acontecimientos o presentándose las situaciones, sino que parte de la creencia en la posibilidad de establecer de una vez para siempre y de manera general un esquema de organización en el que se encierre la vida toda del Estado y en el que se subsuman todos los casos particulares posibles. En esencia, se trata de una aplicación concreta y sublimizada del concepto de ley con que opera el liberalismo. No se trata solamente de que la Constitución sea expresión de un orden, sino de que ella también es la creadora de ese orden. Lo característico del concepto racional de Constitución es considerar únicamente como tal la constitución expresada jurídicamente y en forma escrita, pues sólo el Derecho escrito ofrece garantías de racionalidad frente a la irracionalidad de la costumbre; sólo él permite un orden objetivo y permanente ante la transitoriedad de situaciones subjetivas; sólo la precisión jurídica escrita ofrece seguridad frente a la arbitrariedad de la administración.

Por su parte, el *concepto histórico tradicional* surge según GARCÍA PELAYO (1964:41) en su formulación consciente como actitud polémica frente al concepto racional, o, dicho de un modo más preciso, destaca el tratadista español, como ideología del conservatismo frente al liberalismo. El revolucionario mira al futuro y cree en la posibilidad de conformarlo; el conservador mira al pasado y tiende a considerarlo como un orden inmutable. Cuando esta oposición política se traslada al plano teórico, se integra en otra antinomia ya comenzada a producirse en el seno del siglo XVIII, pero que se hace patente en el primer tercio del XIX; la oposición entre razón e historia, entre racionalismo —o naturalismo— e historicismo. De este modo el *sustratum* intelectual de este tipo de constitución será el historicismo.

La historia excluye por esencia toda consideración generalizadora, pues es el reino de lo individual: sujetos de la historia son totalidades individuales (pueblos, naciones, etc.), a las que corresponden las notas de singularidad y originalidad; la historia se compone de situaciones que fueron una vez pero que ya no serán; el mundo histórico es, pues, algo que continuamente deviene, le es esencial la constante transformación; pero en el hecho mismo de esta transformación radica su continuidad, de modo que sólo podemos explicar el presente en función de un pasado y, por consecuencia, del ser de ayer debemos extraer el

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

deber ser de hoy y de mañana. El historicismo constituye el fundamento espiritual de la tesis de que la Constitución de un pueblo no es un sistema producto de la razón, sino una estructura resultado de una lenta transformación histórica, en la que intervienen frecuentes motivos irracionales y fortuitos irreductibles a un esquema. Por consiguiente, está claro que la Constitución de un país no es creación de un acto único y total, sino de actos parciales reflejos de situaciones concretas y, frecuentemente, de usos y costumbres formados lentamente y cuya fecha de nacimiento es imprecisa.

En último término, el concepto *sociológico* de Constitución "es la proyección del sociologismo en el campo constitucional. Es una concepción científica y una actitud mental que de manera más o menos intensa y extensa relativiza la política, el Derecho y la cultura a situaciones sociales" (GARCÍA PELAYO, 1964:46).

De acuerdo con lo señalado, el constitucionalista argentino German BIDART CAMPOS (1964) señalaba al respecto que la Constitución (p. 29):

> debe responder a la realidad social, política, etc., del Estado para el cual se dicta, la tradición, el pasado, la herencia de una comunidad, tienen que pesar en el contenido de la constitución escrita que quiere adjudicársele, so pena de un casi seguro divorcio entre el texto y la realidad, de una futura falta de vigencia del texto constitucional. Descuidar los antecedentes históricos, el germen material de la Constitución, es teorizar en desmedro de toda probabilidad de éxito y de eficacia. Dar una Constitución que no tiene posibilidad de realizarse es frustrarla de antemano y condenarla a la muerte, a la hoja de papel, privándola de vida anticipadamente. Tal el error, por ejemplo, de tantos y tantos ensayos argentinos desde 1810 en adelante, con prescindencia total de la realidad del país, por culpa de un culto desmedido a lo europeo, a la importación, doctrinaria del liberalismo extranjero.

En la misma línea encontramos a Ferdinand LASALLE (1964), el cual sostiene que los problemas constitucionales no son, primariamente, problemas de derecho sino de poder, en virtud de ello expresa (p. 92):

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

> la verdadera Constitución de un país sólo reside en los factores reales y efectivos de poder que en ese país rigen; y las Constituciones escritas no tienen valor ni son duraderas más que cuando dan expresión fiel a los factores de poder imperantes en la realidad social". De consiguiente, cuando se modifican los "factores reales" debe reformarse la "hoja de papel", ya que ésta no debe ser otra cosa que la traducción de su sumatoria. Generalmente pasa desapercibido que para Lasalle "dentro de ciertos límites, señores, también la conciencia colectiva y la cultura general del país son un fragmento de Constitución.

2.2. Constitución, iluminismo e historicismo

El historiador Fermín CHÁVEZ (1977) en su obra *Historicismo e iluminismo en la cultura argentina*, plantea la necesidad lisa y llana de crear un nuevo eje cultural, proponiendo firmemente una ruptura radical con lo que consideraba la ideología de la dependencia —el iluminismo—, incorporada acríticamente en nuestra región y representada en aquel entonces por el liberalismo, el utilitarismo positivista y el dominio tecnocrático. Para el mencionado historiador, las categorías centroeuropeas impuestas por el iluminismo en el siglo XIX no nos sirven y nunca nos sirvieron desde el punto de vista de una voluntad nacional autoconsciente.

En su batallar anticolonialista, CHÁVEZ (1977) sostendrá que "desentrañar las ideologías de los sistemas centrales, en cuanto ellas representan fuerzas e instrumentos de dominación, es una de las tareas primordiales de los trabajadores de la cultura en las regiones de la periferia". Tal posición lo llevará a aseverar que "las crisis argentinas son primero ontológicas, después éticas, políticas, epistemológicas, y recién, por último, económicas".

En orden a lo expresado, el iluminismo de los unitarios rivadavianos no dejó de tener gravitación en la Constitución de 1853. En este sentido, Arturo Sampay afirmó que "la filosofía del Iluminismo infunde el espiritú a la Constitución de 1853"; claro está, morigerados sus principios por fuerzas morales relapsas del tradicionalismo hispano y que a la sazón encontraron un clima favorable en el sentimentalismo teísta del Romanticismo (GONZÁLEZ ARZAC, 2008:32). En este sentido ALBERNI (1994:156) señalaba "la falla esencial del Iluminismo europeo y, por ende, del argentino en su forma rivadaviana, fue la carencia

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

de sentido histórico, pues abusó de la abstracción en materia de constituciones. Bentham, maestro preferido de Rivadavia con quien se carteaba, era famoso como formador de constituciones a priori".

No quedan dudas acerca de la influencia iluminista en la Constitución de 1853 y el predominio de este pensamiento en aulas y textos académicos, no obstante el napolitano Pedro De Angelis[4] en pleno auge de esta corriente inculcó un nuevo concepto de Constitución, superador de la idea abstracta del Iluminismo, la filosofía de las luces, autora de las fracasadas constituciones unitarias de 1819 y 1826, en este sentido señalaría el italiano, citado por Alberto GONZÁLEZ ARZAC (2008:27): "[l]a Constitución de un Estado, para que sea sólido, debe provenir de la creación progresiva de instituciones análogas, de las costumbres radicadas en los pueblos, de la acción lenta pero segura del orden y de las leyes especiales de cada Provincia".

La Constitución para el sector triunfante de Caseros era texto jurídico, una acumulación de normas superiores que en nada representaba la expresión de un estado de desarrollo cultural propio, un medio de autorepresentación de un pueblo, un espejo de su herencia cultural y un fundamento de sus nuevas esperanzas. En sentido contrario al pensamiento constitucional iluminista, el genial León DUGUIT, sostiene, que (citado en GÁLVEZ, 1987:98):

> más allá del texto escrito de la constitución existe una serie de principios fundamentales que son, justamente, el supuesto de la

4 Pedro de Angelis, nació en Nápoles el 29 de junio de 1784. Fue uno de los primeros historiadores de Argentina. De Angelis inició su proyecto constitucional en 1852, por encargo de Urquiza, días antes a que Alberdi comenzara el suyo. El proyecto constitucional fue presentado en junio de 1852. Admitía en primer lugar la posibilidad del reintegro de Paraguay y establecía la obligación del gobierno de hacer valer sus derechos sobre Tarija y las Islas Malvinas. Disponía que durante el receso del Parlamento funcionara una Comisión Permanente, que tendría algunas funciones análogas. La Vicepresidencia de la Nación se pondría en manos del gobernador de la provincia de Buenos Aires. Cada provincia se encargaría de elegir dos electores para que éstos procedan a su vez a designar al presidente de la Nación. Sería menester de la Corte Suprema la realización del juicio político al presidente, vicepresidente, gobernadores de provincia y legisladores. El proyecto carecía de preámbulo, tenía 135 artículos, era sistemático y en los dos primeros artículos ubicados en el título I, sección 1ra, denominado "De la República Argentina". (DALLA VÍA, 2011:23).

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

> constitución y por ende, están delante de ella, porque la legitimidad de la constitución radica totalmente en el pasado, en actos parciales y en usos y costumbres formados lentamente, que las leyes no hacen más de reconocer su existencia anterior, como un título declaratorio de un derecho preexistente, que 'existen' y tienen vigencia.

3. Constitución, Comunidad y Estado

3.1. Constitución de 1949 como Constitución ontológica

La Constitución de 1949 será consecuencia de dos factores eminentes, el primero es sin duda la inédita revolución cultural, estética y epistemológica que se desarrolló en nuestro país entre principios de los años veinte y fines de los cuarenta que tiñó el ambiente cultural y artístico argentino de una nueva sensibilidad, en cuyo marco la cuestión identitaria y el ser nacional cobraría inédita relevancia.

Dicha revolución cultural coincidió además con una profunda reacción antipositivista y antiimperialista que fue extendiéndose a todos y cada uno de los campos de la cultura y el pensamiento, detonando un impresionante cambio de paradigmas. Concomitantemente salieron de esta generación los destacados juristas que cobrarán especial protagonismo en el devenir específico del instrumento jurídico sancionado en el año 1949, como José Miguel Francisco Luis Figuerola y Tresols[5], Tomás Dario Casares[6] y Arturo Enrique Sampay.

5 José Miguel Francisco Luis Figuerola y Tresols nació en la ciudad de Cataluña, España, en 1897 - falleció en la ciudad de Buenos Aires, Argentina, en 1970). Cuando emigró a la Argentina, empezó a trabajar como Jefe de la "División Estadística y Jefe de la Organización Profesional del Departamento Nacional del Trabajo" (DNT). Figuerola conocé al Coronel Juan Domingo Perón, cuando este asume la presidencia del "Departamento Nacional del Trabajo". Figuerola es designado en 1944 por Perón como "Secretario General del Consejo Nacional de Posguerra". Al llegar Perón a la presidencia, Figuerola fue quien proyectó el "Primer Plan Quinquenal" en la Argentina.

6 Tomás Darío Casares nació el 25 de octubre de 1895 en Buenos Aires y falleció el 28 de diciembre de 1976 en Buenos Aires. Fue un abogado y filósofo argentino, miembro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Se desempeñó como titular de las cátedras de Filosofía Medieval en la Facultad de

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

A la revolución política le sucederá —casi naturalmente— la innovación constitucional. Pero esta vez no estará respaldada, al decir de Arturo Sampay, en un modelo de regulación formal observada al sancionársela o al derogársela, sino en una nueva legitimidad sustentada sobre el hecho de establecer los fines e instrumentar los medios adecuados para obtener el bienestar del pueblo y la grandeza de la Nación, esto es, la efectuación de la justicia.

El por entonces gobernador de Buenos Aires, Domingo Mercante que a su vez fue presidente de la Convención Constituyente expresará en un manifiesto escrito ya en el exilio que "la reforma de 1949 tuvo por esencial finalidad consolidar jurídicamente los frutos de la revolución popular del 17 de octubre de 1945, ratificada electoralmente en los comicios libérrimos del 24 de febrero de 1946, cuyos contenidos consistían en hacer de una Argentina hasta entonces dependiente de un imperialismo expoliador, una nación económicamente libre y políticamente soberana" (CHÁVEZ, 1950).

El texto de la Constitución será una síntesis del fruto de un realismo político-jurídico que reconocerá derechos ya vigentes en la realidad. En este sentido Ernesto Adolfo Ríos sentenció que se trató de la constitucionalización de una realidad justa. De esta forma, "a diferencia del iluminismo apriorístico que había nutrido el texto de 1853 presuponiendo que la razón era capaz de construir ex ante una nueva realidad, la Constitución de 1949 será un instrumento jurídico elaborado para dar cuenta de una comunidad dispuesta a autorredefinirse sobre sus propios cimientos" (PESTANHA, 2015:413).

Humanidades de la Universidad Nacional de La Plata y de Filosofía de la Universidad de Buenos Aires, y de Filosofía del Derecho en la Facultad de Derecho de esta última. En 1944 fue designado por el presidente (de facto) General Edelmiro Farrell Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Ocupó el cargo hasta 1955, siendo presidente del cuerpo entre 1947 y 1949. Fue el único de sus miembros en permanecer cuando el Congreso de la Nación removió al resto de los integrantes en 1947. Luego de derrocado Perón por el golpe de estado de la Revolución Libertadora, en 1955, fue destituido de su cargo por el gobierno militar.

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

3.2. Influencias de la Constitución de 1949

3.2.1. El pensamiento socialcristiano y el iusnaturalismo jurídico

La convicción de Arturo Sampay dio un sentido cristiano y filosófico al proyecto constitucional. No cabe duda que el pensamiento del jurista entrerriano, así como el de otros autores de la época, encontró fuerte influencia en lo que se conoció como el nuevo humanismo cristiano, impulsado por una renovación de la Iglesia Católica a partir de las encíclicas *Rerum Novarum*[7] y *Quadragésimo Anno*[8]. La renovación cristiana, a su vez, se enriqueció con los aportes de numerosos autores americanos imbuidos del espíritu reformista que insufló la reacción antipositivista, una corriente centrada en la crítica al utilitarismo, al determinismo social y a la lógica del progreso indefinido. Nutrida de un vitalismo esencial, esta reacción propuso una axiología humanista con miras a recuperar ciertos valores rechazados por el positivismo.

Para Sampay, el hombre *zoón Politikón* es ontológicamente libre, y el Estado debe resguardar esa libertad promoviendo un orden justo. Dicha concepción implica el rechazo de los totalitarismos, que a su entender degradan al hombre, promueven la divinización del Estado y lo convierten en su instrumento. El bien común aparece entonces como garante temporal del bien individual. En este orden de ideas cabe destacar que en el pensamiento de SAMPAY (2007) está clara la idea de que el Estado

> si bien tiene como fin la perfección y la felicidad del hombre que vive en sociedad —la suficiencia de vida que el aislamiento haría imposible lograr—, abandona la neutralidad liberal, que es intervención a favor del poderoso, y participa, dentro de la órbita de las funciones que le son propias, en las cuestiones sociales, económicas, culturales, como poder supletivo e integrador para

7 Es la primera encíclica social de la Iglesia católica. Fue promulgada por el papa León XIII el viernes 15 de mayo de 1891.

8 Encíclica del Papa Pío XI, promulgada el 15 de mayo de 1931.

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

> afirmar un orden positivo, restituyendo o asegurando al hombre la libertad necesaria a su perfeccionamiento.

En la encíclica *Quadragésimo anno* las críticas al capitalismo aparecen implícitamente en la marca con que Sampay impregna el texto constitucional, ya que las consecuencias del espíritu individualista en el campo económico se manifestaban por entonces con plena crudeza. La denuncia contenida en dicha encíclica señala que la libre concurrencia se ha destrozado a sí misma; la prepotencia económica ha suplantado al mercado libre; al deseo de lucro ha sucedido la ambición desenfrenada de poder; toda la economía se ha hecho extremadamente dura, cruel, implacable.

3.2.2. Ideario político

La Constitución de 1949, como así también muchas constituciones provinciales son el efecto político de ese discurso de Juan Domingo Perón donde plantea la idea política de *Comunidad Organizada*, idea que presenta dos lecturas posibles: Como sistema social a construir y como sistema de poder, a) Como sistema social sostiene que el pueblo aislado, atomizado, no existe. Sólo existe el pueblo organizado y como tal se transforma en factor concurrente en los aparatos del Estado que le son específicos a cada organización libre del pueblo o cuerpos intermedios, en la jerga sociológica. b) Como sistema de poder sostiene que éste procede del pueblo que se expresa a través de sus organizaciones. Ni el poder procede del Estado ni del gobierno. Ni el pueblo delega su poder en las instituciones del Estado.

Estas dos lecturas constituyen el círculo hermenéutico que explica la idea de Comunidad Organizada. El pueblo, como pueblo organizado, crea un sistema social que genera un poder político real que le permite la recreación permanente de un sistema social equilibrado para el logro de la *buena vida*. Es decir, el poder nace de la comunidad y se proyecta a los aparatos del Estado como factor concurrente en ellos y baja luego a la comunidad a través de las medidas adecuadas que toma el gobierno para la vida buena.

En virtud de lo expresado, RAMELLA (1982; 15) sostiene que vemos que la concepción de Nación menta la unidad política de un pueblo con capacidad de obrar y conciencia de su singularidad política dentro del concierto de las naciones. Mientras que el pueblo que no existe como Nación, por ejemplo, el caso de los judíos antes de 1948, es una asociación de hombres unidos por una conciencia étnica o cultural pero no necesariamente política.

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

Ahora bien, la explicación del concepto de Nación exige que, ese doble movimiento de la conciencia de un pueblo como unidad política ante sí, y de su singularidad política ante las otras naciones, se encuentre expresado en un programa o proyecto nacional, el cual debería estar plasmado en una Constitución.

El Movimiento nacional argentino, con el justicialismo, comienza a tener una doctrina propia, nueva en el campo ideológico mundial, en un todo de acuerdo con los hechos que marcaban la realidad de nuestro país y que la misma quedaba instituida en la reciente Constitución. Perón confirmó que "el hombre y la sociedad se enfrentan con la más profunda crisis de valores que registra su evolución", y a favor del hombre consignaba que éste "puede desafiar cualquier mudanza si se halla armado de una sólida verdad". Sobre el particular recordaba que "si la crisis medieval condujo al Renacimiento, la de hoy, con el hombre más libre y la conciencia más capaz, puede llevar a un renacer más esplendoroso". Luego, hizo hincapié en la importancia de cierto tipo de valores y sentimientos. "Los valores morales han de compensar las euforias de las luchas y las conquistas, y oponer un muro infranqueable al desorden". También apuntó al pueblo argentino y a su particular proyecto cuando esgrimió que: "El grado ético alcanzado por un pueblo imprime rumbo al progreso, crea el orden y asegura el uso feliz de la libertad". Y para el hombre argentino también dejó un mandato explícito: "El sentido último de la ética consiste en la corrección del egoísmo". Quedaba claro que, en un mundo bipolar repartido entre el capitalismo y el colectivismo internacional, Perón apuntaba a una tercera posición equidistante de ambos polos. Consideraba también al Hombre "como portador de valores máximos y células del bien general" y que había que "devolverle al Hombre la fe en su misión", inserto en "La Comunidad Organizada a la que debemos aspirar, dónde la libertad y la responsabilidad son causa y efecto, en que exista una alegría de ser, fundada en la persuasión de la dignidad propia". Interpretaba con razón que es muy dificultoso para la persona lograr cierta plenitud o realización en un ámbito inhóspito, refractario o simplemente indiferente. Esa idea la plasmó en una frase que hasta hoy se repite como un acierto de su pensamiento: "Es muy difícil que un hombre pueda realizarse en una comunidad que no se realiza".

De esta manera, podemos concluir que la idea de Comunidad Organizada se apoya en los siguientes postulados: a) El hombre es libre sólo en una comunidad libre; b) tiene incidencias reales en la vida de sociedad en la medida en que está organizado, sea tanto por solidaridad local como profesional; y c) puede acceder a una vida próspera y feliz en tanto que logra establecer una justicia social distributiva, a partes proporcionales para todos los miembros de la comunidad.

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

3.3. Radiografía de la Constitución de 1949

3.3.1. De la Constitución real a la escrita

El 27 de agosto de 1948 se dictó la ley 13.233 declarando necesaria la revisión y reforma de la Constitución Nacional, a fin de suprimir, modificar, agregar y corregir sus disposiciones "para la mejor defensa de los derechos del pueblo y del bienestar de la Nación". El presidente Perón encomendó la preparación de un anteproyecto de reformas constitucionales[9] al secretario de Asuntos Técnicos, José Miguel Francisco Luis Figuerola y Tressols, que no fue del agrado de Perón, no obstante lo utilizó para la redacción de otro que hiciera personalmente (con el consejo de algunos ministros) y que sometiera al bloque de convencionales peronistas como iniciativa oficial. A dicho anteproyecto se sumaron numerosas iniciativas de convencionales peronistas, organismos oficiales y particulares que fueron considerados por la Comisión de Estudio del Anteproyecto de Reformas a la Constitución Nacional del Bloque Peronista, donde se elaboró finalmente el texto sancionado. Presidía esa Comisión el doctor Arturo Enrique Sampay,[10] quien habría de ser miembro informante en la Convención y que tuvo relevante actuación en su desempeño. Así como se reconoce en Alberdi la paternidad de la Constitución de 1853 y en Vélez Sársfield la redacción de las reformas de 1860, debe individualizarse a Sampay como el artífice final de las de 1949. Admirador en su juventud del radicalismo yrigoyenista, había iniciado su obra jurídica en 1936 con dos trabajos sobre la Constitución entrerriana de 1933: un artículo en la revista radical *Hechos e Ideas* (número 10) y su libro *La Constitución de Entre Ríos ante la moderna Ciencia Constitucional*. Allí manifestaba Sampay su adhesión al más enérgico factor de la historia universal contemporánea: "el magnífico movimiento ascencional de las clases obreras", indudablemente la razón primordial de su adhesión al movimiento peronista.

9 El exhaustivo trabajo del funcionario, que entre otras cuestiones reúne un corpus donde se detalla cada artículo de la Constitución a reformarse y la reforma proyectada, y donde además se incorporan todos los antecedentes parlamentarios y consultas de constituciones extranjeras, clasificados por materias, será uno de los nutrientes principales del esbozo, junto a todos los discursos presidenciales

10 Más allá de la relevancia que corbo Arturo E. Sampay, junto a otros colegas, no hay que olvidar a convencionales como Carlos María Lescano, Carlos Berraz Montyn, Oscar Salvador Martini, Domingo Mercante y Pablo Ramella.

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

Poseedor de una sólida formación filosófica inspirada en las enseñanzas de Aristóteles y Santo Tomás, había seguido a aquellas obras de Sampay una interesante producción jurídica y política, reveladora de su pensamiento. En "La doctrina tomista de la función social de la propiedad en la Constitución Irlandesa de 1937", donde estudió la medida en que Dios reconoce a los hombres el derecho de poseer los bienes materiales y servirse de ellos. En "La Crisis del Estado de derecho liberal-burgués" de 1942 develó la imposibilidad de insertar la realidad histórica de la democracia de masas en el mecanismo de la democracia agnóstica del liberalismo burgués, que a su juicio falseó tres verdades cristianas: la Libertad, la Igualdad y la Fraternidad. En su estudio sobre "La filosofía del iluminismo y la Constitución Argentina de 1853" de 1944 indicó la influencia de esa corriente en nuestra Carta fundamental, las instituciones y el sistema educacional que lo complementó; y señaló los intentos legislativos que buscaron restablecer el equilibrio natural en los períodos de crisis de la economía liberal.

3.3.2. Ingeniería constitucional

La Constitución Nacional de 1949 fue concebida según GONZÁLEZ ARZAC (2016) en el marco del "ejercicio del poder constituyente 'derivado' o 'instituido' por la Constitución de 1853-1860", atento que no modificó en líneas generales la tradicional estructura de 1853, conservando su parte "dogmática" (declaraciones, derechos, garantías individuales) y su parte "orgánica" (estructura de los poderes). Agrega que no innovó en su carácter "rígido", ni modificó la forma "representativa republicana y federal". No cercenó los derechos y garantías individuales, sino que incorporó nuevos, como el "habeas corpus", el "beneficio de la duda", la irretroactividad de la ley penal, etc. No destruyó la clásica división de poderes, ni modificó la organización bicameral del Congreso; ni dio atribuciones omnímodas al Poder Ejecutivo; ni retaceó la independencia del Poder Judicial. Por el contrario, en muchos aspectos perfeccionó al modelo de 1853. Conservó el Preámbulo, incorporándole el tríptico ideológico del movimiento peronista, al ratificar "la irrevocable decisión de constituir una Nación socialmente justa, económicamente libre y políticamente soberana" e incorporó en las cláusulas constitucionales los principios fundamentales, necesarios para inyectar vida nueva en el anciano texto, respondiendo a grandes interrogantes con afirmaciones claras y terminantes; en fin, definiendo nítidamente su rol.

Si bien la Constitución de 1949 no reformuló el sistema de representación y la parte orgánica, que sin dudas queda como su gran deuda, la totalidad de las reformas sancionadas por la Convención de 1949 a la Constitución de 1953-60 son las siguientes:

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

a) Supresiones: artículos 38 (diputados de la primera Legislatura), 39 (id. de la segunda), 41 (elección de los primeros diputados), 44 (competencia exclusiva de la Cámara de Diputados), inciso 24 del artículo 67 (milicias provinciales), 82, 83, 84, 85 (elección presidencial), 90 (memoria ministerial al Congreso), 93 (sueldo del ministro) y 102 (juicio por jurados).

b) Modificaciones: preámbulo y artículos 4 (Tesoro nacional), 5 (garantía federal de las instituciones provinciales), 11 (derechos de tránsito), 12 (tránsito interprovincial), 14 (derechos del habitante), 15 (abolición de la esclavitud), 16 (igualdad ante la ley y los cargos públicos), 17 (propiedad privada), 18 (libertad individual), 19 (principio de reserva), 20 (derechos de los extranjeros), 21 (defensa de la Patria y de la Constitución), 23 (estado de sitio), 24 (reforma de la legislación y juicio por jurados) , 26 (navegación de ríos interiores), 28 (incolumidad de derechos y garantías), 30 (reforma de la Constitución), 34 (incompatibilidad de funciones judiciales), 37 (composición de la Cámara de Diputados), 40 (elegibilidad de los diputados), 42 (duración del mandato de diputado), 45 (función de la Cámara de Diputados en el juicio político), 46 (composición del Senado), 47 (elegibilidad de los senadores), 48 (duración del mandato de senador), 55 (reunión de las Cámaras), 58 (facultades disciplinarias de las Cámaras), 62 (desafuero), 63 (poder de información de las Cámaras), 65 (incompatibilidades), 67 inc. 1 (importación y exportación), inc. 2 (sistema impositivo), inc. 3 (empréstitos), inc. 5 (Bancos), inc. 7 (presupuesto), inc. 9 (navegación fluvial, puertos y aduanas), inc. 10 (valor de la moneda nacional y extranjera; pesas y medidas), inc. 11 (legislación común y especial), inc. 12 (comercio), inc. 13 (correos), inc. 14 (límites; territorios), inc. 15 (fronteras y trato con los indios), inc. 16 (legislación tendiente al bienestar y la prosperidad), inc. 18 (renuncia del Poder Ejecutivo; escrutinio), inc. 22 (patentes de corso y represalia; reglamento de presas), inc. 23 (poderes militares), inc. 25 (entrada y salida de tropas), inc. 27 (legislación en la Capital Federal y lugares adquiridos o provincias), 68 (iniciativa de la ley), 70 (aprobación tácita de la ley), 71 y 72 (adición, corrección o rechazo de proyectos legislativos), 73 (fórmula de sanción de la ley), 75 (acefalía del Poder Ejecutivo), 76 (elegibilidad del presidente y vicepresidente), 77 (duración del mandato y reelección), 79 (retribución del presidente y vicepresidente), 80 (juramento del presidente y vicepresidente), 81 (elección presidencial), 86 inc. 2 (facultad reglamentaria del presidente), inc. 3 (gobierno de la Capital Federal), inc. 4 (facultades colegislativas), inc. 5 (nombramiento de jueces), inc. 10 (otros nombramientos), inc. 11 (apertura de sesiones del Congreso), inc. 12 (prórroga de sesiones ordinarias y convocatoria a extraordinarias), inc. 13 (recaudación e inversión), inc. 14 (política exterior), incisos 15, 16, 17 y 18 (poderes militares), inc. 19 (estado de sitio), inc. 21 (ausencia del

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

presidente), inc. 22 (nombramientos en comisión), 87 (ministros del Poder Ejecutivo), 89 (funciones de los ministros), 92 (asistencia de ministros al Congreso), 96 (inamovilidad y retribución de los jueces), 97 (condiciones para ser miembro de la Corte Suprema), 98 (juramento de los jueces de la Corte Suprema), 99 (facultades reglamentarias de la Corte Suprema; nombramientos), 100 (competencia federal), 101 (competencia originaria y exclusiva de la Corte Suprema), 108 (poderes delegados por las provincias).

c) Agregados: Se adicionaron cláusulas que constituyen en el nuevo texto los artículos 15 (prohibición de atentar contra la libertad y de organizaciones antidemocráticas), 37 (derechos del trabajador, de la familia, de la ancianidad y de la educación y la cultura), 39 (función social del capital), 40 (intervención del Estado en la economía, propiedad de fuentes de energía y servicios públicos), 68 inc. 28 (régimen impositivo y presupuesto de la Capital Federal) e inc. 29 (legislación electoral) y 83 inc. 23 (ordenamiento y régimen de servicios públicos).

d) Disposiciones transitorias: sobre ministerios (Disp. trans. 1º), vigencia (2°) y juramento de la Constitución (3º), renovación de acuerdos (4º), reforma de Constituciones provinciales (5º) y unificación de mandatos legislativos (6º).

3.3.3. Comunidad, persona y propiedad en la Constitución

Con la nueva Constitución se puede vislumbrar la notable influencia tomista, atento que la posesión de la propiedad ya no implica un derecho absoluto del individuo, ya que tiene que realizar una función orientada en el bien común. Expresamente señalaba en su artículo 38: "[l]a propiedad privada tiene una función social y, en consecuencia, estará sometida a las obligaciones que establezca la ley con fines de bien común". Este principio era reiterado por la reforma en otras cláusulas específicas, a saber: 1º) función social del campo: "[i]ncumbe al Estado fiscalizar la distribución y la utilización del campo e intervenir con el objeto de desarrollar e incrementar su rendimiento en interés de la comunidad, y procurar a cada labriego o familia labriega la posibilidad de convertirse en propietario de la tierra que cultiva"; 2º) función social del capital, que "debe estar al servicio de la economía nacional y tener como principal objeto el bienestar social. Sus diversas formas de explotación no pueden contrariar los fines de beneficio común del pueblo argentino" (art. 39); 3º) función social de las empresas, que deberían tener "por fin el bienestar del pueblo dentro de un orden económico conforme a los principios de la justicia social" (art. 40).

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

A lo mencionado se adiciona la incorporación al texto constitucional de la teoría del abuso del derecho: "los abusos de esos derechos (reconocidos por la Constitución) que perjudiquen a la comunidad o que lleven a cualquier forma de explotación del hombre por el hombre, configuran delitos que serán castigados por las leyes" (art. 35).

Además, se revisó la clásica teoría de la "autonomía de la voluntad" en el campo del derecho obligacional. Frente al contrato como institución reducida meramente al ámbito de las convenciones particulares, la reforma levantó el acuerdo entre los grupos profesionales, reconociendo a los sindicatos la calidad de organismos naturales para la defensa de los intereses del trabajador. Por otra parte, el reconocimiento de la facultad estatal de intervenir en la economía (art. 40) o en la distribución y utilización de la tierra (art. 38) revelaban la pérdida de entidad del principio de la autonomía contractual, otra de las piezas maestras del derecho liberal.

3.3.4. Derechos sociales

La Constitución de 1853 no le reconocía al obrero sus derechos porque la prestación de trabajo se incluía en la libertad de comercio: el trabajador ofertaba en el llamado mercado "libre" sus energías, a trueque de un precio que fijaba la ley de la oferta y la demanda; es decir, el trabajo era una mercancía entregada al libre juego de los intereses encontrados, y la condición humana del obrero se degradaba a máquina productora de energía. En términos jurídicos estrictos el contrato de trabajo era considerado como una compraventa. Es debido a ello que en antitética reacción contra la matriz liberal de la Constitución decimonónica, la reforma se anima en el concepto de que el trabajo es la actividad de la persona humana, y de que el obrero tiene en esa diaria alienación de lo que produce la única fuente económica, de sustento, para sí y para su familia, con la que debe llevar una vida decorosa y a cubierto de las inseguridades sociales de toda índole.

En razón de lo señalado es que la Constitución de 1949 suplantó el señalado régimen capitalista-liberal del trabajador, basado en el concepto absoluto de la propiedad privada y en el contrato de locación de servicios, concertado por las partes sin injerencia del Estado, por una relación institucional del trabajo, constituido por las leyes obreras, que en virtud de sus disposiciones forzosas, de orden público por el interés social que las informa, son inderogables por la voluntad privada, y por los contratos colectivos de trabajo, que son normas generales emanadas de los grupos profesionales.

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

La reforma constitucional reconoce un cierto número de derechos obreros imprescriptibles, pero a partir de este mínimo coactivo impregnado de motivos sociales y enderezado a defender al obrero de la posible prepotencia económica del patrono, conserva la autonomía del dador y del prestador de trabajo, y deja una zona indefinida para la libre determinación de los concertantes del negocio laboral, aunque claro está que, a partir de aquellas garantías, el obrero puede mejorar en su favor el mínimo de derechos aludido.

Por su parte, la libertad sindical queda reconocida expresamente, como instrumento básico de la defensa de los intereses gremiales garantizados por la reforma constitucional y el derecho de huelga es un derecho natural del hombre en el campo del trabajo como lo es el de resistencia a la opresión en el campo político; pero si bien existe un derecho natural de huelga no puede haber un derecho positivo de la huelga, porque —aunque esto haya sonado como un galimatías— es evidente que la huelga implica un rompimiento con el orden jurídico establecido que, como tal, tiene la pretensión de ser un orden justo, y no olvidemos que la exclusión del recurso de la fuerza es el fin de toda organización jurídica.

En otro orden de cuestiones dentro de los derechos sociales, la reforma constitucional tiende principalmente a resguardar y vigorizar la familia, núcleo social elemental y primario, del que el hombre es criatura y en el cual ha de recibir insustituiblemente la formación sobre la que construirá todo el curso de su vida. La concepción política que informa la renovación constitucional entiende que el modo más natural, y al mismo tiempo, decisivo, de reaccionar en lo social contra los desórdenes del individualismo, es centrar la política de recuperación del orden en el núcleo originario de la sociedad, que no es agrupación de individuos sino de familias, y por consiguiente, el primer requisito para su recta organización y sana existencia es la promoción de la familia a la jerarquía que por naturaleza le corresponde.

Esta restitución de la *familia* a su dignidad propia de sociedad primaria conducirá, como dice el Decálogo del Trabajador que se incorpora a la Constitución, "a la consolidación de los principios espirituales y morales que constituyen la esencia de la convivencia social", porque la vida en su seno anticipa analógicamente todo el sistema de jerarquías, de dependencias, de libertad, de responsabilidad solidaria, que debe existir en una sociedad política bien organizada. Para este fin, la reforma tiende a la defensa de los intereses de la familia del trabajador, porque quiere superar la situación de emergencia de un régimen de protección al trabajo de mujeres y menores, y llegar a la verdadera solución, que consiste en establecer para el obrero, padre de familia, las condiciones de trabajo y las retribuciones

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

que extingan la necesidad de que la esposa y los hijos se desarraiguen del hogar, o tornen difícil la atención normal del mismo y la educación de los niños. Al eliminar la causa material de la dispersión de la familia se enderezan las medidas legislativas programadas para su consolidación económica como tal, a saber: la protección de la maternidad y de la infancia, la institución del bien familiar y la creación de la unidad económica familiar, así como el impulso a la colonización, para que cada familia labriega posea como bien la parcela de tierra que cultiva, de acuerdo con el enunciado básico de la política agraria del general Perón.

Entre otras disposiciones señala que el sistema de *previsión social* estaba a merced de la ley del patrono, que era ley dictada por un superior omnipotente. Así, en virtud de la llamada "libertad de trabajo" se engendró el pauperismo, y las primeras empresas capitalistas pudieron manejar a su arbitrio un proletario mísero, forzado a aceptar las condiciones del empleador. La fábrica arrebató al obrero del seno de la familia, y ésta, falta de protección, se desorganizó lanzando la vejez a la mendicidad.

La solución que la reforma constitución lleva al problema adquiere las dimensiones de un suceso, porque por primera vez se repone al anciano en la dignidad que le corresponde, y la historia demuestra que el respeto o desdén que los pueblos tengan por sus ancianos da la medida de su esplendor o decadencia moral.

3.3.5. Dirigismo económico

La concepción que informa la renovación constitucional es la de una economía humanista que proyecta asegurar, en colaboración con las iniciativas individuales, el desenvolvimiento armónico de la economía para alcanzar el bien de todos, para lograr la libertad al conjunto del pueblo y para derogar la libertad de explotación, la libertad de los poderosos que siempre traba la libertad de los débiles. Con ese fin, se dirige la economía de modo que permita a cada miembro de la sociedad beneficiarse con un mínimo vital, lo que supone una organización que aproveche todas las fuerzas y recursos productivos que dispone el país.

La economía programática en la reforma tiene dos fines: uno concreto e inmediato, la ocupación total de los trabajadores, esto es, la supresión definitiva de la desocupación en masas que se verificaba en las sucesivas depresiones económicas; y otro último, al que éste subordina: brindar a todos los habitantes de la Nación las condiciones materiales necesarias

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

para el completo desarrollo de la personalidad humana, que tiende a un fin espiritual, no material.

El reconocimiento de la propiedad privada y de la libre actividad individual, como derechos naturales del hombre, aunque sujetos a la exigencia legal de que cumplan su función social; y los principios de la justicia social, usados como rasero para medir el alcance de esas funciones y que, al contener dentro de sus justos límites la renta del capital y las ganancias de la actividad económica, han hecho necesario restablecer, con alcurnia constitucional, la ilegitimidad de la usura en la amplia acepción de este instituto, cuya permisión moral provocó, en el crepúsculo de la Edad Media, la aparición del capitalismo moderno, del que es el alma.

La propiedad privada de los bienes exteriores y el derecho de usar y disponer de ella, así como la prohibición de leyes confiscatorias y la exigencia de la indemnización para todos los casos de expropiaciones, quedan firmemente garantizados conforme al texto del artículo 14 de la Constitución; la reforma deja incólume ese derecho natural inherente a la persona humana, porque la institución de la propiedad privada es exigida por la libertad del hombre, y en ello se cimenta, precisamente, su justicia y universalidad.

En este reordenamiento de la cuestión material, la justicia social aparece como una cuestión esencial en las cuestiones económicas y sociales provocadas por la intrínseca injusticia del capitalismo moderno. En este sentido, entendemos por justicia social la justicia que ordena las relaciones recíprocas de los grupos sociales, los estamentos profesionales y las clases, con las obligaciones individuales, moviendo a cada uno a dar a los otros la participación en el bienestar general a que tienen derecho en la medida en que contribuyeron a su realización. En este sentido, la Constitución de 1949 alude en dos ocasiones a la noción de justicia social. En primer lugar, en el recordado propósito anclado en el Preámbulo: "[n]os, los representantes del pueblo de la Nación Argentina [...] para nosotros, para nuestra posteridad y para todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino; ratificando la irrevocable decisión de constituir una nación *socialmente justa*, económicamente libre y políticamente soberana". En segundo lugar, en el benemérito artículo 40: "[l]a organización de la riqueza y su explotación tienen por fin el bienestar del pueblo, dentro de un orden económico conforme a los principios de la *justicia social*".

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

3.3.6. Del Estado liberal burgués al Estado de justicia social

La visión del Estado que animaba a la Constitución de 1853 tendía a contenerlo en un mínimo de acción, neutralizándolo en el mayor grado posible con respecto a las tensiones de intereses existentes en el seno de la comunidad. La Constitución de 1853 escinde el dominio económico-social, concebido como el campo reservado a las iniciativas libres y apolíticas, y el dominio político, reducido a las funciones estrictamente indispensables para restablecer las condiciones necesarias para el libre juego de los intereses privados.

En sentido contrario a la Carta decimonónica, la Constitución del '49 establecía un Estado que debía resguardar la libertad, pero promoviendo un orden justo. Dicha concepción implicaba el rechazo de los totalitarismos, que a su entender degradan al hombre, promueven la divinización del Estado y lo convierten en su instrumento. El bien común aparece entonces como garante temporal del bien individual en la comunidad organizada. En el discurso pronunciado el 3 de setiembre de 1948, donde se establece la necesidad de la reforma, Juan Domingo PERÓN (1948) enuncia algunos de los principios que según él deberán regir el nuevo Estado constituido (citado en SAMPAY, 1975:476):

> [e]n lo social buscamos: asegurar para nuestro pueblo un régimen social justo y humano, donde la cooperación reemplace a la lucha, donde no haya réprobos ni elegidos, donde cada hombre que trabaja reciba un beneficio proporcional a la riqueza que promueve; […] donde la sociedad no se desentienda, egoísta, del viejo ni del incapacitado […]. Asegurar los derechos del trabajador incorporándolos a la ley y las costumbres argentinas, para que las clases económicamente débiles estén protegidas contra el egoísmo, la prepotencia y la explotación de las económicamente fuertes. Asegurar el acceso a la cultura y la ciencia a todos los argentinos, para terminar con un Estado anacrónico y monstruoso en que el acicate de las capacidades es el dinero en vez de serlo las aptitudes, la inteligencia y la dedicación.

El rol vital del Estado como garante del bien común y de la grandeza de la patria dejará también una huella indeleble en el ideario de Sampay, reflejada en los preceptos de nacionalizar el petróleo, las fuentes naturales de energía, el Banco Central y los servicios

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

públicos; estatizar el comercio exterior y reconquistar la soberanía plena de nuestros ríos interiores. Con absoluto discernimiento de la dimensión estratégica que comportaba la obra puesta en sus manos, el jurista no titubeó en manifestar que "tenemos clara conciencia de la magnitud de esta empresa, sabemos medir el tamaño goliático de aquellos enemigos de la reforma constitucional" (SAMPAY, 1983).

3.4. La deuda: la reforma del sistema de representación política

Casi a la par de la preparación de la reforma constitucional, la Universidad de Buenos Aires había lanzado una encuesta a sus docentes acerca de la necesidad de reformar la Constitución y una serie de preguntas relativas a los diversos temas que abordan el derecho constitucional. En particular, señala BOKOVAC (2016:93), había dos preguntas que podían dar lugar a las "teorías corporativistas"[11]: una relativa a la integración de cuerpos técnicos consultivos y la otra referida al sistema de representación parlamentaria

Lo cierto es que la respuesta a las mencionadas preguntas fue mayoritariamente por la negativa; de los treinta y tres docentes que participaron de la encuesta, veinte respondieron en el sentido de no hacer innovaciones en lo referido a la estructura y sentido de la representación parlamentaria. Sin embargo, corresponde reconocer que hubo un importante sector que impulsaba la inclusión de otras formas de representación, fundamentalmente adhiriendo al proyecto que había elaborado el año anterior Carlos Ibarguren. En total, fueron ocho los docentes que se definieron por este tipo de propuestas y cinco abstenciones que prefirieron limitarse a sus áreas específicas.

De entre los que propulsaban el cambio en el sistema representativo, cabe mencionar a aquellos que, según SELIGMANN SILVA (1949:191), influidos por Ibarguren, recomendaron la representación de la Nación a través de las corporaciones económicas y culturales, agregando que debía tenerse presente a la clase media, dándoles asiento en el Senado. De este modo, la Cámara Alta se integraría con los senadores de las provincias y representantes de la Iglesia, las universidades, el ejército, las corporaciones obreras de la

11 Expresamente las preguntas eran: 8.- ¿Conviene integrar el cuadro de las autoridades de la Nación con Consejos Técnicos? ¿De qué carácter?, y 9.- ¿Debe mantenerse en su actual estructura y sentido la representación parlamentaria? ¿Deben ampliarse, reducirse o modificarse el régimen electoral y la representación en el Congreso? ¿Qué condiciones y duración deben fijarse a los legisladores?

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

manufactura, del transporte y de la minería, las federaciones de agricultores y obreros rurales, las sociedades industriales, bolsas de comercio, sociedades rurales y asociaciones profesionales.

Por otra parte, Marcelo SÁNCHEZ SORONDO (1949:180-181) fue original: partiendo de la idea de que el régimen representativo encarnado en el Parlamento estaba en crisis, proponía mantener la Cámara de Diputados en su sentido y representación, pero eliminar al Senado y crear el Consejo de las Autarquías, compuesto de representantes de las ciudades capitales, regiones nacionales (provincias y territorios), y de los intereses del trabajo, la industria y la administración, cuya función se limitaba a dictaminar sobre proyectos de ley iniciados por el Poder Ejecutivo y que sancionaba o no Diputados.

Asimismo, a juicio de BARGALLÓ CIRIO (1949:59) además de las representaciones provinciales —que durarían seis años—, el Senado debía convertirse en cámara estamental y acoger a ex presidentes y ex vicepresidentes, a dos obispos, a dos rectores de universidades nacionales y a dos representantes de las fuerzas del trabajo y del capital, todos permanentes; otros como Héctor y Jorge LLAMBÍAS (1949:152) adherían a la idea de hacerlo órgano de la representación funcional de la Sociedad jerárquica e institucionalmente organizada. Asimismo, también hubo algunas mociones a favor del voto familiar según la tesis de ABERG COBO (1949:191).

De todos modos, aún para aquellos que proponían la representación de las organizaciones libres del pueblo, estaba claro que la representación partidaria no se eliminaba. FAUSTINO LEGÓN (1948:73) ya había dicho que, de aceptarse la representación orgánica, debía combinarse con la representación genérica y democrática, de carácter político. En su opinión la representación de las organizaciones libres del pueblo tenía que adoptarse gradualmente y por vía subsidiaria; pues si ella respondía a las funciones reales, había que admitir lo difícil que era catalogar todas las funciones sociales existentes, lo que no podía lograrse salvo falsificaciones autoritarias de la opinión.

En concreto, no hubo ninguna inclusión que pudiera clasificarse como representación orgánica o funcional en la Constitución Nacional de 1949. Lo único que se podría admitir es que este texto constitucional receptó algunos conceptos que están muy emparentados con algunas doctrinas que han sostenido la representación orgánica, tal el caso de la Doctrina Social de la Iglesia. En particular, el reconocimiento y protección que se

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

brindaba a la Familia, a los Gremios y al Principio de Subsidiaridad, a través de los artículos 37 y 40.

4. La Constitución del Chaco de 1951: la fase superior del Constitucionalismo comunitario

4.1. El proceso de provincialización

Con la ley 1532 que organizó los Territorios Nacionales, se dividió al Chaco en dos, separados por el río Bermejo: Formosa, al norte, y Chaco, con capital en Resistencia, al sur. De acuerdo con la ley, se estableció un criterio demográfico para que los territorios pudieran acceder al rango de provincias: cuando su población alcanzara los sesenta mil habitantes, situación que el Chaco logró en 1920.

Según CIMATTI y CINQUERGRANI (2011:9) en ese momento primaba una estructura centralista y dependiente aplicada a la organización político-administrativa de los territorios, la cual estuvo estrechamente vinculada con la necesidad de incorporarlos al espacio socio-económico nacional, insertándolos en el esquema del modelo agro-exportador.

Para la década de 1920, existían en el Chaco cinco municipios y ocho comisiones de fomento. Al terminar la etapa territoriana, el número de municipios se había duplicado, mientras que las otras entidades se cuadruplicaron. En las comunas actuaban, además de partidos tradicionales como el radicalismo y el socialismo, distintas agrupaciones locales de breve vida. También surgieron dos partidos políticos locales que realizaron propuestas de transformación a escala territorial, como lo indican sus denominaciones: el Partido Provincialista (en Charata) y la Unión Provincialista (en Puerto Bermejo). La actividad política restringida al espacio urbano, la existencia de escasas comunas y la falta de vinculación entre las distintas localidades que componían el territorio, obstaculizaron el establecimiento de las estructuras partidarias a escala territorial, así como la formación de identidades políticas.

En 1930, el Chaco se presentaba ante los ojos del país como un territorio pujante, con un notable progreso demográfico y económico, que lo colocaba por delante de algunas provincias, más allá de los serios problemas de infraestructura que obstaculizaban su desarrollo. La actividad productiva se expandía a través del cultivo del algodón y una nueva

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

sociedad —en la que confluían pueblos indígenas, inmigrantes europeos y paraguayos y migrantes de distintas provincias— estaba en constante crecimiento demográfico.

A partir de la revolución de 1943, se expandió la presencia estatal en los territorios nacionales, con el crecimiento de las estructuras administrativas, el asentamiento de delegaciones de organismos nacionales, el desarrollo de infraestructura a través de la obra pública, la adopción de medidas para el fomento de su desarrollo económico y la modificación paulatina de su organización institucional.

En julio de 1951 se sancionó la ley 14.037 mediante la cual se declaró provincias a los territorios nacionales del Chaco y La Pampa. El proyecto fue ingresado a la Cámara de Senadores el mismo día que en la Cámara de Diputados se trataba sobre tablas la reforma de la Ley Electoral 14.032. Esto ocurrió unos pocos meses antes de las elecciones nacionales de 1951.

El mencionado proyecto de provincialización fue presentado en la Cámara de Senadores por Román Subiza[12], el Ministro de Asuntos Políticos. Subiza también participó en la elaboración de la nueva ley electoral. La simultaneidad de los dos proyectos y la presencia de Subiza en tanto ideólogo de ambas legislaciones demostró que las provincializaciones fueron pensadas en forma conjunta con las transformaciones en el sistema electoral.

Que Chaco se convirtiera en provincia, no fue simplemente un gesto del gobierno nacional hacia una población durante años marginada. Felipe Gallardo[13], dirigente del

12 Román Subiza, nació en San Nicolás el 5 de agosto de 1913. Se graduó de abogado Ingresó a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires en 1934. Adhirió a la Unión Cívica Radical. En 1946, al asumir la presidencia el general Perón, ocupa el cargo de Secretario de Asuntos Políticos. Esta dependencia sería elevada luego a la categoría de ministerio. En dicha función impulsó la modificación del sistema electoral establecido en la Ley Sáenz Peña, por el "método de las Circunscripciones Uninominales" mediante la llamada "ley Subiza" que al ser aplicado en las elecciones de noviembre de 1951.

13 Felipe Gallardo (1915-1996) fue el primer Gobernador constitucional de la provincia del Chaco (1953-1955). Gobernó entre el 4-6-1953 y el 20-09-1955. En ese período de 2 años y 3 meses, fueron creadas 42 escuelas en todo el territorio chaqueño Asimismo ordenó expropiar tierras improductivas

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

Sindicato Único de Agricultores del Chaco con sede en Zapallar (hoy Gral. San Martín) llevó a cabo una campaña de concientización, recolección de firmas y reunión de datos estadísticos sobre la situación económica y social del Chaco a fin de elevar un petitorio al Gobierno Nacional para lograr la provincialización. En ese sentido tuvo el respaldo de Eva Duarte de Perón. Evita, como cariñosamente la llamaba su pueblo descamisado, elevó un petitorio al presidente señalando que ya "no es posible demorar el justo clamor de aquellos territorios. Han llegado a la mayoría de edad y es necesario de una vez por toda hacerles justicia".

Mientras el proyecto de provincialización era tratado en el Congreso se aprobaron la ley electoral y el censo de 1947, dos elementos claves para los siguientes comicios nacionales y que, para el caso de los territorios nacionales, determinaba la elección de delegados con voz, pero sin voto en la Cámara de Diputados. Es durante el proceso de discusión, que Eva Duarte de Perón presentó una nota en el Senado de la Nación el 21 de junio de 1951, como presidente del Partido Peronista Femenino, en la que solicitaba la provincialización del Chaco y de La Pampa, ya que ambos territorios contaban con recursos propios, como para constituir una unidad económica autónoma; y además, población como para trabajar sus tierras y explotar sus riquezas, y cultura cívica. Probablemente, el factor determinante fue la acción del sector gremial, atento que los sindicatos chaqueños, liderados por Carlos Gro, amigo personal de Eva, se habían convertido en un respaldo seguro para lograr una organización provincial.

Finalmente, por la ley 14.037 sancionada el 20 de julio de ese año 1951 y promulgada el 8 de agosto de 1951 se provincializaron los territorios de La Pampa y Chaco. Se destituyeron los gobernadores de los ex Territorios Nacionales, quienes, hasta que no se constituyeran las autoridades provinciales, serían reemplazados por comisionados

para destinarlas al bien público. Fue el primer gobernador obrero que tuvo la Argentina. Fue apoyado por más del 90% del electorado, obteniendo 124.865 votos. No dudó en enfrentarse a grandes emporios económicos como el de la empresa Bunge y Born en defensa de los intereses provinciales.

Había sido un dirigente obrero, de vieja tradición militante en el yrigoyenismo y contra la empresa británica La Forestal, consideraba que la población ya estaba madura para hacerse cargo de su propio destino y dejar de depender del Ejecutivo nacional.

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

federales. El Chaco y La Pampa habían entrado en un momento de transición: ya no eran territorios, pero aún no se encontraban organizados como provincias.

Según MAYRA MAGGIO (2012; 242-243) con el peronismo fueron promovidos importantes avances en la conquista de la ciudadanía social y política, la integración de vastos sectores y la territorialización de la política, proceso en el cual la organización gremial —y no la estructura partidaria— tuvo un papel protagónico. La causa de este fenómeno se produjo por la ruptura con la tradición sindical pre-peronista, al establecerse una Delegación de la Secretaría de Trabajo y Previsión que se ocupó de mediar en los conflictos obreros, controlar la aplicación de las leyes laborales, acelerar los trámites en los casos de accidentes de trabajo y realizar visitas por todo el territorio para difundir la legislación del trabajo.

En el Chaco, la delegación regional de la C.G.T. había ocupado un lugar central: intervino en las gestiones de los gobiernos territorianos y fue considerada legítima vocera de la opinión pública del territorio ante el gobierno nacional y lideró manifestaciones políticas, tales como las que pedían la reelección de Perón.

4.2. Proceso constituyente

Conjuntamente con las elecciones presidenciales de noviembre de 1951, señala Martha RUFFINI (2007:143) en las que participaron por primera vez los habitantes de los territorios y que consagraron la fórmula Perón-Quijano, se eligieron los convencionales constituyentes de las dos nuevas provincias.

En el Chaco se presentó el Partido Justicialista, la Unión Cívica Radical, el Partido Comunista, el Partido Socialista y el Partido Demócrata Progresista. La totalidad de los convencionales electos fue peronista, con un 80% de los votos. En cuanto a la composición, ocho convencionales representaban al sector gremial y siete al sector político. De esta manera, la C.G.T. local mantenía su papel preponderante dentro del proceso.

La Convención había sido convocada por el decreto Nº 25.538 del 14 de diciembre de 1951, iniciando sus sesiones el 17 del mismo mes y año. Integraron la mesa directiva, como presidente, el Dr. Julio Franco de Nicola y el dirigente obrero José Demetrio Sepúlveda como vicepresidente. Fueron designados secretarios los señores Policarpo Acosta y Pedro César Tavella, el primero de extracción gremial y el segundo de origen político. A la hora 2

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

y 20 del 22 de diciembre de 1951 la Convención finalizó su cometido, y los convencionales prestaron juramento a la Constitución sancionada.

Más allá de los aspectos formales de la Convención, cuando nos involucramos en el texto de la Constitución, ya en el preámbulo comienza con una novedad: "Nos, los representantes del pueblo trabajador de la Provincia" y no el común: "Nos, los representantes del pueblo" característico de las constituciones impregnadas del espíritu de la Revolución Francesa. La apelación específica al pueblo trabajador indicaba el carácter específicamente justicialista, pues una de las verdades del justicialismo -el número cuatro- reza: "No existe para el Justicialismo más que una clase de hombres: los que trabajan. Surge también del Preambulo la invocación a Dios y mencionaba, entre sus objetivos, afianzar "una nación socialmente justa, económicamente libre y políticamente soberana".

En el cuerpo del texto constitucional, en el inicio se encontraba una Sección Primera con cinco capítulos: "Declaraciones generales, derechos, deberes y garantías", "Derechos del trabajador, de la familia, de la ancianidad y de la educación y la cultura", "Educación e instrucción", "Función social de la propiedad, régimen económico y de los servicios públicos" y "Salud pública"; y una Sección Segunda sobre el "Régimen electoral".

Entre algunas de sus disposiciones, en el artículo 23 se estableció que "La propiedad privada tiene una función social y, en consecuencia, estará sometida a las obligaciones que la Ley establezca con fines de bien común. Incumbe al Estado Provincial fiscalizar el destino, la distribución y el manejo de la tierra rural y de los bosques de su propiedad con el objeto de desarrollar e incrementar su rendimiento en interés de la comunidad y procurar a cada productor rural o familia de productores rurales la posibilidad de adquirir en propiedad la tierra que trabaja".

En el ámbito del poder judicial se crea el juicio mediante jurado[14], los tribunales del trabajo, la indemnización para procesados inocentes y la asistencia a la familia de la víctima y del penado, en el caso de tratarse de obreros. En cuanto al gobierno municipal, el

14 En la institución judicial del "Jurado" sus miembros no eran letrados y debían integrar las asociaciones profesionales. Intervenían en causas criminales "contra la vida, lesiones gravísimas, violación, corrupción y prostitución; contra la libertad, robo con homicidio y robo calificado, contra la seguridad pública y contra los poderes públicos y el orden constitucional provincial".

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

gobernador designaba al intendente de Resistencia, en tanto que para ser candidato a concejal se debía pertenecer a una asociación profesional.

En cuanto a los antecedentes para la elaboración de la Constitución del Chaco, en el año 1951 visitó el país el dirigente sindical yugoslavo Takel Rusel[15], acompañado por el politólogo Jovan Djordjevich[16], quienes se entrevistaron con sus dirigentes de la C.G.T. y con Eva Perón, a quienes explicaron el sistema constitucional yugoslavo cuyo rasgo distintivo era la participación de los trabajadores en el poder legislativo. Cabe destacar que había una diferencia fundamental entre las dos constituciones: la yugoslava sostenía el partido único en tanto que la chaqueña reconocía la pluralidad de partidos.

Pero indudablemente, fue Evita quien dio el mayor impulso político a esta novedosa Constitución afirmando: "[e]stos representantes (los del listado social) hablarán por la

15 Edvard Kardelj (1910-1979) fue uno de los principales dirigentes de la Yugoslavia titoísta. De origen esloveno, participó en la II Guerra Mundial como partisano de Josip Broz "Tito". Posteriormente con la instauración del Estado comunista se desempeñó como uno de los máximos dirigentes del país (Ministro de Relaciones Exteriores y Presidente del Parlamento yugoslavo), se lo considera uno de los principales ideólogos del sistema de autogestión que le dio cierta especificidad al sistema socialista yugoslavo.

16 Jovan Djordjević, fue politólogo y jurista, quien se desempeñó principalmente como asesor y mano derecha del dirigente Edvard Kardelj, especialmente en lo relacionado con la elaboración de las diversas constituciones que rigieron en la Ex Yugoslavia durante sus 46 años de vida. Así fue como participó activamente en la redacción de la primera constitución de 1946, la cual fue un calco de la soviética. Posteriormente se elaboraron las versiones de 1953, 1963 y 1974, en las cuales también participó Djordjević. La de 1974 fundó nuevos principios de estatalidad al fortalecer el papel de las repúblicas y las provincias autónomas, imprimiéndole un marcado énfasis federalista. También se desempeñó como Presidente de la Corte Constitucional de Serbia entre 1971 y 1979. La Constitución del Chaco se inscribe en las conceptualizaciones elaboradas por Jovan Djordjević, como por ejemplo el concepto de "Federalismo polivalente"; el cual sería un sistema factible de adecuar los intrincados y numerosos intereses que un individuo puede tener, a través de privilegiar su inserción grupal o colectiva. Dicho argumento se basa en que la sociedad humana se encontraría atravesando una fase de transición entre el federalismo "tradicional" (territorial y político), hacia una nueva forma de federalismo, social, funcional y participativo.

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

propia boca del territorio. Serán la voz de la tierra, directa y clara. Dirán lo que saben con pleno conocimiento de causa y pedirán lo que en justicia necesitan" (citado en BUELA, 2007).

4.3. La representación

Las comunidades nunca se han formado por individuos, sino que siempre se constituyeron a través de un conjunto orgánico de familias o de otros grupos naturales (organizaciones libres del pueblo). Ello fue el resultado de un proceso histórico y no de un contrato social. Es que el hombre es un *zoón politikon*, un animal político, según la expresión tantas veces repetidas del viejo Aristóteles. El hombre por naturaleza se constituye en comunidad. Y es en esas instituciones de la comunidad, denominadas cuerpos intermedios que están ubicados entre la familia y el Estado, en donde el hombre tiene sus intereses y estos son los que deben de ser representados delante del poder político. Estas organizaciones que el pueblo se da libremente para defensa de sus intereses más concretos y específicos son de dos tipos: territoriales (el municipio, las asociaciones vecinales, etc.) o funcionales: (profesionales, empresarias, sindicales, culturales, deportivas, etc.). La representación política orgánica está entroncada con los intereses particulares de las organizaciones intermedias y de los individuos que pertenecen a dichas instituciones. El diputado ya no se atribuye ser el representante de "la voluntad general", ni de los individuos, ni peor aún de "los partidos" en la degeneración de la democracia, sino de los intereses de cada una de las esferas esenciales de la sociedad, con lo cual se evita que uno (el representante) esté simplemente en el lugar del otro (el representado), sino que el interés mismo está efectivamente presente en los diputados representantes. Esto lo dijo Hegel en 1831, razonando con total libertad, claridad y sabiduría (BUELA, 2007:30-31).

Por un lado, el poder representa a la sociedad y por otro, la sociedad, en este caso la comunidad, se representa junto o ante al poder. En el primer caso la sociedad es representada por la autoridad, en el segundo caso, ella se representa delante del Estado como una realidad existencial. Así el poder representa a una sociedad política en cuanto que constituye una unidad en el Estado, pero la sociedad se representa delante del poder en cuanto multiplicidad de organizaciones. En la representación partidaria se procura dar representación a varias corrientes de opinión y a las minorías en la representación proporcional. En la representación orgánica se tienen en vista los intereses de las organizaciones que componen la comunidad.

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

Pero como el centro de decisión política es siempre el poder, la simple existencia de cuerpos intermedios no basta para lograr las reivindicaciones sociales, el pueblo aspira también a influir en las decisiones políticas, en una palabra, a participar del gobierno y para ello es necesario que las organizaciones libres del pueblo tengan, como los partidos políticos, representación política en la Asamblea o Congreso nacional.

En orden a lo glosado, podemos encontrar a la primera experiencia histórica con la república socialdemócrata de Weimar en 1919 con la incorporación del Consejo Económico Nacional compuesto por los cuerpos intermedios y cuya función era emitir dictamen preceptivo sobre los anteproyectos de leyes del Estado. Contrariamente a lo que comúnmente se afirma, la Italia fascista no fue ninguna experiencia de representación orgánica porque anuló, lisa y llanamente, la representación política y adulteró o, mejor aún, desnaturalizó la doctrina corporativista que durante el siglo XIX y principios del XX, los pensadores sociales católicos como La Tour du Pin, Albert de Mun y Vogelsang habían elaborado y opuesto al liberalismo de la Revolución Francesa.

Una segunda experiencia es la plasmada en la constitución yugoslava de 1948, en la época de Josip Broz ("Tito"), donde la Asamblea Popular Federal estaba compuesta por dos cámaras: el consejo federal y el consejo de productores, unos llevaban la representación política y los otros la representación económica. Los primeros eran elegidos por todo el pueblo y los segundos por los miembros de las diferentes y múltiples cooperativas.

Una *tercera experiencia se produjo con la experiencia constitucional del Chaco donde se establece el voto profesional o sindical*, el cual tenía por objeto, como relata en su informe el gobernador Felipe Gallardo, la formación de una comunidad organizada. Era un incentivo para que el pueblo del Chaco se organizara por sectores y con el voto de los afiliados contaran con una representación directa en la Cámara de diputados. El artículo 118 de la Constitución provincial así lo preveía y así se hizo hasta el golpe de Estado de 1955 que lo derogó.

En los debates del '49 y del '51 se concebía al poder como representando a una sociedad política en cuanto que constituye una unidad en el Estado, pero también a la sociedad representándose delante del poder en cuanto multiplicidad de organizaciones. En los debates de la Constituyente de 1949 quedará planteado el tema, pero recién dos años

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

después, en la Constitución del Chaco surge, como su rasgo fundamental el hecho, desde bases democráticas, la modificación del régimen de representación política.[17]

Si bien la Constitución del Chaco recogió las disposiciones de carácter económico y sociales incluidas en la Constitución del '49, existe entre estas dos constituciones una diferencia sustancial, pues la del '49 no llega a modificar el régimen de representación demoliberal respetando el monopolio que ejercen los partidos políticos en dicho campo, mientras que la del Chaco, lo hace.

Los artículos 33[18] y 118 son los que regulan y establecen la modificación de la que hablamos. En ellos se establece que habrá una cámara de representantes compuesta por 30 miembros (el Chaco tenía en la época 450.000 habitantes), la elección de 15 representantes provenientes de los listados de los partidos políticos será a pluralidad de votos y por todo el pueblo, y la elección de los otros 15 representantes, también a pluralidad de sufragios, pero solo votada y compuesta por los ciudadanos que pertenezcan a las entidades profesionales.

El Chaco fue dividido en quince distritos electorales para que estuviera representado, además, todo el territorio, sin "departamentos de segunda", como era el caso de los más alejados de la capital provincial. Tengamos presente que la política es una actividad, antes que nada, urbana —de ahí proviene el término *polis*— más que rural. Fue así una forma de descentralización de la actividad política. Cabe destacar que esta novedosa

17 La Constitución de Baviera de 1946, en su artículo 34, establece que "el senado es la representación de las agrupaciones sociales, económicas, culturales y municipales del país". Dicho artículo fue derogado en la reforma de 1998.

18 Artículo 33: "El Poder Legislativo se ejercerá por una Cámara de Representantes cuyo número será de uno por cada 14.500 habitantes o fracción que no baje de siete mil quinientas. Después de la realización de cada censo general, la Legislatura fijará la representación con arreglo a aquél, pudiendo aumentar, pero no disminuir el número de legisladores. La mitad de la representación será elegida por el pueblo de la provincia, dividida ésta en tantas circunscripciones como número de legisladores componga esa mitad. La otra mitad de los representantes será elegida por los ciudadanos que pertenezcan a las entidades profesionales que se rigen por la ley de asociaciones profesionales, debiendo estar integrada la lista de candidatos con miembros de dichas entidades, dividida igualmente la provincia en tantas circunscripciones como número de legisladores compongan esa mitad".

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

disposición constitucional no fue pensada como un reemplazo de los partidos políticos sino más bien como una profundización de la democracia.

Se trataba, según describe Roberto de Jesús ZALAZAR (219) de una forma de participación sindical o profesional en uno de los poderes del Estado. Muchos criticaron este sistema, pero era parte del programa de Perón, el que tenía por objeto la formación de una comunidad organizada, la organización del pueblo. No se trataba de un privilegio era un incentivo para que la gente se organizara por sectores. Porque tanto derecho tenía el obrero organizado como el profesional organizado. Porque es distinto dialogar con un grupo de mecánicos o un grupo de abogados que hacerlo con representantes de sus organizaciones. Y así por medio del "voto sindical" ellos contaban con una representación directa en la Cámara de Diputados. Por eso se estableció: el voto del ciudadano y el voto sindical o profesional. Entonces si usted estaba afiliado a una entidad que integrara la Confederación General del Trabajo, la Confederación General de Profesionales o la Confederación General Económica, usted tenía derecho al "doble voto".

Fue así que esta Constitución del Chaco fue conocida en su época como "la del doble voto". El voto por el listado de los partidos políticos y el voto por el listado social. Si bien esto generó ciertas críticas por el privilegio que implicaba, sin dudas, este mecanismo refleja la mayor dimensión participativa que el pueblo trabajador haya tenido en la historia argentina.

Para los defensores de esta innovación constitucional, su intención fue poner al alcance del pueblo trabajador (obreros, empleados, industriales, comerciantes, profesionales, trabajadores de cualquier rama y oficio) la representación parlamentaria sin tener que subordinarse a las oligarquías partidarias que normalmente manejan los partidos políticos.

5. Conclusiones

El cambio epocal que antecedió a la Constitución de 1949 fue singular, no solamente por la inédita circulación y producción de ideas y obras emergidas de la cultura popular que se operó en toda nuestra América, sino por la excelencia y el compromiso de mujeres y hombres concretos que encarnaron posteriormente muchas de aquellas aspiraciones para transformarlas en realizaciones específicas.

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

De esta forma, a diferencia del iluminismo constitucional apriorístico que había nutrido el texto de 1853-60 presuponiendo que la razón era capaz de construir *ex ante* una nueva realidad; contrariamente la Constitución de 1949 fue un instrumento jurídico elaborado para dar cuenta de una comunidad dispuesta a autorredefinirse sobre sus propios cimientos.

En esta línea de razonamiento, mal podemos considerar a la norma constitucional de 1949 como encuadrada dentro de lo que se conoce como constitucionalismo social clásico y que suele representarse en los modelos constitucionales de la República de Weimar de 1919 y de la Constitución mexicana sancionada en 1917; que más allá de tener coincidencias, la matriz filosófica hundía sus raíces en el ideario justicialista de tercera posición y comunidad organizada. De esta forma, la Constitución de 1949 reconocerá derechos preexistentes, que serán llevados al cuerpo normativo fundamental a partir de una extraordinaria labor colectiva liderada por Arturo Sampay.

El anhelo de Perón era aspirar a consagrar un instrumento constitucional, para regir el destino nacional con un sentido de grandeza fundado en la justicia social apareada a un autosostenido desarrollo socioeconómico y a un espíritu comunitario de amplia resonancia en el concierto de los pueblos hermanos. Su intención era expresar un género único, una constitución revolucionaria, instaurada atendiendo a una tradición del discurso constitucional federal y sin preceptos declamativos.

Es la Constitución Nacional de 1949 conocida por la inclusión de disposiciones de carácter económico y social, y sin lugar a dudas ahí radica su fuerza. En este sentido, es el punto de inicio de una forma de concebir al constitucionalismo en otra clave, en clave situada, en clave comunitaria a pesar de no haber modificado el régimen de representación parlamentaria demoliberal.

En el desarrollo del ensayo se pudo vislumbrar como la Constitución de 1949 significo un cambio significativo con una forma de comprender el relato constitucional, pero recién con la Constitución del Chaco de 1951, ese constitucionalismo al que denomino como *constitucionalismo comunitario,* llegaría a su mayoría de edad, ya que planteó un camino nuevo a explorar, que lo diferenciaba del corporativismo de Estado, típico del fascismo y que en sentido contrario proponía una nueva forma de participación, idea medular del justicialismo, donde las *organizaciones libres del pueblo*, creadas libremente de abajo hacia

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

arriba y sin intervención del estado, tomaban un rol protagonismo en lo económico e institucional.

Referencias

ALBERNI, C. (1994) "Problemas de historia de las ideas filosóficas en la Argentina". Buenos Aires, Secretaria de Cultura de la Nación.

BIDART CAMPOS. G. (1964). *Derecho Constitucional*, tomo I. Buenos Aires, Ediar.

BUELA, A. (2007) *Notas sobre el Peronismo*. Buenos Aires, Editorial Grupo Abasto.

BUKOVAC, C. (2016) "Las ideas y proyectos corporativistas en la Argentina del siglo XX", en [https://rephip.unr.edu.ar/handle/2133/6489?show=full] (consultado el 12 de enero de 2019.

CHAVÉZ, F. (1950) "Prólogo a Conozcamos nuestra Constitución", en *Conozcamos nuestra Constitución*. Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, Adrifer Libros.

CIMATTI, R. y CINQUERGRANI, M. (2011) "Territorios nacionales Patagónicos y centralismo. De gobernaciones a provincias 1901-1958", en *Los territorios nacionales australes en la historia constitucional argentina. El caso de Tierra del Fuego*. Bahía Blanca, Universidad Nacional del Sur.

DALLA VÍA, A. (2011) *Historia constitucional argentina. Manual de Derecho Constitucional*. Buenos Aires, AbeledoPerrot.

Ferreyra, R. (2017) "Sobre la paz y la justicia social, Homenaje a Arturo Sampay", en *REDEA. DERECHOS en ACCIÓN*, año 2, número 3, sección especial.

GÁLVEZ, J. (1987) *Revisionismo histórico constitucional*. Buenos Aires, Ed. Celcius.

GARCÍA PELAYO, M. (1964). *Derecho Constitucional Comparado*. Madrid, Rev. De Occidente.

GONZÁLEZ ARZAC, A. (s/f) "La constitución de 1949", en [http://www.magicasruinas.com.ar/revistero/argentina/la-constitucion-de-1949.htm], consultado el 23 de febrero de 2018.

— (2008). *Filosofía constitucional argentina*. Buenos Aires, Alberto Verdaguer Editor.

— (2016) *La Constitución Justicialista de 1949*. Buenos Aires, Ed. Fabbro

HEREDIA, J. (2011) "A la memoria de Arturo Sampay", en [http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/a-la-memoria-de-arturo-sampay], consultado el 21 de enero de 2019.

LASALLE, F. (1964) *¿Qué es una Constitución?*. Buenos Aires, Siglo Veinte.

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

LEGÓN, F. (1948) "Mutabilidad e inmutabilidad constitucional", en AAVV, *Reforma de la Constitución Argentina*. Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires: Acción Social.

MAGGIO, M. (2012) "El peronismo en el Chaco. Una aproximación a sus orígenes", en Leoni, M. y Solís Carnicer, M. (comp.). *La política en los espacios subnacionales. Provincias y Territorios en el nordeste argentino (1880-1955)*. Rosario, Prohistoria.

PERÓN, J. (1948) "Discurso del Excmo. Señor Presidente de la Nación General Juan Perón propalado a todo el país desde su despacho de la Casa de Gobierno el viernes 3 de setiembre de 1948", en SAMPAY, A. (1975) *Las constituciones de la Argentina (1810/1972)*. Buenos Aires, Eudeba.

— (2015) *La comunidad organizada*. Buenos Aires, Ed. Fabbro.

PESTANHA, F. (2015) "La Constitución de 1949 como producto histórico-cultural", en CHOLVIS, J. *et al.* (comp.) *La Constitución de 1949 - Vigencia de sus principios básicos y consecuencias de su derogación*. Buenos Aires, Honorable Cámara de Diputados de la Nación.

RAMELLA, P. (1982) *Derecho Constitucional*. Buenos Aires, Depalma.

RUFFINI, M. (2007) "La consolidación inconclusa del Estado: los Territorios Nacionales, gobernaciones de provisionalidad permanente y ciudadanía política restringida (1884-1955)", en *Revista SAAP*, volumen 3, número 1.

SAMPAY, A. (1944) *La filosofía del Iluminismo y la Constitución Argentina de 1853*. Buenos Aires, Depalma.

— (1949) "Informe del convencional constituyente Arturo Sampay para la reforma constitucional de 1949, 8 de marzo de 1949", en Altamirano, C. (2007) *Bajo el signo de las masas (1943-1973)*. Buenos Aires, Emecé, Biblioteca del Pensamiento Argentino.

— (1958) "Actos políticos no justiciables", en *La declaración de inconstitucionalidad en el derecho uruguayo*. Montevideo, Medina.

— (1974) "La Constitución de 1949 y sus virtudes actuales", artículo escrito mientras se debatía en el Congreso la Ley Agraria y publicado recién nueve años más tarde, en *Revista Reconquista* (1983), número 6, enero-febrero, p. 14.

SELIGMANN SILVA, L. (1949) en AAVV *Encuesta sobre la revisión constitucional*. Buenos Aires, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

ZALAZAR, R. (2002) *El Chaco: del territorio nacional a la provincia autónoma.* Resistencia, Ed. Del Autor.

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

EN LETRA - año VI, números 11-12 (2019)
pp. 42-67

EL JUICIO POR JURADOS Y LA "INTEGRIDAD JUDICIAL"
UNA REFLEXIÓN A PROPÓSITO DEL MODELO LEGAL DE JURADOS ADOPTADO EN LA PROVINCIA DEL CHACO*

Hernán Darío GRBAVAC*[1]

Fecha de recepción: 18 de febrero de 2019
Fecha de aprobación: 22 de julio de 2019

Resumen

En la provincia del Chaco, de igual modo que en Buenos Aires o Neuquén, se ha implementado el modelo anglosajón de jurados legos para el juzgamiento de algunos delitos penales. Tales iniciativas se fundamentan en la necesidad de dar cumplimiento a un mandato constitucional de hace más de 150 años. Sin embargo, desde la sanción de la Constitución Nacional de 1853-60, tribunales provinciales y la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación han consolidado una línea jurisprudencial que sostiene que la Constitución argentina también recoge entre sus garantías la de que las sentencias sean

* Una versión previa y más breve de este trabajo fue expuesta en la conferencia "Juicio por Jurados: el modelo legal de Jurados en el Chaco y la Integridad Judicial", que dictara en la ciudad de Villa Ángela, Chaco, en el marco de la Jornada de Reflexión y Debate "Derecho Procesal Penal. Cuestiones actuales", organizada por la Asociación de Magistrados y Funcionarios Judiciales de la Provincia del Chaco y el Colegio de Abogados de la III Circunscripción Judicial de la Provincia del Chaco, el 23 de noviembre de 2018. Quiero agradecer al Prof. Nelson R. Pessoa, por motivarme a escribir este artículo, y a los evaluadores anónimos, por sus sugerencias y comentarios.

* [1] Abogado graduado de la Universidad Nacional del Nordeste (UNNE - Argentina). Becario doctoral del CONICET, Instituto de Investigaciones Científicas (Sede Central) en la Universidad de la Cuenca del Plata (UCP – Argentina). Jefe de Trabajos Prácticos de Derecho Penal (Parte General) de la Universidad Nacional del Nordeste (UNNE - Argentina) por concurso. Profesor Adjunto Derecho Penal Parte Especial (UCP).

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

motivadas. Con el presente trabajo, sostendremos que una concepción del derecho como práctica convencional, intemporal, intergeneracional e inacabada permite conciliar la garantía del juicio por jurados con el deber de motivación judicial, preservando simultáneamente la vigencia de una valiosa práctica judicial consolidada y sostenida a través del tiempo.

Palabras clave

Juicio por jurados – precedentes judiciales – práctica del derecho – integridad judicial

JURY TRIAL AND "JUDICIAL INTEGRITY": A REFLECTION ON THE LEGAL MODEL OF JURIES ADOPTED IN THE STATE OF CHACO

Abstract

In the State of Chaco, likewise Buenos Aires or Neuquén, the anglo-saxon model of jury trials has been implemented for the prosecution of some criminal offenses. Such initiatives are based on the need to comply with a constitutional mandate of more than 150 years. However, since the enactment of the Argentine Constitution of 1853-60, provincial courts and the Supreme Court of Justice of the Nation have consolidated the judicial construction of the Argentine Constitution according to which it guarantees that judgments are motivated. Upon the understanding of the law as a conventional, timeless, intergenerational and unfinished practice, it is argued that the guarantee of jury trial must proceed in accordance with the duty of judicial motivation, while preserving the validity of a valuable consolidated judicial practice sustained through time.

Keywords

Jury trial - stare decisis – judicial integrity

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

1. Introducción

Con el presente trabajo defenderemos la tesis de que existe una relación entre el modelo legal de jurados adoptado en la provincia del Chaco y la "integridad judicial". Más aún, afirmaremos que el sistema de juicio por jurados instaurado en el Chaco, por la ley 2364-B (antes ley 7661) es contrario a la "integridad judicial".

Ahora bien, esta conclusión exige la aclaración previa de algunas nociones fundamentales, como la idea misma de "integridad judicial". ¿A qué nos referimos cuando utilizamos dicha expresión? Es decir, ¿con cuál de los significados de "integridad judicial" estamos trabajando cuando afirmamos que el régimen legal de jurados adoptado en la provincia del Chaco lesiona la "integridad judicial"? A su vez, ¿en qué sentido es posible que una ley, sancionada por una legislatura provincial, afecte la "integridad judicial"?

Para defender nuestra conclusión procederemos de la siguiente manera. En primer lugar, mencionaremos —amén de otras disposiciones problemáticas— las cláusulas de la ley provincial chaqueña que permiten sostener su contrariedad con la "integridad judicial" (acápite 2). En segundo término, haremos referencia a lo que, a los fines de este trabajo, entendemos por "integridad judicial" (acápite 3). En tercer lugar, analizaremos distintas sentencias del SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DEL CHACO (en adelante, "STJ CHACO") y de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ("CSJN"), lo que permitirá dotar de un contenido concreto a la noción de "integridad judicial" para explicar luego cómo —teniendo en cuenta tales precedentes— la ley provincial chaqueña lesiona la "integridad judicial" (acápite 4). En cuarto lugar, propondremos una manera de conciliar el juicio por jurados —en tanto exigencia contenida en los artículos 24, 75 inciso 12 y 118 de la Constitución Nacional— con la "integridad judicial" (acápite 5). Finalmente, expondremos nuestras conclusiones (acápite 6).

2. El modelo legal de jurados en la provincia del Chaco

La ley 2364-B (antes ley 7661), sancionada en septiembre de 2015, establece el modelo de jurado anglosajón para ciertos delitos penales en la provincia del Chaco. En ese

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

marco, la ley establece que el jurado estará integrado por ciudadanos[1] legos,[2] quienes resolverán sobre la culpabilidad o no-culpabilidad del acusado (art. 6) dictando un veredicto inmotivado (arts. 7, 9, 81 y 92). En el supuesto de que el jurado resuelva que el acusado es culpable o no-culpable por inimputabilidad, le corresponderá al juez a cargo del debate, en una audiencia posterior, fijar el monto concreto de pena —fuera de los casos en que el delito que se juzga tiene prevista una pena única—[3] o la medida de seguridad a aplicarse (art. 91).

La ley es pasible de una serie de incongruencias que la vuelven objeto de censura. Así, y a título de ejemplo, establece, en primer lugar, el juicio por jurados *sólo* para algunos delitos sin que sea posible apelar a algún criterio objetivo que permita explicar el por qué

1 El artículo 11 de la ley 2364-B establece quiénes pueden desempeñarse como jurados: los ciudadanos argentinos o naturalizados con cinco años de ejercicio de la ciudadanía, que tengan entre 25 y 65 años (inc. a), quienes deben tener además los estudios primarios completos y entender plenamente el idioma nacional (inc. b); tener el ejercicio pleno de los derechos políticos y domicilio conocido (incs. c y d) y contando, finalmente, con una residencia mínima en el Chaco de cuatro años (inc. e). Asimismo, el artículo 12 deja sentado quiénes se encuentran inhabilitados para ser jurados: las personas que padecen alguna incapacidad física y/o psíquica suficiente o alguna disminución de los sentidos (inc. a), los fallidos aún no rehabilitados (inc. b), los condenados o aquellos contra quienes se ha elevado a juicio una causa penal (incs. d y c) y quienes figuran como morosos alimentarios en los registros correspondientes (inc. e).

2 El artículo 13 de la ley 2364-B regula las incompatibilidades para ser jurados. A tales efectos, no pueden desempeñarse como jurados: el gobernador, el vice-gobernador, los intendentes (inc. a); quienes se desempeñan como ministros, subsecretarios y directores —o su equivalente— en los Poderes Ejecutivo provincial y municipal (inciso b); los legisladores nacionales y provinciales y los concejales como, asimismo, quienes tienen funciones de director –o su equivalente- en los Poderes Legislativos nacional, provincial y municipal (inc. c); los integrantes de fuerzas de seguridad en actividad (inc. f); y los ministros de algún culto reconocido (inc. g). Tampoco pueden actuar como jurados "[l]os magistrados y funcionarios del Poder Judicial y del Ministerio Público Fiscal, Pupilar o de la Defensa Pública" (inc. d); "[l]os abogados, escribanos y procuradores, en ejercicio, y los profesores universitarios de disciplinas jurídicas o de medicina legal" (inc. e); el Fiscal de Estado, el Contador y Tesorero General, el Fiscal de Investigaciones Administrativas (y otros funcionarios de rango similar), los miembros del Tribunal de Cuentas provincial y los defensores del pueblo (inc. h).

3 Conformados por los delitos que tiene prevista la pena de reclusión o prisión perpetua que, conforme al artículo 2 inciso a) de la ley 2364-B, deben ser juzgados por jurados.

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

de la selección (como lo sería, por el contrario, establecer el juicio por jurados para los delitos sujetos a competencia de las Cámaras del Crimen). En ese marco, el artículo 2 de la ley enumera entre los delitos que "[d]eberán ser juzgados por jurados" las siguientes figuras penales, tanto en su modalidad consumada como tentada: las que tienen prevista en el Cód. Penal una pena de reclusión o prisión perpetua (inc. a); las figuras de homicidio simple, homicidio en estado de emoción violenta, homicidio preterintencional y homicidio con motivo u ocasión de robo —arts. 79, 81 y 165, Código Penal de la Nación (en adelante, "CPN")— (inc. b); los delitos de abuso sexual agravado por acceso carnal y los agravantes de este último delito y del delito de abuso sexual agravado por resultar gravemente ultrajante —arts. 119, 3er y 4to párr., CPN— (inc. c); las figuras agravadas de corrupción de menores —art. 125, 2do y 3er párr., CPN— (inc. c) y todos "los delitos conexos que con ellos concurran". Como podrá observarse, la redacción del artículo 2 plantea varios inconvenientes. En primer lugar, un acusado, por algún delito no incluido en el listado de las figuras que admiten ser juzgadas por jurados, bien podría plantear que se siente discriminado de manera irrazonable y, por lo tanto, que no se lo trata de manera igual *vis a vis* a otro imputado de haber cometido alguno de los ilícitos que, por el contrario, dan lugar al juicio por jurados. En ese marco, bien podría esgrimirse que la ley afecta el principio de igualdad, ya que establece una distinción que importa una persecución o privilegio indebido para personas o grupo de personas;[4] en este caso, entre quienes son acusados en una causa penal. Esta discriminación que atenta contra el principio de igualdad queda aún más en evidencia si se repara que el artículo 1 declama que la ley 2364-B "tiene por objeto establecer el juicio por jurados, en cumplimiento de los artículos 5°, 24, 75-inciso 12), 118, 122, 123 y 126 de la Constitución Nacional (1853-1994)". Es decir, la ley se ampara, entre otras disposiciones, en el artículo 118 de la Constitución argentina, el que deja sentado que "[t]odos los juicios criminales ordinarios, que no deriven del derecho de acusación concedido a la Cámara de Diputados terminarán por jurados". Como la expresión "todos" no está atravesada por ninguna ambigüedad, vaguedad u oscuridad semántica, la norma del artículo 118 no constituiría uno de los "casos difíciles" (HART, 2009 [1961]) que, en cuanto tales, hacen posible más de una interpretación, lo que permitiría concluir que el jurado sólo puede establecerse para todos los delitos vigentes.

4 CSJN en *Fallos*: 254:204; 299:146; 300:1049 y 1087; 302:457, entre otros. Véase también CSJN *in re* "Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Motor Once S.A.C.eI. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", sentencia del 09.05.1989.

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

Sin embargo, podría explorarse la posibilidad de que algunos delitos no sean juzgados por jurados, apelándose al argumento de que el artículo 118 habla de "juicios criminales", lo que bien puede ser entendido en un sentido técnico: como juicios que deben tramitarse ante las Cámaras del Crimen en función de la pena con la que está conminado el delito en cuestión,[5] y no ante los Juzgados Correccionales; lo que, asimismo, está en sintonía con las amplias facultades que la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN le reconoció al Congreso Nacional en la tarea de implementación del juicio por jurados.[6]

Sin perjuicio de lo anterior, no obstante, la ley 2364-B no acude a un criterio objetivo como el determinado por el monto de pena previsto para cada delito sino, por el contrario, incluye dentro del artículo 2 tanto a figuras penales reprimidas con pena de reclusión o prisión perpetua (inc. a) y con penas de hasta 25 años de prisión (inc. b), como también a delitos conminados con hasta seis años de reclusión y tres años de prisión —como los casos del homicidio en estado de emoción violenta y del homicidio preterintencional (art. 81, CPN)— (inc. b).

Por otro lado, la referencia legal de que "los delitos conexos", que concurran con los enumerados en el artículo 2 deben juzgarse a través de jurados no resuelve el problema ya que, al fin de cuentas, no existe un criterio objetivo que permita justificar por qué el delito de abuso de armas (art. 104, CPN) debe ser juzgado por jurados si el debate se inicia con una acusación por una tentativa de homicidio simple (arts. 79 y 42, CPN), en un caso en el que la defensa alega un desistimiento voluntario (art. 43, CPN) del homicidio y, en cambio, se niegue la intervención del jurado cuando se investiga sólo un robo con armas de fuego cuya aptitud para el disparo pudo ser acreditada (art. 166, inc. 2, 2do párrafo, CPN) en un supuesto en el que la defensa reconozca el abuso de armas pero niegue el robo. De otro modo, la apelación a los "delitos conexos" introduce la posibilidad de que *otros* delitos —en la medida en que hayan sido cometidos junto con los previstos en el artículo 2— deban tramitarse a través de un jurado pero no resuelve el criterio de selección que determinó el contenido del artículo 2.

5 En el Chaco, los delitos de acción pública con una pena superior a los cinco años de prisión (arts. 41 y 45, Código Procesal Penal de la Nación).

6 CSJN *in re* "Don Vicente Loveira, contra don Eduardo T. Mulhall, por injurias y calumnias, sobre competencia", sentencia del 07.12.1911, en *Fallos:* 115:92.

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

En segundo lugar, la ley 2364-B también presenta incongruencias respecto a las facultades de la (presunta) víctima en el proceso penal. Así, aquélla —que incluso está facultada a privatizar la acción penal pública en el Chaco—[7] puede recurrir una sentencia absolutoria cuando el juicio se sustancia ante jueces técnicos, pero carece de ese derecho cuando la absolución provenga de un veredicto de no-culpabilidad emitido por un jurado, salvo los casos en que pueda alegarse que la decisión de este último obedeció a un caso de soborno (art. 89, ley 2364-B). De otro modo, una (presunta) víctima constituida en querellante de los delitos de homicidio culposo, abandono de personas, robo o estafa puede recurrir la sentencia que absolvió al acusado, facultad de la que carece si es (presunta) víctima de un homicidio doloso, de un homicidio en ocasión de robo, de una violación o de las demás ofensas enumeradas en el artículo 2 y en los "delitos conexos". Como puede observarse, no hay ningún argumento que objetivamente permita explicar por qué sólo algunos delitos dan derecho al recurso cuando se determina la no-culpabilidad de un acusado al finalizar un debate. En este marco, la apelación a la idea de un "juicio criminal" —con el sentido que le hemos acordado anteriormente a esta expresión— hubiera permitido también aquí encontrar un criterio no arbitrario que pudiera explicar la restricción del legislador respecto a las facultades recursivas de las (presuntas) víctimas, un criterio que asimismo estaría en consonancia con la restricción que el Código Procesal Penal del Chaco (en adelante, "CPPCh") (art. 425, último párr.) impone a la actividad acusatoria de la (presunta) víctima en los juicios correccionales por delitos de acción pública.[8]

Personalmente, creemos que las actuales facultades que se le reconocen al querellante particular en nuestros procesos penales son problemáticas, dado que ellas sólo pueden ser explicadas como derivación de una teoría retributiva tradicional de la pena *aggiornada* que sujeta el *ius puniendi* a la voluntad de cada (presunta) víctima, lo que conspira contra la implementación de una política criminal basada en criterios racionales. Atar la persistencia de la pretensión punitiva a los intereses de quien aparece como víctima tiene el deletéreo efecto, además, de sustraerle a la comunidad la posibilidad de justificar y

7 Arts. 10 y 343, CPPCh.

8 Artículo 425 último párrafo, CPPCh: "el Juez Correccional [nunca] podrá condenar al imputado si el Ministerio Público no lo requiere, ni imponer una sanción más grave que la pedida".

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

aplicar el castigo a partir de razones que *trascienden* a la víctima, como aquéllas vinculadas con la defensa de la democracia y los derechos humanos (MALAMUD GOTI, 2016).

Sin perjuicio de lo afirmado, el modelo instaurado por la ley 2364-B profundiza el problema ya que introduce una discriminación irrazonable en perjuicio de las (presuntas) víctimas de determinados delitos (las figuras enumeradas en el artículo 2 y los "delitos conexos") luego de que la legislación procesal penal provincial les reconociera *en general*[9] amplias facultades recursivas (v. gr., arts. 458, 481 y 482, CPPCh).[10]

En tercer lugar, la ley establece que el jurado no es un derecho del imputado sino una obligación (art. 2) que debe ser observada cuando se juzgue la presunta comisión de los delitos que dan lugar al juicio por jurados. Este criterio que responde a la idea de empoderar a la ciudadanía chaqueña en el ejercicio de la administración de justicia es incompatible, sin embargo, con el hecho de que el juicio por jurados pueda ser dejado de lado, en principio, si el imputado decide hacer uso del juicio abreviado.[11] Dicho de otro modo, si el jurado es obligatorio en los juicios por los delitos enumerados en la ley 2364-B (art. 2) mal puede entonces el fiscal y el acusado —junto con la víctima en los supuestos de delitos en los que se pretenda aplicar una pena superior a ocho años de prisión (art. 426, inc. 3, CPPCh)— acordar renunciar al jurado. En esta línea, el juicio abreviado sólo podría justificarse si se entendiera que el jurado es un *derecho* del imputado[12] que, en cuanto tal, podría ser ejercido (o no) por este último, del mismo modo que la abstención de declarar es una facultad que puede ser dejada de lado, v. gr., si el imputado decide confesar voluntariamente un delito.

9 Fuera de la excepción del artículo 425, último párrafo, CPPCh, cit. en nota n° 10.

10 Art. 458, CPPCh: "[e]l querellante particular podrá recurrir en los mismos supuestos y por los mismos medios que por este Código se le acuerda al Ministerio Público". Art. 481, CPPCh: "[e]l Ministerio Público podrá impugnar: 1) Las sentencias de sobreseimiento confirmadas o dictadas por las Cámaras. 2) Las sentencias absolutorias, siempre que hubiere requerido la imposición de una pena. 3) Las sentencias condenatorias…". Art. 482, CPPCh: "[e]l querellante particular podrá impugnar las sentencias mencionadas en el artículo anterior".

11 Arts. 426-430, CPPCh.

12 Como lo sostiene, v. gr., HENDLER (2006).

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

En cuarto lugar, la ley tampoco permite explicar satisfactoriamente por qué, si la idea del jurado responde a que la ciudadanía decida sobre la culpabilidad o no-culpabilidad de un acusado, no se establece un tribunal de jurados con facultades para controlar el veredicto condenatorio del jurado que intervino en el debate, tal como sucede en Francia desde el año 2000[13]. En esta línea, la ley chaqueña es coherente con el modelo constitucional de 1853, que no aseguraba la garantía del "doble conforme"[14] a diferencia de lo previsto en la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, la "CADH") (art. 8.2 h).[15] En otros términos, si el "doble conforme" es una garantía constitucional desde 1994 y si el juicio por jurados se justifica como una garantía del acusado *y* un derecho de la ciudadanía para administrar justicia, también un tribunal conformado por jurados debería ser el encargado de revisar o controlar un veredicto de culpabilidad dictado por un jurado.

En quinto lugar, la ley 2364-B también presenta problemas en términos de la garantía del *nen bis in idem* cuando, en los supuestos de "jurado estancado", establece —si así lo decide "el acusador"—[16] la realización de un nuevo juicio contra el mismo acusado y por los mismos hechos (arts. 87 y 88). De otro modo, la ley 2364-B exige la unanimidad como regla de decisión del jurado, tanto para condenar como para absolver al acusado (arts. 81, 86, 87 y 88). Sin embargo, "[cuando] el jurado no alcanzare la unanimidad en un plazo racional de deliberación" (arts. 87 y 88), persistiendo la falta de consenso luego de que ello fuere comprobado por el juez y las partes del juicio, "se lo declarará [al jurado] estancado y el juez le preguntará al acusador si habrá de continuar con el ejercicio de la acusación" (art. 88). Si este último no desiste de la acusación, "el juez procederá a la disolución del jurado y se dispondrá la realización de un nuevo juicio con otro jurado" (art. 88). Obsérvese cómo la

13 Véase al respecto HENDLER (2014:73).

14 CSJN *in re* "Manuel Posse", sentencia del 24.07.1929, en *Fallos*: 155:96. En esta causa la Corte Suprema sostuvo: "la Constitución no ha preceptuado ni en su letra ni en su espíritu, la forzosa doble instancia en todos los juicios".

15 CSJN *in re* "Recurso de hecho deducido por la defensa de Matías Eugenio Casal en la causa Casal, Matías Eugenio y otro s/ robo simple en grado de tentativa –causa N° 1681-", sentencia del 20.11.2005; e *in re* "Recurso de hecho deducido por la defensa de Fernando Ariel Carrera en la causa Carrera, Fernando Ariel s/ causa n° 8398", sentencia del 25.10.2016.

16 Es decir, ¿tanto el fiscal y el/los querellante/s intervinientes?, es decir, ¿ambos deben decidirlo conjuntamente?

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

ley parecería reconocer la garantía del *ne bis in idem* con el alcance limitado con el que fue recogida en el sistema americano de derechos humanos *vis a vis* la extensión que aquélla presenta en la jurisprudencia actual de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. En efecto, tanto en la CADH como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ("PIDCP"), la citada garantía abarca sólo la imposibilidad de que el acusado pueda volver a ser juzgado por el mismo hecho luego de haber sido "absuelto por una sentencia firme" (art. 8.4, CADH; y art. 14.7, PIDCP), lo que no incluye el denominado "juicio de reenvío".[17] Sin embargo, la Constitución Nacional, según el criterio actual de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, no solamente recoge el *ne bis in idem* con la extensión que se le reconoce en los tratados internacionales citados, sino contempla *también* el "juicio de reenvío", esto es, todos los casos en los que el acusado cuenta con una sentencia absolutoria a su favor *aunque esta última no estuviera firme*.[18] De otro modo, el *ne bis in idem* en la doctrina actual de la Corte Suprema de Justicia de la Nación protege al imputado de un *nuevo riesgo* de ser condenado, lo que tiene lugar cuando se anula una sentencia absolutoria y se ordena la realización de un nuevo debate.

En sexto lugar, el modelo legal de jurados previsto en el Chaco establece, como recordamos, que la única regla de decisión de la voluntad del jurado sea la unanimidad. Ello puede ser loable a los fines de establecer los requisitos para que el jurado pueda dictar una condena pero no está libre de problemas cuando la unanimidad también es exigida para absolver. Esto último, ¿no afecta el estado jurídico de inocencia? De otro modo, si un sujeto es inocente hasta tanto una sentencia condenatoria pasada en autoridad de cosa juzgada desvirtúe ese estado jurídico ¿por qué la ley exige un requisito positivo (reunir doce votos) para que se dicte un veredicto absolutorio? Parecería que la exigencia de unanimidad, tanto para condenar como para absolver, parte de considerar que existe un espacio jurídico

17 CORTE IDH *in re* "Caso Mohamed vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas", sentencia del 23.11.2012. Serie C N° 255.

18 CSJN *in re* "Recurso de hecho deducido por la defensa de David Andrés Sandoval en la causa Sandoval, David Andrés s/ homicidio agravado por ensañamiento -3 víctimas- Sandoval, Javier Orlando s/ encubrimiento -causa n° 21.923/02", sentencia del 31/8/2010; e *in re* "Kang, Yoo Soo s/ rec. extraordinario", del sentencia del 27.12.2011. Cfr. el voto de la mayoría (ministros Lorenzetti, Fayt y Petracchi). La tesis actual del máximo tribunal argentino sobre el alcance de la garantía del *ne bis in idem* puede rastrearse en el voto de la minoría de la CSJN (ministros Petracchi y Bacqué) *in re* "Weissbrod", sentencia del 25.04.1989, en *Fallos*: 312:597.

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

intermedio entre la inocencia y la culpabilidad en el que estaría el acusado hasta tanto reciba una respuesta del jurado, lo que es coherente con la lógica que subyace al modelo acusatorio adversarial montado en la ficción de un "combate" en igualdad de condiciones entre la acusación y la defensa; por el contrario, el reconocimiento de la existencia de garantías constitucionales a favor del imputado presupone considerar que el Estado siempre se encuentra en superioridad fáctica de condiciones cuando da inicio a una acción penal contra un particular. Consecuentemente, sería más lógico exigir que el jurado deba reunir los doce votos sólo para dictar una condena, debiendo en caso contrario absolver al acusado, lo que, además, estaría en consonancia con la garantía del *ne bis in idem*, tal como la entiende actualmente la SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN.

Finalmente, los artículos 7, 9, 81 y 92 de la ley 2364-B afirman que el jurado decidirá su veredicto sin expresar los motivos o las razones de su decisión. El artículo 7, luego de dejar sentado tal principio, dice: "[l]as instrucciones del juez al jurado, el requerimiento de elevación a juicio y el registro íntegro y obligatorio del juicio […] constituyen plena y suficiente base para el control amplio de la decisión del jurado". En esa línea, el artículo 81 reza que el veredicto del jurado será dictado "sin ningún tipo de aclaración o aditamento [respecto al resultado: "no culpable", "culpable" o "no culpable por razón de inimputabilidad"], salvo el veredicto de culpabilidad que deberá indicar el delito […] por el cual deberá responder el acusado". A su vez, el artículo 9 aclara que "la regla del secreto de las deliberaciones y la forma inmotivada de su veredicto les aseguran a los jurados la más amplia libertad de discusión y decisión". En tanto, el artículo 92 dice: "en lugar de los fundamentos de la decisión sobre los hechos probados, la culpabilidad del imputado y la calificación legal", la sentencia "contendrá la transcripción de las instrucciones dadas al jurado sobre las disposiciones aplicables al caso y el veredicto del jurado".

La ley de jurados aprobada en la provincia del Chaco, como surge de las disposiciones citadas, ha establecido el modelo anglosajón en el que el jurado se expresa a través de un veredicto inmotivado o, mejor, sin dar o expresar las razones que le permitieron arribar a la conclusión adoptada, lo que no sería un obstáculo para el control del veredicto condenatorio a través del correspondiente recurso (ANITÚA, 2017; VARELA, 2017; HARFUCH, 2013; HENDLER, 2013: 102-106).[19]

19 ANITÚA (2017), HARFUCH (2013) y HENDLER (2013:102-106) sostienen que el cuestionamiento a las instrucciones impartidas por el juez al jurado permite ejercer un adecuado control del veredicto

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

En lo que sigue, explicaremos por qué la instauración de un sistema de jurados en el que los ciudadanos no deben expresar las razones o motivos de su decisión es un sistema que afecta o lesiona la "integridad judicial".

3. La "integridad judicial"

La expresión "integridad judicial" es una expresión atravesada de ambigüedad. En efecto, ella puede hacer referencia a aquello que es honesto, intachable, inmaculado, es decir, "integridad" como contrario a deshonestidad, como opuesto a lo que es íntegro desde el punto de vista moral. En este sentido, puede decirse que una persona es "íntegra" cuando es honesta, sincera, cuando tiene un comportamiento intachable. Sin embargo, no vamos a utilizar el término "integridad judicial" de este modo, en un sentido ético o moral.

El vocablo "integridad", por otro lado, también puede hacer referencia a lo que es consistente, armónico, a lo que guarda sistematicidad. Así, se puede decir que algo tiene integridad cuando es uniforme o, más bien, cuando tiene una cierta estructura que lo hace reconocible en su integridad (v. gr., un jarrón está íntegro cuando no tiene ningún elemento que afecte su estructura o fisonomía, a diferencia de otro jarrón que sí ha sufrido algún daño). En lo que sigue usaremos la expresión "integridad" en este último sentido pero no sólo con este significado. En otros términos, por "integridad" entenderemos aquello que tiene una coherencia o una estructura que hace posible su reconocimiento en términos de homogeneidad pero, además, conectando esa característica con la idea de un valor. Así, entenderemos por "integridad" aquello que permite dar cuenta de ciertas tradiciones, de ciertas prácticas comunes *en tanto y en cuanto* esas prácticas puedan ser defendidas o interpretadas "en su mejor luz" o, por lo menos, en un sentido valioso.

En el contexto específico de la "integridad judicial", lo afirmado permite dar cuenta de la necesidad *prima facie* de respetar el precedente judicial, en tanto eslabón de una práctica colectiva-judicial desarrollada a través del tiempo. Sin embargo, el deber de

condenatorio. Asimismo, afirman que la garantía de motivación de las decisiones judiciales es una exigencia impuesta *sólo* a los jueces técnicos y no a los jurados populares (véase, más abajo, lo que decimos contra esta última tesis, al momento de comentar los fallos "Vicentín" del Supremo Tribunal de Justicia del Chaco y "Canales y otro" de la CSJN). En tanto, VARELA (2017) considera que "el veredicto del jurado se encuentra motivado en las instrucciones impartidas por el juez" (p. 185).

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

respetar el precedente bien puede ceder —y debería hacerlo— cuando el precedente en cuestión no pueda ser defendido de ningún modo a la luz de determinados principios. Así, tomemos como ejemplo, la famosa acordada de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN del 9 septiembre de 1930 (*Fallos*: 158:290) que convalidó el Golpe de Estado contra el gobierno de Hipólito Yrigoyen bajo el argumento de que el derecho, en el fondo, se justifica en la fuerza de quienes tienen el poder para imponer las normas jurídicas, con independencia del procedimiento de sanción de esas normas o de su valor. Esta decisión avaló la denominada "doctrina *de facto*" que generó consecuencias nefastas para la vida institucional del país y para los derechos y las libertades individuales, todo lo que autoriza a abandonar dicho precedente, como lo hizo la misma CSJN[20] al convalidar la sentencia de la Cámara Federal de Apelaciones en el famoso "Juicio a las Juntas Militares" (lo que implicaba legitimar la nulidad de la denominada ley de auto-amnistía militar).

Así entonces, el enfoque que adoptamos no se mimetiza por completo con la teoría del derecho como "integridad" de Ronald DWORKIN (2008 [1986]), que supone que en el ámbito de la adjudicación judicial cada juez debe ser una suerte de súper juez —que él llama "Juez Hércules"— con el deber de encontrar, al tiempo de dictar una sentencia, la mejor solución comprensiva de todas las conclusiones judiciales que, sobre el tema en cuestión, otros han defendido con anterioridad.

Como podrá observarse, el sentido que se le otorga aquí a la expresión "integridad" y particularmente a la "integridad judicial" supone una preconcepción de lo que significa el derecho. Así, nos enrolamos en las teorías que consideran que el derecho no es sólo lo que dicen los jueces ni tampoco solamente un conjunto de normas dictadas en un momento determinado por quienes tenían el poder para hacerlo. El derecho, por el contrario, es una práctica colectiva, inacabada, intemporal e intergeneracional en la que se introduce cada miembro de la comunidad una vez iniciada aquella práctica que, por otro lado —y salvo que la Argentina sea invadida y convertida en una colonia de algún otro Estado— seguirá existiendo después de nosotros. Es decir, defendemos la idea de que el derecho es una

20 CSJN *in re* "Causa originariamente instruida por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas en cumplimiento del decreto 158/83 del Poder Ejecutivo Nacional", sentencia del 30.12.1986, en *Fallos*: 309:1690.

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

"convención" (NINO, 2013 y 2014 [1994]: cap. 4) celebrada y sostenida a través del tiempo por todos nosotros, en tanto seres libres e iguales.

Ahora bien, como nadie en particular tuvo el poder de diseñar por completo la Constitución Nacional que es el "telón de fondo" de nuestra práctica colectiva, cada uno de nosotros debe tener presente —a menos que piense que el derecho empieza con uno y que todo lo que hicieron los demás estaba equivocado— los antecedentes previos que permitieron moldear hasta el día de hoy el derecho en tanto fenómeno colectivo. Esa necesidad obedece, en primer lugar, a la idea de observar el principio de fraternidad (DWORKIN, 2008 [1986]), esto es, el deber de tratar a nuestros semejantes del mismo modo, con la misma consideración con la que fueron tratadas otras personas en el pasado, evitándose así tratos discriminatorios fundados en la identidad de las personas, en el arbitrio del órgano que decide, etc.

La idea de entender al derecho como "integridad" también responde al objetivo de lograr que el contenido del derecho, no se asiente solamente en la coercibilidad, inmanente a aquél, dado que, en todo caso, ello obliga a las personas a cumplir con sus prescripciones, pero no sirve para persuadirlas de su justicia o valor. Esto último sólo es posible si el derecho crea y genera autoridad (MALAMUD GOTI, 2016 y 2018; NINO, 2014 [1994]: cap. 4), es decir, si puede proyectar hacia la sociedad la idea de que sus prescripciones están motivadas en razones imparciales, impersonales, objetivas, que una comunidad autónoma va creando y respetando a lo largo de su historia. Sólo si el derecho es capaz de crear autoridad, lo que supone la conexión del derecho con la idea de "integridad", será posible la creación de una cultura constitucional autóctona (ROSENKRANTZ, 2003), imprescindible para la retroalimentación de aquella práctica.

En este contexto, es útil apelar a algunas metáforas para entender esta idea del derecho como práctica colectiva. Piénsese en el ejemplo de la novela en cadena de DWORKIN (2008 [1986] y 2012 [1985]: cap. 6) o en el ejemplo de las grandes catedrales europeas de NINO (2013 y 2014 [1994]). Si cada uno de nosotros estuviera encargado de escribir un capítulo de una novela colectiva no podría, so pena de que la novela no sea tal o se caracterice por su incoherencia e ininteligibilidad, desconocer el contenido de los capítulos escritos por quienes nos precedieron y de los capítulos futuros que presumiblemente se escribirán a partir de nuestro aporte. De igual modo, si uno piensa en una catedral europea como "la Sagrada Familia" en Barcelona, construida e ideada desde "el modernismo catalán", uno bien podría considerar que el mejor modelo para una catedral es el estilo

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

gótico pero, al mismo tiempo, considerar que si la construcción de esa catedral se hace desde las preferencias personales de cada uno el edificio en cuestión perdería todo sentido al no poder ser compatibilizado con el modelo planteado por sus arquitectos originales. En ese marco, una obra colectiva, como una catedral, que requiere el esfuerzo de varias generaciones, exige dejar de lado la mejor solución artística que uno puede considerar para dar paso a "lo segundo mejor", esto es, la mejor solución posible teniendo en cuenta lo hecho en el pasado y lo que puede preverse que se continuará haciendo en el futuro.

Como lo demuestran los ejemplos citados, las acciones colectivas, las acciones que responden a determinados objetivos que sólo pueden ser cumplidos con la participación de otras personas respecto a las cuales cada uno sólo tiene una pequeñísima influencia, responden a una racionalidad diferente respecto a las acciones individuales y pueden ser definidas a partir de la idea de "lo segundo mejor".[21] De otro modo, cuando uno participa en una práctica o en una acción colectiva sus deseos e ideales deben ajustarse pero no por razones estratégicas o de negociación sino por factores relacionados con la necesidad de garantizar la continuidad de esa práctica —en tanto precondición para el cumplimiento de tales objetivos— a la respuesta o a la solución que sea más compatible con la práctica colectiva del derecho vigente hasta ese momento y que puede ser continuada en el futuro (NINO, 2013 y 2014 [1994]).

Con este marco de fondo, nos referiremos a continuación a algunos precedentes del STJ CHACO y de la CSJNque permitirán dar cuenta de por qué la ley provincial que establece el juicio por jurados en el Chaco es atentatoria de la "integridad judicial" al tirar por la borda una práctica judicial sostenida y reconocida a través del tiempo —y con diversas integraciones— por los tribunales citados.

21 En este sentido es que creemos que debería ser leído el fallo de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN *in re* "Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso "Fontevecchia y D´Amico vs. Argentina" por la Corte Interamericana de Derechos Humanos", sentencia del 14.02.2017.

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

4. La jurisprudencia del Superior Tribunal de Justicia del Chaco y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: por qué el modelo legal de jurados en el Chaco lesiona la "integridad judicial"

En un período que se extiende desde 1999 a 2017, la Sala Penal del SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DEL CHACO, con distintas integraciones, dictó varias sentencias a través de las cuales dejó sentado que la Constitución Nacional exige, como parte de la garantía de la defensa en juicio, que las sentencias condenatorias sean motivadas a efectos de que el acusado pueda conocer las razones que determinaron su condena y, con ello, recurrir adecuadamente la decisión ante el STJ CHACO.

Así, en "Coronel y otro"[22], se anuló por mayoría[23] una sentencia en la que el juez había reproducido los fundamentos que la fiscalía había sostenido durante los alegatos, lo "que afecta la validez de toda la tarea sentencial".[24] En esa línea, la jueza Valle recordó

> lo sostenido sintéticamente por [esta] Sala [Penal del STJ CHACO] con diversas integraciones, [en cuanto a] que para que sean válidas las sentencias [ellas] "deberán ser motivadas; esta exigencia implica una garantía en favor tanto de los imputados como del Estado mismo, por ser éste quien debe asegurar la recta administración de justicia [… lo que] implica que debe[n] plasmarse por escrito los motivos sobre los que se asientan el juicio lógico que ellos contienen. Es decir, que se debe[n] consignar las causales que determinan el pronunciamiento". El deber de motivar las sentencias "no está expresamente establecida por la Constitución Nacional, pero ella emerge claramente de la

22 STJ CHACO *in re* "Coronel Cristóbal; Quint Jonathan s/ robo agravado por el uso de armas en despoblado y privación ilegítima de la libertad", Sentencia N° 36/17 del 28.03.2017.

23 En la sentencia, los jueces Toledo y Valle (integrantes de la Sala Penal del STJ CHACO en el 2017) discrepaban acerca de considerar si la reproducción en la sentencia condenatoria de los fundamentos esgrimidos por el fiscal en los alegatos cumplía o no con la exigencia de "motivación judicial". Ante el desacuerdo citado, la jueza Grillo (Presidente del STJ CHACO durante el 2017) intervino en el fallo, avalando la postura de la jueza Valle.

24 Voto de la jueza Valle.

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

> interpretación armónica de sus normas [… lo que posibilita] el control de tal actuación judicial", como fuera consignado in re: "Ramírez, Martín…", Sent. 21/03 y otras.

Obsérvese aquí cómo el voto de la jueza Valle apela, por un lado, a la idea del derecho como "integridad" al recordar lo sostenido, "con diversas integraciones", por la Sala Penal del STJ CHACO, considerando al mismo tiempo que el deber de motivación de las sentencias es una garantía constitucional que "emerge claramente de la interpretación armónica de sus normas", lo que permite dar cuenta de la contundencia de la existencia de esta garantía en nuestra Constitución Nacional (que no sólo puede ser rastreada sino que "emerge claramente" de sus disposiciones). El fallo es muy interesante, además, porque el voto de la jueza Valle considera que el sistema acusatorio no exime al tribunal de incorporar "*su propio aporte intelectual* […] *producto de su propio razonamiento*".[25] De otro modo, si el deber de motivar las sentencias no puede ser cubierto apelando a la teoría final del caso sostenida por una de las partes en su alegato, con menos razón aún, una regulación como la prevista en la ley 2364-B que exime al jurado de dar los motivos de su decisión, puede justificarse en términos constitucionales.

Dos décadas antes, el STJ CHACO en la causa "Vicentín"[26] —con cita a la Cámara Nacional de Casación Penal— había dejado sentado que el deber de fundar las sentencias es

> una garantía constitucional de justicia fundada en el régimen republicano de gobierno […lo que] facilita el control de la actuación judicial por el pueblo, de quien en definitiva emana la autoridad", permitiendo, de ese modo, que las partes puedan "conocer y evaluar las razones [de] la decisión, para someterse a las mismas o atacarlas por las vías pertinentes. [Aquel deber] es impuest[o] [también] para que los Jueces del recurso tengan material de control de la labor de sus Inferiores y para que cualquier lector

25 El resaltado figura en el fallo, lo que permite inferir también la trascendencia de dicha exigencia. [N. del E.: se ha reemplazado la negrita del original por formato cursiva.]

26 STJ CHACO *in re* "Vicentín Miguel Ángel s/ homicidio culposo", Sentencia N° 102/99 del 25.11.1999. Voto de la jueza Lucas al que adhiere el juez Franco.

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

> pueda extraer la noción integral de los motivos que determinaron al juzgador a emitir el juicio condensado en el dispositivo sentencial.

Como puede apreciarse aquí, el STJ CHACO no sólo ata la necesidad de fundar las sentencias a la posibilidad de que, a partir de ello, se pueda cuestionar debidamente la decisión ante un tribunal superior reiterando, asimismo, que es una "garantía constitucional", sino que introduce el argumento de que la exigencia de que las sentencias sean fundadas responde al hecho de que quien la dicta debe estar sujeto al "control" del pueblo, "de quien en definitiva emana la autoridad". En este marco, la referencia es sumamente trascendente ya que, y a menos que se apele a la tesis de ROUSSEAU (2003 [1762]) —de que todo delincuente es un traidor a la patria, ya que el cometer un delito rompe el pacto social, colocándose, por ello, el infractor fuera de la sociedad—,[27] el acusado sigue formando parte de la comunidad; no está excluido de la sociedad ni está "al margen de la ley". Más aún, nadie está (o debe estar) fuera de la ley, dado que las garantías constitucionales son un paraguas que amparan a todos los que habitan el suelo argentino, razón por la cual el acusado, en tanto miembro del pueblo, tiene el derecho de conocer las razones que determinaron el dictado de una condena en su contra. Recuérdese, por otro lado, que también el jurado actúa en nombre del pueblo, aunque no reúne a todo el pueblo sino que está integrado por personas que *representan* al pueblo, constituido, entre otros, *también* por el acusado.

El precedente "Vicentín" fue recordado expresamente por el STJ CHACO en la causa "González"[28], en la que —con cita a la CSJN— se afirmó que "el requisito de motivación de las decisiones judiciales" es una "necesidad de raíz constitucional".

27 Lo que se desprende de la CSJN *in re* "Canales y otro", sentencia del 02.05.2019. Es cierto también que Rousseau, al formular dicha sentencia, está pensando en sociedades en las que tiene lugar la "voluntad general", es decir, el autogobierno colectivo, lo que obtura la posibilidad de trasladar mecánicamente dicha tesis para ser aplicada a nuestras sociedades actuales.

28 STJ CHACO *in re* "González Pantalón [sic] Enrique s/ homicidio culposo", Sentencia N° 216/14 del 11.12.2014. Voto de la jueza Lucas al que adhiere la jueza Grillo.

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

A su vez, en la causa "Hang c/ Colombo y Araujo"[29], el STJ CHACO consideró, citando a Vanossi, que "la motivación de la sentencia presenta un sólido fundamento constitucional, habida cuenta que enraiza en las normas de los artículos 18, 28 y 33 de la Constitución Nacional (especialmente de esta última), fluyendo de ella una garantía innominada a la no-arbitrariedad, que se traduce para los justiciables en una exigencia de razonabilidad", lo que fue reiterado luego en los casos "Larreteguy y otros"[30] y "Franco y otros"[31]. Asimismo, en "Aquino y otro"[32] y en "Miño"[33], el STJ CHACO sostuvo que la exigencia contenida en el Código Procesal Penal del Chaco de que los jueces fundamenten sus sentencias "está impuest[a] por las disposiciones rituales y de orden constitucional que informan la materia".

Obsérvese cómo en estos fallos el STJ CHACO concluye que el deber de motivación judicial es una garantía que "presenta un sólido fundamento constitucional", "impuesto por […] disposiciones […] de orden constitucional", lo que imposibilita que una ley provincial —como la ley 2364-B— pueda válidamente desconocer un mandato contenido en la Constitución Nacional.

Finalmente, la tesis del SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DEL CHACO —referida a la necesidad de motivación judicial como garantía a la defensa en juicio y a la no-arbitrariedad judicial— puede, incluso, sostenerse que ha sido profundizada si se tiene en cuenta lo dicho

29 STJ CHACO *in re* "Hang Marcelo Raúl c/ Colombo Juan Carlos y Adrián Leonardo Araujo s/ querella p/ calmunias e injurias y acción civil resarcitoria", Sentencia N° 96/04 del 08.06.2004. Voto del juez Molina al que adhiere el juez Franco.

30 STJ CHACO *in re* "Larreteguy Jorge Alcides; Bettini Alberto; Liebana José Alfredo; Zeller Néstor Eduardo s/ violac. de deberes de funcionario público – malversación caud. pbcos. – fraude en perj. adm. pbca. – fraude en construcción 1300 viviendas…", Sentencia N° 4/09 del 18.02.2009. Voto del juez Franco al que adhiere la jueza Lucas.

31 STJ CHACO *in re* "Franco, Saturnino; Franco, Miguel Ángel y Franco, Daniel s/ homicidio simple", Sentencia N° 158/15 del 31.08.2015. Voto del juez Toledo al que adhiere la jueza Grillo.

32 STJ CHACO *in re* "Aquino Catalina; Marastoni Marcos Manuel s/ encubrimiento", Sentencia N° 107/11 del 04.10.2011. Voto del juez Franco al que adhiere el juez Modi.

33 STJ CHACO *in re* "Miño Cristian Alejandro s/ robo con armas atenuado", Sentencia N° 135/11 del 22.12.2011. Voto del juez Franco al que adhiere el juez Modi.

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

en los precedentes recordados en los casos "Merynda"[34] y "Alonso"[35], en los que el máximo tribunal chaqueño recordó expresamente lo afirmado por la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN en la causa "Squilario y otros".[36]

La ley 2364-B no solamente contraviene, como se ha observado, los precedentes, con distintas integraciones, de la Sala Penal del SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DEL CHACO[37] sino, también, lo que sobre la materia tiene dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Así, en la causa "Storaschenco",[38] el máximo tribunal argentino afirmó que el deber de motivar las resoluciones judiciales "persigue [...] la exclusión de decisiones irregulares, es decir, tiende a documentar que el fallo de la causa es la derivación razonada del derecho vigente y no producto de la voluntad individual del juez". En ese marco, "la exigencia de que los fallos judiciales tengan fundamentos serios, señalada por la jurisprudencia y doctrina unánime sobre la materia, reconoce raíz constitucional y tiene, como contenido concreto, el imperativo de que la decisión sea conforme a la ley y a los principios propios de la doctrina y de la jurisprudencia vinculados con la especie a decidir".

Como puede apreciarse, para la CSJN, el deber de fundamentar una decisión judicial, a cargo de los órganos encargados de aplicar el derecho (lo que incluiría tanto a jueces *como a* jurados) obedece a la necesidad de garantizar que la resolución en cuestión no sea producto de la voluntad arbitraria de quien decide sino una "derivación razonada del derecho vigente". Esta exigencia que para la CSJN cuenta con un respaldo "unánime" por un sector importante de la comunidad jurídica argentina ("la jurisprudencia y [la] doctrina")

34 STJ CHACO *in re* "Merynda Orlando Oscar s/ Tentativa de hurto de ganado mayor e infracción al art. 189 bis", Sentencia N° 17/09 del 12.03.2009. Voto de la jueza Lucas al que adhiere el juez Franco.

35 STJ CHACO *in re* "Alonso Luis Armando s/ homicidio culposo y lesiones culposas", Sentencia N° 101/14 del 30.06.2014. Voto de la jueza Grillo al que adhiere la jueza Lucas.

36 Véase al respecto *infra.*

37 Los fallos que han sido recordados permiten observar cómo los actuales cinco integrantes del STJ CHACO (junto a dos de sus jueces anteriores) consideran que el deber de motivación judicial es una garantía constitucional.

38 CSJN *in re* "Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Storaschenco, Carolina e hijos menores c/ Santa Rosa Establecimientos Metalúrgicos S. A.", sentencia del 03.10.1956, en *Fallos*: 236:27.

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

tiene, además, una "raíz constitucional" que, en fallos posteriores, el máximo tribunal argentino precisará como parte integrante de "la garantía de la defensa en juicio y el debido proceso".[39] En síntesis, y de igual modo que para el SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DEL CHACO, para la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, la garantía de la defensa en juicio y del debido proceso "[exigen] que las sentencias de los jueces sean fundadas".[40]

La conexión entre la garantía de la defensa en juicio y la necesidad de brindar las razones que determinaron una condena particular fue, incluso, profundizada por la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN en la causa "Squilario y otros"[41] (se trataba de un caso en el que se había condenado a uno de los acusados a una pena de dos años de prisión de cumplimiento efectivo por el delito de estafa). El máximo tribunal argentino, haciendo lugar al planteo de la defensa, afirmó que si bien el artículo 26 del Código Penal de la Nación establece que es facultad de los jueces, en los casos de primera condena a prisión, disponer que el cumplimiento de aquélla sea dejada en suspenso cuando ello sea procedente, "no es menos cierta que la opción inversa, en casos donde aquella hipótesis podría ser aplicada, también debe serlo, puesto que de otro modo estaría privando a quien la sufre [de] la posibilidad de conocer los pronósticos negativos que impiden otorgarle un trato más favorable", impidiéndose así que "los condenados [puedan] ejercer una adecuada defensa en juicio ante la imposibilidad de refutar decisiones basadas en criterios discrecionales de los magistrados que la disponen" (consid. 6°). Así, entonces, "el mandato expreso de fundamentar la condenación condicional [del artículo 26 del CPN no impide que] el magistrado [… deje] de lado el mandato implícito que lo obliga —con el fin de asegurar una debida defensa en juicio— a dictar sus fallos en términos de una derivación razonada del

39 *Fallos*: 261:209; 274:135; 284:119; 297:100; 311:948, 2402 y 2547; 318:652. Véase también CSJN *in re* "Sarasola de Markendof Marta E. c/ Markendof, Alfredo J., sentencia del 04.11.1980 en S.49.XVIII; *in re* "Campetti SRL c/ Provincia del Chaco s/ demanda contencioso administrativa", sentencia del 08.05.1986, en C.518.XX; *in re* "Martínez, Saturnino y otros", sentencia del 07.06.1988, M.7705.XXI; *in re* "Alvarado, Julio s/ averiguación infracción art. 3° ley 23.771 (ANSeS)", sentencia del 07.05.1998, en M.7705.XXI; e *in re* "Recurso de hecho deducido por Juan Alberto Santilli (querellante) en la causa Stolkiner Armando s/ delito de acción pública –causa n° 23.536/95-", sentencia del 22.12.1998.

40 Véanse los fallos indicados en la nota anterior.

41 CSJN *in re* "Squilario, Adrián, Vázquez, Ernesto Marcelo s/ defraudación especial en gdo. de partícipe primario – Smoldi, Néstor Leandro s/ defraudación especial en gdo. de partícipe secundario", sentencia del 08.08.2006.

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

derecho vigente conforme las constancias de la causa para resolver sobre una pena a cumplir en prisión" (consid. 9°). Dicho de otro modo, si para la CSJN la garantía de la defensa en juicio exige que el acusado conozca cuáles son las razones que determinaron la aplicación en su contra de una medida muy gravosa —una pena de cumplimiento efectivo— cuando podía serle aplicada una consecuencia menos invasiva (v, gr., una condena de ejecución condicional), con más razón aún entonces la garantía de la defensa en juicio exigiría que todo condenado sepa las razones o los motivos que determinaron un veredicto condenatorio del jurado cuando podía dictarse una absolución o la condena por un delito reprimido con una pena menor en comparación con el que finalmente eligió el jurado.

Sin embargo, la CSJN abre un paréntesis a esta tradición judicial en la causa "Canales y otro".[42] Al resolver a favor de la constitucionalidad del veredicto inmotivado del jurado, sostuvo que la motivación judicial es, en rigor, sólo una exigencia del pueblo —como titular de la soberanía— a los jueces técnicos y, por tanto, no una obligación que debe imponérsele al pueblo, cuando "representado por alguno de sus miembros, ejerce en forma directa la potestad de juzgar, siempre que estén garantizados el derecho a la defensa del acusado y el debido proceso legal por parte de un juez profesional".[43] El problema de esta tesis es doble. En primer lugar, porque sostener que la garantía de motivación judicial es una exigencia impuesta *sólo* a los jueces técnicos y no a los jurados populares como un medio para que el pueblo pueda controlar la actuación de aquéllos cuando intervienen —en nombre del pueblo— en la administración de justicia, supone afirmar, como ya se dijo, que todo condenado e incluso todo acusado *no forman parte del pueblo*. En segundo lugar, este fallo abre un paréntesis en el medio de una tradición judicial vigente en nuestro país, comenzando a horadar uno de los pilares de "la catedral". Así, esta sentencia desconoce una práctica judicial de la propia CSJN que sostenía que la defensa en juicio *exigía* el deber de motivación judicial, causándose así una seria afectación a la "autoridad" del derecho.

42 CSJN *in re* "Recurso de hecho deducido por la defensa de Alex Mauricio Obreque Varas y Alexis Gabriel Castillo en la causa Canales, Mariano Eduardo y otro s/ homicidio agravado –impugnación extraordinaria-", sentencia del 02.05.2019 (voto de los ministros Lorenzetti, Maqueda y Rosatti).

43 Voto de los ministros Lorenzetti y Maqueda, considerando 19 y voto del ministro Rosatti, considerando 12.

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

5. Una propuesta conciliadora

Una vez que se repara en la tradición jurisprudencial sentada por el SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DEL CHACO y por la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN podría pensarse que ser deferente con ella exigiría el rechazo del juicio por jurados. Nada más lejos. En lo particular, entendemos que esa opción es implausible y lo es, antes que nada, por el hecho incontrastable de que el jurado está previsto desde 1853 en los (actuales) artículos 24, 75 inciso 12, y 118 de la Constitución Nacional. En ese marco y, como el derecho en tanto acción colectiva supone la preservación del marco regulatorio (la Constitución Nacional) que lo hace posible, debe avanzarse en mecanismos que plasmen lo que se encuentra previsto en nuestra carta magna.

En ese contexto, nuestra Constitución Nacional no impone un modelo específico de jurados. Es cierto que podría decirse que probablemente los constituyentes de 1853-60 tuvieron en mente el jurado norteamericano, si se repara en que redactaron una Constitución inspirados en la constitución estadounidense con la esperanza que, de ese modo, Argentina lograra un desarrollo similar al del país del norte (ROSENKRANTZ, 2003).[44] Sin embargo, ese argumento no sólo se debilita teniendo en cuenta la reforma constitucional de 1994 sino, también, teniendo en cuenta el mismo concepto de derecho como "integridad", es decir, si el derecho es una práctica colectiva, impersonal, intemporal e inacabada, mal puede congelarse el contenido de la Constitución Nacional a partir de la voluntad, hace más de 150 años, de decenas de constituyentes. En ese contexto, entonces, la práctica jurisprudencial realizada al tiempo de interpretar el contenido de las cláusulas de la Constitución Nacional ha estipulado —recordemos las sentencias del SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DEL CHACO y de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN— que otros artículos de la misma Constitución Nacional argentina (arts. 18, 28 y 33) exigen que las sentencias condenatorias sean motivadas. Por ello, y salvo que tengamos un ego fundacional en términos de lo que dice el derecho, creemos que la ley chaqueña debería haber avanzado con un modelo de jurados que permita o haga posible que sus veredictos expresen las razones o motivos que los determinaron. Así, creemos que debería haberse avanzado hacia alguno de los modelos vigentes en la Europa continental, esto es, un modelo de jurado

44 Aunque también es cierto que estatuyeron un gobierno nacional con un poder más concentrado respecto del que dispone el gobierno federal de los Estados Unidos en relación con los diferentes Estados de la Unión.

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

escabinado (como en Francia) o jurado mixto (como en Bélgica) o incluso podrían haberse explorado también tentativas originales en las que los jurados legos expresen por escrito las razones de su voto.

La propuesta que formulamos, asimismo, permite conciliar un mandato constitucional expreso (el juicio por jurados) con el contenido de otras cláusulas también constitucionales (la garantía de motivación de las sentencias) según una interpretación —fundada en razones objetivas e imparciales— sostenida y consolidada en el tiempo por el máximo tribunal judicial del Estado chaqueño y de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. Por el contrario, la ley de jurados aprobada "tira por la borda", prescinde, de una uniforme y valiosa doctrina judicial.

6. Conclusión

Con el presente trabajo hemos argumentado por qué consideramos que el modelo legal de jurados adoptado en la provincia del Chaco afecta la "integridad judicial". Ello no quita que la ley 2364-B seguramente sea una ley "bien intencionada".[45] Sin embargo, lo peligroso es que tanto el Poder Ejecutivo que promovió el proyecto de ley, como la Legislatura provincial que sancionó la ley y los jueces chaqueños del fuero penal que la defienden han decidido incumplir con la Constitución Nacional, según la interpretación que sobre el contenido de ella hace el SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DEL CHACO y la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN en los fallos analizados (la otra opción posible sería considerar que un ex-gobernador, legisladores y jueces chaqueños desconocen las sentencias del STJ CHACO y de la CSJN, lo que tampoco es muy alentador).

En definitiva, lo peligroso que trae consigo la ley 2364-B es que intenciones personales terminan desechando una valiosa tradición jurisprudencial desplegada a lo largo del tiempo sobre el modo de interpretar la Constitución Nacional y las garantías constitucionales. Así, y de igual modo que el fallo "Canales y otros" de la CSJN, la ley contribuye a dificultar aún más la posibilidad de que el derecho genere "autoridad", que pueda ser visto como una obra colectiva, impersonal, imparcial e intemporal, y no como la

45 Véase el modo en que Jaime MALAMUD GOTI (2016: cap. 6) utiliza esta expresión, al tiempo de comentar la sentencia dictada en 2001 por el juez Cavallo que decretaba la inconstitucionalidad de las denominadas leyes de obediencia y punto final.

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

creación de un conjunto de voluntades particulares (lo que tal vez sea uno de los mayores problemas que afectan a la sociedad argentina en su conjunto). Así, la ley que instaura el juicio por jurados en el Chaco coloca un clavo más en el ataúd del derecho como "integridad" o, lo que es lo mismo, en la "autoridad del derecho".

Referencias

ANITÚA, G. (2017) "Comentarios a la ley de juicio por jurados de la provincia de Buenos Aires", en *Revista Brasileira de Direito,* volumen 3, número 1, pp. 217-234, consultado en [https://dialnet.uniroja.es.servlet.articulo?codigo=5899562] el 01.06.2019 (recuperado el 03.06.2019).

DWORKIN, R. (2008 [1986]) *El imperio de la justicia*. Claudia Ferrari (trad.). Barcelona, Gedisa.

— (2012 [1985]), "En qué se parece el derecho a la literatura", en *Una cuestión de principios*. V. Boschiroli (trad.). Buenos Aires, Siglo XXI Editores, pp. 191-215.

HARFUCH, A. (2013) "Inmotivación, secreto y recurso amplio en el juicio por jurados clásico", en *Revista de Pensamiento Penal*, pp. 1-34, consultado en: [www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/36151-inmotivacion-secreto-y-recurso-amplio-juicio-jurados-clasico] el 01.06.2019 (recuperado el 03.06.2019).

HART, H. (2009 [1961]) *El concepto de derecho.* 2ª ed. Genaro R. Carrió (trad.). Buenos Aires, Abeledo Perrot.

HENDLER, E. (2006) *El juicio por jurados. Significados, genealogías, incógnitas*. Buenos Aires, Del Puerto Editores.

— (2014) *Sistemas penales comparados*. Buenos Aires, Didot.

MALAMUD GOTI, J. (2016) *Crímenes de Estado. Dilemas de la justicia*. Buenos Aires, Hammurabi.

— (2018) "Juicios Injustos y Engendros Judiciales", consultado en [http://lacausadecaton.blogspot.com/2018/10/juicios-injustos-y-engendros-judiciales.html] el 30.10.2018 (recuperado el 07.01.2019).

NINO, C. (2013) "La Constitución como convención", en *Una teoría de la justicia para la democracia. Hacer justicia, pensar la igualdad y defender libertades*. Buenos Aires, Siglo XXI Editores, pp. 19-51.

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

— (2014 [1994]) *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del derecho*. Buenos Aires, Siglo XXI Editores.

ROSENKRANTZ, C. (2003) "Against Borrowing and Other Non-Authoritative Uses of Foreign Law", en *International Journal of Constitutional Law,* volumen 1, número 2, pp. 269-295. Nueva York, Oxford University Press and New York University School of Law.

ROUSSEAU, J. (2003 [1762]), *El contrato social.* Leticia Halperín Donghi (trad.). Buenos Aires, Página/12 – Losada.

VARELA, N. (2017) "La garantía del juicio por jurado en la etapa recursiva", en *Lecciones y Ensayos*, número 97, pp. 169-193. Buenos Aires, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Referencias jurisprudenciales

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CORTE IDH) *in re* "Caso Mohamed vs. Argentina". Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 23.11.2012. Serie C N° 255.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (CSJN) *in re* "Don Vicente Loveira, contra don Eduardo T. Mulhall, por injurias y calumnias, sobre competencia", sentencia del 07.12.1911, en *Fallos*: 115:92.

— (1929) *in re* "Posse", sentencia del 24.07.1929, en *Fallos*: 155:96.

— (1930) reconocimiento del Gobierno Provisional (*de facto*) por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, acordada del 10.09.1930, en *Fallos*: 158:290.

— (1956) *in re* "Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Storaschenco, Carolina e hijos menores c/ Santa Rosa Establecimientos Metalúrgicos S. A.", sentencia del 03.10.1956, en *Fallos*: 236:27.

— (1962) *in re* "Alcaíno, Pedro c/ Bodegas y Viñedos Jaime Prilusky e Hijos", sentencia del 07.11.1962, en *Fallos*: 254:204.

— (1965) *in re* "Lavapeur, Oscar c/ Provincia de Buenos Aires", sentencia del 22.03.1965, en *Fallos*: 261:209.

— (1969) *in re* "David, Juan c/ García, Roberto M.", sentencia del 16.07.1969, en *Fallos*: 274:135.

— (1972) *in re* "Nación Argentina c/ Industrias Llave", en *Fallos*: 284:119.

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

— (1977) *in re* "Moreyra de Silva, Estela Beatriz y otros c/ Landaburu de Bengochea, Irma M. y otros", sentencia del 01.03.1977, en *Fallos*: 297:100.

— (1977) *in re* "Unión Gremial Trabajadores Sanitarios c/ Camba, Federico B.", sentencia del 10.11.1977, en *Fallos*: 299:146.

— (1978) *in re* "Arabi Katbi, Munira c/ Pacheco Santamarina, Carlos Juan", sentencia del 03.10.1978, en *Fallos*: 300:1049.

— (1978a) *in re* "Barbarella S.A.C.I.F.I.", sentencia del 17.10.1978, en *Fallos*: 300:1087.

— (1980) *in re* "Halladjian, Jorge Adolfo", sentencia del 20.05.1980, en *Fallos*: 302:457.

— (1980a) *in re* "Sarasola de Markendof Marta E. c/ Markendof, Alfredo J., sentencia del 04.11.1980, en S.49.XVIII.

— (1986) *in re* "Campetti SRL c/ Provincia del Chaco s/ demanda contencioso administrativa, sentencia del 8/5/1986, en C.518.XX.

— (1986a) *in re* "Causa originariamente instruida por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas en cumplimiento del decreto 158/83 del Poder Ejecutivo Nacional", sentencia del 30.12.1986, en *Fallos*: 309:1690.

— (1988) *in re* "Martínez, Saturnino y otras s/ homicidio calificado", sentencia del 07.06.1988, en *Fallos*: 311:948.

— (1988a) *in re* "Martínez, Saturnino y otros", sentencia del 07.06.1988, en M.7705.XXI.

— (1988b) *in re* "Borthagaray, Carlos Rubén s/ robo en concurso real con violación -causa N° 33.390", sentencia del 24.11.1988, en *Fallos*: 311:2402.

— (1988c) *in re* "Scalzone, Alberto s/ robo con armas - causa N° 22.308", sentencia del 01.12.1988, en *Fallos*: 311:2547.

— (1989) *in re* "Weissbrod, Pedro s/ causa N° 6.062", sentencia del 25.04.1989, en *Fallos*: 312:597.

— (1989a) *in re* "Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Motor Once S. A. C. e I. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, sentencia del 09.05.1989, en *Fallos*: 317:1151.

— (1995) *in re* "Fiscal c/ Fontana, Carlos Alberto y otros s/ av. infracción ley n° 20.840", sentencia del 04.05.1995, en *Fallos*: 318:652.

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

— (1998) *in re* "Alvarado, Julio s/ averiguación infracción art. 3° ley 23.771 (ANSeS)", sentencia del 07.05.1998.

— (1998a) *in re* "Recurso de hecho deducido por Juan Alberto Santilli (querellante) en la causa Stolkiner Armando s/ delito de acción pública –causa n° 23.536/95-", sentencia del 22.12.1998.

— (2005) *in re* "Recurso de hecho deducido por la defensa de Matías Eugenio Casal en la causa Casal, Matías Eugenio y otro s/ robo simple en grado de tentativa –causa N° 1681-", sentencia del 20.11.2005.

— (2006) *in re* "Squilario, Adrián, Vázquez, Ernesto Marcelo s/ defraudación especial en gdo. de partícipe primario – Smoldi, Néstor Leandro s/ defraudación especial en gdo. de partícipe secundario", sentencia del 08.08.2006.

— (2010) *in re* "Recurso de hecho deducido por la defensa de David Andrés Sandoval en la causa Sandoval, David Andrés s/ homicidio agravado por ensañamiento -3 víctimas- Sandoval, Javier Orlando s/ encubrimiento -causa n° 21.923/02", sentencia del 31.08.2010, en *Fallos*: 333:1687.

— (2011) *in re* "Kang, Yoo Soo s/ rec. extraordinario", sentencia del 27.12.2011.

— (2016) *in re* "Recurso de hecho deducido por la defensa de Fernando Ariel Carrera en la causa Carrera, Fernando Ariel s/ causa n° 8398", sentencia del 25.10.2016.

— (2017) *in re* "Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso "Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina" por la Corte Interamericana de Derechos Humanos", sentencia del 14.02.2017, en *Fallos*: 340:47.

— (2019) *in re* "Recurso de hecho deducido por la defensa de Alex Mauricio Obreque Varas y Alexis Gabriel Castillo en la causa Canales, Mariano Eduardo y otro s/ homicidio agravado –impugnación extraordinaria-", sentencia del 02.05.2019.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DEL CHACO (STJ CHACO) (1999) *in re* "Vicentín Miguel Ángel s/ homicidio culposo", Sentencia N° 102/99 del 25.11.1999

— (2004) *in re* "Hang Marcelo Raúl c/ Colombo Juan Carlos y Adrián Leonardo Araujo s/ querella p/ calmunias e injurias y acción civil resarcitoria", Sentencia N° 96/04, del 08.06.2004.

— (2009) *in re* "Larreteguy Jorge Alcides; Bettini Alberto; Liebana José Alfredo; Zeller Npestor Eduardo s/ violac. de deberes de funcionario público – malversación caud. pbcos.

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

– fraude en perj. adm. pbca. – fraude en construcción 1300 viviendas…", Sentencia N° 4/09 del 18.02.2009.

— (2009a) "Merynda Orlando Oscar s/ Tentativa de hurto de ganado mayor e infracción al art. 189 bis", Sentencia N° 17/09 del 12.03.2009.

— (2011) "Miño Cristian Alejandro s/ robo con armas atenuado", Sentencia N° 135/11 del 22.12.2011.

— (2011a) "Aquino Catalina; Marastoni Marcos Manuel s/ encubrimiento", Sentencia N° 107/11 del 04.10.2011.

— (2014) "Alonso Luis Armando s/ homicidio culposo y lesiones culposas", Sentencia N° 101/14 del 30.06.2014.

— (2014a) "González Pantalón [sic] Enrique s/ homicidio culposo", Sentencia N° 216/14 del 11.12.2014.

— (2015) "Franco Saturnino; Franco Miguel Ángel y Franco Daniel s/ homicidio simple", Sentencia N° 158/15 del 31.08.2015.

— (2017) "Coronel Cristóbal; Quint Jonathan s/ robo agravado por el uso de armas en despoblado y privación ilegítima de la libertad", Sentencia N° 36/17 del 28.03.2017.

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

EN LETRA - año VI, número 11-12 (2019)
pp. 71-94

EL PROCESO DE DESALOJO EN LA JURISPRUDENCIA CIVIL Y COMERCIAL RECIENTE DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

Ezequiel Leonardo CUFARI*

Fecha de recepción: 26 de diciembre de 2018
Fecha de aprobación: 31 de mayo de 2019

Resumen

En este trabajo se analizan algunas de las herramientas utilizadas en los procesos de desalojo tramitados en los fueros nacionales civil y comercial. El interés radica en que en estos procesos puede observarse una tensión entre dos derechos: el derecho de propiedad del accionante y el derecho a la vivienda de los ocupantes. La elección de los fueros se basa en que en ambos tramita una importante cantidad de los desalojos que se llevan a cabo en la Ciudad de Buenos Aires. Además, tradicionalmente son caracterizados como aquellos en los que las partes "concurren en igualdad de condiciones" y en los que se debería aplicar el "derecho privado" para resolver las cuestiones traídas a su conocimiento por lo que *a priori* parecerían incompatibles para el tratamiento de la tensión de derechos a la que me referí en el párrafo anterior.

Palabras clave

Desalojos - derechos económicos sociales y culturales - derecho a la vivienda

* Abogado y licenciado en Ciencia Política graduado de la Universidad de Buenos Aires (UBA - Argentina). Integrante del proyecto DeCyT "La igualdad interpelada: acción colectiva y reacción judicial a través de la jurisprudencia" a cargo del doctor Martín Aldao. Correo electrónico de contacto: ezecufari@gmail.com.

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

EVICTION PROCESS IN RECENT CIVIL AND COMMERCIAL JURISPRUDENCE OF THE CITY OF BUENOS AIRES

Abstract

In this paper it is analyzed some of the means used in eviction processes in the national civil and commercial jurisdiction. In these processes there is a tension between the right of property of the plaintiff and the right to housing of the occupants. The election of the jurisdictions is based on that in both processes a significant amount of the evictions that are carried out in our city. In addition, these are traditionally characterized as those in which the parties "concur in equal conditions" and in which private law should be applied to adjudicate the issues brought to their attention, which seem *a priori* incompatible for the treatment of the referred tension.

Keywords

Evictions - economic, social and cultural rights - right to housing

1. Introducción

En este trabajo analizo algunas de las herramientas utilizadas en los procesos de desalojo tramitados en los fueros nacionales civil y comercial.Mi interés radica en que en estos procesos es donde puede observarse una tensión entre dos derechos: el derecho de propiedad del accionante y el derecho a la vivienda de los ocupantes, pero esta tensión lejos de ser una contradicción o antagonismo de derechos, implica una exigencia a los poderes estatales para buscar garantizar ambos de manera adecuada

La elección de los fueros se basa en que en ambos tramita una importante cantidad de los desalojos que se llevan a cabo en nuestra ciudad (Buenos Aires). Además, tradicionalmente son caracterizados como aquellos en los que las partes "concurren en igualdad de condiciones" y en los que se debería aplicar el "derecho privado" para resolver las cuestiones traídas a su conocimiento por lo que a priori parecerían incompatibles para el tratamiento de la tensión de derechos a la que me referí en el párrafo anterior. Tal vez, es por ello que, como detallaré, los desalojos se suelen resolver utilizando "cuasi mecánicamente" el procedimiento normado entre los artículos 679 al 688 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (en adelante, "CPCCN"). Quizás también por ello

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

estos procesos de desalojo no han merecido un estudio más detallado desde las especialidades propias del Derecho Público, por más que, como intentaré mostrar, la Administración tuvo un rol que merece ser objeto de análisis.

En los apartados posteriores, procuraré dar una respuesta a las siguientes preguntas ¿Cumple la mera aplicación de las normas del CPCCN con la protección requerida para las personas que serán desalojadas? ¿Es irreconciliable la tensión entre el derecho de propiedad y el derecho a la vivienda digna? ¿Es posible tratar la problemática del desalojo a la luz de los Derechos Económicos Sociales y Culturales (en adelante, "DESC") de las personas involucradas? ¿Cuál es el rol de la Administración (nacional y/o local) en esta tensión?

Excede mi objetivo agotar el tema en cuestión y dar una respuesta acabada a semejantes interrogantes, más aun considerando que no hay estadísticas actualizadas de la totalidad de desalojos que se llevan a cabo en la Ciudad de Buenos Aires.[1] Sin perjuicio de ello, mediante el análisis de ciertos fallos y a partir de las preguntas formuladas en el párrafo anterior, me interesaría reflexionar respecto a líneas presentes en la jurisprudencia sobre desalojos para describir las herramientas que se presentan con cierta frecuencia y, al menos, delinear la existencia de otros recursos utilizados por los magistrados en menor medida.

Aclaro que este artículo dista de ser un estudio sobre Derecho Procesal, lo que me interesa destacar son los límites y problemas de las herramientas procesales específicas en torno a los desalojos y su aplicación por ciertos tribunales para dar tratamiento a las distintas problemáticas que se generan en torno a la cuestión habitacional.

Para ello, en primer lugar, reseñaré brevemente la normativa nacional específica en la materia para luego comentar las herramientas internacionales en torno a la problemática de los desalojos forzosos. Sentado el marco normativo, analizaré la jurisprudencia generada principalmente por el fuero nacional civil y, en menor medida, en el fuero comercial para

1 Esta falta de estadísticas es señalada también por ARCIDIÁCONO *et al.* (2009).

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

luego examinar otras herramientas que se han generado para intentar dar una respuesta diferente en torno a esta cuestión.

2. El desalojo en el CPCCN y en el régimen especial de ejecución de hipotecas

PALACIO (1994) explicó que el proceso de desalojo es aquel que tiene por objeto "recuperar el uso y goce de un bien inmueble que se encuentre ocupado por quien carece de título para ello, sea por tener una obligación exigible de restituirlo o por revestir el carácter de simple intruso aunque sin pretensiones a la posesión" (pp. 852-853). Por ello, "[d]el concepto enunciado se infiere, por lo pronto, que la pretensión de desalojo no sólo es admisible cuando medie una relación jurídica entre las partes en cuya virtud el demandado se halla obligado a restituir el bien a requerimiento del actor, sino también en el caso de que, sin existir vinculación contractual alguna, el demandado es un ocupante meramente circunstancial o transitorio que no aspira a ejercer la posesión" (1994a:78).

En el análisis de este autor (1994a) lo que más interesa destacar es que "de la definición expuesta se deduce que la pretensión de desalojo sólo implica la invocación, por parte del actor, de un derecho personal a exigir la restitución del bien, de manera que excede el ámbito del proceso analizado toda controversia o decisión relativas al derecho de propiedad o de posesión que puedan arrogarse las partes" (p. 78). Esto implica que se prevé un limitado marco cognoscitivo para su trámite, pues no pueden discutirse derechos "de fondo" —como la propiedad o DESC— ni cuestiones causales y en la sentencia de desalojo el juez debe limitarse a decidir si corresponde o no la restitución del inmueble. En este sentido, AREAN (2010) ha dicho que "es evidente que el juicio sólo debe apuntar a dilucidar ese tema, no siendo procedente acumularle pretensiones que transitan por carriles diferentes" (pp. 126-127).

Asimismo, PALACIO (1994) aclara que "en los casos en que la pretensión de desalojo se dirija contra un intruso, en cualquier estado del juicio después de trabada la litis y a pedido del actor, el juez, previa prestación de caución por los eventuales daños y perjuicios que se puedan irrogar, puede disponer la entrega del inmueble si el derecho invocado

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

resulta inverosímil" (p. 853). Esta posibilidad de desalojo anticipado también se extiende a los casos de falta de pago y de vencimiento de contrato (art. 684 *bis*, CPCCN).[2]

Así las cosas, si el accionante cumple con los requisitos mencionados y está trabada la litis, los ocupantes pueden ser desalojados antes de terminar el juicio y deberán hacer valer sus derechos en un proceso posterior que no suspenderá la ejecución del desalojo. Además, el CPCCN imposibilita la recusación sin causa del magistrado interviniente en el proceso (art. 14) y limita los medios probatorios en los juicios fundados en las causales de falta de pago o por vencimiento del plazo, pues en ellos solo se admite la prueba documental, confesional y pericial.

No obstante las limitaciones procesales, los efectos de la sentencia que se dicte son amplios pues, según el artículo 687 del CPCCN, "la sentencia se hará efectiva contra todos los que ocupen el inmueble, aunque no hayan sido mencionados en la diligencia de la notificación o no se hubiesen presentado en el juicio". Además, en cuanto a la orden de lanzamiento su artículo 686 establece que:

> se ordenará: 1) Tratándose de quienes entraron en la tenencia u ocupación del inmueble con título legítimo, a los DIEZ (10) días de la notificación de la sentencia si la condena de desalojo se fundare en vencimiento del plazo, falta de pago de los alquileres o resolución del contrato por uso abusivo u otra causa imputable al locatario; en los casos de condena de futuro, a los diez (10) días del vencimiento del plazo. En los demás supuestos, a los noventa (90) días de la notificación de la sentencia, a menos que una ley especial estableciera plazos diferentes. 2) Respecto de quienes no tuvieron

2 Excede el objetivo de este escrito, pero me permito señalar que la posibilidad de desalojo anticipado también está presente en la legislación penal, pues la ley 25.324 incorporó el desalojo anticipado también en los procedimientos penales, a través del artículo 238 bis del Código Procesal Penal de la Nación (en adelante, "CPPN"). Así, en las causas por infracción al artículo 181 del CPPN, en cualquier estado del proceso y aunque no se haya dictado el procesamiento del imputado, el juez podrá disponer provisionalmente el inmediato reintegro de la posesión o tenencia del inmueble. Sólo se requiere el pedido del supuesto damnificado y la verosimilitud (no certeza) en el derecho invocado por éste. Aquí ni siquiera es obligatoria la fijación de caución: el juez lo hará sólo si lo considerare necesario.

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

> título legítimo para la ocupación del inmueble, el plazo será de cinco (5) días.

A partir de lo anterior, el proceso de desalojo puede caracterizarse sintéticamente por: plazos acotados, imposibilidad de discutir derechos de fondo, medios de prueba limitados y con efectos de la sentencia bastante singulares, pues alcanzan a todo ocupante haya sido identificado o no en la demanda.

Por otra parte, la ley 24.441 establece en su Título V un "Régimen especial de ejecución de hipotecas", que tiene puntos en común con el dispuesto por el CPCCN, pero también una diferencia sustancial, pues como señala el COHRE (2006) en su informe (p. 34):

> la 'especialidad' de dicho régimen consiste en un proceso de ejecución hipotecaria que, en su mayor parte, transcurre extrajudicialmente. No hay, por ejemplo, una sentencia que mande llevar adelante la ejecución. El acreedor puede obtener el lanzamiento anticipado del inmueble y él mismo ordena la subasta, sin necesidad de intervención judicial. El ejecutado no podrá interponer defensa, incidente o recurso alguno tendiente a interrumpir el lanzamiento anticipado ni la subasta, salvo que acreditare verosímilmente algunos supuestos acotados (art. 64).

Ahora bien, ¿cómo ha sido tratada esta problemática en los tratados internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional? ¿Cuál es la opinión de los organismos internacionales? Intentaré esbozar una respuesta en el siguiente apartado.

3. El derecho a la vivienda, el derecho a la propiedad y el desalojo a la luz de los tratados internacionales de Derechos Humanos

En la problemática de los desalojos está involucrado el derecho a la vivienda que es un derecho humano con protección en nuestra Constitución Nacional (en adelante, "CN") (art. 14 *bis*) y convencional. Entre los instrumentos internacionales que consagran esta protección se encuentran la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 25, párr. 1), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, "PIDESC") (art. 11.1), la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (art. 5, párr. e, apartado iii), la Declaración Americana de los

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

Derechos y Deberes del Hombre (art. XI), la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 27, inc. 3), la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 14) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 26).

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (en adelante, "CDESC") (1991) —intérprete máximo del PIDESC según nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación ("CSJN")— [3] estableció el alcance del término "vivienda adecuada" en sus observaciones generales ("OG") números 4 y 7. Para ello, en la primera consagró diversos parámetros que los Estados parte del pacto debían cumplir a fin de garantizar el acceso a la vivienda, a saber: seguridad jurídica de la tenencia; disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura; gastos soportables; habitabilidad; asequibilidad; lugar; adecuación cultural. En cuanto a la seguridad jurídica de la tenencia, el CDESC aclaró que "todas las personas deben gozar de cierto grado de seguridad de tenencia que les garantice una protección legal contra el desahucio, el hostigamiento u otras amenazas".[4] Por otra parte, estableció que:

> [d]ebe concederse a los grupos en situación de desventaja un acceso pleno y sostenible a los recursos adecuados para conseguir una vivienda. Debería garantizarse cierto grado de consideración prioritaria en la esfera de la vivienda a los grupos desfavorecidos como las personas de edad, los niños, los incapacitados físicos, los enfermos terminales, los individuos VIH positivos, las personas con problemas médicos persistentes, los enfermos mentales, las

3 La interpretación de CDESC debe ser tenida en cuenta por nuestros tribunales pues, según la CSJN, comprende las "condiciones de vigencia" de este instrumento que posee jerarquía constitucional (arg. CSJN *in re* "Torrillo Atilio Amadeo y otro c/ Gulf Oil Argentina S.A. y otro", sentencia del 31.3.09, en *Fallos*: 332:709).

4 CDESC "Observación general Nº 4: El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto)" del 13.12.91, consultado en [https://www.escr-net.org/es /recursos/observacion-general-no-4-derecho-una-vivienda-adecuada-parrafo-1-del-articulo-11-del-pacto] el 30.11.18.

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

> víctimas de desastres naturales, las personas que viven en zonas en que suelen producirse desastres, y otros grupos de personas"[5].

En la OG N° 7 definió a los desalojos forzosos "como el hecho de hacer salir a personas, familias y/o comunidades de los hogares y/o las tierras que ocupan, en forma permanente o provisional, sin ofrecerles medios apropiados de protección legal o de otra índole ni permitirles su acceso a ellos" (CDESC, 1997).[6] Por ello, dispuso que "[e]l propio Estado deberá abstenerse de llevar a cabo desalojos forzosos y garantizar que se aplique la ley a sus agentes o a terceros que efectúen desalojos forzosos". En este sentido el CDESC consideró que entre las garantías procesales que se deben aplicar en el contexto de los desalojos figuran: a) una auténtica oportunidad de consultar a las personas afectadas; b) un plazo suficiente y razonable de notificación a todas las personas afectadas con antelación a la fecha prevista para el desalojo; c) facilitar a todos los interesados, en un plazo razonable, información relativa a los desalojos previstos y, en su caso, a los fines a que se destinan las tierras o las viviendas; d) la presencia de funcionarios del gobierno o sus representantes en el desalojo, especialmente cuando éste afecte a grupos de personas; e) identificación exacta de todas las personas que efectúen el desalojo; f) no efectuar desalojos cuando haga muy mal tiempo o de noche, salvo que las personas afectadas den su consentimiento; g) ofrecer recursos jurídicos; y h) ofrecer asistencia jurídica siempre que sea posible a las personas que necesiten pedir reparación a los tribunales. Así las cosas, es posible entender que "[l]a protección jurídica de la tenencia como aspecto integrante del derecho a la vivienda fue vinculada por el Comité con el tercer párrafo del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que exige a los Estados garantizar 'un recurso efectivo' a todas

5 CDESC, "Observación general Nº 4: El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto)" del 13.12.91, consultado en [https://www.escr-net.org/es /recursos/observacion-general-no-4-derecho-una-vivienda-adecuada-parrafo-1-del-articulo-11-del-pacto] el 30.11.18.

6 CDESC "Observación general Nº 7: El derecho a una vivienda adecuada" consultado en [https://www.escr-net.org/es/recursos/observacion-general-no-7-derecho-una-vivienda-adecuad a] el 29.11.18. Ya en la OG N° 4 había establecido que las instancias de desahucios forzados eran prima facie incompatibles con los requisitos del Pacto y sólo podrían justificarse en las circunstancias más excepcionales y de conformidad con los principios pertinentes del derecho internacional, pero al detectar incumplimientos de los Estados en lo relativo al respeto a los derechos involucrados, en esta OG se dedica en detalle al tema.

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

las personas cuyos derechos hayan sido violados".[7] Asimismo, se aclara que "[l]as mujeres, los niños, los jóvenes, los ancianos, los pueblos indígenas, las minorías étnicas y de otro tipo [...], se ven afectados en medida desproporcionada por la práctica de los desalojos forzosos",[8] por lo que los Estados parte deberán tomar especiales medidas para protegerlos. A partir de esto, la observación concluye en que:[9]

> [l]os desalojos no deberían dar lugar a que haya personas que se queden sin vivienda o expuestas a violaciones de otros derechos humanos. Cuando los afectados por el desalojo no dispongan de recursos, el Estado Parte deberá adoptar todas las medidas necesarias, en la mayor medida que permitan sus recursos, para que se proporcione otra vivienda, reasentamiento o acceso a tierras productivas, según proceda.

Para el caso específico de la Argentina, el CDESC solicitó que "se revisen con carácter prioritario los procedimientos en vigor para el desalojo de ocupantes para asegurar que las políticas, las leyes y las prácticas tomen debidamente en cuenta las Observaciones Generales Nº 4 y Nº7".[10]

Esta solicitud fue reiterada y ampliada por la Relatora Especial sobre una vivienda adecuada de las Naciones Unidas, Raquel Rolnik, luego de su visita a nuestro país en el año 2011, quien exhortó al Estado argentino a "la adecuación de la legislación nacional con los

7 Procuración General de la Nación *in re* "S., N. E. y otros s/ inf. art. 181 CP", dictamen del 16.10.12, S.C. S.457, L. XLVII.

8 CDESC "Observación general Nº 7: El derecho a una vivienda adecuada" consultado en [https://www.escr-net.org/es/recursos/observacion-general-no-7-derecho-una-vivienda-adecuad a] el 29.11.18.

9 CDESC "Observación general Nº 7: El derecho a una vivienda adecuada" consultado en [https://www.escr-net.org/es/recursos/observacion-general-no-7-derecho-una-vivienda-adecuad a] el 29.11.18.

10 Programa de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la Defensoría General de la Nación, "Echenique María Teresa c/ Ocupantes Av. Belgrano 2025/27/29/31 piso 4 dpto. B s/ Desalojo intrusos" dictamen del 5.8.16.

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

estándares internacionales en materia de desalojo y en ese contexto recomendó en particular la derogación de los artículos 680 bis y 684 bis del C.P.C.C.N.".[11]

Ahora es posible comenzar a dar una respuesta a una de las preguntas centrales de este trabajo: la mera aplicación del CPCCN es contraria a los estándares internacionales en la materia, puesto que otorga plazos exiguos a los ocupantes de las viviendas e incluso permite desalojarlos sin una sentencia firme, todo lo cual contraría lo estipulado por los tratados internacionales de Derechos Humanos y sus intérpretes institucionales.

Por otra parte y sin perjuicio de lo anterior, también es cierto que el propietario tiene derecho a su propiedad, que se encuentra protegido por nuestra Constitución en su artículo 17 y también en varios tratados internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XXIII); Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 17), y Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 21), en la que se aclara que la ley puede subordinar el uso y goce de la propiedad privada al "interés social".

¿Es irreconciliable esta tensión? ¿Los jueces deben aplicar mecánicamente el código o tienen que declarar su inconstitucionalidad? ¿Es posible una lectura del proceso a la luz de las obligaciones internacionales del Estado Argentino? En este sentido, cabe recordar que ya en 1922 nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación establecía en un celebérrimo fallo que:[12]

> [n]i el derecho de usar y disponer de la propiedad, ni ningún otro derecho reconocido por la Constitución, reviste el carácter de absoluto. Un derecho ilimitado sería una concepción antisocial. La reglamentación o limitación del ejercicio de los derechos individuales es una necesidad derivada de la convivencia social...

11 Programa de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la Defensoría General de la Nación, "Echenique María Teresa c/ Ocupantes Av. Belgrano 2025/27/29/31 piso 4 dpto. B s/ Desalojo intrusos", dictamen del 5.8.16.

12 CSJN *in re* "Ercolano, Agustín c/ Lanteri Renshaw, Julieta", sentencia del 28.04.1922, en *Fallos*: 136:170.

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

> Hay restricciones a la propiedad y a las actividades individuales cuya legitimidad no puede discutirse en principio, sino en su extensión. Tales son las que se proponen asegurar el orden, la salud y la moralidad colectivas; y hay asimismo otras limitaciones, como son las que tienden a proteger los intereses económicos, que no pueden aceptarse sin un cuidadoso examen, porque podrían contrariar los principios de libertad económica y de individualismo profesados por la Constitución.

Asimismo se ha expresado que "[e]l derecho de propiedad es un derecho competitivo. A diferencia de otros derechos que no rivalizan mucho, el derecho de propiedad rivaliza con todos aquellos derechos cuyo ejercicio requiere el uso de los recursos sobre los que se puede ejercer propiedad" (ROSENKRANTZ, 2015:113), tal como sería el caso del derecho a la vivienda.

En este marco, analizaré cierta jurisprudencia reciente al respecto para reflexionar acerca de la manera en que los jueces abordan esta problemática en la actualidad.

4. La jurisprudencia, entre el derecho a la vivienda y el derecho a la propiedad

La respuesta a la pregunta con la que termina el apartado precedente ha variado con el transcurso del tiempo, de ahí que el título de esta sección invite a pensar a la jurisprudencia "entre" ambos derechos, tratando las tensiones que emergen en cada caso particular. Para este artículo, me interesa reflexionar acerca de una de las respuestas dadas con cierta recurrencia en los fallos analizados, que puede ser resumida en los siguientes párrafos:[13]

13 CNCiv, sala B, *in re* "Gran Rex S.R.L. c/ Falcon Cordova, Marcos Antonio y otro", sentencia del 03.02.2017, disponible en [scw.pjn.gov.ar]. Véase también, en sentido similar, CNCiv., sala H, *in re* "Rovira, Andrea Laura c/ Urbieta, María José", sentencia del 16.03.2015; CNCiv., sala I, "Bornico, Juan Carlos c/ R.B. y otros", sentencia del 08.07.2017; CNCiv., sala J, *in re* "Lattuga, Rosa Nilda c/ Zaracho Carlos Roque y otros", sentencia del 24.08.2010, *in re* "M.T.E.c/ B.S.M. y otro", sentencia del 26.09.2013, e *in re* "Fernandez, Alejandra Eugenia c/ Rojas, Luis Alberto y otro", sentencia del 04.07.2017.

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

> incluso cuando deben tenerse en cuenta los daños irreparables que podrían producirse si se verifica un lanzamiento anticipado y luego se rechaza la demanda (pues aun mediando la fijación de una caución real la norma del art.684 bis debe ser aplicada con criterio prudencial y sólo cuando el derecho del accionante alcanza un grado de verosimilitud suficiente como para anticipar el resultado del juicio); cabe presumir en el "sub examine" la existencia de un grave perjuicio para el locador, ante la privación del ejercicio pleno del derecho de propiedad del inmueble dado en locación […].
>
> Es que no puede dejar de valorarse el perjuicio patrimonial y hasta moral que representa para el locador seguir soportando que su propiedad, durante el transcurso del juicio, siga ocupada por quien indica que le debe [...]. En tal sentido, el legislador, en pos de abreviar y simplificar los procesos para desalojar inmuebles, ha tenido en cuenta que las demoras de los juicios de desalojo, consistentes en la dilación injustificada de los plazos procesales, producen un perjuicio directo al propietario y el correspondiente enriquecimiento sin causa de quién continúa, sin derecho a ello, ocupando el inmueble durante el plazo de duración del juicio.

En estos párrafos puede observarse cómo la tensión entre el derecho de propiedad y el derecho a la vivienda es advertida por el tribunal colegiado pero resuelta en favor del primero, luego de lo cual se avoca a la aplicación del procedimiento normado en el CPCCN para desalojar a los ocupantes.

Ahora bien, ¿qué interpretación del ordenamiento jurídico subyace a este argumento? Entiendo que la interpretación queda reducida a la mera aplicación de la letra del CPCCN dejando de lado los instrumentos internacionales pues, según entiendo, en este criterio se subsume el derecho a la vivienda dentro del patrimonio de la persona, sin considerar que el acceso a la vivienda constituye un derecho humano que no es posible equiparar con el resto del patrimonio. En virtud de lo anterior, la desigualdad entre propietario y ocupantes que caracteriza a los desalojos no es ni siquiera considerada al momento de resolver la situación.

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

Para fundamentar este criterio, sería posible recurrir a un fallo de nuestro la Corte Suprema de Justicia de la Nación del 2005,[14] en el cual se estableció que la demanda de desalojo constituye una acción de contenido patrimonial "iniciada para obtener el reconocimiento del derecho del acreedor". Otro fundamento vinculado con el anterior es que el derogado código civil fue concebido y estructurado en torno a la protección del patrimonio de la persona (TANZI, 2015) y, tal vez por ello, muchos de los jueces formados en esta tradición se consagran "cuasi mecánicamente" a la protección del derecho de propiedad.

Por ello, desde esta visión, la función del Poder Judicial debe estar limitada a evitar perjuicios al propietario y el enriquecimiento sin causa de los ocupantes, pues para garantizar el acceso a la vivienda estarían los otros poderes del Estado a los que la judicatura sólo debe dar aviso para que ellos se ocupen de la situación. Se ha sostenido al respecto que "[n]o es a la jurisdicción a quien compete dar solución a los problemas habitacionales sino a los restantes poderes. Lo contrario imputaría el desmedro de las garantías que a otros habitantes reconoce el art. 17 de la Constitución Nacional, sin perjuicio de disponer un oficio comunicando el desalojo del inmueble al organismo del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires".[15] En otro fallo se sostuvo que "no responde a la equidad concebir que los propietarios de los inmuebles ocupados, o cualquiera que posea un interés legítimo para reclamar el desalojo, tengan el deber de proporcionarles a los niños la protección y el amparo que incumbe prestar a quienes ostentan la patria potestad y, en su defecto, a los organismos sociales pertinentes"[16]. En el mismo sentido se estableció que:[17]

> [c]uando se trata de un proceso entre particulares, la comunicación y el requerimiento de colaboración al Gobierno de la Ciudad de

14 CSJN *in re* "Augustine S.A. c/ Ceteco Argentina", sentencia del 03.03.2005, en *Fallos*: 328:297.

15 CNCiv, sala G, *in re* "Guerrero, Guillermo y otros c/ ocupantes Balcarce 1350/54", sentencia del 11.4.2011. Véase también, en sentido similar, CNCiv., sala B, *in re* "Etchecopaz, Mabel Lidia c/ Ocupantes del inmueble Calle Alberti 2124 y 2126 y otros", sentencia del 26.4.2018.

16 CNCiv, sala B, *in re* "Tabaro, Nelly Ana c/ Alderete, Francisco Antonio y otro", sentencia del 15.02.2012.

17 CNCiv, sala B, *in re* "Schur, Roberto c/ Flores García, Nelly Edith s/ desalojo por vencimiento de contrato", sentencia del 27.04.2012.

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

> Buenos Aires es el límite al que puede llegarse para evitar la vulneración de las garantías constitucionales. Es que, la imposición coactiva de decisiones jurisdiccionales debe quedar al margen en tanto el Gobierno no sea demandado y la estructura del proceso no ha garantizado el debate necesario sobre las cuestiones involucradas.

Si bien no es uno de los tribunales analizados en este trabajo, quisiera señalar que a este criterio parece adherir nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación en "Escobar, Silvina y otros"[18] del 2013, donde confirmó la falta de legitimación del asesor tutelar en tanto los menores de edad que ocupaban el predio carecían de la calidad de imputados en las actuaciones. Ello, sin perjuicio de que los jueces de la causa pusieran en conocimiento de las autoridades competentes la situación a fin del resguardo de sus derechos.

En este marco debe entenderse el instituto de la "desocupación inmediata" —al cual me referí en la introducción de este apartado— mediante el cual ni siquiera es necesaria la sentencia de desalojo para que los ocupantes tengan que abandonar el inmueble, sino que esto puede solicitarse cautelarmente y el derecho invocado de tener solo "apariencia de verdadero". Cabe destacar que, pese a lo expresado por los organismos internacionales, algunas salas de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (CNCiv) —apoyadas en doctrinarias como AREAN (2010)— han sostenido la constitucionalidad de la disposición, argumentando que:[19]

> [r]esulta relevante destacar que el art. 684 bis del Código Procesal, en el intento de simplificar y agilizar el trámite de los juicios de desalojo en el que el legislador ha buscado equilibrar el derecho de ambas partes, establece que "…para el caso que ocultase hechos o documentos, se prevé una fuerte multa a favor de la contraparte",

18 CSJN *in re* "Escobar, Silvina y otros", sentencia del 01.08.2013, *Fallos*: 336:916.

19 CNCiv., sala J, *in re* "Puig Miguel Salvador c/Rivera María del Carmen" sentencia del 02.02.2016. Véase también CNCiv, sala M, *in re* "Fusaro, Bertelio c/ Albarellos, Daniel Omar y Otro", sentencia del 17.10.2016.

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

> con lo cual no se advierte que exista violación al necesario equilibrio y a la igualdad que debe regir en el proceso.

Nuevamente, subyace a este razonamiento que la pérdida de la vivienda es equiparable a una pérdida del patrimonio, por lo que sería reparable con la indemnización fijada por el CPCCN. Según esta línea jurisprudencial —y también contrariamente a lo señalado a nivel internacional—, la participación de aquellos a ser desalojados no resulta obligatoria sin que esto afecte su derecho de defensa, pues podrían ser oídos y hacer valer sus pretensiones en otro proceso posterior.

Así las cosas, según estos fallos, la normativa internacional debería ser dejada de lado en los procesos de desalojo, puesto que los ocupantes no pueden alegar su derecho a la vivienda ni sus DESC, sino que deben reservarlos para las autoridades administrativas pertinentes y para el proceso posterior que, en teoría, podrían iniciar una vez que se encuentren sin hogar. ¿Existen herramientas alternativas a este planteo? ¿Puede el Poder Judicial actuar antes de que personas queden en situación de calle? ¿Es posible hacer valer los DESC en los procesos de desalojo sin declarar la inconstitucionalidad del CPCCN? Intentaré responder estas preguntas en el siguiente apartado.

5. ¿Es posible un Poder Judicial garante de los DESC?

Uno de los casos más importantes en este aspecto es "Castronuovo de Santandrea S.A. c/ Taccari, Carlos", resuelto por el Juzgado Nacional en lo Civil N° 1.[20] En 2005 se subastó el bien que originó la deuda de alquileres que se pretendía ejecutar en el proceso, pero éste estaba ocupado por distintas familias que incluían a menores de edad y personas enfermas con dificultades para su traslado. En 2007, el acreedor obtuvo la posesión y en el mismo año el magistrado ordenó el lanzamiento de los ocupantes.

De modo previo a efectivizar el desalojo, el juez dispuso intimar al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante, "GCBA") para que arbitrara las medidas necesarias a fin de censar a los niños y determinar si los grupos familiares podrían ser incluidos en algún

20 Juzgado Nacional en lo Civil N° 1 *in re* "Castronuovo de Santandrea S.A. c/ Taccari, Carlos", sentencia del 06.06.2014.

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

plan social vigente. Ante las negativas y respuestas parciales del gobierno local, se celebraron una serie de audiencias tendientes a construir una solución consensuada entre ocupantes, propietario y organismos dependientes del GCBA, a los que se sumó la Comisión Nacional de Tierras para el Hábitat Social "Padre Carlos Mugica", dependiente de la Jefatura de Gabinete de Ministros del Estado Nacional. El juez, utilizando el ámbito de las audiencias y las búsquedas oficiosas realizadas por el juzgado a través de internet, "fue rastreando las posibilidades de recursos existentes en la CABA, hasta que surgió la posibilidad de conformar una cooperativa con los ocupantes para que compraran el inmueble y lo refaccionaran" (TEDESCHI, 2017:95). Ante las nuevas objeciones presentadas por el GCBA y luego de una constatación ocular en la que participara también el juez, el tribunal dictó una resolución (06.06.2014) que ordenó determinadas medidas al gobierno local tendientes a que éste facilitara la conformación de la cooperativa entre los vecinos, éstos pudieran comprar el inmueble y así también se respetara el derecho a la propiedad del comprador.

Me interesa destacar que en el caso se arribó a una solución a partir de las herramientas existentes: audiencias, constataciones oculares, búsquedas oficiosas a través de internet y demás medidas tomadas en virtud del artículo 34 del CPCCN que impone a los magistrados como deberes instructorios y ordenatorios la realización de medidas tendientes a esclarecer la verdad objetiva de los hechos. No se excluyó la normativa internacional ni el CPCCN sino que el magistrado realizó una lectura armónica del ordenamiento jurídico y, lejos de pretender subsumir el derecho a la vivienda en el patrimonio de los habitantes, buscó una solución que respetara a ambas partes.

El rol activo del tribunal queda claro y ello permitió la tutela más adecuada de los derechos involucrados que la mera aplicación del CPCCN.[21] En este sentido, quisiera destacar que el juez impuso obligaciones al Estado local a diferencia de la postura sostenida

21 Excede al objetivo de este trabajo el análisis de la jurisprudencia internacional, pero al menos me permito hacer una referencia a la jurisprudencia de la Corte Constitucional de la República de Sudáfrica en "Grootboom c/ República de Sudáfrica", sentencia del 04.10.2000, en la que delegó el control de la ejecución de la sentencia en la Comisión de Derechos Humanos estatuida por el artículo 184 de la Constitución, una entidad independiente tanto del Poder Ejecutivo como del Poder Judicial. En el caso argentino, de contar con Defensor del Pueblo de la Nación, esto podría realizarse perfectamente pero, al momento de escribir estas líneas, el Congreso de la Nación sigue demorando su nombramiento [N. del E.: el cargo está actualmente vacante].

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

en el apartado anterior que se limitaba a comunicar al GCBA la situación de los desalojados. Además, el tribunal tuvo en cuenta la voz de los afectados — tal como impone el artículo 8 de la CADH y las recomendaciones de la OG N° 7— y permitió que éstos también asumieran un rol activo en la solución de la controversia lo cual, junto con la buena predisposición del adquirente en subasta, dotó a la sentencia de efectividad.[22] A partir de estas herramientas y en ejercicio de sus deberes, el juez pudo tener una visión más inmediata de lo acontecido, que también expresó en la sentencia:

> [t]anto en la inspección ocular que realicé como en las audiencias a las que concurrieron los vecinos, encontré en ellos a personas dispuestas a realizar un esfuerzo por mejorar su situación actual, hombres y mujeres que sufren pobreza, quienes se han organizado jurídicamente bajo la forma de una Cooperativa de Vivienda, recibiendo capacitación para poder encarar una solución que los hará artífices de la construcción de las soluciones a los problemas acuciantes que los aquejan, en una forma digna, socialmente valiosa. Debo señalar que la visita realizada fue emocionante, tanto para mí como para quienes me acompañaron. En ella encontré a personas dignas, dispuestas a asumir responsabilidades si se les daba una oportunidad; algo a lo que no están acostumbrados.

La diferencia con el criterio anterior es palmaria: ante la desigualdad el juez, lejos de ignorarla y subsumirla en el patrimonio de las personas, promueve la generación de oportunidades para quienes estaban por perder su hogar.

En un caso más reciente,[23] la sala J de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil confirmó la sentencia de primera instancia que suspendió el lanzamiento de los ocupantes de un inmueble e intimó al GCBA con sustento en el artículo 1713 del Código Civil y

22 El único involucrado que siguió mostrando reticencias para cumplir la sentencia fue el GCBA, pero el juez dictó un embargo ejecutorio sobre ciertas partidas presupuestarias confirmado por la Cámara con fundamento en la doctrina de los actos propios, pues si el gobierno había acordado la entrega de cierta suma de dinero a la cooperativa no podía después negarse alegando problemas supuestamente ocultos.

23 CNCiv, sala J, *in re* "Mario Bravo 605 SA", sentencia del 22.09.2016.

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

Comercial de la Nación (en adelante, "CCyCN") para que inspeccionara la vivienda ocupada a fin de tomar las medidas correspondientes en orden a preservar la seguridad tanto de las personas como de los bienes públicos y/o privados involucrados. El GCBA recurrió la sentencia de primera instancia argumentando —en línea similar a la postura analizada en el apartado anterior— que se había vulnerado su derecho de defensa en juicio, pues era un tercero ajeno al proceso al que se le imponían cargas que no habían sido materia de la litis. El tribunal colegiado sostuvo que "la ley no impide que esta orden judicial preventiva sea dirigida a terceros absolutamente ajenos al proceso en que se dicte" pues el artículo 1710 del CCyCN impone el deber de prevención del daño a toda persona que esté en posición de evitar un perjuicio. En este sentido, resaltó que el GCBA contaba con el Sistema de prevención integrado por Defensa Civil y la Guardia de Auxilio por lo que resultaba idóneo a fin de realizar la actividad. Es visible como el fallo también se aparta del criterio descripto en el apartado anterior donde los tribunales se limitaban a comunicar la situación de los afectados al GCBA, pero aquí me interesa destacar que lo hizo utilizando una de las herramientas provistas por el CCyCN que consagró explícitamente la función preventiva de la responsabilidad civil.

En el fuero comercial, en general no tramitan desalojos en el marco de procesos de quiebra, pues la doctrina del fuero es pacífica respecto a que el desalojo puede tramitar por vía incidental cuando la ilegitimidad de la ocupación resulta manifiesta, o no se requiere la dilucidación de controversias que por su naturaleza y complejidad deban ser sometidas a otra clase de proceso en sede civil.[24]

Entre los casos que me interesa destacar se encuentra el de la quiebra de Favro Hurlingam S.A.I.C. en 2016. El juez de grado había ordenado el lanzamiento de los ocupantes de los bienes subastados en el marco del proceso falencial. El defensor oficial apeló el decisorio por no estar notificado de la última audiencia realizada en el 2016 y planteó la nulidad de todo lo actuado a partir de allí. Explicó que por la falta de notificación fue privado de concurrir ante Secretaría de Abordaje Territorial del Ministerio de Desarrollo Social de la Nación y particularmente la Dirección Nacional de Asistencia Crítica, lo cual le hubiera permitido oponer distintas defensas y llegar a otra solución.

24 Cfr. Fiscalía ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial *in re* "Mareovich Beatriz Luján", dictamen nº 107.728 del 31.08.2005.

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

Los bienes subastados estaban ocupados por un barrio precario donde vivían menores de edad, discapacitados y personas con veinticinco años de residencia. No obstante, el magistrado a cargo en ese entonces propuso la venta en subasta sin base y los lotes fueron vendidos por $ 52.000 en el 2007. Atento el estado de ocupación de los bienes, se llevaron a cabo audiencias en el 2012 y en el 2016 entre los involucrados pero, como no se arribó a ningún acuerdo, el juez ordenó el lanzamiento argumentando que la falta de definición en la adjudicación de los bienes escapa a la responsabilidad del tribunal y debía canalizarse ante quien correspondiera. A esta audiencia no asistió el defensor de menores por no haber sido notificado. Según este argumento, el Poder Judicial resultaría ajeno a la obligación de garantizar el derecho a la vivienda de los afectados.

La Fiscalía ante Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial planteó en su dictamen[25] que debía realizarse una armonización entre el derecho de propiedad del adquirente —quien nunca se había opuesto a que los lotes le fueran adquiridos— y el derecho a la vivienda de los ocupantes. Asimismo, se consideró que el planteo de nulidad del defensor oficial debía prosperar en tanto la notificación de la fecha de realización de la audiencia había sido encomendada al comprador y éste confeccionó una cédula para notificar al funcionario, quien la devolvió argumentando que resultaba improcedente, puesto que debía remitirse el expediente a su despacho para notificarlo por el artículo 135 del CPCCN.

Sin perjuicio de lo anterior, se destacó que la decisión de lanzamiento era nula porque el juez de la quiebra resultaba incompetente para dictarla en virtud de los derechos constitucionales involucrados y de la situación de vulnerabilidad de los ocupantes por lo que el desalojo debía tramitar por un proceso de conocimiento pleno ante los jueces civiles competentes.

Si bien la sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial resolvió la nulidad de lo actuado en abril de 2017 por falta de la notificación adecuada del defensor de menores,[26] entiendo que se pueden rescatar argumentos valiosos para la construcción de

25 Cfr. Fiscalía ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial *in re* "Favro Hurlingam SAIC", dictamen nº 149.012 del 07.10.2016.

26 CNCom., sala D, *in re* "Favro Hurlingam", sentencia del 18.04.2017.

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

soluciones alternativas como, por ejemplo, la necesidad de los operadores jurídicos de reconocer los distintos sujetos con derecho a una tutela judicial efectiva involucrados en determinada situación y la obligación de buscar una solución que concilie los intereses en juego mediante el juicio de ponderación.

En otro caso, el juez de grado intimó a la ocupante del bien a desalojar el inmueble propiedad de la fallida —en el que funcionaba una cooperativa— en un plazo de cinco días bajo apercibimiento de lanzamiento con uso de la fuerza pública. La ocupante apeló y sostuvo que no podía acreditar adquisición dominial del bien por el propio accionar de la fallida. Solicitó la suspensión del desalojo hasta la adjudicación en subasta del bien. El juez volvió a rechazar el planteo argumentando que no se había podido acreditar el ofrecimiento de la propiedad de la vivienda por parte de la fallida. Además expresó que de subastarse ocupado se obtendría un valor mucho menor y ello determinaría un perjuicio para la quiebra. Nuevamente, la vivienda es considerada solo como parte del patrimonio.

De acuerdo con el planteo de la ocupante, a Fiscalía de Cámara propuso[27] suspender desalojo hasta que se subastara el bien y se adjudicara al adquirente. Para fundamentar el planteo, sostuvo que si la cooperativa había podido desarrollar sus actividades con la vivienda ocupada, en nada la afectaría que ésta continuara allí hasta que fuera adjudicada por el adquirente. Además, se sostuvo que no podía ordenarse el desalojo sin disponer medidas para evitar que la ocupante quede en situación de calle como había dispuesto el juez de grado porque, por más perjuicios que pudiera ocasionar a la quiebra, no podía obviarse que el acceso a una vivienda digna era un derecho humano protegido por instrumentos internacionales.

La sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial dispuso[28] diferir el lanzamiento hasta la venta y entrega al adquirente en subasta, por lo que hasta tanto se produjera ese evento, los magistrados señalaron que la interesada —con la intervención del juez de la causa en la medida en que fuera necesario— podría acudir a los organismos gubernamentales para acceder a los planes asistenciales que requiriera. La lectura

27 Fiscalía ante la Cámara Comercial, "Cabaña Avícola Jorju SACIFA" dictamen nº 151.224 del 29.09.2017.

28 CNCom., sala C, *in re* "Cabaña Avícola Jorju SACIFA", sentencia del 28.09.2017.

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

armónica es nuevamente rescatable aunque no resulta entendible que el tribunal haya puesto en cabeza de la actora la comunicación con los organismos administrativos pertinentes.

En otro caso, la sala F dispuso suspender una subasta de un inmueble en el que residían dos menores de edad, una con discapacidad. Para ello, argumentó que para la suspensión existía "un argumento de mayor peso y relevancia para admitir los recursos introducidos: la tutela judicial especial y diferenciada que ha de otorgarse a aquellas personas en situación de vulnerabilidad -sea derivada de cierta discapacidad o de su edad"[29], por ello correspondía "atemperar el rigor falencial ponderando con una visión más amplia los derechos del ser humano y sus necesidades básicas, tales como el acceso a una vivienda digna".[30]

En otro fallo que me interesa rescatar para mi análisis se estableció que:

> en numerosas ocasiones es necesario adoptar medidas que -aun cuando a priori entorpezcan o dilaten la efectiva entrega de un bien subastado de manera regular- concilien adecuadamente los derechos del comprador con el de personas que se encuentran en situación de alta vulnerabilidad por razones de salud (CNCiv., Sala K, 23.12.16, "R., H. F. y otro c/ Avellaneda 2429 S.R.L. s/desalojo por vencimiento de contrato"), minoridad (CNCiv., Sala H, 15.11.10, "Bacco, María Alejandra y otro c/Ocupantes de Suárez 4537 s/desalojo - intrusos") o ancianidad (tal el caso de autos).[31]

Por ello, los camaristas estimaron procedente diferir el lanzamiento de la fallida del inmueble que ocupaba hasta tanto se diera intervención a los organismos pertinentes y se determinara la posibilidad de existencia de un saldo de fondos en el proceso falencial para coadyuvar a su relocalización. Asimismo, en otra reciente sentencia se dispuso que atento a la insuficiencia del accionar de los organismos del GCBA, el magistrado de grado debía

29 CNCom., sala F, *in re* "Arce, Norma Angélica", sentencia del 09.11.2017.

30 *Id*.

31 CNCom, sala D, *in re* "Monarca, Gloria Martha" sentencia del 28.09.2017.

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

requerir que los citados organismos estatales provean a los menores habitantes de un inmueble subastado de una vivienda alternativa o su relocalización manteniendo la dignidad humana que prescriben las normas supra citadas y evitando que quedaran en situación de calle.[32]

6. A modo de epílogo

Para finalizar este trabajo, quisiera intentar dar algunas respuestas a las preguntas que formulé en la introducción que, aunque no agotarán el tema en cuestión, permitirán ciertas reflexiones tendientes a construir un enfoque distinto sobre la cuestión.

A partir del análisis de los instrumentos internacionales, es posible advertir que la aplicación del CPCCN no cumple con la protección requerida para las personas a ser desalojadas: los plazos otorgados son exiguos y tampoco tienen posibilidad de defenderse durante el juicio, sino que deben esperar hasta ser desalojados para promover un juicio de conocimiento. No obstante, intenté mostrar cómo los tribunales civiles y comerciales continúan aplicando el procedimiento de desalojo establecido en ése cuerpo normativo "cuasi mecánicamente" para resolver los desalojos -e incluso defienden su constitucionalidad-, y dejan afuera la posibilidad de invocación de los DESC en el curso del proceso. Según este razonamiento, el Poder Judicial pretende cumplir sus funciones mediante la comunicación de la situación de los desalojados a los organismos dependientes de los otros poderes del Estado, pero se exime de imponerles obligaciones sosteniendo que ello violaría su derecho de defensa en juicio. La intervención judicial es cuasi instrumental pues se limitan a ejecutar lo dispuesto en el CPCCN y se excluye la normativa internacional, pese a que, como señalé, resulta plenamente aplicable.

Por otra parte, procuré mostrar la existencia de otras herramientas para dar tratamiento a la situación: las audiencias, las búsquedas oficiosas a través de Internet, la imposición de inspecciones en los términos del artículo 1713 del CCyCN y la búsqueda de soluciones tendientes a la armonización de derechos. Éstas permiten incluir los DESC en la problemática de los procesos de desalojo y buscan lograr una solución que garantice tanto el derecho a la vivienda como el derecho a la propiedad resolviendo las tensiones de cada

32 CNCom, sala B, *in re* "Fernández Caeiro, Alejandro Gustavo", sentencia del 23.02.2018.

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

caso en particular. Desde esta perspectiva, la Administración puede ser interpelada por el Poder Judicial por más que no fuera demandada en las actuaciones, pues según los tratados internacionales de Derechos Humanos están en cabeza del Estado obligaciones positivas y el Poder Judicial —incluso en el marco de actuaciones civiles— debe conminar a la Administración a cumplirlas. Los jueces lejos de dejar de lado la desigualdad, la asumen y buscan crear soluciones que tutelen de manera más adecuada los derechos en juego.

Busqué reflexionar acerca de los desalojos porque, como intenté argumentar, en ocasiones el Poder Judicial y el Ministerio Público los llevan adelante amparados en "la letra de la ley" sin detenerse en sus implicancias y dejan a personas en situación de calle imposibilitadas de ejercer sus derechos de modo pleno. Por ello, "[h]ay que desechar entonces el razonamiento puramente formal que no formule un juicio de valor sobre la conclusión, conciliando las técnicas de razonamiento jurídico con la justicia o, por lo menos, la aceptabilidad social de la decisión" (PERELMAN, 1988:20). No debemos olvidar que los operadores jurídicos somos integrantes de la sociedad y tenemos como imperativo constitucional la obligación de afianzar la justicia para contribuir a la consolidación de nuestra República

Bibliografía

ARCIDIÁCONO, P. *et al.* (2009) "Déficit habitacional y desalojos forzosos en la Ciudad de Buenos Aires: apuntes sobre una política de expulsión y desresponsabilización" en CELS *Derechos Humanos en Argentina. Informe 2009*, disponible en [https://www.cels.org.ar/web/capitulos/deficit-habitacional-y-desalojos-forzosos-en-la-ciudad-de-buenos-aires-apuntes-sobre-una-politica-de-expulsion-y-desresponsabilizacion/]

AREAN, B. (2010) "Desalojo" en HIGHTON, E. y AREAN, B. (dirs.) *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación comentado*, tomo 13, pp. 10-180. Buenos Aires, Hammurabi.

PALACIO, L. (1994) *Manual de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires, Abeledo Perrot.

— (1994a) *Derecho Procesal Civil*, tomo. 7. Buenos Aires, Abeledo Perrot.

PERELMAN, C. (1988) *La lógica jurídica y la nueva retórica*. Madrid, Ed. Civitas.

ROSENKRANTZ, C. (2015) "El derecho de propiedad en el nuevo Código Civil y Comercial: viejos problemas sin nuevas soluciones", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario.*

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

Claves del Código Civil y Comercial, número Extraordinario, pp. 113-136. Córdoba, Rubinzal Culzoni.

TANZI, S. (2015) "La inviolabilidad de la persona humana y el Código Civil y Comercial de la Nación", en *Temas de Derecho Civil Persona y Patrimonio*, número 1, pp. 11-16.

TEDESCHI, S. (2017) "Tres decisiones estratégicas para el litigo de derecho a la vivienda", en BENENTE, M. y THEA, F. (comps) *Derecho a La Vivienda y Litigio Estructural*. Buenos Aires, EDUNPAZ, pp. 81-116, disponible en [https://www.unpaz.edu.ar/publicaciones/...idi/derecho-la-vivienda-y-litigio-estructural].

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

EN LETRA - año VI, número 11-12 (2019)
pp. 95-119

EL IMPUESTO A LAS GANANCIAS: UN ANÁLISIS CONSTITUCIONAL SOBRE SU APLICABILIDAD EN JUBILACIONES Y PENSIONES

Francisco ROMERO BRENLLA*

Fecha de recepción: 1 de julio de 2019
Fecha de aprobación: 25 de agosto de 2019

Resumen

El objetivo principal de este artículo es realizar un análisis constitucional sobre la tributación del impuesto a las ganancias por jubilaciones y pensiones, en línea con el creciente interés que esta cuestión ha concentrado en los últimos años como consecuencia de la reforma legislativa y la jurisprudencia reciente en la materia. A partir de la consideración de fuentes normativas nacionales e internacionales y su interpretación por el Poder Judicial de la Nación, este trabajo aborda uno de los principales interrogantes del último tiempo: ¿deben jubilaciones y pensiones tributar impuesto a las ganancias?

Palabras clave

Impuesto a las ganancias - jubilaciones - tributario - seguridad social

* Bachiller graduado del Colegio Nacional de Buenos Aires, dependiente de la Universidad de Buenos Aires (UBA - Argentina). Integrante del proyecto de investigación en Historia del Derecho realizado de manera conjunta entre la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA – Argentina) y el Colegio Nacional de Buenos Aires (UBA – Argentina) (2018). Correo electrónico de contacto: fromerob01@gmail.com

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

ARGENTINE'S INCOME TAX: A CONSTITUTIONAL ANALYSIS ON ITS ENFORCEABILITY OVER INCOME FROM RETIREMENT PENSIONS

Abstract

The objective of this article is to conduct a constitutional analysis on whether or not pensions should continue to pay income tax, given the growing interest in tax and social security matters in Argentina due to recent reforms in those areas. Therefore, we analysed the general characteristics any tax must fulfil in order to comply our legal regime, and the particular characteristics of income tax and how pensions relate to it. We also analysed a series of relevant legal cases to show the arguments that the judiciary takes into account regarding this matter. Furthermore, local legislation and international treaties on tax and social security were considered and reviewed. We also did research on the relationship between legal and non-professional language to try and clarify the controversy generated by whether or not pensions should be considered "income" or "profit". In short, this article bears the intention of responding to the question *should pensions pay income tax?* by analysing the constitution, legal cases and legislation, as well as other important elements in connection with this issue.

Keywords

Income tax – retirement pensions – tax - social security

1. Introducción

En los últimos años se ha observado un creciente interés de la opinión pública por los temas relacionados con la seguridad social y los impuestos. Más allá del interés general que este tipo de cuestiones suscita regularmente, esto puede deberse a las reformas previsional y tributaria del 2017 y a la polémica en torno a los índices que deben utilizarse para actualizar los haberes jubilatorios.[1] Este interés halla su correlato más inmediato en la proliferación de artículos periodísticos y cobertura audiovisual sobre el tema, que oscilan

1 A propósito de ello, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (2018) zanjó, aunque sea provisoriamente, esa cuestión al sugerir la utilización del Índice de Salarios Básicos de la Industria y la Construcción (ISBIC) para la movilidad previsional.

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

entre las críticas más feroces a las modificaciones implementadas y las interpretaciones más benévolas sobre aquéllas (ARGENTO, 2017; STANG, 2019). Además, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, la "CSJN") ha fallado recientemente en el caso "García", sentando jurisprudencia en torno a la problemática abordada.

Sin embargo, hemos comprobado que este interés por la materia se ha extendido por toda la región, donde se han sucedido también múltiples reformas y proyectos que han causado debates en Brasil, Chile, Colombia, Uruguay, México y otros países de América Latina acerca de la conveniencia o no de introducir modificaciones en sus sistemas tributarios y previsionales (ARENAS DE MESA, 2016).

En este contexto, el objetivo del presente artículo es analizar constitucionalmente si corresponde o no la tributación del impuesto a las ganancias sobre jubilaciones y pensiones. A tal efecto, se consideran especialmente el texto de la Constitución Nacional, los tratados internacionales con jerarquía constitucional, y sentencias de tribunales nacionales y provinciales (incluso de la CSJN).

2. ¿Qué es un tributo?

De manera temprana en su estructura, la Constitución Nacional presenta uno de los elementos más relevantes para el sostenimiento del Estado: la composición de sus ingresos. Así, la ley suprema introduce por primera vez esta cuestión de la siguiente manera (art. 4°):

> [e]l Gobierno federal provee a los gastos de la Nación con los fondos del Tesoro nacional formado del producto de derechos de importación y exportación, del de la venta o locación de tierras de propiedad nacional, de la renta de Correos, *de las demás contribuciones que equitativa y proporcionalmente a la población imponga el Congreso General,* y de los empréstitos y operaciones de crédito que decrete el mismo Congreso para urgencias de la Nación, o para empresas de utilidad nacional.[2]

2 Sin cursiva en el original.

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

Las obligaciones tributarias suelen ser clasificadas en dos clases: (a) las obligaciones tributarias *personales*, consistentes en la obligación de prestar determinados servicios ante la Administración Pública (p.ej., determinar y declarar periódicamente el monto a tributar); y (b) las obligaciones tributarias *dinerarias*, consistentes en la obligación de dar una determinada suma de dinero (o bienes en especie). De esta manera, tributar no significa necesariamente transferir dinero a un ente recaudador; sin perjuicio de que las formas tributarias son casi exclusivamente dinerarias en las sociedades modernas. Así, por ejemplo, los ingresos tributarios y las contribuciones a la seguridad social representaron en el presupuesto del año 2018, cerca del 89,5 % de los ingresos a las arcas estatales ($ 2,32 billones sobre un total de ingresos corrientes de $ 2,58 billones) (MINISTERIO DE HACIENDA, 2018).

Ahora bien, la Constitución Nacional establece reiteradamente que la competencia para imponer contribuciones corresponde al Congreso de la Nación. Primero, cuando se afirma que "[e]l Gobierno federal provee a los gastos de la Nación con los fondos del Tesoro nacional formado del producto de […] las demás contribuciones que equitativa y proporcionalmente a la población imponga el Congreso General" (art. 4°); luego, cuando reafirma que "[s]ólo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el Artículo 4º" (art. 17); y, finalmente, cuando establece que "corresponde al Congreso Nacional […] imponer contribuciones indirectas [… y] contribuciones directas, por tiempo determinado, proporcionalmente iguales en todo el territorio de la Nación, siempre que la defensa, seguridad común y bien general del Estado lo exijan" (art. 75, inc. 2). De esta manera, el principio general que aplica es el de "ningún tributo sin ley previa", de conformidad con la declaración de que "[n]ingún servicio personal es exigible, sino en virtud de ley o de sentencia fundada en ley" (art. 17).[3]

Por otro lado, la propia Constitución Nacional distingue entre dos formas tributarias fundamentales: por un lado, los tributos directos, que son los que se recaudan a partir de los ingresos o patrimonios de las personas; y, por otro, los tributos indirectos, que se

3 En línea con tales disposiciones, la CSJN (1938) ha sostenido "[q]ue entre los principios generales que predominan en el régimen representativo republicano de gobierno, ninguno existe más esencial a su naturaleza y objeto, que la facultad atribuida a los representantes del pueblo para crear las contribuciones necesarias para la existencia del estado".

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

perciben a través de agentes de recaudación a lo largo de la cadena productivo-comercial. A partir de esta distinción, se establece que corresponde al Congreso (art. 75, inc. 2):

> [i]mponer contribuciones indirectas como facultad concurrente con las provincias. Imponer contribuciones directas, por tiempo determinado, proporcionalmente iguales en todo el territorio de la Nación, siempre que la defensa, seguridad común y bien general del Estado lo exijan.

Esta construcción implica una significativa diferencia en los poderes impositivos de la Nación y las Provincias. Así, el Congreso de la Nación solo podría establecer contribuciones *directas* (a) "por tiempo determinado", (b) "proporcionalmente iguales en todo el territorio de la Nación" y (c) "siempre que la defensa, seguridad común y bien general del Estado lo exijan". Sin embargo, el control del cumplimiento de tales requisitos quedaría sometido al entendimiento del propio Congreso de la Nación dado que la cuestión constituiría una cuestión política no justiciable en línea con cierta jurisprudencia de la CSJN (2009).

Ahora bien, si dirigimos nuestra atención al capítulo primero de la Constitución Nacional, notaremos insistencia sobre un punto: el Congreso Nacional debe asegurar que las contribuciones que impone a la población sean *equitativas* y *proporcionales* (arts. 4° y 16). Incluso, el último artículo mencionado manifiesta un principio fundamental que debe regir el establecimiento de cualquier tributo: "[l]a *igualdad* es la base del impuesto y de las cargas públicas". No obstante, esta igualdad no debe ser entendida de manera lineal como un elemento holístico de unicidad que sitúe obstinadamente a todos los sujetos en un mismo nivel sino como un principio rector lo suficientemente flexible como para asegurar el bienestar general de todos los ciudadanos. En términos de la propia CSJN (2009): "la igualdad de las cargas públicas no impide que la legislación considere de manera diferente situaciones que estime diversas de modo tal que, de no mediar discriminaciones arbitrarias, se creen categorías de contribuyentes sujetos a tasas diferentes" (pp. 1296-7).

En esta dimensión, TARSITANO (2013) explica que la capacidad contributiva "es la condición idónea de una persona para ser llamada a sostener el gasto público por poseer una riqueza objetiva, que el legislador transforma en categoría imponible por la ponderación discrecional de un conjunto de factores políticos, sociales o económicos" (p. 190). Sobre esta noción, la CSJN (1989) ha afirmado que:

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

> para que la tacha de confiscatoriedad pueda prosperar, es necesaria la demostración de que el gravamen cuestionado excede la capacidad económica o financiera del contribuyente [… L]a premisa de tal conclusión está constituida, obviamente, por la existencia de una manifestación de riqueza o capacidad contributiva como indispensable requisito de validez de todo gravamen.[4]

Asimismo, este concepto se complementa con la prohibición de confiscación de bienes expresada en la Constitución Nacional (art. 17), como consecuencia de la cual los tributos tampoco podrían representar una excepción a esta regla. En otras palabras, ningún impuesto podría ser confiscatorio, criterio que ha sido consolidado desde antaño en la jurisprudencia de la CSJN (1911, 1928, 1930, 1940, 1943, 1944, 1946, 1948, *et al.*).[5]

3. ¿Qué es una jubilación y una pensión?

La segunda cuestión a atender para el abordaje del tema es determinar la naturaleza jurídica de jubilaciones y pensiones. Al respecto, la Constitución Nacional establece que éstas conforman el aparato de la *seguridad social* y poseen carácter de integrales e irrenunciables (art. 14 *bis*). En este marco, de conformidad con la Ley Nacional del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones N° 24.241, las jubilaciones son prestaciones que se otorgan a las personas para hacer frente a las contingencias de la vejez[6] en razón,

4 Jurisprudencia anterior de la CSJN (1948) consideraba asimismo que "para la obtención del bien común, que es la finalidad de todo sistema tributario, ha de considerarse no *exclusivamente* la mayor o menor capacidad contributiva de cada uno, sino también un *mayor o menor deber de contribuir*" (p. 299).

5 Sin embargo, se advierte que el criterio original de la CSJN (1906) fue limitar la prohibición de confiscación a la materia penal, y no que el artículo 17 de la Constitución Nacional implicase un límite al poder impositivo del Estado.

6 Existen numerosas fuentes judiciales, legislativas y de derecho internacional que expresan de manera reiterada que el objetivo principal de jubilaciones, pensiones y demás prestaciones relacionadas es este. Ver, por ejemplo, la ley del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones (art. 1); la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 25); y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 16).

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

generalmente, de haber desarrollado una actividad laboral durante la vida activa y de haber contribuido al sistema de la seguridad social durante aquel período de actividad. En términos de la CSJN (2008), "[l]a materia previsional se vincula con personas que, por lo general, han concluido su vida laboral y, en la mayoría de los casos, han supeditado su sustento a la efectiva percepción de los haberes que les corresponden por mandato constitucional, razones que justifican una especial tutela" (p. 4). Por su parte, las pensiones "derivan de la jubilación en favor de los causahabientes de la persona jubilada" (BIDART CAMPOS, 2001). Además de tener carácter de integrales e irrenunciables, jubilaciones y pensiones también reúnen otras características protectoras: son *sustitutivas,* poseen carácter *alimentario* y son *inembargables* e *imprescriptibles* (art. 14, incs. c y e).

Tanto jubilaciones como pensiones están comprendidas entre los derechos económicos y sociales introducidos en la ley suprema durante la reforma de 1957 (tácitamente ratificada por la de 1994). La inclusión de este artículo es una clara muestra de la voluntad del poder constituyente de garantizar protecciones a trabajadores, adultos mayores y otros grupos sociales para asegurar su bienestar y el pleno ejercicio de sus derechos (art. 14 *bis*). De esta manera, no se puede menospreciar que tales prestaciones (seguro de desempleo, jubilaciones, pensiones, etc.) sean definidas como *beneficios*, criterio en el que coinciden la Constitución Nacional (art. 14 *bis*) y la Ley Nacional del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones N° 24.241 (arts. 3, 19, *et al*.).

Esta calificación como beneficios contrasta respecto del término utilizado para referirse a las relaciones laborales, en las que los asalariados no son considerados legalmente como *beneficiarios* de su sueldo. Así, la Ley de Contrato de Trabajo N° 20.744 (t.o. Decreto N° 390/76) establece que el trabajador es *remunerado* por sus servicios y tiene asegurada una serie de garantías adicionales a esta remuneración (arts. 4, 15, 21 *et al*.). Por el contrario, la Ley General de Sociedades N° 19.550 (t.o. 1984) se refiere a la *participación en las ganancias* por los socios y en ella se utiliza la palabra beneficio como sinónimo de esta última (arts. 1°, 13, etc.).

Aun cuando el análisis semántico no sea exhaustivo, admita amplitud de interpretaciones y no constituya el fundamento principal de este trabajo, la intención es subrayar la diferencia en la configuración de ambos conceptos que se evidencia en un léxico divergente: mientras (a) las jubilaciones y pensiones se construyen a partir del concepto de beneficio, entendido como *prestación* para hacer frente a las contingencias de la vida (vejez, invalidez y muerte) (art. 1°, ley 24.241), (b) los conceptos de salario, beneficio económico,

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

rédito, etc. son definidos a partir de las nociones de remuneración, ganancia y pérdida, existiendo siempre una *contraprestación* que los define. En este sentido, se recuerda que la jurisprudencia, en línea con el adagio *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, sostiene que, cuando el legislador utiliza un mismo término, debemos interpretar que refiere al mismo concepto y, por tanto, la disparidad de vocablos significa, en principio, ideas diferentes (CSJN, 2008a).

4. ¿Qué es el Impuesto a las Ganancias?

El Impuesto a las Ganancias fue creado por la ley 20.628 (t.o. decreto 649/97) (1973) y está reglamentado por el decreto 1344/98 y sobre él se han realizado numerosas modificaciones a lo largo del tiempo. Sin embargo, es posible identificar tributos similares desde comienzos del siglo XX como, por ejemplo, el impuesto a los réditos establecido por la ley 11.682 (1933) y su modificación por la ley 12.965 (1947).

Según el debate parlamentario, este impuesto tiene como objetivo gravar las ganancias de los distintos sujetos legales de nuestro país para asegurar la redistribución de la riqueza y contribuir a la paz social en la Nación (Cámara de Senadores de la Nación, 1973). A tal efecto, la ley 20.628 define la noción de *ganancias* mediante cuatro categorías, de conformidad con las cuales aquéllas comprenden, básicamente, a (a) todo aquel "rendimiento, renta o enriquecimiento susceptible de una periodicidad que implique la permanencia de la fuente que los produce y su habilitación" y (b) los resultados derivados de la enajenación de bienes (muebles, inmuebles, acciones, etc.) (art. 2).

De las cuatro categorías de ganancias que la ley establece (arts. 41, 45, 49 y 79), nos centraremos en la cuarta. Podemos dividir los supuestos de esta categoría en dos grupos: (a) en primer lugar, aquellas que provienen de la prestación de servicios laborales o personales, esto es, las ganancias que se originan a partir de una contraprestación (por ejemplo, el desempeño de un cargo público, el trabajo en relación de dependencia, los servicios personales en sociedades, etc.); y (b) en segundo lugar, podemos ubicar un supuesto particular que se circunscribe a los incisos c) y d) del artículo 79 de la ley: las ganancias provenientes de jubilaciones, pensiones, subsidios, etc., o de los beneficios de aportes no deducibles originados en planes de seguro de retiro privados. Estos conceptos deben interpretarse conjuntamente con los caracteres de *periodicidad*, *permanencia* y *habilitación* de la fuente que lo produce, según lo requerido por la ley para la configuración de una "ganancia" (art. 2°).

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

Por otra parte, es menester tener en cuenta que se trata de un impuesto directo establecido por el Congreso Nacional. Por esta causa, según ya mencionáramos, el tributo debiera estar limitado temporalmente, lo cual parecería estar reconocido por la propia ley al reconocer al tributo como un "impuesto de emergencia" (art. 1°). Pese a la limitación temporal establecida en la Constitución Nacional para que el Congreso Nacional no se apropie de facultades normalmente pertenecientes a las provincias, la vigencia del Impuesto a las Ganancias ha sido sucesivamente prorrogada por el Congreso desde hace décadas (leyes 24.621 [1996-7], 24.919 [1997-2000], 25.558 [2002-05] y 26.545 [2009-19]).

Aunque resulta evidente que los constituyentes quisieron asegurarse de que las contribuciones directas impuestas por el Congreso Nacional no fueran de duración prolongada o indeterminada, una vez más la práctica nos demuestra que la teoría no siempre se respeta: hace décadas que este (y otros) impuestos siguen el trámite parlamentario de prórroga para extender su vida útil.

Por otra parte, si consideramos que alrededor del 32 % de los ingresos de la Administración Federal de Ingresos Públicos provienen de este tributo (AFIP, 2017), cabría preguntarse por qué la composición de los recursos del fisco depende en tal medida de un impuesto que debiera tener carácter de extraordinario… De hecho, es el tercer impuesto de mayor recaudación medido en porcentaje del PBI, superando a Ingresos Brutos y al Impuesto al Cheque (ARGAÑARAZ, BARRAUD, CASTRO y MURÚA, 2019). Por ello, queda claro que este impuesto se ha consolidado como uno de los principales pilares de la recaudación tributaria, lo cual explica que cualquier modificación sustancial sobre él resulte sumamente difícil de practicar.

5. El Derecho Internacional: elementos relevantes

A partir de la jerarquía supralegal de los tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales establecida por el actual artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional (y, aún más, de la jerarquía constitucional que tienen los tratados de derechos humanos allí definidos), es determinante su consideración para encontrar elementos potencialmente relevantes y, asimismo, reconocer las obligaciones de nuestro Estado en materia tributaria y de previsión social.

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

Así, la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) establece (art. 26):

> [l]os Estados Partes se comprometen a adoptar providencias […] especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales […], contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos […], en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

A su vez, en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, los Estados miembros convinieron en que dedicarían sus máximos esfuerzos para (a) la consecución de sistemas impositivos adecuados y equitativos, como metas básicas para lograr los objetivos básicos de desarrollo integral (art. 34, inc. c); y (b) desarrollar una política eficiente de seguridad social (art. 45, inc. h).

Por su parte, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece que toda persona tiene derecho a gozar de los beneficios de la seguridad social para ser *protegido* de las consecuencias de la vejez (art. XVI). Este compromiso estaba anteriormente previsto en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, donde se proclamó el derecho al acceso a la seguridad social (art. 22); y se reitera en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, donde se reconoce el derecho de toda persona a la seguridad social (art. 9°).

Por otra parte, en materia tributaria, por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre se destaca el deber de todos los ciudadanos de los Estados partes de pagar los impuestos establecidos por la ley para el sostenimiento de los servicios públicos (art. XXXVI). En cualquier caso, los tratados en cuestión no establecen reglas que parezcan incompatibles con el establecimiento de tributos a las prestaciones de seguridad social, máxime cuando se reconoce en aquéllos, sea explícita o implícitamente, la potestad de la

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

autodeterminación de los pueblos y su avance en el cumplimiento conforme la disponibilidad de recursos públicos.[7]

6. ¿Resulta admisible la revisión judicial de gravámenes?

Ahora que hemos definido y presentado los elementos que resultan de principal interés para el análisis del tema en cuestión, huelga preguntarse si, efectivamente, es posible para el Poder Judicial revisar los gravámenes. Si consideramos que el Poder Judicial (y, en última instancia, la CSJN) es quien realiza el control de constitucionalidad sobre toda la legislación,[8] es natural que lo ejerza también sobre la legislación fiscal para asegurarse el imperio efectivo de la Constitución. Sin embargo, es relevante considerar algunas definiciones que el propio Poder Judicial ha aportado en materia de control y revisión de gravámenes a través de su máximo tribunal.

En primer lugar, la CSJN (2009) ha afirmado que sólo puede determinar si los tributos se ajustan o no a los principios constitucionales que deben regirlos, pero que:

> no es función del Poder Judicial juzgar el mérito de las políticas económicas decididas por otros poderes del Estado, sino ponerles un límite cuando violan la Constitución y, en este caso, el derecho de propiedad.
>
> Los precedentes de esta Corte sostienen que no compete al Poder Judicial pronunciarse sobre la eficacia o ineficacia de las leyes bajo su concepto puramente económico o financiero, apreciando si éstas pueden ser benéficas o perjudiciales para el país (Fallos: 150:89), ya que escapa a la competencia de los jueces pronunciarse sobre la conveniencia o equidad de los impuestos o contribuciones creados

7 Cfr. Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 1°), Carta de la Organización de Estados Americanos (art. 3°), Convención Americana de los Derechos Humanos (arts. 26 y 30).

8 Así lo ha establecido en *Fallos*: 1:340

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

> por el Congreso Nacional o las legislaturas provinciales (Fallos: 242:73; 249:99; 286:301, 314:1293 y […] 329:2152).
>
> A partir de lo señalado, puede colegirse, nítidamente, que no es competencia del Poder Judicial considerar la bondad de un sistema fiscal para buscar los tributos que necesita el erario público y decidir si uno es más conveniente que otro (Fallos: 223:233; 318:676), así como tampoco le corresponde examinar si un gravamen ha sido o no aplicado en forma que contradice los "principios de la ciencia económica" (Fallos: 249:99), ya que sólo le incumbe declarar si repugna o no a los principios y garantías contenidos en la Constitución Nacional. Conforme con esta regla, el Congreso Nacional tiene la atribución de elegir los objetos imponibles, determinar las finalidades de percepción y disponer los modos de valuación de los bienes o cosas sometidos a gravamen, siempre que, como se señaló, no se infrinjan preceptos constitucionales (Fallos 314:1293).

Sin embargo, conforme señaláramos anteriormente, el control de constitucionalidad comprendería la consideración de la confiscatoriedad de un tributo, para lo cual "es necesaria la demostración de que el gravamen cuestionado excede la capacidad económica o financiera del contribuyente" (CSJN, 1989). Así, dado que las jubilaciones y pensiones serían integrales e irrenunciables según la Constitución, se plantea la cuestión de que puedan considerarse los elementos que conducirían a que el Impuesto a las Ganancias aplicado a aquéllas pueda resultar confiscatorio.

7. Jurisprudencia de relevancia: análisis de algunos casos representativos

Dada la posibilidad de la revisión judicial de los gravámenes, es posible analizar la jurisprudencia para así comprender cuáles son los elementos ponderados para decidir acerca de la constitucionalidad del Impuesto a las Ganancias aplicado a jubilaciones y pensiones. Para ello consideraremos una serie de casos en los que se ha declarado la inconstitucionalidad del inciso c) del artículo 79 de la ley 20.628 y otros en sentido contrario.

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

7.1. Caso "Dejeanne, Oscar Alfredo y otro c/ Administración Federal de Ingresos Públicos s/ amparo" (2013)

En este caso, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (2013) entendió por apelación contra una sentencia de la Cámara Federal de Apelaciones de Corrientes que declaró la inconstitucionalidad del artículo 79, inciso c) de la ley 20.628 en cuanto alcanzaba con el impuesto a las ganancias los haberes jubilatorios (MPF, 2011). Según la exposición de los antecedentes del dictamen del Ministerio Público Fiscal, dicho tribunal fundó su sentencia en que (a) los haberes jubilatorios no son ganancia sino una prestación de otra naturaleza, que constituiría el pago de un débito que la sociedad tiene con el jubilado y que, como tal, no sería pasible de tributo alguno debido a su carácter alimentario; y (b) el artículo 79 de la ley del impuesto, al gravar las rentas del trabajo personal, pretende alcanzar el producto económico de la actividad humana, sea en dinero o en especie, circunstancia que no acaece en el sector pasivo de la sociedad (p. 1).

Entonces, el Ministerio Público Fiscal dictaminó a favor de la constitucionalidad del artículo en cuestión pues los actores "no demostraron que el actuar estatal adolezca de arbitrariedad e ilegalidad manifiesta ni cuál es el perjuicio concreto que les produce en su esfera de derechos" (p. 3), cuando la cuestión había sido planteada en términos de puro derecho. Asimismo, afirmó que (p. 4):

> la configuración del gravamen decidida por el legislador involucra una cuestión ajena a la órbita del Poder Judicial, a quien no compete considerar la bondad de un sistema fiscal para buscar los tributos que requiere el erario público y decidir si uno es más conveniente que otro, sino que sólo le corresponde declarar si repugna o no a los principios y garantías contenidos en la Constitución Nacional (arg. Fallos: 223:233; 318:676, entre otros).

Finalmente, el Ministerio Público Fiscal recordó que para impugnar un tributo por los motivos esgrimidos en la demanda ha de demostrarse que, en el supuesto en concreto llevado ante la justicia —por las peculiaridades que éste pueda mostrar—, hay una violación al derecho de propiedad debido a que el gravamen adquiere ribetes que lo tornan confiscatorio. Sin embargo, la acreditación de este aserto está rodeada de rigurosas exigencias de prueba tendientes a poner en evidencia su acaecimiento de conformidad con

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

la doctrina jurisprudencial de *Fallos*: 193:369, 194:283, 200:128, 201:165, 220:1082 y 1300, 239:157, 314:1293 y 322:3255, entre otros, extremos que no se condecían con que pueda ser admitida como en la sentencia apelada que la cuestión fuera considerada como de puro derecho,[9] sin que los actores hayan aportado en su momento prueba alguna que permita tener por configurada, siquiera indiciariamente, la manifiesta ilegalidad o arbitrariedad endilgada al accionar del Estado (p. 4).

Dos años después, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (2013) revocó el recurso extraordinario, aunque a partir del entendimiento de que el amparo era una vía improcedente para el planteo de la cuestión, con la firma de los jueces que conformaron la mayoría del caso que estableció la doctrina jurisprudencial de la inconstitucionalidad de la norma en cuestión.

7.2. Caso "Calderale c/ Administración Nacional de la Seguridad Social s/ reajustes varios" (2017)

En el fallo "Calderale, Leonardo c/ ANSES", la Sala II de la Cámara Federal de la Seguridad Social (en adelante, "CFSS") examinó el caso de Leonardo Calderale, jubilado, quien sostenía que "toda ganancia requiere de alguna acción o actividad y la jubilación no tiene nada que ver con ello" y que, además, la prestación jubilatoria "es uno de los principales beneficios de la seguridad social llamado a cubrir el riesgo de ancianidad o subsistencia" y, por ese motivo, consideraba que debe ser eximido del pago del Impuesto a las Ganancias.

Analizado el caso, la Sala II de la CFSS declaró inconstitucional el artículo 79, inciso c), de la Ley del Impuesto a las Ganancias N° 20.628. A tal efecto, entendió que (p. 8):

> [r]esultaría a todas luces contradictorio reconocer que los beneficios previsionales están protegidos por la garantía de integridad, proporcionalidad y sustitutividad, que consagra la Ley Suprema y a la vez tipificarlos como una renta, enriquecimiento,

9 Al respecto, se señala que el voto de la mayoría de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que estableció la doctrina jurisprudencial vigente sí admitió que la cuestión pueda ser planteada de puro derecho.

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

> rendimiento o ganancia gravada por el propio Estado que es el máximo responsable de velar por la vigencia y efectividad de estos principios constitucionales (C.N. art. 14 bis).
>
> Por lo mismo, deviene irrazonable y carente de toda lógica jurídica, asimilar o equiparar las prestaciones de la seguridad social a rendimientos, rentas, enriquecimientos, etc. obtenidas como derivación de alguna actividad con fines de lucro de carácter empresarial, mercantil o de negocios productores de renta, que la ley tipifica con lujo de detalles en su articulado.

En atención a ello, la CFSS sostuvo que: (a) la percepción del tributo sobre jubilaciones y pensiones podría afectar sustancialmente el carácter de *integral* que caracteriza a las prestaciones de la seguridad social; (b) los descuentos realizados sobre la jubilación del involucrado podrían afectar los principios de *proporcionalidad* y *sustitutividad* que aseguran un nivel de vida equivalente al gozado durante la época de trabajo; y (c) finalmente, de aplicar el impuesto a la jubilación, se produciría una situación de doble tributación dado que el actor ya debería haber pagado el impuesto si sus ganancias hubieren superado el mínimo no imponible establecido en el momento.

Este fallo pone de manifiesto una interpretación fuertemente protectora de los derechos de la tercera edad, haciendo hincapié en el hecho de que la jubilación sustituye el ingreso previo y se constituye como la herramienta para enfrentar las contingencias de la ancianidad. Asimismo, interpreta que el carácter de integral se ve afectado por la percepción de este tributo, al menos en el caso presentado. Este fallo fue luego retomado como antecedente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el Caso "García", analizado más adelante.

7.3. Caso "Fornari c/ Admin109istración Federal de Ingresos Públicos" (2017)

En el tercer caso en cuestión, la mayoría de la CÁMARA FEDERAL DE APELACIONES DE GENERAL ROCA (Río Negro) (2017) también declaró la inconstitucionalidad del antes mencionado artículo 79, inciso c), de la Ley de Impuestos a las Ganancias N° 20.628, pero lo hizo en base a argumentos muy diferentes. La parte actora, la jubilada Silvia Fornari, pidió ser eximida del pago del tributo bajo la pretensión de que no puede considerarse ganancia a los haberes jubilatorios y que, por tanto y subsidiariamente, el impuesto se tornaba confiscatorio.

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

En este caso, se fundamenta la decisión desde dos perspectivas distintas. En primer lugar, se considera que existen dos interpretaciones posibles para afrontar el problema: (a) una entendiendo que *ganancia* es un concepto extrajudicial que el derecho tributario hace propio y aplica; y (b) otra que entendería que *ganancia* es, en realidad, aquello que el derecho tributario defina como tal. De esta manera, a partir de la primera línea de interpretación, se considera que la tributación del Impuesto a las Ganancias por jubilaciones es confiscatoria y viola el derecho de propiedad puesto que los jubilados no poseen ninguna *capacidad contributiva*; y se entiende que ese concepto (capacidad socioeconómica para contribuir al sostenimiento del Estado) ni siquiera puede aplicarse a las jubilaciones pues el haber jubilatorio no es una manifestación de una contraprestación, de capital o renta gravada, con lo cual se afectaría el derecho de propiedad. Según los términos de la propia CÁMARA FEDERAL DE APELACIONES DE GENERAL ROCA (2017: 16),

> [e]n este caso la situación es más extrema aún, ya que no se trata de un supuesto de exceso en la carga tributaria que afecta la capacidad sino, lisa y llanamente, que se aplica el impuesto sobre una manifestación dineraria que *no es indicativo de ninguna capacidad contributiva*.[10]

Esta prescindencia del criterio de la *no confiscatoriedad*, como se verá, también es sostenido posteriormente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en su doctrina jurisprudencial más reciente, aunque a partir de otra perspectiva.

Luego, el tribunal de alzada analiza la segunda línea de razonamiento (que la *ganancia* sería un concepto definido meramente por el derecho tributario) y advierte que, de considerar esta posición de manera dogmática, podría caerse en el absurdo de convalidar que cualquier tipo de ingreso pueda ser gravado como ganancia por el simple hecho de que los legisladores lo rotulen con ese término por medio de legislación tributaria. Sin embargo, aún más allá de eso, considera que de todas formas la percepción del tributo sobre las jubilaciones comportaría una falta al principio de *equidad fiscal*, puesto que este tipo de haberes se destinan a un grupo social que requiere una tutela especial y poseen un carácter alimentario y vital que obliga a tratar con suma cautela cualquier tipo de modificación. En este mismo sentido, se sostiene la afectación de la garantía de *integralidad* del beneficio,

10 Sin cursiva en el original.

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

pues el Estado debería aceptar, al establecer el monto de la prestación, que con ese acto satisface el carácter de integral, irrenunciable y sustitutiva de la asignación y que, en consecuencia, resultaría contradictorio que luego realice una supuesta doble tributación, sustrayendo una parte de ese ingreso que dispuso para el beneficiario.

Finalmente, la mayoría de la cámara federal introduce otro elemento novedoso para la declaración de inconstitucionalidad del artículo 79, inciso c), de la Ley de Impuesto a las Ganancias N° 20.628: afirma que el haber jubilatorio no puede jamás evolucionar hacia la baja, puesto que goza de la garantía de progresividad y, al ser también sustitutivo del ingreso previo, nunca puede caer por debajo del monto estipulado por el Estado que, se supone, asegura condiciones de vida similares a las del período económicamente activo.

Por su parte, el voto minoritario en disidencia sostuvo un criterio análogo a la doctrina actual de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la materia. Al respecto, sostuvo que:

> si se deja a salvo del gravamen todo cuanto el jubilado —o pensionado— necesita razonablemente para vivir dignamente, y la porción de su haber que sea suficiente para respetar la garantía de integralidad de las prestaciones —la que encuentra sustento en el art. 14 bis de la CN— de modo de dejar cubiertos los riesgos de la ancianidad, y se afecta solo la parte del ingreso excedente o, para decirlo gráficamente, "ahorrable", no existe agravio constitucional que lleve a invalidar el tributo. Podrá sí coincidirse en que una norma tributaria de ese tenor es antipática, o incluso irritante, más no que es inconstitucional.

7.4. Caso "Castro c/ Administración Federal de Ingresos Públicos" (2018)

El cuarto caso a considerarse presenta una línea de argumentación muy extendida para el rechazo al pedido de declaración de inconstitucionalidad del artículo 79, inciso c), de la Ley de Impuesto a las Ganancias N° 20.628. La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (en adelante, la "CNACAF") (2018) conoció el caso de Beatriz Castro, jubilada, que había buscado declarar la inconstitucionalidad del artículo 79 inciso c) de la ley, argumentando que el tributo afectaba su derecho de propiedad por ser confiscatorio. Para apoyar ese fundamento, se presentaron como elementos probatorios los

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

recibos de haberes jubilatorios de la demandante, pero no se indicó el monto anual sufragado por el tributo.

Analizado el caso, la CNACAF alegó que el Poder Judicial no puede expedirse acerca de la *conveniencia o no* de un gravamen y que las pruebas presentadas (recibos de haber jubilatorio con el descuento del Impuesto a las Ganancias practicado) no son suficientes para inferir que existe una violación al derecho de propiedad y no confiscatoriedad. De esa manera, se desestimó el recurso interpuesto y confirmó la sentencia apelada, dando razón a la AFIP.

Lo que se pone de manifiesto en esta oportunidad es la intención del Poder Judicial de mantenerse fuera de la órbita de influencia de lo que considera ser una cuestión ajena a su competencia como es el establecimiento de gravámenes cuando no se ven expresamente violentadas garantías constitucionales.

7.5. Caso "García, María Isabel c/ Administración Federal de Ingresos Públicos" (2019)

En este caso, la CSJN (2019a) ha declarado por mayoría la inconstitucionalidad del artículo 79, inciso c), de la Ley de Impuesto a las Ganancias N° 20.628. Aquí, una vez más, una jubilada de la Caja de Jubilaciones y Pensiones de la provincia de Entre Ríos, María Isabel García, reclamaba que su haber jubilatorio fuera exento del pago del Impuesto a las Ganancias alegando confiscatoriedad del gravamen.

En primer lugar, la mayoría de los ministros consideró una serie de elementos de relevancia para tomar su decisión. En primer lugar, afirmó "[q]ue no pueden caber dudas de la naturaleza eminentemente social del reclamo efectuado por la actora, afirmación que encuentra amplísimo justificativo en el reconocimiento de los derechos de la ancianidad receptados por la Constitución Nacional y examinados por la jurisprudencia de esta Corte Suprema" (consid. 11). En atención a ello, recordó la doctrina del caso *Berçaitz* (1974),[11] y sostuvo que (consid. 13):

11 "[C]omo esta Corte lo ha declarado, "el objetivo preeminente" de la Constitución, según expresa su preámbulo, es lograr el "bienestar general" (*Fallos*: 278:313), lo cual significa decir la justicia en su más

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

> el envejecimiento y la discapacidad [...] son causas predisponentes o determinantes de vulnerabilidad, circunstancia que normalmente obliga a los concernidos a contar con mayores recursos para no ver comprometida seriamente su existencia y/o calidad de vida y el consecuente ejercicio de sus derechos fundamentales.

Por todo lo anterior, la mayoría de la CSJN entendió que existía una necesidad constitucional de que el legislador estipule respuestas diferenciadas y especiales para estos sectores vulnerables y que el Poder Judicial puede controlar este imperativo constitucional sin que ello signifique distorsionar la división de poderes (consid. 15); y, en consecuencia, que "la sola capacidad contributiva como parámetro para el establecimiento de tributos a los jubilados, pensionados, retirados o subsidiados, resulta insuficiente si no se pondera la vulnerabilidad vital del colectivo concernido" pues esto supone "igualar a los vulnerables con quienes no lo son, desconociendo la incidencia económica que la carga fiscal genera en la formulación del presupuesto de gastos que la fragilidad irroga, colocando al colectivo considerado en una situación de notoria e injusta desventaja" (consid. 17).

De esta manera, la construcción de la mayoría de la CSJN no consistió en la evaluación de la adecuación cuantitativa del gravamen a la Constitución Nacional (criterio tradicional de la *no confiscatoriedad*) (consid. 17) sino en un "análisis integral de la capacidad contributiva" en consideración de la posibilidad de que jubilados con distintas necesidades de supervivencia sean subsumidos en el impuesto de igual manera, equiparando una misma capacidad económica (el haber jubilatorio) a capacidades

alta expresión, esto es, la justicia social, cuyo contenido actual consiste en ordenar la actividad intersubjetiva de los miembros de la comunidad y los recursos con que ésta cuenta con vistas a lograr que todos y cada uno de sus miembros participen de los bienes materiales y espirituales de la civilización. Por tanto, tiene categoría constitucional el siguiente principio de hermenéutica jurídica: *in dubio pro justitia socialis*. Las leyes, pues, deben ser interpretadas a favor de quienes al serles aplicadas con este sentido consiguen o tienden a alcanzar el "bienestar", esto es, las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme a su excelsa dignidad" (*Fallos*: 289:430).

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

contributivas diferentes (determinadas por divergentes necesidades de recursos). Sobre esto último, la mayoría de la CSJN ha afirmado que (consid. 20):

> [e]s probable que la falta de percepción fina respecto de la subcategorización de los jubilados, incorporando los elementos relevantes de la vulnerabilidad a la capacidad económica inicial, se explique por la reiteración de un standard patrimonial escogido varias décadas atrás en las que era tecnológicamente imposible distinguir —dentro del universo rotulado como "jubilados"— entre quienes son vulnerables en mayor o menor medida. Hoy esta diferenciación puede extraerse [...] a partir de la propia información registral en poder del Estado.

De esta manera, la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió declarar la inconstitucionalidad del artículo 79, inciso c), de la Ley N° 20.628.

Por el contrario, el juez Rosenkrantz votó en disidencia, a partir del entendimiento de que, en primer lugar, "el Congreso de la Nación es el órgano donde encuentran su representación natural las diversas opiniones, valores, convicciones y preferencias sostenidas por el pueblo de la Nación (arts. 22, 37, 45 y 54 de la Constitución Nacional)", por lo cual le corresponde "articular los muchos derechos y objetivos sociales que deben ser honrados en la regulación del sistema de seguridad social del país" (consid. 5°). Así, afirmó que (*id.*):

> es claro que corresponde al Poder Legislativo la función primaria de dar contenido a las garantías del art. 14 bis de la Constitución Nacional, tal como lo ha decidido constante jurisprudencia de esta Corte (cfr. Fallos: 329:3089; entre otros), estando reservado al Poder Judicial el rol de evaluar, en los casos concretos sometidos a su juzgamiento, solo si aquella atribución ha sido ejercida sin desnaturalizar los derechos reconocidos en el texto constitucional (art. 28 de la Constitución Nacional).

El reflejo de este entendimiento es que, dada la separación de funciones, "la evaluación de la constitucionalidad de las medidas legislativas que aspiran a realizar el mandato constitucional de la justicia distributiva en el sistema jubilatorio, único cometido

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

que la Constitución otorga al Poder Judicial en relación a dicho sistema" (consid. 7°). A partir de ello, sostuvo la correspondencia de analizar la normativa vigente para identificar el esquema tributario establecido por el Congreso de la Nación, según el cual únicamente se gravan las jubilaciones más elevadas, es decir, las que superan seis veces el haber mínimo (consid. 8°); y, en consecuencia, el Estado prestaría "especial atención a la situación de sus jubilados y pensionados más desaventajados" (consid. 9°).

En segundo lugar, el ministro Rosenkrantz consideró los argumentos de la instancia judicial antecedente (CSJN: 2019a), y afirmó que (a) las jubilaciones constituyen ganancia en los términos de la ley 20.628 porque el legislador, según jurisprudencia extendida, goza de amplias potestades para establecer el hecho imponible (consid. 10); (b) no existe doble imposición en la aplicación del impuesto, pues (b.1) la misma ley textualmente dispone que se podrán deducir las contribuciones o descuentos para fondos de jubilaciones, retiros, pensiones o subsidios, siempre que se destinen a cajas nacionales, provinciales o municipales (art. 81, inc. d]); y (b.2) "el impuesto a las ganancias que se paga en actividad y el que se paga por recibir beneficios jubilatorios responden a hechos imponibles distintos que gravan distintas manifestaciones de riqueza" (consid. 11); y (c) la "integralidad" a que se hace referencia en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional refiere a la obligación del Estado de amparar a los ciudadanos más allá de la jubilación y prestando mecanismos diversos de contención, cuando la jurisprudencia de la Corte acepta la posibilidad de que los haberes previsionales sean gravados y que los instrumentos internacionales suscriptos por la Argentina no prohíben gravarlos.

Finalmente, contra la invocación de una afectación del derecho de propiedad por el actor, el ministro señaló que no fue aportada "prueba alguna de cuáles serían los gastos normales asociados a los problemas de salud ni indicó qué problema de salud específico la afectaría" (la parte consideró que era una cuestión de puro derecho) cuando "el haber de la actora era más de 15 veces superior al haber medio de nuestro país, lo que muestra elocuentemente que se encuentra en una mejor situación que la mayoría del colectivo de jubilados y pensionados" (consid. 16).

Por otra parte, esta doctrina jurisprudencial ha sido reafirmada recientemente por la mayoría de la CSJN en relación con otros once casos (2019).

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

8. Conclusión

Este trabajo ha tenido como objetivo la adquisición de conocimientos acerca de los diferentes elementos que componen la cuestión estudiada y ha intentado, con ello, brindar las herramientas necesarias para tomar una posición fundada y jurídicamente coherente acerca de la aplicabilidad o no del Impuesto a las Ganancias sobre jubilaciones y pensiones desde una perspectiva constitucional. Por lo tanto, luego de haber conocido y analizado esos elementos, huelga sintetizar la opinión que de este trabajo de investigación surge acerca de la materia.

El Impuesto a las Ganancias se constituyó con el objetivo de asegurar la redistribución de la riqueza y evitar la concentración, pero lo hizo en un marco legal precario puesto que se constituyó como impuesto permanente aun cuando tuvo origen en el Congreso Nacional y, por tanto, no le hubiera correspondido una existencia que excediera un marco temporal delimitado. Aun así, el gravamen continuó aplicándose y fue posicionándose como un ingreso cada vez más relevante para las arcas estatales.

A pesar de haber nacido con un objetivo noble –como es la mejor distribución de la riqueza y la reducción de la desigualdad–, hoy en día, en su aplicación sobre personas humanas, se ha convertido en un tributo del que muchos trabajadores son objeto aun cuando sus ingresos parecieran no justificar la percepción de tal gravamen, perdiendo su función equitativa para convertirse en un impuesto que se ha distorsionado con el paso del tiempo y la marcha de la economía.

Más aún, no sólo grava a trabajadores que difícilmente puedan ser considerados receptores de grandes ganancias, sino que también se aplica sobre jubilaciones y pensiones. Estas últimas constituyen prestaciones pertenecientes al sistema previsional de la seguridad social de nuestro país, que tienen como objeto brindar a las personas de la tercera edad las herramientas necesarias para enfrentar los desafíos – físicos y sociales – de aquella etapa de la vida. El monto de estas prestaciones es establecido por el Estado y debe ajustarse a los principios constitucionales que le otorgan carácter de *integral* e *irrenunciable*.

A pesar de ser una transferencia que el Estado Nacional realiza a cada uno de los jubilados y pensionados del país como retribución por los años de vida económicamente activa en que ellos mismos financiaron a sus jubilados contemporáneos, nuestro sistema impositivo cataloga las prestaciones previsionales como *ganancias* de la cuarta categoría y

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

las grava con el Impuesto a las Ganancias. Esto puede ser considerado contradictorio respecto de la *progresividad* en la adquisición de derechos que consagra el Pacto de San José de Costa Rica, o en el carácter de integral que es propio de jubilaciones y pensiones, además de generar una potencial situación de doble tributación que resultaría contradictoria para una Nación que proclama la *equidad fiscal* como eje rector del gravamen en su Constitución Nacional.

Sin embargo, frente a estos argumentos, existen también otros que sostienen la procedencia de la tributación del impuesto por parte de jubilaciones y pensiones. Así, como afirma en su disidencia el Dr. Rosenkrantz en el caso *García*, la jurisprudencia avalaría el cobro de impuestos sobre jubilaciones y pensiones. Además, el beneficio de integralidad no se vería afectado por la percepción del Impuesto a las Ganancias, pues se refiere a una cobertura y contingencia amplia y diversa que excede a los haberes previsionales y, por tanto, la integralidad no se referiría a la imposibilidad de reducir esos haberes por cualquier vía.

Existen, también, argumentos que cuestionan que el propio Estado –que fija el monto de las prestaciones y, por tanto, implícitamente establece con ellas un punto de no retorno puesto que las mismas son *sustitutivas* del ingreso previo– luego sustraiga una porción de ese beneficio como si se tratara de una ganancia, equiparando una jubilación con el salario o los ingresos que resultan del trabajo o la actividad empresarial. Asimismo, en la misma línea de argumentación, muchos consideran que resulta cuestionable que el régimen del Impuesto a las Ganancias defina la ganancia en función de numerosas contraprestaciones, pero que incluya en la cuarta categoría a jubilaciones y pensiones que, según esta perspectiva, carecen de contraprestación alguna.

La justicia local se ha encontrado dividida por el tema y no ha brindado una única respuesta. Aunque muchas instancias judiciales argumentan que jubilaciones y pensiones deben estar alcanzadas por el tributo, otras han argüido que las prestaciones previsionales no constituyen ganancia y no deben estar sujetas a este gravamen. El reciente fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que no discute si estas prestaciones constituyen o no ganancia, sino que centra su argumentación en el carácter alimentario de las mismas y la especial vulnerabilidad de la tercera edad, ha sentado jurisprudencia para la declaración de la inconstitucionalidad de la aplicación del Impuesto a las Ganancias sobre jubilaciones y pensiones. El fallo ha sido cuestionado y exaltado por distintos actores de la sociedad, y –

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

al momento de escribir este artículo – no se han practicado modificaciones legislativas en la ley 20.628.

Finalmente, creemos que es menester continuar utilizando la vía institucional para generar jurisprudencia clara y contundente que analice los múltiples factores que entran en discusión en el tema y se consolide una visión coherente y fundada en derecho que decida si corresponde o no la tributación de este impuesto por parte de las prestaciones previsionales. El hecho de que la Corte Suprema fallara recientemente sobre esta problemática constituye un paso hacia adelante para la consecución de este objetivo. En línea con lo decidido por el máximo tribunal, esperamos que – en el marco del debate parlamentario – se posibilite la revisión de políticas a nivel nacional para que las consideraciones vertidas por las distintas instancias interpretativas del Poder Judicial y de la sociedad general encuentren su justo cauce y se halle una solución ecuánime y razonable a esta polémica que ha dado lugar a tan enriquecedor debate. Tal vez la pregunta más importante que atender en este momento sea ¿cómo armonizar los múltiples argumentos jurídicos que se han construido sobre el tema para alcanzar una resolución consensuada de esta problemática?

Referencias

ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS (AFIP) (2017) *Informe de recaudación. Año 2017 y IV Trimestre 2017*, consultado en [http://www.afip.gob.ar/institucional/estudios/archivos/informe.4.trimestre.2017.pdf] el 27.12.2019.

ARENAS DE MESA, A. (2016) *Sostenibilidad fiscal y reformas tributarias en América Latina.* Santiago de Chile, CEPAL.

ARGAÑARAZ, N., BARRAUD, A., CASTRO, C., y MURÚA, M. (2019). *Vademécum tributario argentino 2019: 163 tributos legislados por Nación, Provincias y Municipios.* Buenos Aires, Instituto Argentino de Análisis Fiscal.

ARGENTO, A. (2017) "Guerra de relatos: para Cambiemos la reforma previsional beneficia a los jubilados y para el kirchnerismo es un "saqueo"", en *Infobae* del 19.12.2017.

BIDART CAMPOS, G. (2000-2001) *Manual de la Constitución Reformada.* Buenos Aires, Ediar.

— (2008-2010) "La Tributación y el Poder Tributario", en *Manual de la Constitución Reformada*, volumen II. Buenos Aires, Ediar.

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

CETERI, J. (2018) "Cambios en la venta de inmuebles: qué impuestos se pagan tras la reforma tributaria", en *Clarín del* 29.12.2018, consultado en [https://www.clarin.com/economia/economia/cambios-venta-inmuebles-impuestos-pagan-reforma-tributaria_0_m0dswrot_.html] el 27.12.2019.

MINISTERIO DE HACIENDA de la República Argentina (2018) "Sector Publico Base Caja - Año 2018 Esquema Ahorro - Inversion – Financiamiento", consultado en [https://www.minhacienda.gob.ar/onp/documentos/resultado/caja/c2018/2018.pdf]

MINISTERIO PÚBLICO FISCAL (MPF) (2013) *in re* "Dejeanne, Oscar Alfredo y otro cl Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) si amparo", dictamen del 17.10.2011.

PÁGINA|12. (2018) "Los jubilados perdieron con la reforma previsional", en *Página|12* del 04.08.2018, consultado en [https://www.pagina12.com.ar/133043-los-jubilados-perdieron-con-la-reforma-previsional] el 27.12.2019.

STANG, S. (2019) "Más jubilados pagarán Ganancias por un cambio en la forma de liquidar el impuesto", en *La Nación* del 05.20.2019, consultado en [https://www.lanacion.com.ar/economia/mas-jubilados-pagaran-ganancias-cambio-forma-liquidar-nid2217336] el 27.12.2019.

TARSITANO, A. (2013) "El principio de capacidad contributiva en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia", en CASÁS, J. y FREYTE, R. (dirs.) y LALANNE, G. (coord.) *La jurisprudencia tributaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. A 150 años de su primera sentencia.* Buenos Aires, Asociación Argentina de Estudios Fiscales – Errepar, pp. 189-210.

Referencias jurisprudenciales

CÁMARA FEDERAL DE APELACIONES DE GENERAL ROCA (2017) *in re* "Fornari, Silvia Cristina – López, Silvia Liliana c/ AFIP s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad", sentencia del 24.02. 2017, disponible en el Sistema Argentino de Información Jurídica (Id SAIJ: FA17430002).

CÁMARA FEDERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (CFSS), Sala II (2017) *in re* "Calderale, Leonardo Gualberto c/ ANSES s/ Reajustes Varios, 17477/2012", sentencia del 16.05.2017, en el Sistema Argentino de Información Jurídica.

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, Sala IV (2018), *in re* "Castro, Beatriz Mariana c/AFIP s/ Proceso de Conocimiento, 65015/2016", sentencia del 07.06.2018, disponible en elDial.com (AAAA77).

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

CÁMARA DE SENADORES DE LA NACIÓN (1973) "5521 Reunión - Continuación de la 64 sesión extraordinaria", en *Diario de sesiones de la Cámara de Senadores de la Nación*. Buenos Aires, Imprenta del Congreso de la Nación.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (CSJN) (1906) *in re* "Manuel Faramiñan c/ Municipalidad de la Plata s/ inconstitucionalidad de ordenanzas municipales. Recurso Extraordinario", sentencia del 23.08.1906, en *Fallos*: 105:50.

— (1911) *in re* "Doña Rosa Melo de Cané, su testamentaria; sobre inconstitucionalidad del impuesto a las sucesiones en la provincia de Buenos Aires", sentencia del 16.12.1911, en *Fallos*: 115:111.

— (1928) *in re* "Doña Graciana Etchessahar de Lastra s/ protocolización de testamento", sentencia del 26.10.1928, en *Fallos*: 153:46.

— (1930) *in re* "Don Andrés Gallino (su sucesión)), incidente sobre inconstitucionalidad de la ley nro. 11.287, arts. 3° y 2°", sentencia del 27.04.1930, en *Fallos*: 160:247.

— (1938) *in re* "La Martona S.A. c. Provincia de Buenos Aires", sentencia del 07.12.1938, en *Fallos*: 182:411.

— (1940) *in re* "Carlos Julio Bunge", sentencia del 19.04.1940, en *Fallos*: 186:421.

— (1943) *in re* "Bemvinda de Castro Azevedo de da Camara Lomelino v/ Provincia de Buenos Aires", sentencia del 18.06.1943, en *Fallos*: 191:61.

— (1944) *in re* "Harilaos de Olmos, Adelia M. v. Provincia de Córdoba", sentencia del 31.10.1945, en *Fallos*: 199:184.

— (1946) *in re* "Sara Pereyra Iraola v. Provincia de Córdoba", sentencia del 22.11.1946, en *Fallos*: 206:247.

— (1948) *in re* "María Laura Pérez Guzmán de Viaña y Emilia Olmos Arredondo de Pérez Guzmán v. Provincia de Tucumán", sentencia del 02.08.1948, en *Fallos*: 211:1033.

— (1958) *in re* "Degó, Félix Antonio s./ demanda de inconstitucionalidad", sentencia del 20.10.1958, en *Fallos:* 242:73.

— (1974) *in re* "Berçaitz, Miguel Angel", sentencia del 13.09.1974, en *Fallos*: 289:430.

— (1989) *in re* "Marta Navarro Viola de Herrera Vegas c/ Nación Argentina (Dirección Nacional Impositiva)", sentencia del 19.12.1989, en *Fallos*: 312:2467.

— (2008a) *in re* "Wintershall Energía SA c/ EN-PEN Dto. 786/02 Ley 25565 s/ amparo", sentencia del 04.11.2008, en *Fallos*: 331:2453.

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

— (2008) *in re* "Benedeti, Estela Sara c/ PEN Ley 25.561 Dto. 1570/01 214/02 s/ amparo", sentencia del 16.09.2008, en *Fallos*: 331:2006.

— (2013) *in re* "Dejeanne, Oscar Alfredo y otro cl Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) si amparo", sentencia del 10.12.2013.

— (2009) *in re* "Candy S.A. c/ AFIP y otro s/ acción de amparo", sentencia del 03.07.2009, en *Fallos*: 332:1571.

— (2019) *in re* "Godoy, Ramón Esteban c/ AFIP s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad", sentencia del 07.05.2019.

— (2019a) *in re* ""García, María Isabel c/ AFIP s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad", sentencia del 06.03.2019, en *Fallos*: 342:411

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

EN LETRA - año VI, números 11-12 (2019)
pp. 122-138

¿PÚBLICO-PRIVADO O NI PÚBLICO NI PRIVADO? LOS CONTRATOS DE PARTICIPACIÓN PÚBLICO-PRIVADA COMO NUEVA CATEGORÍA CONTRACTUAL

Mariana Belén ROMANO*

Fecha de recepción: 7 de marzo de 2019
Fecha de aprobación: 31 de mayo de 2019

Resumen

Este artículo analiza los principios y características de los contratos de participación público privada según la ley 27.328 de la República Argentina, a partir de la hipótesis que enuncia su naturaleza jurídica distinta a los tipos contemplados por el régimen tradicional de las contrataciones de la Administración Pública Nacional.

Palabras clave

Contratos públicos – contratos privados – participación público privada – prerrogativas – cláusulas exorbitantes – garantías

* Abogada graduada de la Universidad de Buenos Aires (UBA – Argentina) con Diploma de Honor. Es docente de Historia y Derecho Constitucional de la Universidad del Salvador (Argentina) y se desempeña como Secretaria General de la Asociación Civil Usina de Justicia. Correo electrónico de contacto: romano402@est.derecho.uba.ar

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

PUBLIC-PRIVATE OR NEITHER PUBLIC NOR PRIVATE? PUBLIC PRIVATE PARTNERSHIP CONTRACTS AS A NEW CONTRACTUAL CATEGORY

Abstract

This paper analyzes the principles and characteristics of public-private partnership contracts under the Argentine Law No. 27.328. The authoress explores the hypothesis that establishes that those contracts comprehend a different legal status than mainstream contract regimes established by the Argentine's Public Administration.

Key words

Public contracts – private contracts – public-private partnership – State prerrogatives – exorbitant rules - guarantees

1. Introducción

Las asociaciones público-privadas (en adelante, las "PPP") comenzaron a utilizarse en Gran Bretaña a principios de 1990 con el objeto de permitir la inversión del sector privado en proyectos de infraestructura pública debido a las restricciones del presupuesto y endeudamiento estatales cada vez más crecientes, ante la permanente necesidad de realizar proyectos de obra pública. El Banco Mundial define esta modalidad de contratación como un contrato a largo plazo entre una parte privada y una entidad pública, con el propósito de construir un bien y/o prestar un servicio público, mediante la gestión de la primera y donde esta última asume el riesgo de la inversión con la remuneración vinculada al desempeño. El Fondo Monetario Internacional agrega que este tipo de proyectos involucra al sector privado en la provisión de bienes y servicios de infraestructura que han sido suministrados tradicionalmente por el sector público. Es decir, entendemos que, para el gobierno, el financiamiento privado puede dar lugar a una mayor inversión en infraestructura sin atravesar por un proceso de toma de deuda y, a su vez, ser una fuente de recursos. Para el sector privado, por su parte, ofrece oportunidades de negocios e inversión contribuyendo a su propio desarrollo.

En su costado más amplio, las PPP pueden cubrir todo tipo de colaboraciones a lo largo de la interfaz entre dichos sectores, involucrando trabajo colaborativo conjunto y

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

esquemas de asignación de riesgos con el propósito de llevar a cabo políticas, servicios e infraestructura. Asimismo, en Sudáfrica, otro país emergente que utiliza ampliamente este tipo de sistemas, las PPP son definidas como un contrato entre el sector público y privado, en la cual este último asume un nivel sustancial de riesgo financiero, técnico y operacional en el diseño, financiamiento y construcción de un proyecto (BRUNO y SANTAMARÍA, 2018).

En cuanto a la legislación argentina, el artículo 1º de la Ley de Contratos de Participación Público-Privada N° 27.328 (en adelante, la "Ley de PPP") define a este tipo de contratos como aquellos celebrados entre los órganos y entes que integran el sector público nacional (en carácter de contratante) y sujetos privados o públicos (en carácter de contratistas) con el objeto de desarrollar proyectos en los campos de infraestructura, vivienda, actividades y servicios, inversión productiva, investigación aplicada y/o innovación tecnológica. Luego, la Ley de PPP agrega que el diseño de los contratos tendrá la flexibilidad necesaria para adaptar su estructura a las exigencias particulares de cada proyecto y a las de su financiamiento, de acuerdo con las mejores prácticas internacionales existentes en la materia.

Siguiendo a DIANA (2017), podemos afirmar que esta nueva herramienta contractual apunta a la adopción de un nuevo paradigma en el ámbito de las infraestructuras y servicios públicos sobre la base de superar la tradicional ineficiencia del Estado en el diseño, desarrollo y ejecución de obras y servicios que componen las infraestructuras económicas y sociales, por la interacción eficientemente esperable con el sector privado. Por otra parte, Juan Carlos CASSAGNE (2018) señala que el trasfondo de dicha política se sitúa en la fórmula anglosajona *value for money* que alude al valor agregado añadido al proyecto que, además de implicar una derivación del principio de subsidiariedad, supone que el contratista privado mejoraría las prestaciones esenciales y las externalidades del proyecto, acotando el riesgo estatal, propio de su natural ineficiencia, al no actuar el Estado como un dueño privado que procura no caer en quiebra o falencia por su negligencia, culpa u omisión. Podríamos decir que las empresas estatales, en consecuencia, carecen de dueño en el sentido privado patrimonial de la figura.

Otra de las ventajas identificables es la posibilidad de trasladar el gasto a ejercicios futuros, logrando una mejor distribución de los impuestos y cargas públicas, considerando que las mejoras realizadas en torno a las obras de infraestructuras suelen quedar a cargo de generaciones actuales y futuras, por lo que es conveniente pensar en cierta solidaridad intergeneracional.

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

En el presente ensayo se expondrán los principios y características de las PPP, con el fin de analizarlos bajo la hipótesis de que constituyen una modalidad sustancialmente diferente a las contempladas por el régimen tradicional de las contrataciones públicas.

2. Los contratos PPP como nueva modalidad de contratación pública

El artículo 1° de la Ley de PPP, citado en el acápite anterior, hace alusión a dos principios fundamentales que regirán durante la vida del contrato, a saber: a) el principio de flexibilidad, que tiene su ámbito en la formación, interpretación y ejecución del contrato; y b) la determinación previa de que esta modalidad contractual permita cumplir con los objetivos de interés que se persiguen en cada PPP. Se trata de los objetivos concretos que "la contratación tiende a satisfacer", que están genéricamente enunciados en el artículo 4º de la ley.[1] En tanto, el artículo 2º de la Ley de PPP dispone que este tipo de contratos

1 El artículo 4º de la ley 27.328 prescribe: "[e]n la oportunidad de estructurarse proyectos de participación público-privada y teniendo en consideración las circunstancias y características de cada proyecto, la contratante deberá: a) Especificar con toda claridad los objetivos de interés público que la contratación tiende a satisfacer, y contemplar los mecanismos de supervisión y control de cumplimiento de cada una de las etapas que se establezcan para la consecución del objetivo, fijando los plazos que correspondan para cada etapa; b) Promover la eficiencia y eficacia en el cumplimiento de las funciones del Estado y en la utilización de los recursos públicos; c) Respetar los intereses y derechos de los destinatarios de los servicios y/o actividades mencionadas en el art. 1º y de los sujetos involucrados en los proyectos de participación público-privada; d) Propender a que el plazo del contrato se fije teniendo en cuenta las inversiones contractualmente comprometidas, el financiamiento aplicado al proyecto y una utilidad razonable, no pudiendo superar en ningún caso, los 35 (treinta y cinco) años de duración, incluyendo sus eventuales prórrogas; e) Ponderar la rentabilidad económica y/o social de los proyectos; f) Promover la inclusión social, en el área de desarrollo de los proyectos, de modo tal de optimizar el acceso a infraestructura y servicios básicos; g) Incentivar la generación de nuevos puestos y fuentes de trabajo en el país, en el marco del desarrollo de proyectos de infraestructura, estableciéndose planes y programas de capacitación para los trabajadores, dando cumplimiento a las normas laborales y de la seguridad social vigentes; h) Incentivar la aplicación de mecanismos de solidaridad intergeneracional, intergeneracional e interregional, en la financiación de los proyectos; i) Fomentar la participación directa o indirecta de pequeñas y medianas empresas, del desarrollo de la capacidad empresarial del sector privado, la generación de valor agregado dentro del territorio nacional y la provisión de nuevas y más eficientes tecnologías y servicios; j) Facilitar el desarrollo del mercado de capitales local y el acceso al mercado de capitales internacional; k) Promover el desarrollo de aquellos proyectos que coadyuven a la preservación del medio ambiente y a la sustentabilidad económico, social y ambiental del área donde éstos se ejecutarán, todo ello de

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

constituyen una modalidad alternativa a los regulados por la Ley de Obra Pública N° 13.064 y la Ley de Concesión de Obra Pública N° 17.520, y por el decreto delegado 1023/01 (Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional), encontrándose expresamente prohibida la aplicación de tales disposiciones, ya sea en forma directa, supletoria o analógica (art. 31, incs. a y b). En cambio, sí se aplican los marcos regulatorios de servicios públicos (como la Ley de Energía Eléctrica N° 24.065 y la Ley de Régimen del Gas N° 24.076) a los contratos que involucren la prestación de tales servicios.

La regla general de las PPP está dada en que el contratista privado financia todo o una parte significativa del proyecto, cuyas fuentes de financiamiento principales son el endeudamiento bancario, la colocación de bonos en los mercados de capitales y, en menor medida, los aportes de capital de sus accionistas, que son denominados *sponsors*. Por ello, decimos que las tareas a cargo del contratista —como el diseño, la construcción, la operación y el mantenimiento— pueden variar de acuerdo con los distintos contratos de PPP, pero la exigencia de financiamiento privado es esencial.[2]

En atención a que la ley 27.328 presenta a las PPP bajo un régimen especial, distinto al Derecho Público y al Privado, los problemas que se susciten en torno al funcionamiento de esta figura contractual no podrán resolverse acudiendo de forma exclusiva a estos bloques normativos; sino que, por el contrario, exigen acudir a la integración entre los principios y normas de la ley con los consagrados en el Derecho Público y las prescripciones del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, "CCyCN").

Zanjada esta cuestión, puede decirse que los contratos de PPP son una alternativa a la regulación de los contratos administrativos clásicos (art. 2°, Ley de PPP) y tienen vedada la aplicación directa, subsidiaria o analógica de dichas regulaciones típicamente administrativas (art. 31, Ley de PPP), dando paso a la configuración de un nuevo modelo de

conformidad con la legislación y los acuerdos internacionales vigentes en la materia; l) Impulsar la concurrencia de los interesados y la competencia de oferentes, considerando las externalidades positivas que pueda ocasionar la elección del contratista en los términos previstos en el presente artículo".

2 Ver decreto reglamentario 936/18, modificatorio del decreto reglamentario 118/17 de la Ley de PPP.

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

contratación que procura incentivar la colaboración de los particulares y reafirmar el principio de la competencia.

El primer punto a considerar, a fin de establecer las diferencias centrales que presenta el régimen específico de la Ley de PPP, concierne al carácter expreso o implícito de las prerrogativas del poder público. Estas prerrogativas derivan de potestades que tienen su basamento en formulaciones expresas en el texto de la ley a la luz del principio de legalidad (art. 19, Constitución Nacional), y es por ello que en los contratos de PPP no se debe acudir a la idea de prerrogativas implícitas (art. 9°, Ley de PPP), , habida cuenta, como se dijo *supra*, de que no resulta aplicable a esta clase de contratos el régimen de contrataciones administrativas que prescribe el Decreto Delegado N° 1023/01 y su reglamentación, los que "no serán de aplicación directa, supletoria ni analógica" (art. 31, inc. b). Entonces, corresponde acudir al régimen del Código Civil y Comercial de la Nación en el que las prerrogativas o derechos encuentran su raíz en la autonomía de la voluntad (arts. 958 y 2651) y contiene la limitación del orden público indisponible para las partes. Ello es así en razón de que el legislador persigue, particularmente, en esta clase de contratos asegurar un grado máximo de seguridad jurídica que no dé lugar a interpretaciones discrecionales de la Administración Pública contratante (GUIRIDLIÁN LAROSA, 2016:855).

3. Las prerrogativas de la Administración en los contratos PPP

En atención a la caracterización desarrollada en el acápite anterior, enumeraremos las principales prerrogativas del régimen general de contratos administrativos con el objeto de analizar cómo se despliegan en el ámbito específico que estamos estudiando:

3.1. El *ius variandi* o prerrogativa modificatoria

En el derecho público, ya que hablamos de un procedimiento de selección de contratista, si la Administración Pública tuviera la prerrogativa de modificar el contrato sin límite alguno se violarían los principios de igualdad y concurrencia. Por ello, el principio en la materia buscará ser el de neutralidad de la razón que impulsa la necesidad de modificar el contrato, buscando responder a bases objetivas, cualquiera hubiera sido el contratista seleccionado.[3] Otra limitación exigida es que no debe tratarse de una modificación

3 La CSJN ha dicho, en este sentido, que "la modificación unilateral de lo convenido entre las partes llevada a cabo por la Administración con independencia de la voluntad del contratista, no puede

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

sustancial del contrato (MARIENHOFF, 1994:401),[4] especialmente, de las condiciones financieras.[5] Ambas limitaciones se aplican tanto para la modificación bilateral del contrato de PPP, como para su modificación unilateral. En esta última variante, el contratista se halla obligado a aceptar las modificaciones que le imponga la contratante siempre que la respectiva facultad se circunscriba "a la ejecución del proyecto y ello hasta por un límite máximo, en más o en menos, del 20% del valor total del contrato", a condición de que compense en forma adecuada la alteración y preserve "el equilibrio original del contrato y las posibilidades y condiciones de financiamiento" (art. 9º, inc. i, Ley de PPP).

Para corregir la mencionada alteración del equilibrio económico-financiero del contrato, la reglamentación prevé que se compensará al contratista "mediante la modificación de algún factor del régimen económico del contrato de PPP" y que "el cálculo de las compensaciones y el ajuste de los factores mencionados anteriormente, deberán siempre efectuarse de manera tal de obtener que el valor presente neto de las variaciones sea igual a cero, todo ello considerando la tasa de descuento aplicable según lo disponga el Pliego y/o el contrato de PPP y el efecto económico que las variaciones puedan tener en el Proyecto" (art. 9º, inc. 8º, Anexo I, decreto reglamentario 118/17 [en adelante, el

justificarse a la luz de lo expresamente dispuesto por el art. 1197 del Cód. Civil, sin que la posibilidad reconocida a la Administración Pública de poder alterar los términos del contrato en función del ius variandi pueda extenderse a supuestos como el de autos, en el que no se ha alegado y menos aún ha sido materia de demostración, cuál es el interés público que resultaría comprometido en caso de no accederse a la pretensión de la comitente de no hacer prevalecer su voluntad por sobre la clara manifestación en contrario puesta de manifiesto por la adjudicataria", *in re* "Marocco y Cía. SACIFICA c. Dirección Nacional de Vialidad s/ ordinario", sentencia del 09.02.1995, *Fallos*: 312:89. La referencia del artículo 1197 del anterior Código Civil de la Nación hace alusión al *pacta sunt servanda* y la *lex inter* partes.

4 En la doctrina y jurisprudencia francesas la prerrogativa modificatoria no es ilimitada, no pudiendo afectar las condiciones o ventajas financieras de la ecuación contractual; al respecto véase: LAUBADÈRE (1984:412/413) y DEBBASCH (2002:342-343). En el derecho español la modificación se reputa excepcional y si no se encuentra prevista en el pliego no puede alterar las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación (art. 107.1, Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de España); al respecto véase: PAREJO ALFONSO (2006:638-639).

5 RICHER (2004) señala que el Consejo de Estado exige el acuerdo entre las partes para efectuar las modificaciones tarifarias susceptibles de afectar la ecuación financiera del contrato (p. 243).

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

"Reglamento de PPP"]).

Ahora bien, en idéntico sentido, con lo sostenido por la doctrina del contrato administrativo, las modificaciones pueden referirse a diversos elementos del contrato, tales como: a) el plazo de duración; b) los volúmenes o cantidades de las prestaciones y c) las condiciones técnicas de ejecución de los respectivos contratos (MARIENHOFF, 1994:399).

3.2. La suspensión o nulidad del contrato por razones de ilegitimidad

Este instrumento, consagrado en la Ley de PPP, suprimió las prerrogativas de suspender o extinguir el contrato administrativo por razones de ilegitimidad en sede administrativa y obliga a la Administración a acudir a los jueces (art. 9°). Como consecuencia, la Administración contratista está en la misma posición jurídica que el contratista privado, ya que no aplica el régimen de la Ley de Procedimientos Administrativos N° 19.549 en sus artículos 17 y 18.

3.3. La extinción unilateral anticipada del contrato por razones de oportunidad

Esta prerrogativa es conocida en la teoría del contrato administrativo como "extinción del contrato por razones de interés público" y exhibe un tratamiento específico en los contratos de PPP de la ley 27.328 con el objeto de afianzar la seguridad jurídica y el respeto de los derechos de propiedad de los contratistas. Sus diferencias radican en: 1) el órgano que decreta la extinción anticipada por razones de interés público; 2) el alcance de la indemnización; y 3) el pago previo de la indemnización.

En cuanto al órgano competente, la reglamentación de la ley exige que "la extinción unilateral anticipada del contrato de PPP por razones de interés público deberá ser declarada por Decreto del Poder Ejecutivo Nacional" (art. 9º, inc. 12, Reglamento de PPP). En este punto, Juan Carlos CASSAGNE (2012) considera que (pp. 419-421):

> no habría obstáculo alguno para prescribir que, en los pliegos o en el contrato, la declaración de interés público sea dispuesta por el Congreso Nacional, como lo hemos propiciado con anterioridad al comentar el artículo 18 de la LNPA, ya que están en juego similares razones que fundamentan dicha exigencia para el ejercicio de la potestad expropiatoria prevista en el artículo 17 de la CN, y aun cuando se trata de instituciones diferentes, ello no empece a su

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

aplicación analógica por texto expreso prescripto en el Pliego y acordado con el contratista.

Además, CASSAGNE (2009) es crítico de la limitación normativa respecto al resarcimiento en cuanto al alcance de la indemnización, pues la Constitución Nacional prevé que la propiedad es inviolable y está protegida por la doble garantía de la ley previa que declare su sacrificio y la previa indemnización, no pudiendo basarse en un mero cambio de la Administración Pública acerca de la apreciación del interés público que se persiguió al celebrar el acuerdo de voluntades (pp. 122-123). Sin perjuicio de ello, gran parte de la doctrina y de la jurisprudencia, no encuentran reproches constitucionales a esta potestad ampliamente utilizada por la Administración Pública.[6]

El aspecto más controvertido aquí es lo relativo al alcance de la indemnización debida en estos casos. Al respecto, la CSJN, en varios precedentes relativos a materia contractual, se inclinó por la reparación integral y en otros, vinculados a revocación de actos administrativos, en cambio, limitó el resarcimiento, excluyendo el lucro cesante. En la doctrina las posiciones no son pacíficas.[7] Por su parte, muchos autores sostienen que, dado que en la actualidad la exclusión del lucro cesante está establecida normativamente, la legitimidad de dicha exclusión no merece ser discutida, la que dan por hecho (LUQUI, 2013:14; VILLARRUEL, 2013:160).[8]

6 Ver CSJN *in re* "Eduardo Sánchez Granel Obras de Ingeniería S.A.I.C.F.I. c/Dirección Nacional de Vialidad", sentencia del 20.09.1984, en *Fallos*: 306:1409. Similarmente, en *Fallos*: 297:252, 305:321 y 332:2801. Para MARIENHOFF (1981) esta potestad es irrenunciable y existe incluso aun si no estuviese regulada (p. 624).

7 En la posición que se inclina por la reparación amplia, podemos encontrar a Juan Carlos CASSAGNE (2009), quien sostiene que la reparación integral resguarda la incolumnidad del patrimonio del contratista afectado por la revocación del contrato (conforme la garantía de la protección de la propiedad privada establecida en el artículo 17 de la Constitución Nacional), y protege contra la tentación en que muchas veces incurren los funcionarios con el objeto de incumplir el contrato sin que la Administración asuma el costo íntegro del perjuicio que soporta el contratista (p. 123). En igual sentido véase: PERRINO (2007:1128-1129). En una posición contraria se ubicaban MARIENHOFF (1985:949) y COMADIRA (1995:435), quienes entendían que debía aplicarse en forma analógica la ley de expropiaciones, que excluía el lucro cesante.

8 Para FARRANDO (2006), en cambio, dicha parte de la norma atenta contra los principios

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

En mi opinión, no abonar, en tales supuestos, el lucro cesante —tal como lo prescribe el artículo 1738 del Código Civil y Comercial de la Nación— implica permitir que se consume una verdadera confiscación de bienes prohibida por la Constitución —atento a violarse su artículo 17—, imponiéndole al contratista un sacrificio especial sin compensación y violando abiertamente el principio de igualdad ante las cargas públicas (art. 16, Constitución Nacional) (PERRINO, 2017:98).

Por lo apuntado *supra*, resulta loable el criterio legislativo adoptado, que prescribe que en materia de "extinción del contrato por razones de interés público no será de aplicación directa, supletoria ni analógica ninguna norma que establezca una limitación de responsabilidad en especial aquellas contenidas en las leyes 21.499 y sus modificatorias y 26.944 y en el decreto 1023/2001 y sus modificatorias" (art. 9°, inc. p). De este modo, por más que estas leyes recibieran modificaciones a futuro y se mantuviera el criterio restrictivo donde se veda la posibilidad de resarcir el lucro cesante, prevalecerá la prescripción de la Ley de PPP por tratarse de una ley especial de imposible derogación por el dictado de una ley general. A fin de completar el cuadro garantístico, el artículo 11 de la Ley de PPP prevé: "[l]a responsabilidad patrimonial de las partes contratantes se sujetará a lo dispuesto en la presente ley, en su reglamentación, en los pliegos y en el contrato. Supletoriamente, se aplicarán las normas pertinentes del Código Civil y Comercial de la Nación".

Para ahondar aún más en lo hasta aquí expuesto, cabe referirnos al artículo 10 de la ley 27.328, donde se consagran dos pautas trascendentales para determinar el importe de la compensación a abonar por el Estado, estableciéndose que: a) ella no puede ser inferior a la inversión no amortizada hecha por el contratista; y b) debe asegurar el pago del crédito tomado para el financiamiento del desarrollo del proyecto objeto del contrato.

Finalmente, cuando la Administración decida extinguir anticipadamente un contrato de PPP por razones de interés público, debe proceder al pago previo de la indemnización, lo que guarda semejanza con el criterio constitucional que rige en materia expropiatoria (art. 17, Constitución Nacional).

---

constitucionales relacionados con la propiedad (arts. 14 y 17, CN) (p. 777).

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

3.4. La aplicación de sanciones

La prerrogativa sancionatoria, para el Derecho Público vigente en los países que han seguido el sistema francés (RICHER, 2004:248-249), reviste una facultad implícita en esta clase de contratos. No obstante, en Argentina, incluso la mismísima doctrina defensora de las prerrogativas implícitas ha expresado su rechazo ante la posibilidad de aplicar sanciones implícitas y no tipificadas en materia contractual. Esto fue recogido en la Ley de PPP que utiliza el término tradicional de sanciones en sentido amplio sin distinguir entre sanciones y penalidades como sí lo hace el decreto delegado 1023/01, criterio seguido por un sector de nuestra doctrina[9] que requiere su regulación explícita en el pliego o en el contrato (art. 9, inc. d), Ley de PPP).

Además de la prohibición de aplicar sanciones no previstas en el Pliego o en el contrato, el Reglamento de PPP prescribe que "[e]n el análisis de los incumplimientos el Ente Contratante no podrá subdividir el mismo hecho para imputar más de un incumplimiento ni tampoco podrá acumular las imputaciones por incumplimientos a la misma obligación involucrada en el mismo hecho" (art. 9°, inc. 11), lo cual impide una práctica abusiva por la Administración contratante.

Por otra parte, en el mismo artículo 9, inciso 11, de la Reglamentación de PPP se consagran una serie de normas tendientes a resguardar el principio de la tutela administrativa efectiva: a) la exigencia de conceder al contratista un plazo razonable (no inferior a diez días para que pueda efectuar el correspondiente descargo y ofrecer y producir la prueba que hace a su derecho); b) la posibilidad de prorrogar dicho plazo junto a la exigencia que la denegatoria de la prórroga se le notifique con una antelación no menor a tres días del vencimiento de dicho plazo y c) el derecho del contratista sancionado a impugnar el acto aplicativo de la sanción por la vía que se hubiera previsto en el pliego o en el contrato, debiendo aquél establecer los supuestos en que la apelación tendrá efecto suspensivo así como el destino de las sanciones pecuniarias.

9 BALBÍN (2008) sostiene que el Estado no puede imponer otras sanciones o penalidades que las previstas en el régimen del decreto delegado 1023/01 (p. 66). Al respecto, Juan Carlos Cassagne considera que esa imposibilidad se funda en principios constitucionales —en el artículo 19 de la Constitución Nacional— y en el principio de tipicidad legal extensivo al derecho penal administrativo.

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

Para concluir con este punto, otra prerrogativa que debe incluirse en el pliego y en el contrato es la relativa al poder de establecer los mecanismos de control de cumplimiento (art. 9º, inc. d, Ley de PPP), lo cual no entraña atribuir el poder de dirección sino el de vigilancia o supervisión de la ejecución contractual en miras a los principios de razonabilidad y legalidad, inexorables guías en la acción administrativa de control.

4. Las garantías de los particulares en los contratos PPP

Más allá de que en el acápite anterior expusimos algunas de las garantías con las que cuenta el contratista para contrarrestar las prerrogativas de la Administración Pública, en este punto profundizaremos su análisis.

En los contratos de PPP resulta crucial la cuestión del mantenimiento de la ecuación económico-financiera, la cual es propia del Derecho Público. Particularmente, en este tipo de contratos "la necesidad de mantener el contrato frente a aleas económicas imprevisibles depende más de la autonomía de las partes y la resolución de los jueces que de las decisiones de la Administración contratante interesada en el cumplimiento del contrato, incluso cuando éste se ve alterado por aleas administrativas (v.gr. hechos del príncipe o extinción anticipada del contrato por razones de interés público), por causas ajenas al contratista" (CASSAGNE, 2018).

Esto encuentra sustento constitucional en la garantía de la protección del derecho a la propiedad privada (art. 17, Constitución Nacional) y en el principio de igualdad ante las cargas públicas; por lo que no resulta justo que el contratista sea instado a soportar un sacrificio especial al hallarse obligado al cumplimiento del contrato administrativo sin la debida compensación que iguale la ecuación originaria. Decimos, entonces, que "no se trata de una garantía de rentabilidad" a favor del contratista sino más bien "una garantía de estabilidad de los contratos, no de cierta ganancia" (CASSAGNE, E, 2016:923). Es por ello que, en el artículo 9º, incíso f), de la Ley de PPP se exige que en los pliegos y documentación contractual se prevean "los procedimientos de revisión del precio del contrato a los fines de preservar la ecuación económico-financiera del contrato". La ley exige también que en los pliegos y en la documentación contractual se establezca (art. 9°, inc. b):

> el equitativo y eficiente reparto de aportes y riesgos entre las partes del contrato, contemplando al efecto las mejores condiciones para prevenirlos, asumirlos o mitigarlos, de modo de

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

> minimizar el costo del proyecto y facilitar las condiciones de su financiamiento incluyendo, entre otras, las consecuencias derivadas del hecho del príncipe, caso fortuito, fuerza mayor, alea económica extraordinaria del contrato y la extinción anticipada del contrato.

A fin de lograr un raudo restablecimiento de la ecuación económico-financiera del contrato, la Reglamentación de PPP exige que los contratos tengan que prever mecanismos de resolución de conflictos suscitados entre las partes dentro de un plazo máximo; pudiendo, cualquiera de éstas, acudir ante el panel técnico, el arbitraje o el tribunal judicial competente (todo ello a la luz de lo previsto en el pliego y contrato de PPP con los parámetros normativos) (art. 9°, inc. 7, Reglamentación de PPP). La ley dispone que sólo podrán interponerse los recursos de aclaratoria y de nulidad previstos en el artículo 760 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación contra los laudos arbitrales, y que en ningún caso podrán dar lugar a la revisión de la apreciación o aplicación de los hechos del caso y del derecho aplicable (excluyéndose de esta forma la aplicación del tercer párrafo del artículo 1656 del CCyCN, que permite la revisión amplia de los laudos arbitrales en tanto sean contrarios al ordenamiento jurídico). Obviamente, en caso de que no se acordara la jurisdicción arbitral, serán competentes los tribunales en lo contencioso administrativo federal o la justicia federal civil y comercial, según sea el caso.

Por la habida conexidad con la garantía de estabilidad contractual que venimos desarrollando, la ley ha admitido la procedencia de la *exceptio non adimpleti contractus*, debiendo ser regulada en el pliego o en el contrato, los que deberán contener "la facultad de las partes de suspender temporariamente la ejecución de sus prestaciones en caso de incumplimiento de las obligaciones de la otra parte, delimitándose los supuestos para su procedencia" (art. 9°, inc. s, Ley de PPP). Con acierto, la Ana Patricia GUGLIELMINETTI (2016) apunta que esta previsión reviste gran trascendencia social cuando se trata de la prestación de servicios públicos (p. 903).

La Ley de PPP establece también un límite general a las prerrogativas, ya que determina que deberán ser reguladas en los pliegos y en los contratos (art. 9°). Por lo tanto, si no se introdujeron en el plexo contractual en forma explícita corresponde interpretar que la Administración ha renunciado a su ejercicio, ya que la misma Ley de PPP excluye la aplicación de los regímenes legales públicos que las regulan (art. 32). En otras palabras, lo que está estrictamente vedado es regular las prerrogativas, reconociéndose facultades

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

implícitas y discrecionales, arbitrarias o irrazonables; aun cuando se enuncie —en forma genérica— un beneficio al interés público.

5. La transparencia en los contratos PPP

La Ley de PPP hace un especial énfasis en la transparencia respecto de este tipo de contrataciones. En cuanto al modo de selección del contratista, ésta debe hacerse, como indica la regla general, mediante procedimientos de licitación o concurso público, nacional o internacional, cuyas adjudicaciones recaigan en la oferta que sea considerada más conveniente para el interés público, teniendo en cuenta el precio, la calidad, la idoneidad del oferente y demás condiciones de la oferta. La ley indica expresamente que deberán garantizarse la transparencia, publicidad, difusión, igualdad, concurrencia y competencia en los procedimientos de selección y actos dictados en consecuencia; y ser compatibles con procedimientos de iniciativa privada (art. 12).

La licitación o concurso público es el procedimiento que respeta el principio de máxima concurrencia, que constituye el requisito fundamental dentro del sistema de selección, ya que su pleno desarrollo permite a la Administración Pública analizar y cotejar la mayor cantidad posible de ofertas, con miras a elegir la que más convenga a los fines perseguidos. Así, como han sostenido FIORINI y MATA (1972), "asegurar la concurrencia significará promover la afluencia de ofertas pues, sin concurrencia, no hay puja ni posibilidades de competencia" (p. 43).

Para la etapa de adjudicación se deberá priorizar la oferta que sea considerada como la más conveniente para el interés público, conforme con las condiciones establecidas en las bases de la licitación o concurso y previo dictamen de la unidad PPP. A los fines de alcanzar los votos necesarios para su aprobación, en el Congreso de la Nación se agregó que (art. 15, Ley de PPP):

> los pliegos licitatorios deberán promover en sus pautas de selección del adjudicatario criterios que determinen ventajas comparativas a favor de las empresas nacionales sobre las extranjeras y sobre aquellas a favor de las consideradas micro, pequeñas y medianas empresas conforme lo establecido en la ley 25.300, salvo que la unidad de participación público-privada que se crea mediante la presente ley, mediante informe fundado,

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

> justifique la conveniencia o necesidad de su exclusión en las condiciones y necesidades particulares del proyecto.

En cuanto al cumplimiento de los contratos de PPP, éstos están sujetos al control de la contratante, que tiene amplias facultades de inspección y control. Puede requerir todo tipo de información vinculada al cumplimiento del contrato y desarrollo del proyecto, de la cual debe garantizar la confidencialidad con respecto a la información de índole comercial o industrial en los términos de la legislación vigente (art. 21, Ley de PPP). A fin de reforzar el control de los contratos de PPP, la Cámara de Senadores agregó el artículo 22 al proyecto del Poder Ejecutivo, donde se establece que la Auditoría General de la Nación deberá incluir, en cada plan de acción anual, la auditoría de la totalidad de los contratos de PPP existentes, su desarrollo y resultado.

Por otra parte, la entonces Subsecretaría de Participación Público Privada dictó, en noviembre de 2017, la "Guía para la Transparencia en la Gestión de las Contrataciones Públicas" en el marco de los proyectos de PPP. El cumplimiento de esta guía, aprobada por su disposición 1/2017, será un factor determinante para el óptimo funcionamiento de las PPP en Argentina.

6. Conclusión

A lo largo de estas páginas se esbozó una caracterización de los contratos de PPP en la que incluimos referencias al régimen legislativo especial que se les ha dado; cómo es que éste afecta a las tradicionales prerrogativas públicas; el especial énfasis que se pone en las garantías del contratista, fundamentalmente respecto a aquellas que apuntan a la preservación de la ecuación económico-financiera; y la importancia de asegurar la transparencia en este tipo de contrataciones.

Como se vio a lo largo del ensayo, la Ley de PPP excluye la aplicación de numerosas normas tradicionales del Derecho administrativo, no sólo de las contrataciones públicas, sino de otras materias como la responsabilidad del Estado, al mismo tiempo que prevé la aplicación del derecho privado en forma supletoria.

Para concluir, diremos que el régimen consagrado en la ley 27.328 es una alternativa a todo tipo de contrato existente en nuestro ordenamiento jurídico. Como es alternativo, es asimismo autónomo; posee su propio marco regulatorio. En otras palabras, los contratos de

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

PPP son contratos público-privados y —paradójicamente— no son ni públicos ni privados.

Bibliografía

BALBÍN, C. (2008) *Curso de Derecho Administrativo*, tomo II. Buenos Aires, La Ley.

BRUNO, E. y SANTAMARÍA, G. (2018) "Proyecto de Participación Público-Privada de Transmisión Eléctrica. Consideraciones estructurales, marco regulatorio y matriz de riesgos", en *Diario La Ley* del 25.09.2018.

CASSAGNE, J. (2009) *El Contrato Administrativo*. Buenos Aires, Abeledo Perrot.

— (2012) *Acto administrativo*. Buenos Aires, La Ley.

— (2018) "Los contratos de participación público-privada en la ley 27.328", en *La Ley Online*, AP/DOC/264/2018.

CASSAGNE, E. (1996) "Las asociaciones público-privadas en Argentina", en *Revista de Derecho Administrativo*, número 107. Buenos Aires, Thomson Reuters.

COMADIRA, J. (1996) *Derecho Administrativo*. Buenos Aires, Abeledo Perrot.

DEBBASCH, C. (2002) *Droit Administratif*. París, Economica.

DIANA, N. (2017) "Cuestiones generales del contrato de participación público-privada (PPP)", en *Diario La Ley* del 26.04.2017.

FARRANDO, I. (2006) "Potestades y prerrogativas en el contrato administrativo", en AA. VV. *La contratación pública*, tomo II. Buenos Aires, Hammurabi.

FIORINI, B. y MATA, I. (1972) "La Licitación Pública", en AA.VV. *Selección del Contratista Estatal*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot.

GUGLIELMINETTI, A. (2016) "Prerrogativas y garantías contractuales a través del prisma del financiamiento privado", en *Revista de Derecho Administrativo*, número 107, pp. 903 y ss. Buenos Aires, Abeledo Perrot.

GUIRIDLIÁN LAROSA, J. (2016) "Contratación pública y desarrollo de infraestructuras: la asociación público-privada como técnica idónea en pos de su efectiva promoción en un reciente proyecto de ley", en *Revista de Derecho Administrativo*, número 107. Buenos Aires, Abeledo Perrot.

LAUBADÈRE, A. (1984) *Traité de Droit Administratif*, tomo I. París, LGDJ, París, 1984.

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

LUQUI, R. (2013) "La modificación (Ius Variandi) del Contrato Administrativo", en CASSAGNE, J. (dir.) *Tratado General de los Contratos Públicos*, tomo III. Buenos Aires, La Ley.

MARIENHOFF, M. (1981) Tratado de Derecho Administrativo, tomo II. Buenos Aires, Abeledo Perrot.

— (1985) "El lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado (Lo atinente a la revocación de actos o contratos administrativos por razones de oportunidad)", en *El Derecho* (ED) 114-949.

— (1994) *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo III-A. Buenos Aires, Abeledo-Perrot.

PAREJO ALFONSO, L. (2006) *Lecciones de Derecho Administrativo*. Valencia, Tirant Lo Blanch.

PERRINO, P. (2007) "El alcance de la indemnización en los supuestos de extinción del contrato administrativo por razones de interés público", en AA.VV. *La contratación administrativa*. Buenos Aires, Hammurabi.

— (2017) "La rescisión por razones de interés público de contratos de participación público-privada en el derecho argentino", en AA.VV. *El Estado Constitucional de Derecho y el Derecho Administrativo*, Jornadas de la Universidad Austral. Buenos Aires, RAP.

RICHER, L. (2004) *Droit des contrats administratifs*, París, LGDJ.

VILLARRUEL, M. (2013) "El rescate en los contratos administrativos", en CASSAGNE, J. (dir.) *Tratado General de los Contratos Públicos*, tomo III. Buenos Aires, La Ley.

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

EN LETRA - año VI, números 11-12 (2019)
pp. 139-164

(DES)VENTAJAS DE LA PRIMERA LEGISLACIÓN SOBRE INTERNET DE LAS COSAS

Adriana Margarita PORCELLI*

Fecha de recepción: 21 de diciembre de 2018
Fecha de aprobación: 31 de mayo de 2019

Resumen

Durante las últimas décadas Internet ha evolucionado tan velozmente que abarca aspectos antes inimaginables. Computadoras, impresoras, celulares, tablets, televisores inteligentes, luces, automóviles, electrodomésticos y hasta la cerradura de las casas se pueden manejar a distancia para confort del consumidor. Pero también acarrea sus riesgos y las personas pueden ser víctimas de todo tipo de delitos. En consecuencia es necesario el dictado de normas que proporcionen mayor seguridad al manejo de los dispositivos conectados a la Red. El presente trabajo consiste en definir el ecosistema denominado Internet de las Cosas y analizar la Ley de California N° 327 *Information privacy: connected devices*. A tales efectos, comprende dos partes: la primera que delimita el marco conceptual-tecnológico y la segunda que examina los diferentes principios adoptados en la Ley N° 327 *Information privacy: connected devices*, y a la vez presenta sus más duras críticas así como los argumentos en su defensa.

* Abogada y procuradora graduada de la Universidad de Buenos Aires (UBA – Argentina). Magister en Relaciones Internacionales (Universidad Maimónides - Argentina). Diploma en Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Universidad de la Patagonia San Juan Bosco - Argentina). Profesora Adjunta Ordinaria de la Universidad Nacional de Luján (UNL – Argentina). Miembro del Comité de Bioética. Correo electrónico de contacto: adporcelli@yahoo.com.ar

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

Palabras Clave

Internet de las cosas – legislación – privacidad – ciberseguridad

(DES)ADVANTAGES OF THE FIRST LEGISLATION ON THE INTERNET OF THINGS

Abstract

During the last decades, Internet has evolved into something that unforseeable matters. Computers, printers, cell phones, tablets, smart televisions, lights, cars, appliances and even door locks can be remotely operated for the consumer's comfort, but they can also be the medium for all kinds of crimes. In effect, it is necessary to set standards for ensuring the secure use of these devices that are connected to the Network. The present work consists of defining the ecosystem called Internet of Things and California Law No. 327 Privacy of information: connected devices. For such purpose, it comprises two parts: the conceptual-technological framework is defined in the first one; and, secondly, the different principles adopted in the referred statute are analyzed.

Keywords

Internet of things – legislation – privacy – cybersecurity

1. Introducción

Los economistas afirman que la humanidad está en el preludio de la Cuarta Revolución Industrial, llamada también Industria 4.0,[1] continuadora de los otros tres procesos históricos transformadores**:** (a) la Primera Revolución Industrial (entre 1760 y 1830) marcó la transición de la producción manual a la mecanizada, (b) la Segunda (alrededor de 1850) introdujo la electricidad y permitió la manufactura en masa, y (c) la Tercera (mediados del siglo XX), denominada la Revolución Digital, basada en el uso de tecnologías de información para automatizar aún más la producción. Esta Cuarta Revolución Industrial no se define por un conjunto de tecnologías emergentes en sí sino por

1 Este término fue utilizado por primera vez en la Feria de Hanover (Alemania) de 2011.

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

la completa digitalización de las cadenas de valor a través de la integración de tecnologías de procesamiento de datos, software inteligente y sensores. Recurriendo a Internet, a los sistemas ciberfísicos y a las redes virtuales con posibilidades de controlar objetos materiales, se pueden ir modernizando las plantas fabriles hasta transformarlas en fábricas inteligentes (PERASSO, 2016).

Dicho en forma más simple, una producción industrial en la que todos los productos y máquinas están interconectados entre sí digitalmente. Las nuevas tecnologías y enfoques están fusionando los mundos físico, digital y biológico de manera que transformarán a la humanidad en su esencia misma. En ello radica lo novedoso de esta nueva revolución que, a diferencia de las anteriores que se desarrollaron exclusivamente en el mundo físico, la conecta ese ámbito físico con el espacio digital, utilizando como medio de comunicación Internet (es decir, el Internet de las Cosas o "IOT", según las siglas del término en inglés [*Internet of Things*]) y como mensaje los propios metadatos o datos.

La digitalización está permeando la economía con tal intensidad que se dice que los datos son el nuevo petróleo[2], o que quien maneje los datos hoy maneja el mundo. Las empresas que gozan de mayor cotización en el mundo son empresas que ofrecen servicios gratuitos (por ejemplo, Google, Facebook, Twiter), pero nada en la Web es del todo anónimo ni gratuito. Cada vez que se ingresa en algún sitio se deja una marca, un rastro, un dato. Los datos son reproducibles tienen costos de transporte ínfimo e involucran aspectos de privacidad y seguridad. Al parecer los consumidores no evidencian el real poder de los datos ya que están dispuestos a entregarlos para recibir un servicio en línea, así como tampoco por parte de muchas empresas que no gestionan eficientemente la información que poseen. En realidad no son datos de la empresa sino de terceros que deben manejarlos de forma segura, vale decir tienen un deber de seguridad. A lo complejo del tema debe agregarse la necesidad de coordinación internacional al tratarse de asuntos que trascienden las fronteras nacionales. En 2017, cerca de 4.000 millones de personas -más de la mitad de la población mundial- utilizaba Internet y un 56% lo hacía con suscripciones a servicios móviles. Por otra parte, el 61% de dichas suscripciones operaban sobre redes 3G o 4G y durante el 2017 se descargaron 175.000 millones de aplicaciones y se usaban activamente

2 Según THE ECONOMIST (2017) "The world's most valuable resource is no longer oil, but data", consultado en [https://www.economist.com/news/leaders/21721656-data-economy-demands-new-approach-antitrust-rules-worldsmost-valuable-resource] el 03.08. 2018.

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

alrededor de 40 en cada teléfono inteligente. A principios de 2018 se registraban más de 5.000 millones de usuarios únicos de telefonía móvil, de los cuales 57% utilizaba teléfonos inteligentes. En enero de 2018, más de 3.000 millones de personas -el 42% de la población mundial- usaban mensualmente las redes sociales, especialmente mediante dispositivos móviles. En tanto, el uso de plataformas de comercio electrónico para comprar bienes de consumo creció hasta alcanzar los 1.800 millones de compradores -el 23% de la población mundial- en línea a nivel mundial. Entre las nuevas tecnologías que están impulsando la digitalización, la Internet de las Cosas es una de las que se prevé tendrá mayor impacto, tanto en el desarrollo de bienes y servicios para los consumidores como para usos productivos. (CEPAL, 2018).

Según estimaciones realizadas por la consultora GARTNER (2013), en 2020, el número de objetos conectados a Internet será más de 26.000 millones (excluyendo PCs, *tablets* y *smartphones*) y que la Internet de las Cosas aportará por sí un valor de 1,9 billones de euros a la economía mundial, demostrando la gran importancia estratégica que representará la economía digital en los próximos años. En sintonía, el estudio del MCKINSEY & COMPANY (2018), titulado *The Internet of Things: How to capture the value of IoT* una Internet de las cosas completamente conectada podría añadir hasta $11 billones a la economía global al año para el 2025 a través de diferentes entornos incluyendo fábricas, ciudades y ámbitos minoristas.

De lo anteriormente expuesto se puede deducir que Internet de las Cosas genera una enorme cantidad de datos transmitidos que son analizados a una velocidad antes inimaginable, realizando predicciones. Es destacable su valor en sectores claves como en el sanitario, en las *Smart Cities*, en el de la distribución, entre otros. Pero también conlleva importantes riesgos, como ser futuros usos no previstos en el momento de obtener la información y el consentimiento para ellos, la generación de perfiles, la manipulación, la monitorización de la conducta (*profiling*) y las valoraciones basadas en decisiones automatizadas que pueden perjudicar seriamente a las personas. Redes sociales como Facebook o Twitter permiten conocer los intereses de millones de personas en tiempo real, a qué estímulos responden, cuándo se conectan, qué compran, qué sitios visitan, con quiénes interactúa y más. Al cruzar esa enorme cantidad de datos con las que tienen (por ejemplo, las tarjetas de crédito o los resultados electorales), se puede medir casi todo. Los datos masivos que las personas entregan a los operadores globales (Google-Alphabet, Apple, Microsoft, Amazon y Facebook) reflejan toda su vida y adquieren dimensión económica al ser monetizados. Estas corporaciones están corriendo de lugar el eje de la

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

relación consumidor-producto, ahora los consumidores son una parte inescindible del producto.

Todas estas tecnologías, denominadas actualmente disruptivas, deben ser reguladas efectivamente por el derecho. En todos los países se evidencia una marcada tendencia a la formulación e implementación de estrategias digitales cada vez más integrales. La generación de agendas digitales fue estimulada por iniciativas internacionales, como las dos Cumbres Mundiales para la Sociedad de la Información (CMSI) de 2003 y 2005, la inclusión de las TICs en los Objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas (ODS) en 2015, el Foro de la Cumbre Mundial de la Sociedad de la Información de 2018 "Aprovechando las TICs para construir Sociedades de la Información que alcancen los ODS" y la formulación de sucesivos planes regionales de acción sobre la Sociedad de la Información en América Latina y el Caribe, la última la VI Conferencia Ministerial sobre la Sociedad de la Información en América Latina y el Caribe de 2018 (eLAC 2020).

Por su parte, Europa comenzó con el abordaje de la problemática al adoptar las líneas maestras para el establecimiento de Políticas de Internet de las Cosas europeas. En marzo de 2015, la Comisión Europea publicó la "Alianza para la Innovación de Internet de las Cosas" para apoyar la creación de un ecosistema de Internet de las Cosas europeo innovador e impulsado por la industria. En mayo de 2015 adoptó la Estrategia del Mercado Único Digital y el 19 de abril de 2016 publicó el documento *Advancing the Internet of Things in Europe,* vale decir, Avanzando en la Internet de las Cosas en Europa".

Estados Unidos está mucho más avanzado en el tema legislativo y el 1 de agosto de 2017, el senador Mark Warner presentó una propuesta de ley *A Bill S.1961* intitulada *Internet of Things (IoT) Cybersecurity Improvement Act of 2017* con el objeto de establecer los estándares mínimos de seguridad que deben cumplir los dispositivos conectados a Internet adquiridos por las agencias federales, pero no para los electrónicos en general. En paralelo, el senador Roger Wicker introdujo, el 14 de diciembre de 2017, un proyecto de ley *A Bill S.2234*, *Internet of Things Consumer Tips to Improve Personal Security Act of 2017* y recientemente, 6 de julio de 2018, el senador Robert Latta presentó un proyecto de ley *H.R. 6032 State of Modern Application, Research, and Trends of IoT Act*. Pero ninguna de las iniciativas señaladas, hasta la fecha, se convirtió en ley. Por tanto, se destaca que el Gobernador del Estado de California, Jerry Brown, promulgó el 28 de septiembre de 2018, un proyecto de ley SB-327 *Information privacy: connected devices* que fue agregada a la Sección 1, Parte 4 de la División 3 del Código Civil, bajo el título *1.81.26. Security of Connected*

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

Devices, lo que convierte a California en el primer Estado con una ley de seguridad cibernética que cubre los dispositivos "inteligentes".

El presente trabajo consiste en definir y enumerar los componentes necesarios para el funcionamiento del ecosistema denominado Internet de las Cosas y analizar la Ley de California N° 327 *Information privacy: connected devices*. A tal efecto, este artículo comprende dos partes: la primera que delimita el marco conceptual-tecnológico y la segunda que examina los diferentes principios adoptados en la Ley N° 327 *Information privacy: connected devices*, y a la vez presenta sus más duras críticas así como los argumentos en su defensa.

2. Marco conceptual: Internet de las Cosas

La Internet de las Cosas parte de la base que no sólo las personas están conectadas sino también todo lo que pueda ser controlable desde el punto de vista electrónico: una casa, los electrodomésticos, las luces, la calefacción, los celulares o un auto, etc. Se fundamenta en la relación máquina-máquina (*machine to machine* o M2M), que implica el control de un dispositivo sobre otro, ambos conectados por Internet y sin la gestión de una persona. Según la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT), se trata de una infraestructura mundial al servicio de la sociedad de la información, que propicia la prestación de servicios avanzados mediante la interconexión (física y virtual) de las cosas gracias al interfuncionamiento de tecnologías de la información y la comunicación (existentes y en evolución) (CEPAL, 2016).

Conforme el "Dictamen 8/2014 sobre la evolución reciente de la Internet de los Objetos" del 16 de septiembre de 2014 y elaborado por el Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos del Artículo 29 -órgano consultivo de la Unión Europea- Internet de las Cosas comprende los sensores con capacidad de interacción entre ellos y con otros sistemas, que se incorporan a dispositivos de uso cotidiano de forma que recogen, tratan, almacenan y transfieren datos utilizando capacidades de interconexión en red, vale decir

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

con Internet.[3] Además identifica tres grandes bloques sobre los que se pueden desarrollar esa conexión:

a) Tecnología ponibles (*wearable computing*) son aquellos dispositivos que se han miniaturizado de tal manera que sean portables y ofrecen información sobre el entorno y las personas. El objetivo es que la tecnología sea imperceptible para el usuario final y que esté presente en su vida cotidiana sin tener que acudir a *tablets* y *smartphones* que son más pesados. Por ejemplo los *Google Glass* son una computadora ponible que incluye un pequeño dispositivo de visualización de cristal líquido. Se activa por la voz y los usuarios pueden desplazarse por los menús gracias a un teclado táctil situado en el lateral del dispositivo. Permite utilizar un número cada vez mayor de aplicaciones, tomar fotografías, grabar videoclips, cargar archivos en Internet, efectuar búsquedas en línea y enviar mensajes de correo electrónico. *Nike* fue una de las primeras empresas en adoptar esas tecnologías al introducir el dispositivo para la práctica deportiva *Nike+iPod* en 2006 (POOLE, 2014). Otro ejemplo destacable lo constituye la compañía británica *Intelligent Environments*, que desarrolló una plataforma virtual que se conecta a una pulsera que envía pequeñas descargas eléctricas (de 17 a 340 voltios) al usuario, cuando sus gastos superan lo deseado.[4]

b) Dispositivos que registran información sobre la actividad de las personas: en este grupo se ubican las informaciones sobre los lugares visitados, entre otros. Eso supone tener una radiografía que implica una vulnerabilidad para los individuos si es manejada de forma incorrecta. Un ejemplo es WAZE, una aplicación de tráfico gratis y colaborativa para smartphones que ayuda a esquivar atascos, a seleccionar el itinerario más conveniente.

3 El Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos del Artículo 29 se creó en virtud del artículo 29 de la Directiva 95/46/CE. A partir del 25 de mayo del 2018 fue sustituido por el Consejo Europeo de Protección de Datos.

4 Más ejemplos se pueden consultar en INFOBAE (2016) "Polémico: una pulsera envía descargas eléctricas para fomentar el ahorro", consultado en [https://www.infobae.com/2016/05/23/1813599-polemico-una-pulsera-envia-descargas-electricas-fomentar-el-ahorro/] el 15.03. 2017

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

c) Domótica: por tal concepto se entiende al conjunto de tecnologías aplicadas al control y a la automatización inteligente de la vivienda, que permite una gestión eficiente del uso de la energía y aporta seguridad y confort, además de comunicación entre el usuario y el sistema (GALLEGO GÓMEZ y DE PABLOS HEREDERO, 2016). El primer ejemplo de domótica y control remoto automatizado es la instalación de controles de acceso digitales a la vivienda, cerraduras electrónicas que permiten controlar cuántas veces se ha abierto la puerta, comprobar si está bien cerrada (incluso estando a miles de kilómetros) o proporcionar acceso a cualquier persona en cualquier momento preciso.[5]

Así, cabe distinguir entre la Internet de las Cosas del consumidor (hogar inteligente, tecnologías ponibles) y la Internet de las Cosas de la producción, también denominada Internet Industrial. En el año 2017 se estimaba que a nivel mundial había alrededor de 8.000 millones de unidades instaladas de la Internet de las Cosas, de las cuales el 63% correspondía a soluciones de consumo personal (como domótica, tecnologías ponibles [*wearable technologies*] o autos conectados), en tanto que el restante 37% se repartía en soluciones transversales y para sectores específicos (GARTNER, 2017).

En base a lo expuesto, Internet de las Cosas crea de un mundo inteligente donde lo real, lo digital y lo virtual convergen para crear un entorno que proporciona más inteligencia a la energía, a la salud, al transporte, a las ciudades, a la industria, a los edificios y en muchas otras áreas de la vida diaria. Un ámbito en donde se interconectan millones de redes inteligentes que habilitan el acceso a la información no sólo en cualquier momento y lugar, sino también usando cualquier cosa y por parte de cualquier persona, a través de cualquier ruta, red, y cualquier servicio (COLINA, *et al*, 2015).

Fundamentalmente países como Alemania, Estados Unidos y China han implementado políticas para reorientar sectores productivos estratégicos hacia la industria 4.0. En la fábrica inteligente, el producto, al comunicarse con su entorno, puede reconfigurar la disposición de los sistemas de fabricación y adaptar los cambios en la producción de

5 Para ampliar en la temática, véase 20 MINUTOS (2016) "Domótica: cómo automatizar tu hogar para disfrutarlo más mientras ahorras tiempo y dinero", consultado en [https://blogs.20minutos.es/un-hogar-con-mucho-oficio/2016/11/03/domotica-como-automatizar-tu-hogar-para-disfrutarlo-mas-mientras-ahorras-tiempo-y-dinero/] el 15.03. 2017.

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

manera rentable y ha favorecido a la producción personalizada que satisface las necesidades heterogéneas de los clientes (CASALET, 2018).

Dentro del ecosistema de Internet de las Cosas se puede identificar los siguientes componentes:

a) Una Red de Sensores Inalámbricos (*wireless sensor network* [WSN]) es una red que se auto-configura, formada de pequeños nodos sensores que se comunican entre sí por señales de radio para percibir el mundo físico, son un puente entre el mundo físico y el virtual.

b) Módulos y tecnologías de comunicación: todos los aparatos que forman parte de la Internet de las Cosas deben estar conectados a una red de comunicaciones. Las cosas necesitan conversar entre sí y con Internet. Los módulos de comunicación son los componentes de los dispositivos responsables de la comunicación que proveen de conectividad conforme el sistema inalámbrico o el protocolo de comunicación por cable designado. La comunicación puede realizarse conforme la tecnología inalámbrica utilizada (como WiFi, Bluetooth y ZigBee), el sistema de conexión de celulares-actualmente con tecnologías de Cuarta Generación (4G), pero que se apresta a dar un paso más y llegar al estándar 5G y las tecnologías por cable, como Ethernet, utilizan el protocolo TCP/IP.

c) Procesamiento de Información Integrado: Los objetos inteligentes cuentan con una capacidad de procesador o microcontrolador y además capacidad de almacenamiento.

d) Geocalización: es la capacidad de los objetos inteligentes para obtener la ubicación física real de un objeto. La red de teléfono móvil o los sistemas de posicionamiento global (GPS) son tecnologías adecuadas para lograrlo, así como medidas de tiempo de ultrasonido, la identificación de radiofrecuencia y las tecnologías ópticas.

e) Interfaces de usuario: los objetos inteligentes pueden comunicarse con las personas de manera directa o indirectamente (por ejemplo a través de un *smartphone*), interfaces de usuario tangibles y métodos de reconocimiento de voz, imagen o gesto.

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

f) Fuente de alimentación: todo dispositivo electrónico requiere de energía eléctrica para funcionar.

Sin embargo, como las comunicaciones entre la unidad principal y sus módulos o entre los módulos entre sí se realiza, en la mayoría de los casos, utilizando un protocolo serial o estandarizado que es adoptado por la mayoría de las PCs y por los dispositivos electrónicos, la Internet de las Cosas necesita realizar algunos cambios en la conectividad de dispositivos, protocolos de comunicación y lenguajes de software para lograr la interoperatividad entre todos sus componentes. La generación de estándares implica que cada proveedor de tecnología debe cumplir con un protocolo de manera tal que su equipo sea compatible con los demás fabricados por otros prestadores para evitar las posiciones de dominio de mercado y de bloqueo del desarrollo. En este sentido, la Unión Internacional de las Telecomunicaciones ha formulado las Recomendaciones del Sector de Normalización de la UIT (UIT-T) para garantizar la interoperabilidad de las aplicaciones, los servicios y las plataformas de Internet de las Cosas.

El Protocolo de Internet (*Internet Protocol* [IP]), actualmente, está presente en todos los dispositivos capaces de enviar y recibir información digital, no solamente la Internet. Desde hace varios años, debido al crecimiento y al uso masivo que ha tenido la Web, se notó un agotamiento de las direcciones de la versión 4 (IPv4) ya que nunca fue diseñado para abarcar a tan alto número de dispositivos. Los esfuerzos llegaron hasta el punto de cambiar el protocolo de conexión IP de la versión 4 a la versión 6 (Ipv6), que conlleva una ampliación de la cantidad de direcciones disponibles a nivel mundial.

Ahora bien, previo al análisis de la ley del Estado de California, es necesario mencionar los riesgos derivados del presente ecosistema en cuanto a la privacidad, la protección de datos y la seguridad de la información (TEJERO LÓPEZ, 2014):

a) Efectividad en las medidas de seguridad: un limitante consiste en que no se las tienen en cuenta en la fase de diseño. Además la heterogeneidad de los dispositivos supone un gran problema en cuanto a proponer soluciones de tipo más universal y el aumento de recopilación de datos puede plantear problemas de autenticación y confianza en los objetos.

b) La proliferación de la gran cantidad de datos en los entornos de Internet de las Cosas facilita que puedan llegar a utilizarse para propósitos diferentes para los

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

que fueron recabados originalmente. No siempre las personas son conscientes de las capturas de la información, el tratamiento y/o la manipulación de esa información.

c) Riesgo de ataques maliciosos contra los dispositivos y sistemas: es difícil identificar los controles más apropiados para los sistemas dado la heterogeneidad de los objetos, además que todavía se desconoce su evolución futura.

d) *Lock-in* del usuario: significa que los usuarios se queden cooptados por un proveedor específico de servicios y les resulte difícil migrar a otros proveedores, provocado por la no homogenización de los dispositivos y tecnologías de comunicación.

e) Pérdida del control por el usuario*:* uno de los principales objetivos de la Internet de las Cosas consiste en dotar de cierta autonomía a los objetos y permitirles tomar decisiones de forma automática. Es necesario saber acotarlo y controlarlo adecuadamente para que no suponga riesgos o afecte a sus usuarios.

f) Legislación aplicable: el vacío legal es un riesgo colateral a todos estos avances digitales y tecnológicos, porque ni los gobiernos ni entes reguladores van al paso de los cambios. Dado el carácter global de Internet, otro problema es que los individuos y empresas se enfrentan a una serie de leyes de protección de datos nacionales que ofrecen distintos niveles de protección.[6] En enero de 2018, Microsoft publicó su libro *The Future Computed: Artificial Intelligence y and Its Role in Society*, en el que se plantea que si, bien la Inteligencia Artificial ayudará a resolver los grandes problemas sociales, es necesaria la formulación de una legislación moderna, la observancia de principios éticos sólidos, la capacitación para nuevas habilidades e incluso las reformas del mercado laboral. A medida que las computadoras se comportan más como los humanos, las ciencias sociales y las humanidades se volverán aún más importantes. Si la Inteligencia Artificial quiere alcanzar su potencial para servir a los humanos, entonces cada ingeniero tendrá

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

que aprender más sobre las ciencias sociales y cada especialidad en las ciencias sociales necesitará aprender más sobre ingeniería.

3. Primera legislación sobre Internet de las Cosas

La Senadora de Santa Bárbara, Hannah-Beth Jackson, presentó ante el Senado del Estado de California un proyecto 327, titulado *Information privacy: connected devices* (2017-2018) (03.02.2017). Posteriormente fue enmendado por la autora, continuó con el tratamiento legislativo y después de las tres lecturas obligatorias fue promulgado por el Gobernador Jerry Brown y archivado en la Secretaría del Estado (29.09.2018). De esta forma, se transformó en ley (*act*) y se agregó a la Sección 1, Parte 4 de la División 3 del Código Civil californiano, bajo el título *1.81.26. Security of Connected Devices*.[7]

Como requisito para su entrada en vigencia, en la Sección 2, establece que es necesario que el proyecto de la Asamblea N° 1906, titulado *Information privacy: connected devices. (2017-2018)*, presentado por la asambleísta Jacqui Irwin, de Thousand Oaks (enero de 2018), también se promulgue y entre en vigencia. Justamente ese mismo día (28.09.2018), ambos proyectos fueron promulgados por el Gobernador. El proyecto 327 es anterior, pero al ser enmendado es casi un espejo del proyecto 1906. Sin embargo, la posterior aplicación de ambas leyes es diferida al 1° de enero del 2020. La razón es otorgarles tiempo a los fabricantes de dispositivos conectados a Internet para que puedan adecuar sus productos a la nueva normativa.

Entre los fundamentos esgrimidos por la Senadora Jackson a favor de la promulgación de este proyecto de ley se destaca que los dispositivos de uso de los consumidores que se conectan a Internet van mucho más allá de la PC de escritorio tradicional para incluir una amplia variedad de productos electrónicos de consumo, como microondas, refrigeradores y juguetes para niños. Si bien estas capacidades pueden aumentar la funcionalidad del producto, muchos consumidores no están informados sobre

7 Para ampliar la historia sobre el tratamiento legislativo, consultar CALIFORNIA LEGISLATIVE INFORMATION (2018): *Bill History. SB-327 Information privacy: connected devices. (2017-2018)* consultado en [https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billHistoryClient.xhtml?bill_id=201720180SB327] el 3.12. 2018.

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

las consecuencias de poseer dispositivos conectados. Los consumidores pueden comprar un dispositivo sin darse cuenta hasta mucho tiempo después que hayan comenzado a usarlo en su hogar cómo utiliza Internet, qué tipos de información recopila y cómo se utiliza esa información. Algunos juguetes conectados a la Red, por ejemplo, piden a los niños que proporcionen datos personales verbalmente, incluidos los nombres de sus padres, el nombre de su escuela y el lugar donde viven, y se reservan explícitamente el derecho de realizar marketing directo hacia los menores. Continúa señalando que un número alarmante de estos dispositivos conectados a Internet carecen incluso de las funciones de seguridad más básicas, lo que los hace vulnerables a la piratería y a los ataques cibernéticos coordinados. Por ello se afirma la necesidad de la ley ya que crea un requisito de seguridad para los dispositivos conectados a Internet que pueden evolucionar a medida que la tecnología evoluciona. Requiere que los fabricantes equipen sus dispositivos con razonables y adecuadas características de seguridad a la naturaleza e información que recopila. También requiere que los fabricantes diseñen dispositivos conectados con indicadores visuales, auditivos u otros para mostrar cuándo están recolectando información, para obtener el consentimiento del usuario cuando la recopilación de información se extiende más allá de lo que es necesario y para notificar a los consumidores cualquier actualización o parche en la seguridad.

Con respecto a los consumidores, les permite tomar decisiones informadas al exigirles, a los vendedores, que revelen en el punto de venta, si el dispositivo es capaz de recopilar información personal o confidencial, dónde se puede encontrar la política de privacidad del dispositivo y cómo obtener actualizaciones de seguridad para el mismo.

Conforme *Common Sense Kids Action*,[8] patrocinador de la actual ley, el garantizar que los dispositivos conectados cumplan con los estándares de seguridad básicos ayudará a las familias a tomar decisiones informadas sobre estos dispositivos y sobre la información

8 *Common Sense Kids Action* es una organización nacional norteamericana sin fines de lucro líder con más de una década de experiencia ayudando a niños y familias a tener acceso a servicios de educación y salud infantil de alta calidad y asequibles; que todos los niños tengan experiencias de aprendizaje digital de vanguardia; que sus datos en línea están protegidos; y que tengan la oportunidad de crecer con suficientes oportunidades económicas y educativas para ayudarles a tener éxito en la vida.

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

que recopilan y comparten. El objetivo es asegurarse que las familias sepan qué información pueden recolectar los dispositivos que compran y quien tiene el control.

Por su parte, el Comité Judicial del Senado enumera varias leyes que refuerzan y que cambian con dicha normativa. En primer lugar, la Constitución de California, en cuyo artículo I Sección 1, se establece que todas las personas son por naturaleza libres e independientes y tienen derechos inalienables. Entre estos están disfrutar y defender la vida y la libertad, adquirir, poseer y proteger bienes, y buscar y obtener seguridad, felicidad y privacidad. La jurisprudencia existente permite a una persona interponer una acción por agravio por una invasión de la privacidad y establece que para presentar una demanda por violación del derecho constitucional a la privacidad, el demandante debe establecer los siguientes tres elementos: 1) un interés legalmente protegido a la privacidad; 2) una expectativa razonable de privacidad en esas circunstancias; y 3) que la conducta del acusado constituya una invasión grave de la privacidad.[9] En cuanto al interés a la privacidad legalmente reconocido, dicha jurisprudencia, establece que son generalmente de dos clases: intereses en excluir la difusión o el uso indebido de información sensible y confidencial (privacidad informativa), e intereses en la toma de decisiones personales íntimas o en la realización de actividades personales sin observación, intrusión o interferencia (autonomía de privacidad).

Conforme el Código Civil de California, Sección 1708.8, un individuo es responsable de una invasión a la privacidad cuando intente capturar, de una manera ofensiva, cualquier tipo de imagen visual, grabación de sonido u otra impresión física de otra persona involucrada en una relación privada y personal o actividad familiar, mediante el uso de cualquier dispositivo, independientemente de si esta imagen, grabación de sonido u otra impresión física no se podrían haber logrado sin que se usara el mismo. Y en la Sección 1798.81.5(b) se requiere que una empresa que posee licencias o mantiene información personal sobre un residente de California debe implementar y mantener procedimientos y prácticas de seguridad razonables y adecuadas a la naturaleza de la información, para

9 Superior Court of California *in re* "Hill v. National Collegiate Athletic Assn", sentencia del 28.01.1994. [N. del E.: consultado en {https://law.justia.com/cases/california/supreme-court/4th/7/1.html} el 27.12.2019]

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

proteger la información personal del acceso no autorizado, de la destrucción, del uso, la modificación, o revelación.

Según el Código de Negocios y Profesiones de California (Sección 22948.20), una persona o entidad no debe proporcionar la operatoria de una función de reconocimiento de voz sin informar, durante la configuración inicial o la instalación de un televisor conectado (ya sea al usuario o a la persona designada por él) la configuración o instalación inicial de la televisión conectada. Cualquier grabación real de la palabra recopilada a través de la operatoria de una función de reconocimiento de voz por el fabricante de un televisor conectado o de un tercero con el fin de mejorar la función de reconocimiento de voz no se venderá ni utilizará con fines publicitarios.

Por su parte, el Código Penal, en la Sección 637.5(a)(1), dispone que ninguna persona que posea, controle, opere o administre una empresa de televisión satelital o por cable, o que arrende canales en un sistema satelital o de cable, podrá utilizar cualquier dispositivo electrónico para grabar, transmitir u observar eventos o escuchar, registrar, o monitorear cualquier conversación que tenga lugar dentro de la residencia, o lugar de trabajo del suscriptor, sin obtener el consentimiento expreso por escrito del mismo. En la Sección 637.5(a)(2) se establece que ninguna empresa de televisión satelital o por cable podrá proporcionar información individual identificable con respecto a cualquiera de sus suscriptores (incluidos los hábitos de visualización de televisión, las opciones de compra, los intereses, las opiniones, los usos de energía, la información médica del suscriptor, datos o información bancaria, o cualquier otra información personal o privada) sin el consentimiento expreso por escrito del suscriptor. En la Sección 637.5(b) se especifica que las respuestas de visualización de los suscriptores individuales u otra información identificable individualmente derivada de los suscriptores pueden ser retenidas y utilizadas por una empresa de televisión por cable o satélite solo en la medida en que sea razonablemente necesario para fines de facturación y prácticas comerciales internas y para monitorear la recepción no autorizada de servicios. Finalmente, la Sección 637.5(d) se especifica que cualquier información de un suscriptor individualmente identificable recopilada por una empresa de televisión por satélite o por cable debe estar disponible para su examen dentro de los treinta (30) días posteriores a la recepción de la solicitud por un suscriptor para examinar la información en las instalaciones de la empresa.

En cuanto al fondo del tema, dicho Comité avanza en la historia de Internet de las Cosas y destaca que, actualmente todo, desde tostadoras y muñecas, hasta automóviles y

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

televisores, están conectados a Internet, reuniendo y aplicando una amplia gama de información. Esta tecnología tiene posibilidades ilimitadas. Ha revolucionado las capacidades de los dispositivos médicos y ha facilitado las compras. Los expertos de la industria prevén una expansión dramática en los próximos años con artículos para el hogar, como refrigeradores, lavadoras, lavavajillas y termostatos. Muchos de estos dispositivos recopilan una gran cantidad de información personal e íntima. Si no se asegura adecuadamente, esta inmensa cantidad de información privada puede ser vulnerable a las violaciones y puede ser hackeados directamente permitiendo a extraños realizar una vigilancia subrepticia en los hogares o comunicarse directamente a través de ellos. Quizás lo más perturbador, sea que los consumidores ni siquiera están al tanto de las completas capacidades de estos productos o de la información que se recopila. El Director del FBI expresó su preocupación sobre en tremendo daño que pueden generar los "ejércitos de zombis" creados por los dispositivos de Internet de las Cosas. Finaliza resaltando las bondades del proyecto de ley para abordar estas innovaciones y sus riesgos concomitantes, ya que establece requisitos relacionados con la seguridad de dichos dispositivos y la divulgación de sus capacidades (SENATE JUDICIARY COMMITTEE, 2017).

Dicha Ley se incorporó al Código Civil de California en la División 3 (Obligaciones), Parte 4 (Obligaciones Derivadas de Transacciones Particulares) bajo el Título 1.81.26. Seguridad de la Dispositivos Conectados (*Security of Connected Devices*). Su ámbito de aplicación tiene efectos extraterritoriales, ya que abarca a todos aquellos fabricantes de dispositivos conectados a la Web que vendan en California, aunque la fabricación se produzca fuera de dicho Estado, y establece estándares de ciberseguridad para dispositivos conectados a la web, desde termostatos hasta cámaras web y automóviles.

a) En primer lugar, en el Título 1798.91.04.(a) se requiere que los fabricantes de dispositivos conectados a Internet (que vendan sus productos en California) los equipen con "una característica o características de seguridad razonables" diseñadas para evitar que cualquier intruso acceda a ellos, aunque no define exactamente cuáles deberían ser esas características. Lo que detalla es que la seguridad razonable debe ser:

    1) Adecuada a la naturaleza y función del dispositivo.

    2) Adecuada a la información que puede recopilar, contener o transmitir.

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

3) Diseñada para proteger el dispositivo y cualquier información contenida en el mismo contra el acceso, destrucción, uso, modificación o divulgación no autorizados.

b) A continuación, bajo el apartado b), se exige que todo dispositivo conectado fuera de una red de área local sea equipado con un medio de autenticación con una característica de seguridad razonable. Considera una característica de seguridad razonable si cumple cualquiera de los siguientes requisitos:

1) La contraseña preprogramada es única para cada dispositivo fabricado.

2) El dispositivo contiene una función de seguridad que requiere que un usuario genere un nuevo medio de autenticación antes de otorgarle acceso al dispositivo por primera vez.

Esto se debe a que muchas veces ha sido una práctica común del fabricante proporcionar dispositivos con contraseñas predeterminadas compartidas, lo que significa que se puede acceder fácilmente al dispositivo después de la instalación si el usuario final no establece una nueva contraseña.

En el artículo 1798.91.05. se establecen varias definiciones:

a) "Autenticación" significa un método para verificar la autoridad de un usuario, así como el proceso o dispositivo para acceder a los recursos en un sistema de información.

b) "Dispositivo conectado" se define como cualquier dispositivo u otro objeto físico que sea capaz de conectarse, directa o indirectamente, a Internet y que tenga asignada una dirección de Protocolo de Internet o una dirección de Bluetooth.

c) "Fabricante" es la persona que fabrica, o que subcontrata la fabricación en su nombre de los dispositivos conectados a la Web que se venden o que se ofrecen para la venta en California. Un contrato para fabricar en nombre de otra persona no incluye el contrato que tiene por objeto solo comprar un dispositivo conectado, incluso si esos dispositivos se renombran para el comprador.

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

d) "Función de seguridad" significa una característica de un dispositivo diseñado para proporcionar seguridad para ese dispositivo.

e) "Acceso, destrucción, uso, modificación o divulgación no autorizados" es acceso, destrucción, uso, modificación o divulgación que no está autorizado por el consumidor.

En el artículo 1798.91.06.(a) establece determinadas exclusiones o excepciones a la aplicación de los artículos precedentes:

a) Los fabricantes no tienen la obligación de proteger los programas de software que los usuarios pueden instalar en un dispositivo conectado.

b) No impone ninguna obligación a un proveedor de una tienda electrónica, puerta de enlace, mercado u otros medios de compra o descarga de software o aplicaciones, de controlar o hacer cumplir los establecidos en el Título.

c) Exime al fabricante de un dispositivo conectado de evitar que un usuario tenga control total sobre un dispositivo conectado, incluida la capacidad de modificar el software o el firmware que se ejecuta en el dispositivo a discreción del consumidor.

d) Tampoco se aplicara a ningún dispositivo conectado cuya funcionalidad esté sujeta a los requisitos de seguridad de acuerdo con la ley federal, los reglamentos o las directrices promulgadas por una agencia federal.

e) No establece ningún tipo de acción privada. El Fiscal General, un abogado de la ciudad, el abogado del condado o un fiscal de distrito tendrán la autoridad exclusiva para hacer cumplir la ley.

f) Los deberes y obligaciones impuestos son acumulativos con cualquier otro deber u obligación impuesto en virtud de otra ley, y no deben interpretarse en el sentido de eximir a ninguna parte de ningún deber u obligación impuesta en virtud de otra ley.

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

g) En ningún caso se limita la autoridad de una agencia federal para obtener información sobre el dispositivo conectado de un fabricante como lo autoriza la ley o de conformidad con una orden de un tribunal de jurisdicción competente.

h) Los proveedores de atención médica, socio comercial, plan de servicios de atención médica, contratista, empleador o cualquier otra persona sujeta a la Ley Federal de Portabilidad y Responsabilidad de Seguros de Salud de 1996 (Ley Pública 104-191) o la Ley de Confidencialidad de Información Médica no estarán sujetos a este título con respecto a cualquier actividad regulada por esos actos.

California continúa liderando en la promulgación de leyes de privacidad y seguridad. Esta ley se produce inmediatamente después de la promulgada Ley de Privacidad del Consumidor de California (CCPA), que también entrará en vigencia el 1 de enero de 2020 y que tienen efectos extraterritoriales.

4. Argumentos a favor y en contra de la reciente ley: luces y sombras

4.1. Argumentos en contra

Uno de sus acérrimos detractores es el experto en ciberseguridad Robert Graham. Sus afirmaciones son lapidarias en cuanto califica a la ley como "típicamente mala", basada en una comprensión superficial de la ciberseguridad y la piratería, que va a hacer poco para mejorar la seguridad, mientras que hace mucho para imponer costos y dañar la innovación. Se basa en el concepto erróneo de agregar características de seguridad, el objetivo de la ciberseguridad es eliminar "características inseguras", lo cual significa eliminar puertos de escucha. Agregar características es la típica "píldora mágica" o "bala de plata", sin embargo, según este especialista, no es la solución. Las funciones arbitrarias como *firewall* y antivirus solo aumentarán la superficie de ataque empeorando las cosas ya que no existe garantía que los proveedores suministren dichos parches o, peor aún, que los usuarios los apliquen. Generalmente, las personas se olvidan de los dispositivos una vez que están instalados ya que no son como los teléfonos y/o computadoras portátiles que notifican a los usuarios sobre la aplicación de parches. Frente al argumento que una buena solución para esto es la actualización automatizada, el especialista afirma que solo si se ignora la historia. Muchos

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

califican a *NotPetya*[10] como el peor y más costoso ciberataque de todos los tiempos y fue lanzado subvirtiendo un parche automatizado. Por ejemplo, el gusano *Mirai*[11] infectó menos de 200.000 dispositivos. Un hackeo de un pequeño proveedor de Internet de las Cosas puede obtener el control de más dispositivos que eso de una sola vez. Y sigue sumando críticas ya que afirma que la ley tiene como objetivo una característica insegura que debe eliminarse: las contraseñas codificadas. Un dispositivo no tiene una contraseña única, hay muchas cosas que pueden llamarse contraseñas. Un dispositivo típico de Internet de las Cosas tiene un sistema para crear cuentas en la interfaz de la administración web, un sistema de autenticación completamente separado para diferentes servicios como Telnet[12] y un sistema completamente diferente para cosas como las interfaces de depuración. Ese fue el real problema con los dispositivos infectados por *Mirai* ya que había diferentes sistemas de autenticación en la interfaz web y en otros servicios como Telnet. De cara al futuro, lo más importante para protegerse es el modo de "aislamiento" en el punto de acceso WiFi que evita que los dispositivos se comuniquen entre sí (o se infecten entre sí). Esto evita ataques de "sitio cruzado" en el hogar, es decir, que las laptops y/o computadoras de escritorio infectadas (que están mucho más amenazadas) se propaguen a los demás dispositivos. La ley establece el vago requisito que los dispositivos tengan características de seguridad "razonables" y "apropiadas", pero es imposible para una empresa saber lo que significan estas palabras y si cumplen con la ley. Al igual que otras leyes que utilizan estos términos, se interpretará en los tribunales. A medida que los defensores mejoran la seguridad, los atacantes cambian de táctica, por lo que lo "razonable" está cambiando constantemente. La seguridad lucha contra el sesgo de la retrospectiva, por lo que lo que es "razonable" y "apropiado" parece más obvio después que ocurren cosas en lugar de antes. Se va a cargar a los dispositivos con funciones de cifrado y antivirus que el público cree que son razonables pero que empeoran la seguridad. Por último, culmina su análisis, Mirai solo

10 Petya es un *malware* de tipo *ransomware* que en 2017 comenzó un ciberataque mundial. Se esparce como troyano usando el popular sistema de archivos en la nube Dropbox. Mientras la mayoría de los malware de secuestro de computadoras selecciona los archivos a encriptar, Petya aumenta el daño potencial al impedir el arranque de la computadora, pidiendo rescate y no se transmite por Internet sino por redes privadas.

11 Mirai es un malware de la familia de las botnets o robots informáticos destinado a infectar los equipos conformantes del Internet de las Cosas, en especial la infección de routers y cámaras IP

12 Telnet (*Telecommunication Network*) es el nombre de un protocolo de red que permite acceder a otra máquina para manejarla remotamente

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

tenía 200.000 dispositivos que estaban principalmente fuera de los Estados Unidos. Esta ley no aborda esta amenaza porque solo se aplica a los dispositivos de California, no a los comprados en Vietnam y Ucrania que, una vez que se infecten, inundarán los dispositivos de California. Si de alguna manera la ley influyera en la mejora general de la industria, aún estaría introduciendo costos innecesarios a 20 mil millones de dispositivos en un intento por limpiar el 0,001% de ellos (GRAHAM, 2018).

En igual sentido se expidió la Cámara de Comercio de California, que señaló que la Sección 1798.81.5(b) del Código Civil ya requería que los fabricantes implementasen protecciones de privacidad razonables y, por lo tanto, el requisito que los fabricantes equipen dispositivos con "características de seguridad razonables y apropiadas para la naturaleza del dispositivo" era innecesario. La Sección 1798.81.5(b) se aplica a la "información personal" que una empresa posee, licencia o mantiene, y se define como el nombre de usuario o la dirección de correo electrónico de una persona en combinación con la contraseña, la pregunta de seguridad o el nombre de una persona en combinación con un número de seguro social, número de licencia de conducir, número de cuenta o información médica. Otro argumento en contra es que colisiona una ley federal, la Ley de Protección de la Privacidad en Línea de los Niños, aunque no justifica ni aclara esa contradicción.

4.2. Argumentos a favor

Para sus defensores, si bien no desconocen que la ley es demasiado amplia, aducen a su favor que mejor eso que nada. Bruce Schneier, tecnólogo de seguridad en la Escuela Kennedy de Harvard, expresamente opina que probablemente la ley no va lo suficientemente lejos, pero esa no es razón para no aprobarla. Es una razón para seguir adelante y sienta las bases para una futura legislación de ciberseguridad más sólida a nivel estatal y federal. Después del ataque masivo de la botnet *Mirai* en 2016 se puso de relieve lo mal asegurados que están muchos de los dispositivos. En ese incidente, los piratas informáticos explotaron las debilidades de las cámaras web y otros dispositivos conectados y los utilizaron para lanzar ataques cibernéticos que derribaron a Netflix, Spotify y otros sitios web importantes durante horas. Esta ley busca abordar algunas de esas fallas, estableciendo estándares de ciberseguridad para dispositivos, que actualmente son inexistentes (HAWKINS, 2018).

Conforme el Comité de Reglas del Senado, Oficina de Análisis de la Sala del Senado, que toma como fuente los argumentos de *Common Sense Kids Action*, un ejemplo alarmante

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

de la posibilidad de abuso de la tecnología surgió en relación con las muñecas *My Friend Cayla*. Las muñecas de juguete estaban equipadas con tecnología *bluetooth* que les permitía acceder a Internet, lo cual les posibilitaba comunicarse con los niños. Las muñecas instaron a los niños a proporcionar verbalmente datos personales, incluidos los nombres de sus padres, de su escuela y el lugar donde vivían. Además, la tecnología *bluetooth* era vulnerable a los piratas informáticos pudiendo programar la muñeca con obscenidades o incluso hablar directamente con los niños a través de ella a una distancia de hasta cincuenta (50) pies.

Pero éste no fue un hecho aislado, es similar a muchas historias relacionadas con monitoreos de bebés que permiten a los piratas informáticos comunicarse a través de ellos. A principios del año 2017, se informó que los juguetes de *CloudPets* fueron hackeados de manera similar. También se han presentado demandas en los últimos años en respuesta a televisiones conectados a Internet. Las pantallas inteligentes producidas y vendidas por Vizio supuestamente rastreaban el historial de visualización de los usuarios sin el conocimiento y consentimiento de los clientes. Los televisores de Samsung también fueron el centro de atención después que se descubrió que su tecnología de reconocimiento de voz estaba grabando conversaciones personales y transmitiendo la información a terceros. Los investigadores también han concluido que miles de cámaras web inseguras fabricadas por la firma china de electrónica *Xiongmai* fueron tomadas por piratas informáticos y se convirtieron en un ejército de "botnets" que atacó e inhabilitó los sitios web más importantes, incluidos Twitter, Spotify, New York Times y Airbnb en octubre del 2016.

Según el SENATE RULES COMMITTEE. SENATE FLOOR ANALYSIS (2018), California reconoce al derecho a la privacidad como un derecho fundamental, y desafortunadamente, debido al tamaño de su economía y al gran número de consumidores, los datos recopilados y en poder de las empresas de California son a menudo blanco de los ciberdelincuentes. Los innumerables ejemplos de dispositivos conectados a Internet que se piratean junto con la creciente incidencia de violaciones de datos ponen de relieve la necesidad de abordar más a fondo los problemas de seguridad. Un hilo común entre estos ejemplos es la deficiencia de las características de seguridad de los dispositivos. También falta una notificación clara a los consumidores acerca de qué es capaz un dispositivo, qué información recopila, qué hace con esa información y cómo un consumidor puede controlar esas funcionalidades. El daño que puede resultar del robo de información personal y confidencial a través de las violaciones de datos, la vigilancia encubierta de las vidas de los usuarios o el pirateo directo de dispositivos domésticos amenaza con socavar la privacidad y la seguridad de los

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

consumidores de California. De esta manera, consideraron que la ley da un paso para abordar estos problemas; y que, si bien existen leyes que exigen que las empresas que poseen, licencian o mantienen información personal sobre un residente de California implementen y mantengan procedimientos y prácticas de seguridad razonables adecuados a la naturaleza de la información, así se hacen extensivos estos requisitos a los fabricantes de dispositivos conectados a Internet.

Como cierre de los argumentos en defensa de la ley, el Informe del Procurador General del 2014 sobre la violación de datos en California demostró que, en 2012, el 17% de las violaciones de datos registradas en los Estados Unidos se produjo en California, más que en cualquier otro Estado, y que el número de violaciones notificadas en California aumentó en 28% en 2013. (CALIFORNIA DEPARTMENT OF JUSTICE, 2014). Durante el período de cuatro años comprendido entre 2012 y 2015, el Fiscal General recibió informes sobre más de 657 violaciones, que afectaron a más de 49 millones de registros (CALIFORNIA DEPARTMENT OF JUSTICE, 2016).

5. Conclusiones

Internet es probablemente el mayor invento de la historia de la humanidad desde la rueda. Ha puesto al alcance de las computadoras de los celulares, *tablets*, televisores y demás electrodomésticos, más información que toda la contenida en la Biblioteca de Alejandría. Ha cambiado la forma de trabajar, de estudiar y hasta de relacionarnos con otros seres humanos de distintas culturas, religiones, razas o nacionalidades. Es la mayor herramienta de conocimiento diseñada y está presente en todas las actividades humanas. Nadie niega su potencial y el beneficio y confort que genera, pero también tiene su lado oscuro. Los videos, fotos, emails, conversaciones, cuentas bancarias y cualquier otro dato personal que se sube a la red, están expuesto a un número indeterminado de personas.

Actualmente, los hogares comienzan a equiparse con dispositivos "inteligentes". La tecnología que alguna vez estuvo limitada a computadoras o teléfonos celulares ahora está integrada en los aparatos y juguetes de uso cotidiano. Dadas las capacidades cada vez mayores de esta tecnología para recopilar y sintetizar información, la seguridad y la privacidad son de suma importancia. Los informes generalizados de fallas de seguridad, piratería y espionaje solo han enfatizado aún más la necesidad de protecciones jurídicas.

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

Si bien existen proyectos de leyes a nivel estadual y regional (como en la Unión Europea), la primera Ley sobre Internet de las Cosas fue recientemente promulgada, a fines de septiembre de 2018, por el Gobernador del Estado de California, marcando un importante hito jurídico en la regulación de esta nueva tecnología. Tanto sus detractores como sus defensores coinciden en su amplitud y generalidad, pero es de destacar que reviva el debate, propiciando su discusión a nivel nacional, regional e internacional y que sienta un punto de inflexión en la protección de los consumidores de los dispositivos conectados, quienes, en especial los niños, utilizan esos productos inocentemente y sin saber que indirectamente están transmitiendo toda su información a la nube. Lo que muchos no advierten es que detrás de esa nube hay personas y organizaciones dispuestas a utilizar para su provecho toda esa información (hackers, piratas informáticos, contrabandistas, ladrones y abusadores de menores) poniendo en riesgo la privacidad e integridad de las personas. En este sentido, esta ley exige a los fabricantes de tales dispositivos que alerten a los consumidores con señales auditivas y/o visuales cuando el mismo está transmitiendo información personal. Un consumidor informado y capacitado es más difícil de engañar, es una manera de empoderar al consumidor.

Generalmente el derecho se escribe después de los hechos, en este caso es necesario adelantarse a cualquier ciberataque y esta ley puede ser un punto de partida, en especial en Argentina, que todavía ni se presentó un proyecto de ley que abriera el debate.

El periodista de investigación y escritor español Antonio SALAS en *Los hombres que susurran a las máquinas* (2015) plantea el dilema de los televisores inteligentes, por ejemplo Samsung, que ya en su manual de instrucciones advierte que todas las palabras emitidas dentro del alcance del televisor formarán parte de los datos capturados y transmitidos a un tercero a través de su uso de la función reconocimiento de voz. Pero es difícil que en el comedor o en el dormitorio no hablemos de cuestiones familiares y confidenciales. Esta nueva tecnología vino para quedarse y cada vez irrumpe con mayor asiduidad en nuestra vida cotidiana, que no nos tome desprevenidos.

Referencias

CALIFORNIA DEPARTMENT OF JUSTICE (2014) *California Data Breach Report,* consultado en [https://oag.ca.gov/sites/all/files/agweb/pdfs/privacy/2014data_breach_rpt.pdf] el 11.12. 2018

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

— (2016) *California Data Breach Report,* consultado en [https://oag.ca.gov/breachreport2016] el 09.12.2018.

CALIFORNIA LEGISLATIVE INFORMATION (2018) *Bill History. SB-327 Information privacy: connected devices. (2017-2018)*, consultado en [https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billHistoryClient.xhtml?bill_id=201720180SB327] el 03.12.2018.

CASALET, M. (2018) *La digitalización industrial: un camino hacia la gobernanza colaborativa. Estudios de casos*. Santiago de Chile, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL).

COLINA, A., *et al* (2015) *Internet de las Cosas*. W.S. Science.

COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (CEPAL) (2016) *La nueva revolución digital. De la Internet del consumo a la Internet de la producción*. Santiago de Chile, Naciones Unidas.

— (2018) *Datos, algoritmos y políticas. La redefinición del mundo digital*. Santiago de Chile, Naciones Unidas.

20 MINUTOS (2016) "Domótica: cómo automatizar tu hogar para disfrutarlo más mientras ahorras tiempo y dinero", consultado en [https://blogs.20minutos.es/un-hogar-con-mucho-oficio/2016/11/03/domotica-como-automatizar-tu-hogar-para-disfrutarlo-mas-mientras-ahorras-tiempo-y-dinero/] el 15.03.2017.

GALLEGO GÓMEZ, C. y DE PABLOS HEREDERO, C. (2016) "El impacto de un nuevo paradigma tecnológico-social: el Internet de las cosas y la capacidad de innovación", en *Harvard Deusto Business Research,* volumen V, número 2, pp. 149-161.

GARTNER (2013) "Says Personal Worlds and the Internet of Everything Are Colliding to Create New Markets", consultado en [http://www.gartner.com/newsroom/id/2621015] el 02.05.2017.

— (2017) "Gartner Says 8.4 Billion Connected 'Things' Will Be in Use in 2017 up 31 Percent from 2016", consultado en [https://www.gartner.com/newsroom/id/3598917] el 02.05.2017.

GRAHAM, R. (2018) "California's Bad IoT Law", en *Errata Security*, consultado en [https://blog.erratasec.com/2018/09/californias-bad-iot-law.html#.XBbQ-lwzbIV] el 12.12.2018.

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

HAWKINS, D. (2018) "The Cybersecurity 202: California's Internet of Things Cybersecurity Bill Could Lay Groundwork for Federal Action", en *The Washington Post*, consultado en [https://www.washingtonpost.com] el 14.12.2018.

MCKINSEY & COMPANY (2018) *The Internet of Things: How to Capture The Value of IoT*, consultado en [https://www.mckinsey.com] el 02.12.2018.

MICROSOFT (2018) *The Future Computed: Artificial Intelligence y and its Role in Society*. Redmond, Washington, Microsoft Corporation

INFOBAE (2016) "Polémico: una pulsera envía descargas eléctricas para fomentar el ahorro", consultado en [https://www.infobae.com/2016/05/23/1813599-polemico-una-pulsera-envia-descargas-electricas-fomentar-el-ahorro/] el 15.03.2017.

POOLE, E. (2014) "El mundo nuevo de la tecnología ponible: ¿Qué consecuencias tiene para la propiedad intelectual (P.I.)?", en *Revista de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual*, número 3, junio/2014, pp-9-16.

SALAS, A. (2015) *Los Hombres que Susurran a las Máquinas*. Madrid, Espasa.

TEJERO LÓPEZ, A. y MARTÍNEZ SALLES, I. (2014) *Seguridad en el Internet de las Cosas. Retos y oportunidades detectadas*. Madrid, Centro de Apoyo a la Innovación Tecnológica (CAIT), Universidad Politécnica de Madrid.

UNIÓN EUROPEA. GRUPO DE TRABAJO SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS DEL ARTÍCULO 29 (2014) "Dictamen 8/2014 sobre la evolución reciente de la Internet de los objetos", adoptado el 16 de septiembre de 2014. *1471/14/ESWP 223*.

SENATE JUDICIARY COMMITTEE (2017) *Information privacy: connected devices,* consultado en [https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billAnalysisClient.xhtml?bill_id=201720180SB327] el 05.12.2018.

SENATE RULES COMMITTEE. SENATE FLOOR ANALYSIS (2018) *SB-327 Information privacy: connected devices,* consultado en [https://leginfo.legislature.ca.gov] el 12.12. 2018.

THE ECONOMIST (2017) "The World's Most Valuable Resource Is No Longer Oil, But Data", consultado en [https://www.economist.com/news/leaders/21721656-data-economy-demands-new-approach-antitrust-rules-worldsmost-valuable-resource] el 03.08.2018.

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

EN LETRA - año VI, números 11-12 (2019)
pp. 165-178

DIREITO CIVIL COMPARADO: BRASIL E ARGENTINA

Thiago DANTAS*

Fecha de recepción: 4 de febrero de 2019
Fecha de aprobación: 25 de agosto de 2019

Resumo

O artigo apresenta a análise da importância do Direito Comparado, enfocando aspectos gerais do Direito Civil brasileiro e argentino, especialmente, com foco na atualidade social, que implica o fato de que ambos os países promulgaram novos Códigos ao longo do início deste novo século.

Palabras clave

Direito comparado - Código Civil

DERECHO CIVIL COMPARADO: BRASIL Y ARGENTINA

Resumen

El artículo presenta el análisis de la importancia del Derecho Comparado, enfocando aspectos generales del Derecho Civil brasileño y argentino, especialmente, con foco en la

* Estudante do curso para o Doutorado em Direito Civil pela Faculdade de Direito de la Universidade do Buenos Aires (UBA – Argentina), especialista em Direito Imobiliario, graduado em Direito em AVM Educacional (Brasil), graduado em Matemática em Universidade Federal de Alagoas (Brasil), escritor, pesquisador com diversos artigos publicados no Brasil, em revistas científicas. Correo electrónico de contacto: thiago.pdantas@gmail.com

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

actualidad social, que implica el hecho de que ambos países promulgar nuevos códigos a lo largo del inicio de este nuevo siglo.

Palabras clave

Derecho comparado – Código Civil

1. Introdução

Ao longo das últimas décadas, os países têm passado por profundas alterações, sendo a conjuntura atual reflexo de modificações e transformações que decorrem de alterações nas relações econômicas, políticas, jurídicas e sociais entre os povos. Nessa linha de entendimento, a análise da influência do direito comparado em relação às transformações, que se percebem realizadas no panorama jurídico mundial ou em determinado Estado, especialmente, a partir do último século, implica uma possível abordagem de modificações sociais, políticas e ideológicas mundiais. Esse enfoque decorre da condição de que a norma jurídica envolve aspectos posteriores ao fato, que tem como resposta a relevância social que implica normatizar, ou seja, disciplinar as relações identificadas, ainda que seja importante referenciar origem, finalidade, objeto e natureza que envolve o direito comparado.

Em um enfoque acerca da legislação que é exposta por meio do Código Civil brasileiro e argentino, em um processo de exposição de aspectos gerais destas legislações, bem como os aspectos que se identificam ou se diferenciam em situações jurídicas identificadas de forma geral, tendo em vista que o estudo perante este enfoque comparado de legislações é útil, especialmente, quando ocorrem modificações, com consequente abalo em certezas que anteriormente eram apresentadas. Nesse sentido, não se esperam verificar situações corretas ou ideais em outros ordenamentos, mas que esses propiciam um olhar acerca de como a sociedade de outro país pensa e normatiza suas relações.

Dessa forma, se faz a escolha de realizar um trabalho de comparação com nação vizinha ao Brasil, sendo essa nação, cujo desenvolvimento ocorreu em contexto histórico similar, de colônia europeia na América do Sul, o que em si propicia aspecto de aproximação e interesse. Nessa mesma linha de abordagem, é possível expor que este tipo de estudo permite uma situação de ordem prática, em virtude de frequentes negócios que são desenvolvidos entre os dois países, perante a proximidade geográfica, que propicia intercâmbio de formas diversas, que também envolveo interesse em aspecto de legislação,

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

uma vez que tal como o Brasil, a Argentina passou recentemente por revisão de seu sistema com um Novo Código Civil que entrou em vigor em agosto de 2015.

A despeito desses enfoques, se faz uma abordagem inicialmente histórica das relações que aproximam esses Códigos, para ao final apontar no Código Civil argentino e brasileiro alguns aspectos distintos.

2. Direito comparado

As relações políticas, legais e jurídicas e as alterações que dessas decorrem surgem tanto em esfera de relações internacionais, que são impulsionadas pela visão de países estrangeiros como mercados em potencial, da mesma forma que o âmbito interno de cada país, na medida em que os governos absorveram e entronizaram diferentes ideologias, sendo essas associadas com o fenômeno de globalização, que tem como um dos pilares básicos a reforma do Estado que implica reorganização do Estado em um processo de transferência de serviços, que são responsabilidade deste em observar redução ou não de direitos sociais por meio da flexibilização desses.

O sistema jurídico passa por mudanças em esferas distintas, ou seja, em relações internacionais, bem como internas, sendo as externas decorrentes de questionamentos acerca do conceito de soberania, em face da visão de processo de globalização do próprio sistema jurídico, sendo este caracterizado como conjunto de normas organizadas em rede e por múltiplas cadeias normativas, da mesma maneira que a percepção interna em constituição de arcabouços que propiciem uma efetivação de política mais liberal. Assim, as relações sociais passam por transformações, destacando-se o aspecto cultural que tem sido disseminado, cada vez mais, por meio do uso da internet, em consideração da abrangência e facilidade de acesso às informações, que têm sido difundidas de forma mundial. Nessa linha de entendimento, o desenvolvimento tecnológico, bem como científico que se associa com a globalização em escala mundial da internet, que são elementos desencadeadores e também mantenedores de uma reestruturação jurídica e legal entre os países e as diversas relações que dessas situações surgem.

De acordo com exposição de FARIA (1999), a globalização implica uma integração sistêmica da economia em âmbito transnacional que teve início na crescente mudança de sistemas produtivos, em enfoque estrutural, como funcional, gerando ampliação de redes empresariais, comerciais e financeiras, que propiciam atuação mais independente de

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

controles políticos e jurídicos em âmbito nacional. Dessa forma, as relações econômicas acabam gerando um novo paradigma que expressa elementos caracterizadores em mundialização de mercados consumidores e visando atender a estes, ocorre uma disseminação de unidades produtivas com atos de concentração de empresas, cujo enfoque envolve aumentar a capacidade de competir de forma mundial.

Em face do estudo comparativo do direito, tem este uma origem longínqua, conforme explica ANCEL (1980), em sua obra, ao escrever que no mundo antigo, os legisladores antes de criarem leis viajavam pelo mundo conhecido com intuito de conhecer os institutos existentes para, posteriormente, estabelecerem as próprias normas. Este autor expõe que os romanos, que foram encarregados da redação da Lei das XII Tábuas, observaram legislações estrangeiras, especificamente a grega, sendo estes aspectos influenciadores da legislação romana. Em um salto histórico também se pode expor que, no século XVIII, Montesquieu aplica o recurso sistemático de observar outras legislações em suas exposições (pp. 19-20).

GUTTERIDGE (1954), referindo-se ao direito comparado moderno, observa, quanto à sua origem, que esta não é decorrente do esforço de juristas, mas sim resultado indireto de uma nova escola de pensamento, desenvolvida graças ao impulso dado por teorias evolucionistas (p. 33). Segundo o autor, o direito comparado começou seguindo os passos de outras ciências comparativas, como a anatomia comparada e seu objetivo, então, era encontrar no campo jurídico um equivalente aos órgãos em anatomia, isto é, órgãos análogos desempenhando funções análogas.

Um dos aspectos mais importantes no estudo do direito comparado é, sem dúvida, a observação de suas funções, a determinação de sua utilidade, ou melhor, a determinação do que a efetividade do direito comparado acrescenta à experiência prática. Afirmação semelhante já foi feita por GUTTERIDGE (1954) quando disse que mais importante que se descobrir se direito comparado é ciência, é conhecer para que serve o mesmo (p. 54).

O direito comparado, considerado em sua realização prática, no ato de observar, de comparar e, muitas vezes, de importar (com ou sem adaptações) o modelo jurídico estrangeiro, corresponde a instrumento de jurisdicizar novas situações econômicas, políticas e sociais desencadeadas pela globalização.

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

3. Relações entre o Código Civil Argentino e o Brasileiro

Tendo como foco o fato de que o ser humano, ao longo do tempo, estabelece relações jurídicas diversas, ressalta-se o enfoque de análise direcionada ao Código Civil brasileiro, bem como ao Código Civil argentino, uma vez que essas legislações apresentam importante destaque na vida social de cada país e, além disso, atualmente, assumem relevância em serem legislações que se direcionam para a proteção de valores existenciais no que se refere à esfera dos direitos das relações privadas.

Em se tratando de observação dos aspectos de composição de leis, pode-se expor que o direito privado atual recupera a influência do direito romano, em aplicação de conceitos jurídicos, métodos de argumentação que, de forma mais direta, marcaram a cultura jurídica Ocidental, propiciando influência que não poderia deixar de existir no Direito Civil atual, em sua estrutura, perspectivas, bem como modelos e métodos e, ainda, classificações que são baseadas no direito romano em registros residuais marcantes.

Em um processo de exposição de recuperação histórica acerca da legislação civil é importante registrar que o primeiro grande Código Civil da era moderna foi o Código Francês, estruturado a partir de 1804, e que demonstra a base civil que se tem atualmente, especialmente, pelo período em que foi elaborado, momento da ascensão da Revolução Francesa, que leva para o âmbito jurídico os ideais revolucionários de igualdade, fraternidade e liberdade, segundo exposição de FARIAS (2007). Complementa o autor que o desejo desse período de modificações sociais se centrava em combate ao absolutismo estatal, enfocando o particular como autônomo, a propriedade privada com valor inalienável e o papel do juiz em ser apenas aquele que realiza o trabalho de subsunção da norma. Nessa linha de abordagem, as relações civis deveriam ser estabelecidas entre pessoas livres e iguais, e a presença do Estado, nesse aspecto, se via como invasiva, por afetar a liberdade e igualdade das partes, momento em que se tem a clara separação do direito privado do público.

Em linhas gerais, recupera-se na exposição de FARIAS (2007) que o Código Civil alemão surge como o segundo grande código da era moderna, expondo certos valores e princípios norteadores, entretanto, necessário explicar que há diferenças de compilação e consolidação, pois o referencial deste código alemão se centrava no individualismo e no patrimonialismo, sendo relevantes esses enfoques para a devida tutela do patrimônio pessoal dos cidadãos.

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

O Brasil teve como primeira norma regulatória do Direito Civil a Constituição de 1824, que em seu artigo 179 previa a elaboração de um Código Civil e outro Criminal, sendo este último editado em 1832. Apenas em 1865 ocorreu a contratação de Teixeira de Freitas para desenvolver o projeto desse Código Civil, que inicialmente apresentava mais de cinco mil artigos, solidificando relações privadas, civis e comerciais. No entanto, este projeto não teve aprovação, expondo-se que era demasiado avançado para o momento. Registra-se tal fato, uma vez que o projeto de Teixeira de Freitas, segundo exposição de FARIAS (2007), veio a influenciar, posteriormente, o Código Civil da Argentina, considerado um dos melhores códigos existentes no mundo.

O Brasil, por sua vez, apenas 1899 apresentou um novo projeto de código, mas apenas em 1916, esse então Código Civil foi aprovado e entrou em vigor a partir de 1917, de forma que houve um debate de quase duas décadas para a devida aprovação, tendo em vista que os valores que norteavam o Código Civil de 1916 eram relativos aos daquela época, sendo assim expressos por meio do patrimonialismo e do individualismo, com enfoque de regulamentação de relações privadas, cuja abrangência deveria atender a todas as possibilidades.

No entanto, nem tudo se pode prever e vários conflitos nessa ordem civil passaram a ocorrer, que não estavam regulados expressamente pelo Código Civil de 1916 e as Cartas Constitucionais, das décadas de 1930 e 1940, também não se direcionavam para as matérias de direito privado, visto que se direcionavam para a regulação específica da estrutura política e administrativa do Estado.

Tomando como base que o direito não é exclusivo para um fato individual, este deve levar em conta: a circunstância, o meio, a tradição, o ambiente em que se desenvolvem as relações, para assim se revestir de forma aceitável aos cidadãos. Tal condição tem caráter geral, mesmo que de forma mais profunda se entenda que certos aspectos têm interesses mais pessoais, mas a norma deve ser aplicada para a realidade objetiva em adaptação ao caso das relações humanas, aspecto que faz com que se entenda que uma norma não pode ser estática, imutável, perante esses diversos aspectos, especialmente, quando aplicada em meios diversos e sociedades diferentes.

Nessa perspectiva de comparação entre aspectos das legislações entre os dois países, importante explicitar que a Argentina teve uma magnitude de desenvolvimento científico, cultural e técnico ao longo dos séculos, ao menos em exposição que se tem até a

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

primeira metade do século XX. Registra-se nesse sentido, que Velez Sarsfield como um grande jurista tem sido o mais conhecido neste país, por ser o autor do Código Civil da República Argentina de 1869. Tal fato é relevante, porque esse jurista com o projeto de seu código argentino inspirou-se na obra do brasileiro Augusto Teixeira de Freitas, registrando-se a relação de importância desse brasileiro na confecção do Código Civil argentino. Segundo exposição de WALD (2004), o Código Civil brasileiro de 2002 faz referencia a Teixeira de Freitas na exposição de motivos para esse código, registro que se encontra na exposição de Miguel Reale ao dizer que no âmbito desta norma se realizou uma unidade do Direito de Obrigações, em conformidade com o pensamento que prevalece na Ciência jurídica brasileira desde os projetos de Teixeira de Freitas e os Códigos de Obrigações de 1941e 1964.

Dessa forma, seja por motivos culturais ou outros de influência hispânica, a notória profundidade do Direito Civil argentino se fez notar ao longo do tempo, avançando e se destacando em todo o mundo. Segundo exposição de Arnoldo WALD, em seu artigo "A obra de Teixeira de Freitas e o Direito Latino-americano" (2004), encontra-se com Teixeira de Freitas a elaboração de leis e códigos cada vez mais adaptados ao meio ambiente, tradições e, segundo registro de WALD: "em certos casos, até mais adiantados do que os seus antigos modelos do Velho Mundo". Nesse sentido, o Direito Civil argentino se apresenta como um verdadeiro tratado de obrigações relativas ao direito privado, expondo fontes de obrigações e responsabilidade direcionadas aos atos ilícitos, que não são delitos, bem como atividades entendidas como de risco, nas quais se encontra a origem e os desdobramentos de conceitos em profundidade e extensão.

O acompanhamento de uma abordagem comparada do Direito Civil brasileiro e argentino apresenta diversas correlações, bem como discrepâncias ou diferenças que se explicam por serem sociedades distintas, com culturas diversas. O se abordar o fato de que a sociedade, atualmente, tem vivenciado uma era da globalização de mercados, frutos de mudanças profundas nos padrões de produção de bens e serviços, inconteste a necessidade de que as legislações sejam também atualizadas perante a nova forma de contração e relacionamento que se estabelece, que acaba por intensificar formação de blocos de integração, sendo exemplo o Mercosul, do qual tanto Brasil como Argentina fazem parte.

Dessa forma, expõe WALD (2004) que a aproximação entre a Ciência Jurídica e o direito legislado de ambos os países em estudo, Brasil e Argentina, por terem e receberem influências recíprocas, que se apresentam até meados do século XIX, em preparo para o

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

desenvolvimento de uma união econômica posterior, tendo em vista que o Mercosul se torna realidade após mais de cem anos.

Neste novo século, as mesmas soluções e situações entre os países em análise podem ser verificados, uma vez que na Argentina, o projeto de Código Civil elaborado em 1998 pela Comissão nomeada em Decreto de 1995 pode ser comparado ao Brasil com o Código Civil de 2002, tendo ambos sido inspirados nas lições de Teixeira de Freitas no que se refere ao aspecto de sua metodologia.

Assim, segundo exposição de WALD (2004), há uma completa simetria do Projeto do Código Civil argentino com o Código Civil brasileiro, sendo este primeiro composto em seis partes, e a primeira delas pode ser entendida como correspondente à Lei de Introdução do Código Civil brasileiro de 2002. Nesse aspecto, complementa o autor que essas legislações podem ser vistas como mais atuais e a frente de normas europeias.

O Código Civil e Comercial Argentino apresenta 2671 artigos, um pouco mais do que os 2045 artigos que compõem o Código Civil brasileiro, embora ambos sejam alinhados com uma nova concepção de direito, por meio do qual sempre se tem a boa-fé e reconhecimento da função não apenas econômica, mas também social do contrato. Nessa abordagem, brasileiros e argentinos apresentam a mesma visão moderna e original do direito, da mesma forma que se vivenciou há mais de um século e meio atrás. Com base nessa exposição se pode afirmar que o estudo comparado de ordenamentos normativos, especificamente o Código Civil e Comercial da Argentina e do Brasil se mostram como detentores da mesma matriz jurídica, embora com peculiaridades pertinentes a cada país. Assim, esses códigos demonstram a junção de direitos oriundos dos sistemas europeus com a influência do direito anglo-saxão, mas a autonomia e originalidade das legislações se devem em grande parte aos juristas do século XIX, que propiciaram uma aplicação destas normas para a realidade das sociedades dos países em comparação.

Importante o registro de que o Código Civil brasileiro, embora expressasse segurança trazia também a desvantagem ao engessar o direito e suas normas, uma vez que não poderia conter todas as normas necessárias em abarcar todas as relações sociais, tendo em vista que cada vez mais essas se tornam complexas em face de evoluções históricas e sociais, especialmente, neste início de novo século com todo o processo de globalização que os países vivenciam. Perante esta constatação, ao longo do século XX mais e mais leis especiais foram sendo criadas como forma de geração de um sistema que envolve maiores

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

especificidades, levando a um processo de alteração e de modernização de normas que culmina entre o período de 1997 a 2002 com um projeto de novo Código Civil brasileiro escrito por Miguel Reale, em influência da nova Constituição brasileira de 1988. Dessa forma, o Código Civil brasileiro de 2002 se opôs a um pensamento de descodificação do Direito Civil que existia em doutrinadores e juristas, de forma que entra em vigor em 2003, de forma que muitas matérias relativas ao direito civil não se encontram no Código mas em legislação especial, em face do processo histórico de descodificação que o país vivenciou, sendo assim difícil avaliar unicamente com base no Código Civil certas questões jurídicas e civis, perante o mosaico normativo complexo que se tem no país. Nesse sentido, passa a Constituição de 1988 a ser vista como uma base de interpretação de toda legislação civil infraconstitucional perante as leis especiais, sendo o Código Civil brasileiro de 2002 um marco para o direito civil que perpassa um processo polissistémico que ao ser formado ganha unidade harmônica fundada pela Constituição.

O enfoque histórico do Código Civil brasileiro propicia mostrar que esse direito evoluiu de um referencial técnico direcionado para o patrimônio em uma direção atual focada nas relações entre as pessoas, ao tutelar o indivíduo em relações privadas e em vista de valores sociais e não apenas ao patrimônio, sendo permeado também por normas de ordem pública que valorizam os princípios constitucionais. Assim, o Código Civil brasileiro tem fundamento em três princípios básicos considerados como a socialidade, por serem os institutos desta área de direito interpretados em uma perspectiva da função social, ao lado da valorização da boa-fé objetiva e a da operabilidade, tendo em vista que o Código Civil está permeado por cláusulas gerais que propiciam a flexibilização em interpretação da norma direcionada ao caso concreto. Esses princípios acabam por marcar modificação para o Direito Civil brasileiro ao alterar a autonomia privada relacionada com a autonomia da vontade, que amplia o seu conceito em ser não apenas uma autonomia do indivíduo em ser essa garantida por valores fundamentais com vista à promoção da dignidade humana, segundo exposição de PEREA (2016).

E entendimento de VENOSA (2003), a sociedade cada vez mais passou a ter influência do Estado, em um acentuado processo de restrição direcionado para a liberdade individual, entretanto, não pode ser tal enfoque preponderante a tal ponto de alterar um regime político democrático que tem como fundamento a liberdade do indivíduo. Assim, o diploma civil de 1916 apresentava um individualismo exacerbado, que necessitava ser revisto em uma época cujo enfoque social tem maior destaque. Com foco neste novo pensamento ocorreram as modificações que resultaram no Código Civil brasileiro de 2002, que segundo

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

REALE (1998) deve ser feito como processo de reforma demorada em buscar resolver por meio de preceitos normativos expressos nas referências de equidade, de boa-fé e de critérios éticos.

VENOSA (2003) defende que mesmo em dificuldade de propiciar uma reforma de um Código com tal amplitude, não pode este ficar restrito a legislações ultrapassadas, uma vez que quanto mais tempo demora a ser alterado, maior o desafio que se apresenta ao intérprete. Assim, perante o desafio da alteração de uma legislação tão ampla, comenta o Deputado Ricardo FIUZA (2000) que o trabalho de compatibilização de um Código com a legislação superveniente se impõe em pena de que ocorra apenas a conversão do projeto em parte histórica sem que alcance a devida atualidade e propicie o ingresso no campo do Direito Positivo. Assim, as alterações realizadas para a concepção do novo Código Civil brasileiro de 2002 envolveram desde a referente estrutura organizacional do próprio Código até a inserção de partes especiais como o livro dedicado ao direito de família, bem como o direito de propriedade e apenas após esse enfoque tratar de obrigações e contratos, finalizando com o direito de sucessões.

As condições de globalização e o progresso de tecnologia modificaram a forma de pensar e de agir da sociedade e estas influenciam diretamente nas alterações que são refletidas no Código Civil de 2002. Nessa linha de abordagem, entende-se que a estrutura do novo diploma civil implica uma parte geral que é seguida pelo primeiro livro da Parte Especial direcionado para o direito das obrigações, sendo posteriormente apresentado o livro direcionado para a atividade negocial, denominado de Direito de empresa, que surge como novidade neste Código, que apenas após tal aspecto tratará dos direitos das coisas, da família e, por fim, das sucessões.

Dessa forma, importante o registro de que a comissão que elaborou o Código Civil de 2002 o fez em aproveitamento do Código anterior propiciando as modificações em acordo com a realidade da nova época em compatibilização da evolução do Direito, expondo REALE (1999) que a estrutura do novo Código Civil tem sua essência no social, em oposição ao aspecto individualista do anterior, em que a percepção individual se sobrepunha aos interesses sociais. Dessa forma, o Código Civil brasileiro de 2002 tem a preocupação de correlacionar a norma com a sociedade contemporânea em valores erigidos como essenciais aos trabalhos de elaboração em aspectos que envolvem a ética, refletida por normas genéricas, que propiciam atualização de preceitos legais e a operabilidade que se

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

verifica na opção de uma linguagem precisa e atual em face da função social superando o caráter individual.

Seguindo nessa linha de abordagem e em um avanço para o aspecto comparado em valoração positiva, favorável ou crítica, as legislações ordinárias em avaliação, Códigos Civis da Argentina e do Brasil se mostram bem próximas, conforme exposição de SALERNO (1998), de que em matéria civil tanto Argentina como Brasil vivenciaram processos similares. Seguindo essa perspectiva, o Código Civil argentino em vigor até 2015, ao longo dos últimos 143 anos expressou a qualidade do trabalho de Velez Sarsfield, bem como influencia de artigos do dispositivo brasileiro, o que permite afirmar que houve interação entre os dois ordenamentos em um formato harmônico.

Após todos esses anos, em 2014, a presidente da Argentina promulga o novo Código Civil e Comercial argentino, elaborado por meio de uma comissão designada por meio de um Decreto de 2011. Esse Código, tal qual o brasileiro, passou por profundas alterações perante uma sociedade dividida em aspecto político, que expressa um processo histórico de oposição ao peronismo, em sequência de renúncias de presidentes, levando em 2001 a um governo de Nestor Kirchner e sua esposa, que seguem com uma agenda de governo fundamentada em uma ruptura unilateral com credores internacionais, em posições extremas de esquerda política, que teve como abordagem a condição de diversos embates com a mídia, denúncias de corrupção e inúmeras alianças com governos do arco da esquerda latino-americana, em uma política de independência, em âmbito das relações exteriores. Todo esse contexto social e político perpassou a discussão do novo Código Civil e Comercial argentino, especialmente, por um dissenso interno, que fez com que os representantes do Congresso passassem por sérios problemas em aprovação do texto, em repúdio à nova lei. Diante dessa situação, há ainda inúmeras ações contra a aprovação do Código, tendo em vista que esses opositores apresentam em sua defesa o fato de que houve violação de normas regimentais e de leis, tendo o processo de votação o registro de que 122 deputados tenham se ausentado da sessão e apenas 134 votaram a favor da aprovação.

O enfoque dos opositores se direciona ao fato de que tenha havido alterações no texto votado, sem que essas tenham passado pela avaliação dos parlamentares, exposto ainda que a aplicabilidade da lei de meios de comunicação passou a ser submetida ao Poder Judiciário, tendo assim modificado o regime jurídico da comunicação social da Argentina, em busca de propiciar perseguição para empresas contrárias ao Governo, e houve visões antagônicas acerca dessa legislação. No entanto, a lei foi aprovada, tendo estabelecido o

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

tempo de início de vigência para 2016, em face do período de vacatio legis, sendo esse Código denominado pela presidente de um código da democracia, e que é produto autêntico da cultura Argentina, abordando também o direito da igualdade e da diversidade por acatar alterações nos aspectos de família e identidade de gênero.

Dessa forma, o Código Civil e Comercial Argentino de 2014 apresenta opções principiológicas que podem ser apresentadas como um código civil que se complementa por meio de microssistemas, sendo tal Código a legislação que fará a coordenação destes. Também se pode expor que o novo Código Civil e Comercial argentino apresenta uma percepção de relação entre as fontes para o Direito Internacional privado, aspecto que se identifica nos artigos, 1, 2 e 3 do dispositivo legal.

A percepção do Código também se altera na perspectiva de que há uma comunicabilidade dos princípios públicos com os privados, tendo em vista o aspecto de constitucionalização do direito privado tal como ocorre com o Código Civil brasileiro. Um enfoque que também se verifica no código brasileiro está no fato de que o novo Código Civil e Comercial Argentino passa a reconhecer existência de direitos que tenham enfoque coletivo, sendo importante a devida harmonia desses com os direitos individuais.

Acerca de aspectos que envolvem a pessoa humana, especialmente em relação ao enfoque de tutela, três modificações podem ser expressas, sendo a definição de capacidade civil, o reconhecimento de direitos considerados personalíssimos e o aumento de liberdade acerca do nome. Tendo como foco as alterações cada vez mais globalizadas pelas quais a sociedade vem passando, o novo Código Civil e Comercial argentino apresenta normas que se aplicam ao casamento igualitário, bem como filiação natural e o uso de técnicas de reprodução assistida. A norma também passa a reforçar aspecto que implicam uma visão mais social de direitos perante a restrição de exercício unicamente individual, trazendo também a eliminação de normas anteriores que propiciavam discriminação no matrimonio e em sucessões, fazendo ainda uma abordagem ampla e bem direcionada para as relações de consumo, sendo definido o contrato de consumo, bem como as cláusulas que podem ser percebidas como abusivas, o que faz com que seja elogiado ao incorporar aspectos relacionados com o direito do consumidor.

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

4. Considerações finais

O estudo apresentado de forma geral não tem pretensão de abordar todos os aspectos que propiciam relações ou distinções entre os Códigos Civis argentino e brasileiro, uma vez que se pode concluir que mesmo sendo Estados diferentes em variados aspectos, como: econômicos, políticos, sociais e culturais, apresentam certa similaridade ao elaborarem sua codificação de leis civis em fontes comuns.

O estudo comparado de legislações se apresenta como forma útil e relevante ao entendimento da aplicação de ordenamentos, especialmente quando há modificações sociais e econômicas, que afetam certezas que levam a olhares distintos acerca de como repensar e analisar o próprio agir.

O texto apresentou, de forma geral, embora direcionada, uma abordagem de semelhanças identificadas no processo de organização dos códigos dos dois países, apresentando as influências que receberam mutuamente e, ainda, o processo legislativo para que cada Código tivesse a aprovação em direcionamento de vigência com enfoque para as mudanças estruturais que ambos apresentam, perante sociedades que passam por modificações e que precisam de normas mais atuais.

Referências

ANCEL, M. (1980) *Utilidade e Métodos do Direito Comparado (Elementos de Introdução Geral ao Estudo Comparado dos Direitos)*. Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor.

VAN CAENEGEM, R. (2000) *Uma introdução histórica ao direito privado*. 2 ed. São Paulo, Martins Fontes.

COUTINHO, A. (2003) "Direito Comparado e Globalização", em *Prim@ facie*, João Pessoa, ano 2, numero 3, jul/dezembro 2003, pp. 30-41, accesado em [http://www.ccj.ufpb.br/primafacie]. o11.07.2018.

CRETELLA JÚNIOR, J. (1990) *Direito Administrativo Comparado*. Rio de Janeiro, Forense.

DANTAS, I. (1977) "Direito Comparado como Ciência", em *Revista de Informação Legislativa*, ano 134, numero 134, abril/junho, pp. 231-249.

— (2000) *Direito Constitucional Comparado*. Rio de Janeiro, Renovar.

DINIZ, M. (2003) *Curso de direito civil brasileiro. v. 1: teoria geral do direito*. São Paulo, Saraiva.

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

FARIA, J. (1999) *O Direito e a Economia Globalizada*. São Paulo, Malheiros.

FIÚZA, R. (2000) *Relatório geral: Comissão Especial do Código Civil*. Accesado em [https://www.camara.leg.br/Internet/comissao/index/esp/CEPL634_parecer%20do%20relator.pdf] o 29.12.2019.

GUTTERRIDGE, H. (1954) *El Derecho Comparado – Introducción al método comparativo en la investigación y en el estudio del derecho*. Barcelona, Artes Gráficas Rafael Salvá.

PAZ, E. (1960) *Introducción al Derecho Civil Comparado*. Buenos Aries, Abelado-Perrot.

PEREA, N. (2016) "Direito civil: perspectiva histórica e constitucionalização", accesado em [https://nayaraperea.jusbrasil.com.br/artigos/370279219/direito-civil-perspectiva-historica-e-constitucionalizacao] o 12.07.2018.

REALE, M. (1998) "Visão geral do Projeto de Código Civil", em *Revista dos Tribunais*, numero 752, ano 87, junho 1998, pp. 22-30.

— (1999) *O Projeto do Novo Código Civil.* 2ª ed. reformulada e atualizada. São Paulo, Saraiva.

RIVERO, J. (1995) *Curso de Direito Administrativo Comparado*. São Paulo, RT.

SALERNO, M. (1998) *Derecho Civil profundizado*. Buenos Aires, Ciudad Argentina.

DR © 2019. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.
http://www.enletra.com/

EDITORIAL

Uno de los objetivos fundamentales de **EN LETRA** desde su origen ha sido la promoción del espíritu crítico en la comunidad académica. Una vez más, de conformidad con esta línea, el presente número exponemos distintos artículos en que se plantea claramente la necesidad de que progresar en el desarrollo de nuestra actualidad jurídica, tanto en materia de legislación como de teoría constitucional.

En atención a ese principio rector, nuestro artículo de apertura corresponde a Juan F. BESSON (UNR – Argentina), quien analiza la Constitución Nacional de 1949 y la Constitución de la Provincia del Chacho de 1951 como productos de un derecho propuesto desde el pueblo (constitucionalismo comunitario), en contraste con el derecho derivado de la influencia iluminista-aristocrática (pp. 3-41).[1]

En el segundo artículo del número, Hernán D. GRBAVAC (UNNE - Argentina) expone inconsistencias entre el modelo de juicio por jurados recientemente implementado en la Provincia del Chaco y la jurisprudencia de su Superior Tribunal de Justicia y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (pp. 42-67). A partir del entendimiento del derecho como una práctica convencional, intemporal, intergeneracional e inacabada, el autor sostiene la posibilidad de conciliar la garantía del juicio por jurados con el deber de motivación de las sentencias.

Luego, Ezequiel L CUFARI (UBA – Argentina) aborda herramientas aplicadas en los procesos de desalojo que sustancian ante la Justicia Nacional en lo Civil y en lo Comercial, donde advierte la tensión entre el derecho de propiedad del accionante y el derecho a la vivienda de los ocupantes (pp. 71-94). Como resultado, el autor señala inconsistencias entre la jurisprudencia convencional y la reglamentación del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación para estos procedimientos.

En cuarto lugar, Francisco ROMERO BRENLLA (UBA - Argentina) realiza un análisis constitucional sobre la tributación del impuesto a las ganancias por jubilaciones y pensiones, en línea con el creciente interés que esta cuestión ha concentrado en los últimos

1 Sobre este mismo tema, se sugiere considerar también otro trabajo del autor (2017) "Tradición constitucional latinoamericana y Poder Constituyente", en **EN LETRA**, año IV, número 7, pp. 195-227.

años como consecuencia de la reforma legislativa y la jurisprudencia reciente en la materia (pp. 95-119). A partir de la consideración de fuentes normativas nacionales e internacionales y su interpretación por el Poder Judicial de la Nación, este trabajo aborda uno de los principales interrogantes del último tiempo: ¿deben jubilaciones y pensiones tributar impuesto a las ganancias?

A continuación, Mariana B. ROMANO (UBA – Argentina) considera los principios y características de los contratos de participación público privada según la reciente ley 27.328, a partir de la hipótesis que enuncia su naturaleza jurídica distinta a los tipos contemplados por el régimen tradicional de las contrataciones de la Administración Pública Nacional (pp.122 -138).

El número finaliza con dos trabajos referentes a Derecho extranjero. Por un lado, Adriana M. PORCELLI (UBA - Argentina) presenta el debate de ventajas y desventajas resultante de la reciente legislación sobre Internet de las Cosas del Estado de California (Estados Unidos) (pp. 139-164); y, por otro, Thiago Dantas (UBA - Argentina) analiza la importancia del Derecho Comparado, enfocando aspectos generales del Derecho Civil brasileño y argentino, especialmente, con foco en la actualidad social que implica el hecho de que ambos países promulgar nuevos códigos a lo largo del inicio de este nuevo siglo (pp. 165-178).

Por otra parte, el Consejo Editorial manifiesta su profundo agradecimiento a la confianza conferida por nuestros autores y lectores, y a Enzo E. DONATO BRUN por su invaluable colaboración en la confección gráfica de inicio y cierre del número. En especial, asumimos la responsabilidad correspondiente a tal confianza como una fuerza de inspiración para seguir desarrollándo a **EN LETRA** como un espacio editorial independiente, plural y de relevancia académica; razón por la cual cerramos esta década (y nuestro sexto período editorial) con la reafirmación de nuestra misión fundacional: fomentar el espíritu crítico en la comunidad académica y promover el debate público informado, basado en argumentos fundados y claridad conceptual.

EN LETRA