CUADERNOS DE POSGRADO

2025

Modificado



SECRETARÍA DE POSGRADO

FACULTAD DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS
UNIVERSIDAD NACIONAL DEL NORDESTE

UNIVERSIDAD
NACIONAL
DEL NORDESTE

Cuadernos de posgrado / Compilación de Nahuel Pellerano ; María Gabriela Calderón. - 1a ed. -
Corrientes : Universidad Nacional del Nordeste. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas,
2026.
Libro digital, PDF

Archivo Digital: descarga y online
ISBN 978-631-6623-32-4

1. Derecho del Trabajo. 2. Derecho Penal. 3. Derecho de los Contratos. I. Pellerano, Nahuel, comp. II. Calderón, María Gabriela, comp.
CDD 340

Directores:

Hilda Zarate
Nahuel Pellerano
Lorena Gallardo

Comité Académico:

Dra. Mónica Andrea Anís
Dra. Gabriela Aromí de Sommer
Dra. Dora Esther Ayala Rojas
Dr. Jorge Buompadre
Dra. Gladis Estigarribia de Midón
Dr. Gustavo Lozano
Dra. Luz Gabriela Masferrer
Dr. Gustavo S. Sánchez Mariño
Dra. Mirta Gladis Sotelo de Andreau
Dra. Verónica Torres de Breard
Dr. César Vallejos Tressens

Sobre la publicación

En esta ocasión presentamos la **tercera edición de "Cuadernos de Posgrado**". La continuidad de esta propuesta constituye para nuestra institución un motivo de orgullo. Sin embargo, como hemos señalado en las ediciones anteriores, los verdaderos protagonistas de esta publicación son quienes hacen posible la vida académica cotidiana: los estudiantes, los docentes y los directores de las distintas actividades de posgrado; quedando la Facultad y sus gestores, necesariamente, en un segundo plano.

En el contexto actual, en el que la academia, la investigación y la universidad pública atraviesan importantes desafíos, compilaciones como esta adquieren un significado especial. A través de ellas, la Universidad devuelve a la sociedad parte de lo que ella misma le ha brindado, al tiempo que pone en valor el trabajo desarrollado por nuestros docentes y estudiantes.

Tal como venimos sosteniendo desde las primeras ediciones, además de mostrar el trabajo de nuestros estudiantes, con este libro buscamos **acercar a la sociedad las reflexiones críticas que se generan en nuestras aulas**.

Porque, en definitiva, es en el ejercicio del pensamiento crítico donde la universidad encuentra una de sus funciones más valiosas. Allí donde se cuestiona, se debate y se reflexiona con rigor intelectual, se siembran también las bases del desarrollo académico, profesional y social de nuestras comunidades.

Pautas para su compilación

"Cuadernos de Posgrados 2025" está compuesta por trabajos realizados por estudiantes de distintas actividades de posgrado desarrolladas en nuestra Casa de Altos Estudios durante el ciclo lectivo 2025.

Puntualmente, la publicación incluye **investigaciones realizadas en el marco de nuestro doctorado y maestrías, trabajos abordados especializaciones de nuestra facultad, como así también trabajos finales de diplomaturas superiores y cursos de posgrado.**

Los textos fueron seleccionados por las autoridades de cada carrera o curso. Esta modalidad de selección jerarquiza la publicación, en tanto los Directores y Codirectores son profesionales de reconocido prestigio, especialmente en las áreas del derecho vinculadas a las actividades académicas que dirigen.

Recordamos, como lo hicimos las publicaciones anteriores, esta compilación **no pretende reunir artículos científicos sometidos a evaluación académica formal**, sino ofrecer una muestra representativa del trabajo desarrollado por nuestros estudiantes en las distintas instancias de formación de posgrado.

Índice

5/ **Doctorado en Derecho**

El guardián de la constitución de un Estado, la polémica Schmitt-Kelsen

Ana Celia Amadey *8*

La argumentación en el acto administrativo judicial. Una aproximación teórica y crítica

Ana Emilia Daverio *27*

Entre la Facticidad y la Validez: una Aproximación Epistemológica al Derecho desde Jürgen Habermas

Jacqueline Velázquez Hauron *56*

68/ **Especialización en Derecho Laboral**

Análisis de la modificación a la norma estatal Nº3.450 Ley de procedimiento Laboral de la Provincia de Corrientes

Lucas Germán Kopetko *69*

104/ **Diplomatura Superior en Transformación Digital**

La protección de datos personales en la legislación argentina, y un enfoque sobre los datos biométricos en el ámbito laboral

Yuliana Marine Trautner *105*

Inteligencia Artificial. Derecho Penal-Criminología

Clarivel Erguy *119*

133/ **Curso de Inteligenica Artificial aplicada a las organizaciones**

La IA en el ambito juridico. Exigencia de la validación humana, como garantia de legalidad y etica profesional Rubén Darío Velázquez (*)

María Silvana Alegre Fernández 134

147/ **Maestría en Derecho de los Contratos y de Daños**

La nulidad como sanción ante contratos de crédito para consumo irregulares

Julio A. Costantini *148*

Responsabilidad contractual y protección al consumidor en la reprogramación unilateral de vuelos: análisis crítico del caso Gol Linhas Aéreas SA

Pía A. Fava Elgul 161



Doctorado en Derecho

El guardián de la constitución de un Estado, la polémica Schmitt-Kelsen

Ana Celia Amadey

Introducción

Para escribir este trabajo voy a partir del texto de Carl Schmitt (1931)[1] que desató la particular polémica en cuestión (al que he tenido acceso en su versión original –traducida al español- gracias a mi director de tesis Dr. Hernán Grbavac, quien me lo facilitó amablemente).

Y para tomar conocimiento sobre la postura de Hans Kelsen y sobre la discusión en definitiva, habré de partir del trabajo del Dr. Carlos María Fernández

(2008)[2], en el que analiza esta polémica, publicado en su libro "Temas de filosofía del derecho".

Kelsen y Schmitt son juristas que han sostenido distintas concepciones teóricas sobre el derecho.

Kelsen es positivista. No cabe duda al respecto.

Sobre Schmitt lo que puedo decir, a partir de tres textos de su autoría (La tiranía de los valores, El Leviathán en la teoría del Estado de Tomás Hobbes y el que ha dado lugar a la polémica en análisis), es que no adhiere a la primera tesis definitoria del positivismo, esto es, a la separación conceptual entre derecho y moral (o política), o entre ser y deber ser.

Schmitt formula críticas a esa primera tesis del positivismo (esto es, cuestiona una tajante separación entre derecho y moral (o política)[3] y, entones, se para en una vereda distinta respecto de Kelsen para pensar el derecho en general y sobre esta discusión en particular.

A partir de allí creo que se comprenden las posturas que cada uno sostuvo en esta disputa, que versa principalmente sobre si era conveniente instituir en Alemania –en el año 1931- un Tribunal de Justicia Constitucional (en adelante TJC), compuesto por jueces y llamado a ejercer el control de constitucionalidad, esto es, de declarar la "nulidad" de las leyes contrarias a la Constitución. Kelsen defendía tal facultad en un tribunal de ese tipo.

---

1. Carl Schmitt, "La defensa de la Constitución. Estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución", traducción directa del alemán por Manuel Sánchez Sarto, con prólogo de Pedro Vega, publicada por Biblioteca universitaria de Editorial Tecnos SA, Madrid, 1983.

2. Carlos María Fernández , "La polémica entre Hans Kelsen y Carl Schmitt acerca del "Defensor de la Constitución", publicado en "Temas de Filosofía del Derecho", pág. 53, Moglia Ediciones, 2008.

3. Schmitt critica el primer postulado teórico del positivismo, esto es la separación conceptual de derecho y moral, ser y deber ser, al expresar lo siguiente: *"Con fáciles y cómodas antítesis cabe distinguir Política y Derecho, Política y Economía, Política y Cultura, pero entonces se parte de la falsa idea del siglo XIX liberal de que es posible separar un cierto sector de «Política» de otros sectores concretos como Economía, Religión, Derecho, etc. La peculiaridad de lo político radica, sin embargo, precisamente, en el hecho de que todo sector imaginable de la actividad humana es, en potencia, político y se convierte efectivamente en político cuando los conflictos y cuestiones decisivos se agolpan en este sector", en ob. cit., pág. 182. es decir, un conflicto de poder; toda disputa jurídica es consecuentemente una controversia política y todo conflicto que sea caracterizado como conflicto político o de intereses o de poder puede ser resuelto como controversia jurídica".*

De hecho, Kelsen fue el principal artífice de la Constitución de Austria (BVG) de 1920 *"y el inspirador de la consagración –en esa Constitución- del Tribunal Constitucional; en el que se había desempeñado además desde su creación y hasta 1929"*[4].

Como señala Fernández (2008), Kelsen postulaba que:

1.- *"la función política de la Constitución era la de poner límites al ejercicio del poder, pero debe considerarse asimismo que un aspecto decisivo de la disputa residía en la facultad del Tribunal de Justicia Constitucional –a diferencia de los tribunales comunes de anular la ley juzgada como inconstitucional"*[5];

2.-que *"toda sentencia judicial contenía un elemento de decisión; esto es, de ejercicio de poder"*[6] y;

3.- que *"la Constitución otorgaba al juez la capacidad creadora de derecho y, en tal sentido, la diferencia del carácter "político" era cuantitativa y no cualitativa, entre la legislación y la jurisdicción"*[7].

Sostenía que esto último se evidencia en el Derecho Internacional, aseverando que: *"… todo conflicto jurídico es, por cierto, un conflicto de intereses,* Kelsen sostenía asimismo que:

a.-la facultad jurisdiccional se ejerce con primacía cuando el contenido de la normas es "dudoso", *"ya que no se trata de disputas sobre "hechos", sino sobre el "derecho"*[4].

b.-Que *"lo que se subsume es un "hecho concreto" en una norma, y que en la decisión acerca de la constitucionalidad de una ley lo subsumido no es una norma en otra norma (como señalaba y criticaba Schmitt), "sino el "hecho concreto" de la "generación" o de "producción" de aquella norma, en la que regula el órgano competente para crearla, el procedimiento y, en gran medida su contenido; de forma tal que si se comprueba un apartamiento de esa regulación, es declarada la invalidez de la norma así creada"*[5].

De lo expuesto se desprende que Kelsen considera que el juez aplica y "crea" derecho al adjudicar el caso.

En consecuencia, admite un margen de "discrecionalidad" judicial. Esto es, un espacio de "decisión", de "ejercicio de poder", que habilita al juez a resolver conforme a criterio "político".

Para reforzar la idea señala que al final, tanto un juez como un legislador deciden "políticamente", y la diferencia entre uno y otro es solamente cuantitativa, es decir cuánta "política" está detrás de una sentencia judicial y de una ley. Pero en ambos casos los operadores deciden conforme a criterios políticos. El juez en menor escala que el legislador, supongo diría Kelsen y, además el juez resuelve "jurídicamente" (jurídica y políticamente).

Y Kelsen sostiene que todo esto lo haría un TJC, que tendría la última palabra sobre las cuestiones políticas más importantes y relevantes de Alemania.

Contra esto es que se alza Schmitt.

Señala Fernández (2008) que Schmitt cuestionaba la posibilidad de que el "Tribunal de Justicia Constitucional" del Reich asumiera *"la resolución judicial de las cuestiones políticas*

4. Carlos María Fernández, ob. cit., pág. 63.

5. Carlos María Fernández, ob. cit., pág. 63.

fundamentales; ya que -a su entender- la consecuencia no sería una judicialización de la Política, sino la politización de la Justicia"[6].

Así queda planteada por dónde viene la polémica que estamos analizando. Ello, a modo introductorio para saber de qué estamos hablando, porque luego analizaré en detalle los argumentos de Schmitt para sostener su postura. Pero antes de adentrarnos en las razones que da Schmitt para cuestionar la propuesta de Kelsen, haremos una digresión para poner en contexto la discusión.

Contexto histórico-político

Como contexto general, la época en que se desarrolla la polémica es la Europa de la post Primera Guerra Mundial y, en particular, el surgimiento e instauración de la República de Weimar como modo de organización política en Alemania después de la guerra, desde 1919 hasta 1933. Tal régimen político, establecido después de la derrota de Alemania en la guerra, se llamó así por la ciudad de Weimar, donde se redactó su constitución que estableció una república democrática parlamentaria con un presidente y un canciller. Fue un intento de establecer una democracia estable en Alemania, con un sistema parlamentario y elecciones libres. No obstante, la inestabilidad política y la crisis económica facilitaron el ascenso del Partido Nazi y la llegada de Hitler al poder en 1933, poniendo fin a la República de Weimar.

Dice Farrell (2015) que Kelsen y Schmitt son *"dos filósofos de la República de Weimar"*[7]. Se dedicaban asiduamente a discutir sobre variados temas jurídicos, manteniendo permanentes debates. Esta polémica concreta sucede en 1931, esto es, en las postrimerías de la República de Weimar, con la publicación del trabajo de

Schmitt "Der Hütter der Verfassung" (El Defensor de la Constitución) "*y, en ese mismo año, Hans Kelsen le respondió con su libro "Wer soll del Hütter del*

Verfassung sein" (¿Quién debe ser el guardián de la constitución?)"[8]. Ello, en un contexto de crisis política y constitucional en la Alemania de Weimar.

Señala Farrell (2015) que *"La vida breve, dramática y agitada de la República de Weimar (1919-1933) no le impidió albergar a varios de los juristas de mayor influencia en el siglo veinte…"*[9], siendo dos de ellos Schmitt y Kelsen. Y agrega Farrell (2015): *"Schmitt fue un nazi, desde su afiliación al partido en 1933 hasta la culminación de la Segunda Guerra Mundial en 1945, mientras que Kelsen fue un social demócrata liberal, que debió abandonar su cargo en la Universidad de Colonia con la llegada del nazismo"*[10].

A pesar de la dura apreciación de Farrell (2015) al comienzo de la cita anterior, habré de decir que yo particularmente tomé contacto con la obra de Schmitt a partir de la lectura

6. Carlos María Fernández, ob. cit., pág. 55/56.

7. "Carl Schmitt, Hans Kelsen y la Corte Suprema", texto de Martín Farrell, publicado en "Revista jurídica de la Universidad de San Andrés" Diciembre 2015, N°2, pág. 2.

8. Carlos María Fernández, ob. cit., pág. 53.

9. Farrell, ob. cit., pág. 2.

10. Farrell, ob. cit. pág. 2.

del libro de Andrés Rosler (2023)[11] "Estado o Revolución. Carl Schmitt y el concepto de lo político", que analiza tal obra de Schmitt ("El concepto de lo político"), y advierte que se trata del *"ensayo tal vez más conocido y peor entendido de Schmitt, ya que en este trabajo aparece la separación amigo-enemigo como distintiva de lo político"* Rosler (2023)[12], señalando que, si bien *"A primera vista, la reacción que provoca Schmitt es más que comprensible teniendo en cuenta su decisión de colaborar con el nazismo fundamentalmente entre 1933 y 1936"*, sin embargo [aquel texto de Schmitt] *"se trata de una obra que representa exactamente lo contrario del nazismo y de toda clase de totalitarismo en general",* Rosler (2023).

Creo que es relevante señalar cómo he tomado contacto con la obra y el pensamiento de Carl Schmitt porque en virtud de ello no he ingresado al conocimiento de la polémica concreta -razón de este trabajo- con un prejuicio negativo hacia este jurista, sino al contrario. Yo venía maravillada por el desarrollo teórico y el pensamiento de Schmitt (en sus textos "La tiranía de los valores" y "El Leviathán en la Teoría del Estado de Tomás Hobbes") y, cuando me pongo a buscar material para saber de la polémica con Kelsen, me encontré con muchos trabajos en donde creo advertir miradas y lecturas sobre sus posturas que "buscan" encontrar cómo -a través de sus obras- Schmitt pretendía justificar el nazismo.

Es decir, me parece que la desgraciada decisión de Schmitt de colaborar con el régimen nazi en algún momento, ha hecho que muchos de quienes analizan su obra la lean con esa premisa y crean, y hasta busquen encontrar allí intentos de justificar el régimen nazi (el concreto texto de Schmitt que da lugar a la polémica en estudio es de 1931, es decir, antes de que Hitler llegue al poder, de modo que nada de lo allí sostenido podría verse como una justificación del régimen nazi). En definitiva, que no puedan separar el jurista y sus elaboraciones teóricas, de ese momento y decisión de su vida.

A este respecto se refiere Rosler (2023) en su libro "Estado o revolución", señalando que, durante el régimen nazi, Schmitt fue investigado por la "Oficina Rosenberg", que tenía a su cargo la "educación completa espiritual e ideológica" dentro del partido nacionalsocialista, concluyendo en un informe que *"explica diáfanamente por qué Schmitt había caído en desgracia con el régimen en 1936. Para la oficina de la SS que velaba por la pureza ideológica del partido, el "concepto de lo político" sonaba demasiado neutral y debería haber sido reemplazado por el concepto de pueblo o del Führer directamente"*[13]. Asevera el doctor Carlos María Fernández (2008)[14], que *"la polémica se desarrolló en un contexto histórico de especial gravedad. Ello es así porque la situación alemana en ese momento se caracterizaba por una aguda crisis política, social, económica e institucional; debido a la debilidad de la República de Weimar para afrontar y resolver los problemas derivados de la derrota en la 1ra Guerra Mundial, las condiciones sumamente duras que le habían sido impuestas en el Tratado de Versalles, el gran monto de las reparaciones de guerra, las revueltas políticas y sociales, la crisis económica mundial de 1929, la avanzada edad y la creciente pérdida de poder efectivo*

11. Andrés Rosler , "Estado o revolución . Carl Schmitt y el concepto de lo político", Katz Editores, 2023.

12. Rosler, ob. cit., pág. 13.

13. Rosler, ob. cit., pág. 16.

14. Artículo "La polémica entre Hans Kelsen y Carl Schmitt acerca del "Defensor de la Constitución", publicado en "Temas de Filosofía del Derecho", Carlos María Fernández, pág. 53, Moglia Ediciones, 2008.

del Presidente Hindenburg y el arrollador avance electoral del partido nacional-socialista" [15].

Las razones de Schmitt

Schmitt piensa y elabora su postura sobre el Guardián de la Constitución partiendo de considerar que el sistema político jurídico previsto en la Constitución de Weimar está teniendo problemas en su implementación práctica y, estos problemas vienen como consecuencia de que el contexto o realidad política, económica, social y jurídica está "cambiando".

Schmitt advierte el momento "bisagra" que está aconteciendo en Alemania cuando postula su teoría sobre el Guardián de la Constitución, el que a su vez se enmarca en un tiempo trascendente de cambio en Europa en general, es decir, Alemania es parte de ese movimiento mayor que está sucediendo en el mundo occidental.

Y entonces Schmitt inicia por considerar los cambios que advierte en el contexto general -y más concreto de Alemania- y, a su vez, cómo éstos influyen en la implementación o desarrollo del "modelo teórico" de organización políticojurídica de la Constitución de Weimar.

Como decimos, Schmitt inicia señalando los "problemas" que advierte en la práctica concreta de la vida política y jurídica de Alemania. Luego, desde esos problemas, o parado ahí, es que va a formular sus propuestas de solución o específicamente sobre quién debe ser el Guardián de la Constitución.

Schmitt señala que los términos Estado y Sociedad estaban separados en la época absolutista y de la República, como así en las Constituciones alemanas del s. XIX que responden a esta distinción. Sostiene que: *"Las Constituciones alemanas del siglo XIX corresponden a una época cuya estructura fundamental ha sido reducida a una clara y útil fórmula básica por los grandes teóricos de la política alemana de esa época: la distinción entre Estado y Sociedad"*[16]. El Estado concreto, monárquico, militarista o burocrático, versus la sociedad, como opuesta y frente al Estado. Lo que no pertenecía al Estado se llamaba sociedad.

Refiere Schmitt que el Estado mantenía un criterio de amplia "neutralidad" y no intervención frente a la economía y la religión.

Este Estado, no era tan absoluto ni tan poderoso que se atreviera a anular todo lo "no político", sino que respetaba ilimitadamente la autonomía de esos sectores. Y era posible, asevera Schmitt, un equilibrio y un dualismo (estructura dualista)[17].

Afirma Schmitt que el punto de referencia decisivo de todas estas relaciones seguía siendo, sin embargo, el Estado, porque éste aparecía con claridad precisa y, de modo distinto a la vista de todos. Y que todavía en el momento en que redactaba su trabajo, en 1931, sociedad se define por lo que no es Estado y lo que no es iglesia. Agrega Schmitt que semejante distinción es una premisa fundamental, ya que sobre esa base la Constitución se consideraba un contrato entre sociedad (pueblo, representación nacional, parlamento, corporación legisladora) y Estado (príncipe).

Ese Estado dualista supone un equilibrio entre Estado de Gobierno (es decir un tipo de Estado organizado con preeminencia del Poder Ejecutivo) y un Estado Legislador (Estado

15. Carlos María Fernández, ob. cit., pág. 53/54.

16. Schmitt, ob. cit. pág. 128.

17. Schmitt, conf. pág. 128.

con preeminencia del Parlamento). E indica Schmitt, que según qué poder tenga esa preeminencia se van perfilando tipos de Estado, siendo uno de ellos el judicialista (con preeminencia del Poder Judicial), como sucede en el anglosajón[18]. Adita Schmitt que difícilmente haya tipos de Estado puros sino que en general se trata de aleaciones de una clase y otra, con diferente intensidad del poder que tiene preeminencia (según la zona central de su actividad política, dice Schmitt).

Indica Schmitt que ese Estado, separado de la sociedad, establece el orden y seguridad pública: *"El Estado absoluto, que va adquiriendo su forma desde el siglo XVI, se ha producido sobre la base de la ruina y la desintegración del Estado jurídico medieval, pluralista, feudal y estamental, y de su jurisdicción, apoyándose sobre la clase militar y la burocrática. Es por esto, esencialmente, un Estado de tipo ejecutivo y gubernamental. Su ratio, la ratio status, la razón de Estado, tan mal interpretada, con frecuencia, no se basa en normas objetivas, sino en la efectividad con que el Estado crea un ambiente que permita por sí mismo la vigencia de las normas, porque el Estado pone fin a la causa de todo desorden y a la guerra civil, a la lucha por la justicia normativa. Este Estado «establece el orden y la seguridad pública». Desde el momento en que esto se logró podía infiltrarse en él el Estado legislativo de la Constitución cívica propia del Estado de Derecho"*[19].

Logrado lo anterior (orden y seguridad pública), llega el Estado Legislativo de la Constitución Cívica propia del Estado de Derecho.

Agrega Schmitt que es legítimo y sumamente interesante para el problema del Protector de la Constitución caracterizar al "Estado Civil jurídico y constitucional" del s. XIX como un "Estado Legislativo", que responde a las tendencias determinantes de la modalidad del Estado moderno con la idea de *"arrebatar al juez y encomendar al legislador la decisión"*[20] y agrega que "*la preeminencia del Legislador sólo era posible en una situación determinada"*[21]. Afirma Schmitt que en un Estado Legislativo no puede existir ninguna justicia constitucional o Tribunal de Justicia Constitucional como auténtico

Protector de la Constitución". Y entiendo que ello así, porque en el Estado Legislativo la preeminencia de poder es del Congreso, Y Schmitt señala que solamente en un Estado Judicialista es concebible un TJC que tenga la última palabra sobre las cuestiones políticas vitales o más trascendentes (como en los estados sajones).

Respecto al Estado Legislativo que describe Schmitt como el vigente en Alemania conforme la Constitución de Weimar, señala: *"En cambio, el cuerpo legislativo contiene en su estructura las más importantes garantías de que no ejercerá sus atribuciones con un espíritu anticonstitucional». La última frase es decisiva y nos revela que según la concepción del siglo XIX, el Parlamento encierra en sí mismo, por razón de su naturaleza y de su esencia, la garantía peculiar de la constitución. Este hecho viene a reflejar la fe en el Parlamento, y representa*

18. Schmitt, "La defensa de la Constitución", ob. cit., conf. pág. 131.

19. Schmitt, "La defensa de la Constitución", ob. cit., pág. 131/132.

20. Schmitt, "La defensa de la Constitución", ob. cit., pág. 132.

21. Schmitt, "La defensa de la Constitución", ob. cit., pág. 134.

la premisa de que el cuerpo legislativo es el sustentáculo del Estado, y que este mismo es, a su vez, un Estado legislativo"[22].

Luego, como reacción a dicho Estado Legislativo, se han propuesto –indica Schmitt- garantías contra el legislador, hallándose la respuesta con la organización judicial, para lograr con ella un contrapeso al legislador. Pero no es la salida que sugiere Schmitt y, de hecho, critica la idea de Kelsen de un TJC que ejercerá funciones políticas.

Describe a continuación Schmitt la transición al Estado Económico y bienhechor, que significa –señala- un momento crítico para el tradicional Estado Legislativo.

Indica Schmitt que surgen y se desarrollan paulatinos signos sociales de fusión entre aquellos términos Estado y sociedad, como conceptos y, de hecho, en la vida misma.

La línea divisoria entre ambos va perdiéndose al aparecer y desarrollarse fuerzas sociales y tendencias económicas que empujan a que se desdibuje el límite entre esos dos conceptos, en tanto, por una parte el Estado abarcando áreas (en ese momento, dice Schmitt, que el Estado en Alemania –de hecho- es un Estado económico que domina e influye en gran escala el sector económico) y, por otra parte la sociedad, a su vez, va en proceso de "auto-oganizarse" (esto lo señala Schmitt como el pluralismo y la policracia). Vamos hacia un Estado Total advierte Schmitt. Y lo señala como un problema, no como celebrando esta conversión que observa en la realidad.

Schmitt advierte como uno de los problemas centrales en la Alemania de ese momento, lo que llama el *"pluralismo"* que es el *"Estado de partidos en coalición lábil",* que resulta –afirma Schmitt- la fuente de la imposibilidad del Parlamento de gobernar, de adoptar decisiones que traigan el orden y estabilidad a Alemania.

Señala entonces, como su antítesis, es decir, lo que habría que hacer para repeler ese sistema, *"una alternativa de realizar un Estado neutral en cuanto a los partidos políticos"* con instituciones y métodos propios de un Estado burocrático para hacer *"contrapeso"* a los efectos disolventes del referido *"Estado de partidos en coalición lábil"*.

Dice que *"la Constitución del Reich protege a la burocracia alemana mediante garantías constitucionales e institucionales contra los métodos de la política parlamentaria de la expoliación"*[23], llegando incluso a prohibir que los funcionarios sean *"servidores de un partido"*[24].

Y entonces, se podría oponer como resistencia al perjudicial *"Estado de partidos en coalición lábil"* (quiere decir que resbala, débil, frágil), un Estado burocrático alemán fuerte.

Ante la situación de ingobernabilidad que describe, propone la alternativa de mantener la Constitución política de Weimar, lo que exige depurar al Estado de todos los elementos que lo caracterizan como Estado Económico, "deseconomizando" el Estado, y esto significa:

Transformar los actuales partidos políticos (que son representaciones organizadas de intereses y agrupaciones más o menos estamentales y feudales) en estructuras independientes, orientadas sobre los principios de la libre opinión y de la libre competencia.

Hacer independientes a los diputados en particular, como corresponde a la Constitución vigente. Esto podría ensayarse, indica Schmitt *"estableciendo formas severas de incompati-*

22. Schmitt, ob. cit., pág. 133.

23. Schmitt, ob. cit., pág. 168/169.

24. Schmitt, ob. cit., pág. 169.

bilidad, y no sólo en el sentido de las tradicionales, como en el caso de la incompatibilidad entre mandato parlamentario y desempeño de determinadas funciones, sino de las llamadas incompatibilidades económicas, las que existen entre el mandato parlamentario y determinadas profesiones o cargos económicos como los de síndicos, secretarios de federación o de partido, miembros de un comité de vigilancia, banqueros, proveedores del Estado, etc. Semejantes incompatibilidades serían acaso muy útiles y necesarias en particular, y responderían a las exigencias que plantea la pureza moral de la vida pública"[25].

Pero, no obstante esta propuesta de solución, el sagaz Schmitt indica ahí mismo los problemas que avizora a la misma y, que tornarían inútiles tales medios para lograr la solución al problema del *"Estado de partidos en coalición lábil"* (y el pluralismo y policracia), en tanto tales incompatibilidades "*no podrían destruir el sistema entero, que descansa sobre la íntima asociación de Estado y Economía. Las masas de los actuales electores se agruparían verosímilmente por razón de sus intereses económicos, y esto no puede evitarse por decreto ni ley alguna; dada la complicación de la actual organización económica de Alemania, el establecimiento de incompatibilidades para ciertas profesiones y cargos significaría una desigualdad y una falta de equidad con respecto a otras colocaciones y profesiones igualmente determinadas en el orden económico; son tan abundantes las posibilidades, imperceptibles para la ley, que se ofrecen a los poderes económicos y sociales para influir de un modo indirecto, que por tal procedimiento sólo crearía un nuevo sistema de subterfugios, sin alterar, en cambio, la estructura integral de la vida del Estado"*[26].

La otra salida que imagina Schmitt ante estos cambios de la realidad (de funcionamiento de hecho de los distintos sectores), es directamente efectuar una reforma constitucional del Reich, en pos de darle una Constitución Económica al Estado ya devenido en Estado Económico, sustituyendo la vigente Constitución no Económica en una Constitución Económica, "economizando" el Estado. Previendo un Estado estamental, sindical o soviético que se adapte mejor a las circunstancias reales de Alemania, pero, señala Schmitt *"su concreción sería peligrosa e induciría a error"*[27]. Al respecto indica: *"Su realización, en lugar de robustecer la unidad de la voluntad política, no haría sino ponerla en peligro; las antítesis económicas y sociales no quedarían resueltas y extinguidas, sino que se manifestaran más abiertamente y con carácter más desconsiderado, porque los grupos en lucha no se verían obligados ya a dar el rodeo de unas elecciones nacionales de carácter general, y a lograr una representación del pueblo"*[28].

Respecto a la posibilidad del dictado de una nueva constitución dice Schmitt: *"Frente al hecho inconcuso de que el Estado domina o influye en gran escala el sector económico, resulta justificado reclamar, como contestación a cuestiones tales como las planteadas por pluralismo y policracia, una reforma de la Constitución vigente del Reich. Mientras que el Estado actual puede considerarse como un Estado económico, la Constitución estatal, tal como la poseen la mayoría de los Estados modernos, incluso Alemania, no parece ser una «Constitución*

25. Schmitt, ob. cit. pág. 165.

26. Schmitt, ob. cit. pág. 165.

27. Schmitt, ob. cit., pág. 166.

28. Schmitt, ob. cit., pág. 166.

económica», sino una Constitución que con impropiedad notoria denomina «política»; en ella se ignoran las entidades y potencias económicas como tales, y el Estado se mantiene «neutral», al parecer, con respecto a la Economía"[29].

En definitiva, Schmitt describe la situación de funcionamiento efectivo de los órganos políticos, y de la sociedad y economía del momento en Alemania y, señala las alternativas de solución o salida.

Luego, ante las señales de que aquel modelo de Estado y sociedad separados va tornándose en un Estado total, es que Schmitt propone los caminos para evitar llegar a eso, esto es, advierte que este cambio importa un trastocamiento de las bases sobre las que se asienta el sistema de la Constitución de Weimar, y el Estado de Derecho en Alemania en ese momento y, para rescatarlos, a la Constitución de Weimar y al Estado de Derecho Alemán, esto es, a ese sistema imperante; señala dos caminos posibles: uno dentro del sistema, en pos de las soluciones que entiende derivan de la misma Constitución de Weimar y, otro que directamente es la reforma constitucional. Pero en definitiva creo que plantea que de alguna manera hay que canalizar la salida de la crisis y volver al cauce que permita la vida armónica con paz y tranquilidad en el pueblo alemán. Entre las vías de solución posible no admite que un TJC como lo plantea Kelsen, sea la salida.

Schmitt ve esto como una crisis del Estado mismo, y sale a su rescate, proponiendo medidas como solución.

Luego de proponer a la burocracia alemana como alternativa, sin embargo cala más hondo y, señala los inconvenientes de tal opción. Señala en este sentido

Schmitt: *"La burocracia está limitada por la naturaleza a la Justicia y a la Administración. Como consecuencia, es el poder legislativo o el Gobierno quien le provee con normas o principios directivos. La burocracia carece de aptitud para adoptar por su cuenta resoluciones políticas y para determinar conforme a las normas y módulos de su «especialidad» las líneas directrices de la política. Puede crear obstáculos y mostrarse retraída, desarrollando dentro de este marco su acción neutralizadora, pero no le es dado decidir ni gobernar en sentido estricto"*[30].

Y, finalmente, postula utilizar los medios de que dispone la CdW ante situaciones de crisis y desintegración Estatal, concretamente en el art. 48 y, aquí viene la propuesta de Schmitt, tan polémica, al señalar como Guardián de la Constitución –en ese momento y en ese contexto antes descripto- al Presidente del Reich.

A tal respecto creo entender que Schmitt no pretende que sea el Presidente del Reich quien llevará adelante el control de constitucionalidad de las leyes, sino que entiende por Guardián de la Constitución a quien deberá decidir y tener la última palabra en las cuestiones cruciales políticas ante el peligro de desintegración del Estado alemán por toda la situación antes descripta de crisis política, social y económica.

Para Schmitt un modelo de Estado "judicialista" no es la salida a esta crisis. Esto es, ante el desquicio que observa Schmitt en la operatividad del sistema político alemán, él no ve la salida en atribuir la última palabra o decisión máxima de las cuestiones políticas relevantes al poder judicial.

---

29. Schmitt, ob. cit., pág. 161/162.

30. Schmitt, ob. cit., pág. 170.

Señala Schmitt que *"Todavía resultaría menos posible basar el Estado neutral en la Justicia, y transferir mediante cualquier subterfugio judicial la adopción de decisiones políticas a Tribunales ordinarios o constitucionales integrados por jueces de carrera. En el Capítulo I de este tratado hemos aludido ya a las demandas y proyectos en virtud de los cuales se pretende encomendar la resolución de las difíciles cuestiones de la situación constitucional contemporánea a un Tribunal que observe todas las apariencias de judicialidad. Acaso pudieran parecer plausibles semejantes intentos de solución no sólo a los elementos auténticamente judiciales, cuyos hábitos mentales corren por las causes del procedimiento civil y penal, sino también a ciertas propensiones del carácter alemán, y particularmente a la «apetencia de la legalidad», a que tan frecuentemente se alude. Actualmente se juzgan ya con más cautela estos planes de «judicialización» de la política, y se conocen mejor los estrictos límites de la judicialidad, límites que precisamente han de ser defendidos, en interés de la independencia del poder Judicial y del Estado de Derecho, contra la politiquización por los partidos"*[31].

En definitiva, Schmitt señala como problema de asignar al poder judicial – en el caso a un TJC- la función de decidir en materia "política" (se refiere a las decisiones sobre las cuestiones más delicadas e importantes en la situación crítica de Alemania en ese momento) la afectación de la **independencia del poder judicial** y del **Estado de Derecho.**

Schmitt cuestiona concretamente la posibilidad de "*transferir mediante cualquier subterfugio judicial la adopción de* ***decisiones políticas*** *a Tribunales ordinarios o constitucionales integrados por jueces de carrera".*

Es curioso el argumento que señala como uno de los que podría hacer pensar –creo advertir que lo dice irónicamente- en la plausibilidad de tal idea de asignar decisiones políticas a jueces de carrera, aludiendo a la propensión del "*carácter alemán", y particularmente a la «apetencia de la legalidad».* Este rasgo, según afirma Schmitt, que se traduce en la "natural" propensión del "alemán" a cumplir y acatar la ley, podría verse como que coadyuvaría en pos de que tal TJC -con facultad de adoptar decisiones "políticas"- se autorrestrinja a solamente aplicar la ley y a no discurrir por vías aledañas o marginales como serían los intereses políticos. Pero lo realmente trascendente en ese párrafo es la tesis de que asignar funciones de decisión política a un órgano judicial se traduce y trae aparejado vulnerar su "independencia" judicial y, en suma, el Estado de Derecho. La independencia que exige el Estado Republicano y que se sustenta, en suma, en la división de poderes.

Lo que se lograría asignando tal facultad al poder judicial -ya sea a un TJC o tribunales ordinarios- es la *"politización de la justicia".*

Esto es, que el poder judicial terminaría resolviendo cuestiones "políticas" que en realidad competen a los órganos políticos del Estado (legislativo y administrativo), esto es, terminaría invadiendo la esfera propia de otros poderes y, en suma, violentando la división de poderes.

Schmitt reivindica entonces los "*los estrictos límites de la judicialidad, límites que precisamente han de ser defendidos, en interés de la independencia del poder Judicial y del Estado de Derecho, contra la politiquización por los partidos".* ¿Por qué Schmitt afirma que la decisión de cuestiones políticas haría perder su independencia al poder judicial? Independencia de qué? Qué independencia exigimos al poder judicial? Quizás porque entonces el

31. Schmitt, ob. cit., pág 170.

poder judicial, al no ceñirse a lo estrictamente jurídico, a su labor jurídica para resolver los casos, estaría inmiscuyéndose en aspectos cuya decisión le compete a otros órganos y, de tal modo, impidiendo que éstos otros poderes lo resuelvan, tomándolos para sí el poder judicial, e imponiendo su criterio por sobre el del parlamento por ejemplo, trastocando la asignación de funciones que establece la misma Constitución. La independencia, supongo, es independencia respecto de intereses políticos partidarios, Schmitt advierte que estaría en riesgo tal independencia si reconocemos a los jueces adoptar decisiones políticas.

Los límites de la judicialidad, esa línea gris en la que discurre la solución de los "casos difíciles".

Dice Schmitt que un defecto inherente de toda resolución política es que carece de imparcialidad y objetividad. Y sin embargo, son tales los recaudos que exigimos a una decisión judicial. Entonces, cómo asignarle facultad de decisión política a un órgano judicial sin extirparle toda posibilidad de imparcialidad y objetividad? Lo que se obtiene es, diría Schmitt, la politización de la justicia. Una justicia política y, por ende, parcial y sin objetividad.

Schmitt (1931) alerta sobre el problema que traería aparejada tal opción de asignar la facultad de adoptar decisiones políticas a un tribunal judicial y, en concreto a un TJC, en Alemania, aseverando que *" La judicatura profesional independiente alemana pertenece, como entidad neutral en el orden político interior, al complejo que anteriormente hemos calificado de Estado burocrático. Pondríase en peligro tanto esta judicatura profesional como los fines de una objetividad imparcial, si se pretendiera utilizarla para implantar como Estado neutro un Estado judicial criptopolítico"*[32].

Si quiero jueces independientes, no puedo encomendarles decisiones políticas que, de por sí, de modo inherente, carecen de imparcialidad y objetividad.

Señala Schmitt al respecto: *"Sucede aquí algo semejante a cuando se encomiendan las resoluciones políticas a la Justicia profesional: a la larga, esto no conduce a manifestaciones neutrales, sino, por el contrario, a imprimir carácter político de partido a lo que hasta entonces no eran sino instituciones neutrales. El efectivo detentador de la fuerza política puede procurarse fácilmente la necesaria influencia para proveer los cargos de jueces y para designar a los peritos; si logra esto, la resolución judicial o pericial del problema no es sino uno de tantos cómodos medios de los que su política dispone, y esto es precisamente lo contrario de lo que con la neutralización se pretendía"*[33].

Schmitt mira el modelo de EEUU, donde la Corte Suprema opera como Guardián de la Constitución, y advierte que no es adecuado hacer un injerto de instituciones "sin filtro" alguno, en Alemania. Sino que cabe atender a las características de organización del poder político de cada lugar. Las instituciones no son buenas o malas per se, sino que resultan operativas, o no, conforme la organización política, social, económica y cultural del país en que funcionan. Puede que la Corte Suprema de EEUU funcione allá, en tanto rige un Estado Judicialista, pero no en Alemania, dice Schmitt, que no tiene la misma organización de poder del Estado.

Y entonces, es su característica de base, su devenir histórico y cultural, sus características sociales, económicas y jurídicas las que tornan viable su modelo de Corte Suprema como

32. Schmitt, ob. cit., pág. 170.

33. Schmitt., ob. cit., pág. 179.

GdC.

Sostiene Schmitt: *"En términos fundamentales puede decirse que el derecho de control judicial, por sí solo, únicamente en un Estado judicialista que someta la vida pública entera al control de los Tribunales ordinarios puede servir de base a un protector de la Constitución, cuando por tal Constitución se entiendan preferentemente los derechos fundamentales cívico-políticos, la libertad personal y la libertad privada que han de ser protegidos por los Tribunales ordinarios contra el Estado, es decir, contra la legislación, contra el Gobierno y contra los organismos administrativos. La jurisprudencia del Tribunal norteamericano, sobre la base de las Amendments 5 y 14, y desarrollando la tan discutida formula del due process of law ha procurado defender y proteger contra el legislador los principios de la ordenación social y económica del pueblo norteamericano, que dicho* Tribunal considera como la ordenación suprema y como la verdadera Constitución"[34].

Schmitt menciona que ante las numerosas demandas de un tribunal político o constitucional que actúe como protector, fiador o defensor de la Constitución, el Tribunal de Justicia Constitucional del Reich se señala a sí mismo como tal y, para

Schmitt optar por tal alternativa de solución, hace patente la influencia de "ideas judicialistas".

Critica definitivamente éstas últimas.

En primer lugar indica que, parten a su entender, de una base errónea: no dan importancia a la diferencia fundamental entre un fallo procesal versus la resolución de dudas y divergencias de criterio sobre el contenido de un precepto constitucional.

Señala que tal postura supone que la necesidad de protección se requiere frente a alguien que amenaza o hace peligrar la Constitución, y para tales posturas tal defensa es frente al legislador, al parlamento.

¿Cuáles son los problemas que advierte Schmitt en dar a un Tribunal de Justicia Constitucional la facultad de declarar la inconstitucionalidad de leyes?

Uno de los puntos que señala como problemático se evidencia en el adagio romano: *"quis custodiet ipsos custodes"*[35], esto es, si quien va a tener la última palabra en cuanto al contenido de la Constitución es un TJC, es decir si postulamos como protector de la Constitución a dicho tribunal, resulta dice Schmitt que "*el protector fácilmente se convierte en árbitro y señor de la Constitución"*[36], y ello conllevaría *"el peligro de una doble jefatura de Estado"*[37]; y menciona las *"consecuencias deplorables de una instancia inamovible, irresponsable, que puede decidir a su arbitrio"*[38].

Las razones que brindó Schmitt (1931) para sostener su criterio fueron, según Fernández (2008):

---

34. Carl Schmitt, ob. cit., pág. 46.

35. Carl Schmitt, ob. cit. pág. 36.

36. Carl Schmitt, ob. cit. pág. 36.

37. Carl Schmitt, ob. cit. pág. 36.

38. Carl Schmitt, ob. cit. pág. 36.

-entiende que *"en toda resolución judicial hay un elemento "**decisionista**" respecto de las diferentes alternativas de solución; pero que aun cuando con relación a cada una de ellas, los jueces elaboran y exponen extensos y detallados argumentos; lo relevante finalmente es la **decisión autoritativa** sobre el significado y alcance atribuido al contenido de un precepto"*[39].

-"…la relevancia de la solución no está constituida por la actitud de los magistrados como "expertos" en Derecho (a la que calificaba como tarea "pericial") sino en la determinación concreta del contenido de la norma como acto de autoridad; lo que se demostraba en la frecuente coexistencia de posiciones disidentes en una misma sentencia; en la que, finalmente se imponía una mayoría de votos coincidentes sobre los demás argumentos expresados en defensa de una interpretación contraria"[40].

-"Desde esta perspectiva, la determinación de los contenidos difusos o dudosos de las disposiciones constitucionales fundamentales de los derechos básicos y de la actividad estatal; era una tarea que en realidad correspondía que fuera asumida en un sistema democrático- por la legislación constitucional o parlamentaria; pero no por la "aristocracia der la toga" del Poder Judicial; y menos aun cuando el Tribunal de Justicia Constitucional se erigía –por la vía de la interpretación de sus facultades – en el órgano que establecía por sí mismo el alcance de su propia competencia"[41].

Y, sobre esta base, señala Fernández (2008), Schmitt (1931) concluía en que el Poder Judicial no podía ser considerado como el genuino "protector" o "defensor de la Constitución[42].

En este punto señala Fernández (2008) el contexto histórico que se suscitaba en Europa y Alemania en ese momento y, que es relevante para comprender la postura de Schmitt. Tiene que ver con la tendencia social hacia los totalitarismos:

"La tendencia histórica que se expresaba en ese momento era la del Estado legislativo moderno, en el cual el Parlamento pluralista aparecía como expresión de la sociedad frente al Estado. Sin embargo, esa tendencia se transformaba rápidamente, puesto que, ante la ineficiencia del Estado legislativo, el Estado se convertía en la "auto-organización de la sociedad"; desde el momento en que al organizarse la Sociedad misma desde el Estado, ambos pasaban a ser idénticos y todos los problemas sociales y económicos se convertían en problemas políticos…"[43].

Concluye Fernández (2008) afirmando que *"A pesar de la inevitabilidad de esa tendencia histórica hacia el "Estado total"; sobrevivía aún en el Reich alemán, la forma del Estado pluralista de partidos en coalición lábil, que daba origen a un gobierno de base parlamentaria, incapaz de gobernar eficientemente y de adoptar decisiones cruciales; lo que le impedía asumir al Parlamento el rol de "Defensor de la Constitución"*[44].

Y aquí, frente a tal contexto es que se abre camino la tesis de Schmitt del Poder Ejecutivo (Presidente del Reich) como "Guardián de la Constitución", para hacer frente a la situación

39. Fernández, ob. cit. pág. 57.

40. Fernández, ob. cit. pág. 57.

41. Fernández, ob. cit. pág. 57.

42. Conf. Fernández, ob. cit. pág. 57.

43. Fernández, ob. cit. pág. 58/59.

44. Fernández, ob. cit. pág. 59.

extrema y de emergencia de la subsistencia misma del Estado, recurriendo Schmitt a las atribuciones del Presidente de acuerdo a lo establecido en el art. 48 de la Constitución de Weimar para justificar que *"en el seno de la democracia parlamentaria de la Constitución de Weimar, existía un elemento plebiscitario constituido por el Presidente del Reich, elegido por todo el pueblo alemán y con facultades tales como disolver el Reichstag, convocar a plebiscitos y adoptar medidas de excepción"*[45].

Este artículo de la Constitución de Weimar (similar a los arts. 23, 75 inc. 29 y 99 inc. 3 de la CN Argentina que prevén la facultad del Presidente de disponer el estado de sitio, la intervención federal y dictar decretos de necesidad y urgencia en situaciones excepcionales y de crisis para asegurar la estabilidad institucional y el orden constitucional), que autorizaba al presidente del Reich, entre otras cosas, a dictar decretos con fuerza de ley (decretos leyes) en situaciones de excepción, era en el que Schmitt (1931) fundamentaba su tesis de que el Presidente era el "Guardián de la Constitución".

Al respecto dice Fernández *(2008) "Es menester recordar que, para él, el "soberano" era quien decidía sobre el "estado de excepción" y que tal atribución abarcaba –en virtud de la suspensión de los derechos fundamentales y ante peligros considerables para la seguridad y el orden públicos –todos los ámbitos jurídicos, económicos y sociales"*[46], incluyendo el dictado de decretos leyes.

Para Schmitt *"el poder neutral, mediador y tutelar del Presidente –como órgano del Estado independiente de los demás Poderes y de los partidos, pero no con independencia "apolítica" –debía asegurar la seguridad y la estabilidad del orden institucional; erigiéndose en el auténtico y genuino "Defensor de la Constitución".*

Conclusión

En conclusión:

- para **Kelsen** todo conflicto político puede resolverse jurídicamente y, por ello confía que un TJC compuesto por jueces de carrera, llamados a resolver "jurídicamente" los casos que se les plantean pero, que tales casos son de sustancia "política", conflictos políticos, cuestiones políticas, podrá resolverlos "jurídicamente".

-mientras que para **Schmitt,** todo conflicto político debe resolverse políticamente y, por ello sostiene que un TJC, compuesto por jueces de carrera, llamados a resolver "jurídicamente" los casos que se les plantean pero, que tales casos son de sustancia "política", conflictos políticos, cuestiones políticas, NO los resolverá "jurídicamente", sino merced a valoraciones políticas. Podrá maquillarlos de una capa de "juridicidad", pero la decisión -en tanto la materia a decidir es política- será política y no jurídica. O, al menos, tendrá dosis de "política" o "decisionismo".

Creo que Schmitt afirma que es una ilusión pretender que puedan resolverse "jurídicamente" conflictos políticos, ya que al final solamente se maquillará la decisión como jurídica pero en el fondo la solución será política.

45. Fernández, ob. cit. pág. 59.

46. Fernández, ob. cit. pág. 60/61.

Kelsen estima que resulta compatible con la organización política de Alemania conforme la CdW, que un TJC ejercite tal función de última palabra en cuestiones políticas.

Schmitt, en cambio, interpreta que un TJC que ejercite tal función de última palabra en cuestiones políticas no es compatible con la organización política de Alemania conforme la CdW, ni con el Estado de Derecho y división de poderes.

Yo creo que en el fondo, tal es la cuestión que debatieron.

Señala Fernández (2015) que Kelsen critica a Schmitt que éste no distingue adecuadamente la "legislación" de la "jurisdicción" y, que incurre en la contradicción de que a pesar de que admitía el elemento de decisión en ambas, no aceptaba que la jurisdicción del TJC pudiera cumplir las dos funciones[47].

Indica Fernández que lo que Schmitt no admitía era que el TJC *"al anular la ley (inconstitucional) creaba una norma general que la privaba de validez, actuando entonces como "legislador negativo"; por lo que se convertía en un Tribunal "con poder legislativo"*[48].

Ahora bien, creo que tal crítica de Kelsen no atina en el blanco de lo que sostiene la postura de Schmitt, que no resulta contradictoria a mi entender.

Schmitt admite que el juez al adjudicar casos deberá –inevitablemente- ejercer alguna dosis de valoración política. Y que al hacerlo estará en alguna medida "legislando". Y que si se trata de superiores tribunales, atento las cuestiones más delicadas y trascendentales que allí se resuelven, mayor será el campo para desplegar "criterios políticos", Y de allí que desaconseja la creación de un TJC en Alemania que venga a decidir las cuestiones políticas más importantes y trascendentes (y dentro de ellas determinar el contenido de la Constitución), porque: - que un tribunal de justicia adopte decisiones políticas pone en juego su "independencia" y, por ende, el Estado de Derecho y principio republicano de división de poderes.

"En todos los casos, los fundamentos del control y de la decisión judicial han de ser normas que permitan una subsunción precisa y delimitada. La sujeción a una de estas normas es, justamente, condición y premisa de la independencia del poder judicial. Cuando el juez abandona el terreno en que realmente es posible una efectiva subsunción bajo normas generales y, como consecuencia, una sujeción concreta a la ley, deja de ser un juez independiente, sin que pueda aducirse en su descargo ninguna apariencia de judicialidad. «La sujeción a la ley, a la cual, únicamente, está sometido el juez, conforme al artículo 102, no significa solamente el límite; sino la razón genuina de la libertad de la decisión: Para que el dominio de la ley manifestando en la sentencia judicial llegue a ser efectivo, deben desaparecer todas las demás obligaciones que se imponen al juez»[49].

- puede generarse un conflicto de poderes con el órgano legislativo (en tanto el poder al que constitucionalmente le cabe sancionar leyes).

-el tribunal vendría -de tal modo- a extraer del campo propio en que tales cuestiones deberían resolverse –que es en el seno del congreso- la concreta cuestión que resuelve, extrapolando de tal manera su propio campo de acción, imponiendo sus propios criterios por sobre los del legislador que sancionó la norma (gobierno de los jueces, aristocracia de la toga).

---

47. Conf. Fernández, ob. cit. pág. 64.

48. Fernández, ob. cit. , pág. 64.

49. Schmitt, ob. cit., pág. 53.

"El juez debe mantenerse dentro del ámbito de su específica misión judicial, sin trastornar el orden existente entre juez y legislador, ni asumir funciones específicamente legislativa; su misión estriba simplemente en castigar la transgresión de ciertos límites extremos. A pesar de la «libertad» de la actividad «creadora» del juez, a pesar de la amplitud de su arbitrio y de ciertos conceptos imprecisos, sigue manteniéndose «sujeto a la ley» mientras permanece dentro del sistema cívico del Estado de Derecho"[50].

-De esa manera "politiza" la jurisdicción, ya que pierde la objetividad e imparcialidad que debería primar en la jurisdicción.

-genera el "decisionismo", esto es, decisiones para cada caso que no son aptas para generar una línea, coherente y sostenida en el tiempo, de precedentes.

También me parece advertir que con tal postura sobre la decisión judicial, Kelsen no es consecuente con la primera tesis del positivismo.

Al admitir la porción de discrecionalidad que entraña adjudicar casos y decir explícitamente que el juez "crea" derecho, además de aplicarlo. A mí me parece que entonces, no es consecuente con la primera tesis del positivismo, porque de tal modo la porción que "crea" el juez no la deriva de otra norma superior, sino de una "valoración política". Si fuera positivista a ultranza, pues no debería admitir lagunas en el derecho, ni espacios a ser llenados por "valoraciones políticas" o morales, porque tales se completan con la norma de clausura. Si hay una laguna, dicen los positivistas, es una laguna "axiológica", o sea, no nos gusta la respuesta o solución legal. Sólo hay lagunas donde el intérprete ve lagunas y las ve cuando le parece que no podría dejar de haber una solución como la que él prefiere. Hay una discrepancia entre lo que el derecho dice y lo que creo que debería decir. Estoy mezclando derecho y justicia o valoración política.

Schmitt dice que la C. de W. establece una determinada distribución del poder y tal es un Estado Legislativo.

Y que en esa forma de organización del Estado no es compatible un TJC, como el que postula Kelsen, que tendría la última palabra en cuanto al contenido de la Constitución, porque si así fuera habría un conflicto de poder entre el parlamento y ese TJC.

Dice Schmitt al respecto: *"¿hasta qué punto es posible instituir dentro de la esfera de la Justicia el protector de la Constitución? En principio, términos generales, ¿cabe imaginar con carácter judicial la función de un protector de la Constitución? Semejante actividad, aunque su ejercicio quede aureolado con la apariencia de judicialidad ¿sigue siendo Justicia en la práctica o es, más bien, el disfraz engañoso de otras atribuciones de diversa índole, pero, en todo caso, de marcado carácter político?"*[51].

En cambio, ve que tal control ejercido por el Tribunal Superior del Reich, tal como lo ejerce, sin efecto derogatorio general de la ley, sino para el caso concreto (y con la autorrestricción que de hecho tiene respecto de las cuestiones netamente políticas), resulta compatible con el sistema de Estado Legislativo que tiene Alemania.

---

50. E. KAUFMANN en el Congreso de profesores de derecho político, de 1926 (*Veröffentlichungen,* fasc. 3, pág. 19), citado por Schmitt, ob. cit. pág. 54.

51. Schmitt, ob. cit., pág. 62/63.

Entonces, no es que Schmitt postula que quien ejerza el control de constitucionalidad sea el Presidente del Reich. Cuando él habla de Guardián de la Constitución se refiere a quién deberá asumir las decisiones cruciales en el momento de máxima crisis con peligro de desintegración del Estado alemán. Creo que Schmitt dice que en Alemania está por explotar una bomba que va a destruir el Estado mismo y entonces quien debe actuar es el Presidente del Reich.

Y, por otra parte, le contesta a Kelsen que con su idea del TJC está queriendo injertar en el sistema político alemán, una figura propia o compatible con un Estado de tipo judicialista como el sajón, y de EEUU en particular con su *"Supreme Court",* cuyas funciones y el alcance de las mismas se comprende y funciona allá, dado aquel sistema de organización política, social y económica, pero que no es el mismo de Alemania. Y por eso Schmitt ve los problemas que acarrearía importar, así como así, una institución como aquella Corte sin analizar los conflictos que podría traer en concreto a Alemania.

Por otra parte, Schmitt explica porqué está por explotar la bomba que él anticipa y que además pone en evidencia al describir en detalle la situación política, social y económica de Alemania en ese momento. Advierte sobre el funcionamiento de los partidos políticos, señalando cómo están operando como fuerza que tergiversa su sentido establecido en la Constitución de Weimar, al trastocar su función para que opere adecuadamente el sistema de poder y, estarse convirtiendo en focos de formación de la voluntad política que no representa en realidad a esa voluntad sino a la de los propios partidos y sus intereses "partidarios" y sectoriales (en un momento Schmitt propuso como una corrección de las desviaciones que en la práctica ofrecían los partidos políticos, el *"hacer independientes a los diputados en particular como corresponde a la Constitución vigente"*[52], pero luego indicó que descreía de tal posibilidad). Y cómo luego impiden que el Congreso pueda tomar decisiones. Las necesarias para sortear la situación de crisis.

Y entonces plantea: O nos quedamos dentro del marco constitucional y pensamos salidas dentro de este marco, o reformamos la constitución, para adaptarla a esta nueva realidad social, política y económica (y hacemos una constitución económica). Para la salida constitucional plantea concretas medidas que tienden a "retomar" el sistema constitucionalmente creado, para reencausar los defectos que se avizoran en el funcionamiento efectivo y de hecho en la realidad alemana del momento.

---

52. Schmitt señala que la CdeW *"Incluso llega a prohibir expresamente que los funcionarios sean «servidores de un partido» y ofrece ciertas seguridades para garantizar su posición independiente (principio de la colocación vitalicia, intangibilidad de los derechos bien adquiridos, procedimiento jurídico ordinario para las acciones de derecho patrimonial, etc.). Harto sabido es que, a pesar de dicha prohibición constitucional, los cargos burocráticos, por lo menos en muchos Territorios, son tratados abiertamente como objeto de expoliación y de componendas entre los partidos que gobiernan. La mayoría se mantiene muy escéptica y resignada respecto a las posibilidades de resistencia del Estado burocrático alemán frente al Estado de partido en coalición. Recordemos, sin embargo, que en el Reich, donde existe un presidente, que con independencia de los partidos de coalición nombra a los funcionarios, incluso a los llamados funcionarios políticos, el reparto de los cargos de funcionarios entre los afiliados a los partidos de coalición no acaece tan fácilmente como en los Territorios, en los que los Ministros de los partidos de coalición proceden como agentes de sus partidos respectivos, sin el obstáculo que supone el nombramiento presidencial. Además acaso, quepa esperar con cierto optimismo que, como consecuencia del carácter vitalicio de los empleos, y de otras garantías constitucionales, los correligionarios a quienes se concede un cargo público queden separados del partido, captados por la conciencia política de la burocracia alemana, y que, mediante las instituciones profesionales de ésta, se transformen de servidores del partido en funcionarios del Estado*". Ob cit., pág. 169.

También advierte sobre la llegada del Estado total. Y describe con maestría lo que implica. Yo creo que no anticipa el nazismo pero sí el totalitarismo. Y cómo este trabajo lo escribe antes de la llegada de Hitler al poder, tampoco podemos leer que sus ideas pretenden en modo alguno justificar a este último.

Por su parte Kelsen no aborda la cuestión sobre la crisis política alemana de ese momento, ni pretende solucionarla. No plantea modos o caminos de sortear eso concretamente, sino que argumenta sobre la conveniencia de crear un TJC en Alemania.

Para Schmitt se trata de salvar la unidad del Estado, salvar a Alemania de la desintegración como Estado mismo, y no solamente de quién ha de ejercer el control de constitucionalidad en tiempo ordinario, y para ello propone al Poder Ejecutivo, al presidente del Reich, con las facultades del art. 48 de la Constitución de Weimar. Pero no está pensando solamente en el control de constitucionalidad, sino que encuentra que es mucho más lo que está en juego en ese momento en Alemania. Finalmente, este es un breve y muy somero análisis sobre la discusión de tan excelsos juristas sobre el GdC. Yo solamente pretendí comprender por mí misma qué discutían y cómo argumentaban sus propuestas. Pensé relacionar la cuestión con algún precedente de la CSJN a fin de analizar, a la luz de la postura de Schmitt, el modo de decidir de nuestra Corte ante casos en que la cuestión a dirimir tiene componentes muy claros de "política" y ver cómo sortea la CS esta situación. Pensé entonces en el caso "Levinas" (Fallos 347:2286), en el que entiendo es bastante claro que la cuestión a resolver (más allá del problema concreto de las partes del caso) entraña un problema político (la asignación al Tribunal Superior de CABA de la facultad de resolver como "alzada" las decisiones de las Cámaras Nacionales Federales que aún funcionan como tales en CABA y, que hasta ese momento tenían como Tribunal superior -y alzada de sus decisiones- a la CSJN) de fondo.

Allí, la manera de decidir la mayoría –por una parte- y, por la otra la disidencia del Dr. Rosenkrantz, denotan dos modos de abordar un Tribunal Superior la resolución de tal cuestión netamente "política".

Ambos deciden, porque no pueden eludir resolver.

Pero la mayoría aborda y se expide sobre la cuestión "política".

Mientras que Rosenkrantz aborda el punto, individualiza la cuestión a resolver: "*cuál de los dos tribunales es el órgano que constituye el superior tribunal de la causa al que se refiere el art. 14 de la ley 48*", lo analiza y, al hacerlo advierte que "expedirse" o dirimir el asunto importaría *"un rediseño institucional de significativa trascendencia en el sistema federal argentino"*.

Y agrega que *"a ningún tribunal de justicia le asiste la facultad de asignar, de manera directa y aunque fuere de modo transitorio, las competencias propias de un tribunal nacional a uno local, alterando la estructura recursiva prevista en los respectivos ordenamientos procesales"*, concluyendo que *"Ello implicaría una grave distorsión en el sistema de separación de poderes que esta Corte debe defender en virtud de su carácter de custodia última de la supremacía constitucional. Su misión más delicada, según sostiene invariablemente, consiste en saber mantenerse dentro de la órbita de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a otros poderes ni suplir las decisiones que aquellos deben adoptar (arg. Fallos: 341:1717; 344:1051; 346:1387, entre otros)…"*.

Este último modo de abordar la cuestión y resolverla creo que pone de manifiesto cómo un juez, al advertir que una zona del tema concreto a resolver, entraña una "decisión política" que compete a otro órgano de poder decidirla – conforme al reparto de competencias que dicta la Constitución- (*un rediseño institucional de significativa trascendencia en el sistema federal argentino*"), se autorrestringe de hacerlo, de decidir en ese ámbito. No se niega a resolver, pero resuelve señalando que se trata de un problema que atañe a otra esfera de poder (en el caso las normas determinaron la vía de acuerdos Nación – Provincias para concretar el traspaso de tribunales nacionales a la órbita de CABA).

Creo finalmente, que tal modo de resolver trasunta un juez que distingue, como Carl Schmitt, una cuestión "jurídica" que le compete resolver en tanto juez, de otra cuestión "política" que le compete constitucionalmente resolver a otro órgano y, se limita a resolver jurídicamente la primera, dejando a los órganos políticos la que les cabe. Ello, en aras de resguardar su independencia, la tutela de la división de poderes y del Estado de derecho.

Es interesante pensar en tal modo de decidir, y yo lo dejo aquí planteado solamente, abierto al debate. También si este modo de resolver es compatible con aquellas oportunidades en que la Corte en precedentes tipo Badaro II, ante la inacción de otros poderes políticos (y luego de exhortarlos a dictar las normas pertinentes) avanzó a resolver per se las cuestiones "políticas" (y también como lo hace la mayoría en Levinas).

Ana Celia Amadey
2025

La argumentación en el acto administrativo judicial. Una aproximación teórica y crítica

Ana E. Daverio

Resumen

Esta monografía examina la calidad argumentativa de los actos administrativos dictados por el Poder Judicial en ejercicio de funciones de superintendencia, a partir del estudio crítico de la Resolución Nº 321/2020 del Superior Tribunal de Justicia de Corrientes. El análisis se realiza mediante un enfoque cualitativo y crítico, apoyado en las teorías de Chaïm Perelman (Nueva Retórica), Jürgen Habermas (Teoría de la Acción Comunicativa) y Robert Alexy (Teoría de la Argumentación Jurídica), que permiten abordar simultáneamente la dimensión retórica, comunicacional y normativa de la fundamentación jurídica. Los resultados muestran una estructura discursiva jurídicamente válida, con un razonamiento lógico bien articulado, aplicación normativa consistente y respaldo probatorio suficiente. La justificación interna y externa del acto es sólida. En líneas generales se cumplen las exigencias propias del constitucionalismo deliberativo, apertura argumentativa y simetría comunicacional en la producción de esta decisión pública. Sobre esta base, se sostiene que la teoría de Alexy provee el marco más eficaz para sistematizar reglas de elaboración y control de actos administrativos judiciales, enriquecido por los aportes retóricos de Perelman y las exigencias discursivas de Habermas. Como cierre, se propone un conjunto de reglas metodológicas orientadas a fortalecer la transparencia, la racionalidad y la legitimidad de estas decisiones en el marco del Estado Constitucional de Derecho.

Palabras clave: superintendencia, racionalidad jurídica, legitimidad discursiva.

Capítulo 1. Introducción

1.1. Presentación general del tema

La calidad de la argumentación jurídica constituye un requisito fundamental para garantizar la legitimidad, eficacia y racionalidad del Estado Constitucional y Democrático de Derecho. En el ámbito judicial, esta exigencia no se circunscribe exclusivamente al dictado de sentencias, sino que también se extiende a los actos dictados por los órganos judiciales en ejercicio de función administrativa.

Este tipo de actos, que regulan aspectos internos de la organización judicial como la selección de personal, aplicación de sanciones disciplinarias, fijación de criterios administrativos y asignación de recursos, por ejemplo, posee un impacto directo en el diseño institucional del sistema de justicia y en la tutela de los derechos fundamentales. Por ende, su legitimidad

no puede fundarse únicamente en la competencia formal del órgano emisor, sino que requiere una fundamentación racional, transparente y coherente con el ordenamiento jurídico, capaz de satisfacer los estándares argumentativos propios del Estado Constitucional de Derecho.

En el presente trabajo se examina la calidad argumentativa de esos actos administrativos dictados por el Poder Judicial en el marco de la función de superintendencia, a partir del análisis crítico de la Resolución N°321/2020 del Superior Tribunal de Justicia de Corrientes por la cual se dispuso la cesantía de un agente judicial tras un sumario administrativo instruido en su contra por la presentación de certificados médicos falsos, seleccionada al azar. El objetivo central es analizar la estructura y legitimidad del razonamiento jurídico-administrativo subyacente, a partir de las teorías de argumentación jurídica propuestas por Chaïm Perelman (1989), Robert Alexy (2010) y Jürgen Habermas (1992), seleccionadas por la relevancia de sus aportes al análisis de la racionalidad jurídica, discursiva y comunicacional en decisiones institucionales.

Tomando como base los resultados de este análisis se propone un conjunto de reglas metodológicas y estándares argumentativos orientadas a mejorar la elaboración, evaluación y legitimación de actos administrativos judiciales, fortaleciendo su racionalidad institucional en consonancia con los principios constitucionales de publicidad, razonabilidad, legalidad y control de discrecionalidad.

1.2. Identificación y delimitación del problema

En el paradigma contemporáneo del derecho como práctica discursiva donde las decisiones estatales adquieren validez no solo por su fuente formal sino por su capacidad de ser justificadas racionalmente ante una comunidad jurídica crítica (Atienza, 2017), se ha consolidado la idea de que toda decisión pública requiere motivación suficiente, estructurada y revisable. Esta exigencia adquiere especial relevancia en el ámbito del Poder Judicial porque los derechos fundamentales en juego imponen estándares argumentativos particularmente rigurosos.

Si bien la función jurisdiccional ha sido objeto de múltiples desarrollos teóricos en materia de argumentación jurídica, la función administrativa judicial ejercida a través de actos de superintendencia no ha recibido igual atención. Estas decisiones jurídicas institucionalmente relevantes suelen estar exentas de los controles argumentativos que caracterizan al ámbito jurisdiccional. Y esa falta de estándares metodológicos en su elaboración puede generar decisiones arbitrarias u opacas en palabras de Cárcova (1998).

El problema identificado reside entonces, en la falta de herramientas teórico-metodológicas que permitan orientar la producción y evaluación de actos administrativos judiciales desde una perspectiva argumentativa coherente con el constitucionalismo deliberativo y el control institucional democrático.

La incorporación de criterios derivados de la teoría de la argumentación jurídica permitiría abordar esta carencia, fortaleciendo la legitimidad, transparencia y racionalidad de los actos administrativos del Poder Judicial.

1.3. Estructura del trabajo.

La monografía se organiza en cinco capítulos. El primero identifica y delimita el problema, justificando la relevancia teórica y práctica del objeto de estudio. El segundo desarrolla los conceptos fundamentales - acto administrativo judicial y argumentación jurídica – y presenta los modelos teóricos seleccionados. El tercero define el enfoque metodológico y analiza el caso seleccionado (Resol. STJ Nº 321/2020) según las tres perspectivas teóricas. El cuarto expone los resultados del análisis argumentativo. Y el quinto presenta las conclusiones generales y propone reglas concretas para la fundamentación de los actos administrativos judiciales. Un desarrollo dirigido a demostrar que la argumentación jurídica constituye no solo una herramienta técnica para elaborar mejores decisiones administrativas judiciales, sino un requisito sustantivo para su validez constitucional, institucional y democrática.

Capítulo 2. Marco Teórico

2.1. La función administrativa del Poder Judicial. El acto administrativo judicial.

Tradicionalmente, el Poder Judicial se asocia con la función jurisdiccional centrada en la resolución de conflictos mediante la aplicación del derecho. Sin embargo, también ejerce función administrativa, especialmente a través de su facultad de superintendencia, dictando actos que inciden de forma directa en la organización interna, gestión de recursos, régimen disciplinario, política judicial y otros aspectos inherentes al funcionamiento institucional.

Esta función administrativa se encuentra reconocida en normas constitucionales y legales que atribuyen a las máximas instancias jurisdiccionales competencias y facultades de dirección, organización, coordinación y control sobre los órganos judiciales inferiores. Tales decisiones, por su naturaleza, no constituyen fallos jurisdiccionales, sino actos administrativos susceptibles de análisis desde el derecho público, incluyendo su sometimiento al régimen de recursos, nulidades y control judicial.

Aunque doctrina y jurisprudencia reconocen la existencia de esta actividad administrativa del Poder Judicial, lo cierto es que ha tenido escaso desarrollo teórico. La mayoría de los autores coinciden en que todo acto administrativo -incluso el emanado del Poder Judicial- debe ajustarse a principios constitucionales básicos como legalidad, competencia, debido proceso, finalidad y motivación. Pero solo unos pocos abordaron el estudio de algún aspecto en particular como Hutchinson, Grecco, Bianchi, Ekmekjdian, Barra, Gusman, Jeaneret de Pérez Cortés y Perrino, cuyos trabajos reseña Nielsen Enemark (2021) cuando escribe específicamente sobre acto administrativo judicial.

Existe consenso en que la función administrativa del Poder Judicial es aquella desarrollada por todos los órganos judiciales, a excepción de la función judicial propiamente dicha. Sin embargo, a diferencia de la función administrativa del Poder Ejecutivo, su carácter es instrumental habida cuenta de que es la actividad judicial propiamente dicha – aquella que brinda soluciones con fuerza de verdad legal, por parte de un tercero imparcial ajeno al proceso – la que persigue de manera mediata e indirecta el interés público.

Tal distinción permite definir al acto administrativo judicial: *"como aquella declaración de cualquier órgano judicial, en uso de un régimen jurídico exorbitante, y en ejercicio de función administrativa judicial interna o externa, productora, respectivamente, de efectos jurídicos indirectos y mediatos en un proceso judicial, así como directos e inmediatos sobre personas ajenas al Poder Judicial."* (Nielsen Enemark, 2021, p. 174)

Desde la jurisprudencia se confirma que estos actos dictados en ejercicio de funciones típicamente administrativas se encuentran sujetos a control judicial, especialmente cuando afectan derechos fundamentales o comprometen la legalidad del procedimiento. La misma Corte Suprema de Justicia de la Nación lo ha sostenido en Fallos 331:536, 311:260, 308:2026 y 310:576 entre otros, así como diversos tribunales, entre ellos el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes, por ejemplo, en las causas "López Pereyra, Sergio c/Estado de la Pcia. de Corrientes", ST1 26093/6, sent. 71/2014 y "Molina y Giacchetti Eduardo O y otros c/ Superior Tribunal de Justicia" LXP11407/15, sent. 3/2025.

No obstante, dicho control enfrenta una dificultad metodológica relevante, estos actos no se encuentran regulados por un régimen normativo específico como el de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos Nº 19.549 ni su decreto reglamentario, lo que impide establecer parámetros claros para su elaboración y revisión. En el caso de Corrientes, la Ley Nº 3460 se aplica en forma supletoria ante la ausencia de disposiciones en la Ley Orgánica de Administración de Justicia (LOAJ) y el Reglamento Interno de Administración de Justicia (RIAJ).

La actividad administrativa del Poder Judicial no está exenta de la exigencia argumentativa, aunque su tratamiento normativo, doctrinario y jurisprudencial resulta más difuso que el de otras funciones estatales. De allí la necesidad de evaluar la validez de tales actos no sólo desde la legalidad formal, sino también desde su estructura argumentativa, su dimensión ética y su calidad discursiva.

2.2. La argumentación jurídica. Teorías de Perelman, Habermas y Alexy.

Dentro del pensamiento contemporáneo se destacan tres enfoques de la argumentación jurídica que ofrecen herramientas analíticas complementarias que permiten evaluar la racionalidad interna del acto administrativo judicial, es decir, la conexión entre hechos, normas y consecuencias, así como su racionalidad externa, entendida como la adecuación del razonamiento a principios constitucionales como proporcionalidad, legalidad, transparencia, debido proceso y control de la discrecionalidad.

En este sentido, la argumentación jurídica funciona no solo como herramienta explicativa sino como un criterio normativo y epistémico para el control democrático de decisiones públicas, aportando un marco teórico que permite analizar no solo "lo que se decide", sino "cómo se justifica".

Esta funcionalidad se potencia en el caso de las decisiones administrativas judiciales en tanto impactan directamente en el funcionamiento del sistema de justicia y, por ende, su legitimación no puede derivar exclusivamente de la competencia formal del órgano emisor, sino de su capacidad para presentar una motivación racional, estructurada y compatible con los valores del Estado Constitucional de Derecho.

Y la integración de esos tres enfoques o perspectivas - la Nueva Retórica de Perelman que resalta la legitimación comunicativa frente a audiencias específicas; la Teoría de la Acción Comunicativa de Habermas que exige condiciones dialógicas inclusivas y la Teoría de la Argumentación Jurídica de Alexy que propone una estructura racional formal para justificar decisiones – proporciona, entendemos, el marco adecuado para guiar el análisis del caso y orientar el diseño metodológico.

Ello considerando que Chaïm Perelman, Robert Alexy y Jürgen Habermas, si bien desde distintas tradiciones filosófico-jurídicas, confluyen en la exigencia de legitimar racionalmente las decisiones públicas.

La Teoría de la Nueva Retórica de Chaïm Perelman y Lucie Olbrechts-Tyteca se centra en las técnicas discursivas que buscan la adhesión del auditorio a una tesis o punto de vista a través de argumentos que, si bien no son necesariamente "verdaderos" en un sentido absoluto, son plausibles y razonables dentro de un contexto dado. Distingue entre convencer a un auditorio universal o ideal con base en razones y persuadir a un auditorio particular, concreto, con base en valores. Según Chaumet (2017) la argumentación para Perelman implica adaptarse al auditorio, es decir, a aquellos en quienes quiere influir con su argumentación, utilizando figuras y técnicas como los argumentos cuasi lógicos, los argumentos basados en la estructura de lo real sobre la base de enlaces de sucesión y coexistencia, y los argumentos que fundan la estructura de lo real utilizando ejemplos, ilustraciones, modelos (pp. 127-136).

Jürgen Habermas (1992) en su Teoría de la Acción Comunicativa propone un modelo de interacción social donde la racionalidad se manifiesta en el lenguaje. A diferencia de la acción estratégica orientada al éxito mediante la influencia o manipulación, la acción comunicativa busca el entendimiento mutuo entre interlocutores. En este marco, todo acto de habla implica pretensiones de validez que pueden ser sometidas a crítica: verdad respecto al mundo objetivo, rectitud normativa en relación con el orden social y veracidad como expresión auténtica del mundo subjetivo del hablante. La inteligibilidad, aunque no es una pretensión evaluable, es condición necesaria para que el intercambio comunicativo tenga lugar (pp. 79, 135 y 393).

El consenso genuino, según Habermas, solo puede alcanzarse en una situación ideal de habla, libre de coacciones externas, donde los participantes se reconocen como iguales y se dejan convencer por la fuerza del mejor argumento (pp. 368). Este modelo no solo describe cómo debería funcionar la comunicación racional, sino que establece un ideal normativo para evaluar la legitimidad de normas, decisiones y prácticas institucionales en sociedades democráticas (pp. 42 y 110).

Finalmente, Robert Alexy (2010) en su Teoría de la Argumentación Jurídica concibe el discurso jurídico como un "caso especial del discurso práctico general" que habilita y compromete al operador jurídico a utilizar los argumentos prácticos generales, ya sea teleológicos, basados en la idea de bien, como deontológicos, que recurren a lo correcto o incorrecto sin tener en cuenta las consecuencias (pp. 293-297). Ello, sin prescindir de la moral habida cuenta de que, para Alexy, recuerda Chaumet (2017), "la injusticia extrema no es derecho". Una decisión jurídica es racionalmente justificable para Alexy si cumple con ciertas reglas y formas. Su distinción fundamental reside en la justificación interna, que se ocupa de la derivación lógica de la conclusión a partir de premisas normativas y fácticas, lo que conocemos como silogismo jurídico y la justificación externa que se encarga de la fundamentación de la validez de esas

premisas a través de reglas del discurso práctico general y reglas específicas del discurso jurídico, por ejemplo, argumentos semánticos, genéticos, históricos, comparativos, sistemáticos, y sobre todo, la valoración de la prueba (pp. 246-254).

Aunque convergen, como señalamos más arriba, en la necesidad de justificar racionalmente las decisiones, cada enfoque aporta una dimensión propia, mientras Perelman insiste en la capacidad del discurso para generar adhesión razonable y refuerza el carácter ético-comunicacional del acto; Alexy ordena el análisis mediante un marco normativo preciso, que distingue reglas y principios, exigiendo ponderación racional, y Habermas introduce el deber institucional de garantizar condiciones simétricas de participación, dotando al procedimiento de legitimidad democrática.

La integración de estos modelos permite construir un paradigma de legitimación discursiva multidimensional, en el que el acto administrativo judicial, en el caso, no solo responde a normas, sino que es capaz de justificarse racionalmente ante interlocutores institucionales, respetar valores jurídicos constitucionales, y ofrecer condiciones equitativas para el diálogo institucional.

Capítulo 3. Marco Metodológico

3.1. Justificación del enfoque metodológico

En esta monografía se adopta un enfoque cualitativo y crítico, fundado en la teoría de la argumentación jurídica entendiéndola como un instrumento analítico que nos permite evaluar el grado de racionalidad, coherencia y legitimidad de los actos dictados por el Poder Judicial en ejercicio de función administrativa, específicamente en su rol de superintendencia.

Esta elección metodológica se basa en la necesidad de establecer criterios objetivos y exigibles de motivación y justificación racional en aquellas decisiones que impactan significativamente en el diseño y funcionamiento del sistema de justicia. Lejos de ser actos meramente técnicos, estas decisiones deben responder a principios constitucionales como razonabilidad, publicidad, legalidad, transparencia y control de la discrecionalidad.

La metodología adoptada se implementa a través del análisis crítico de una resolución seleccionada al azar, dictada por el Superior Tribunal de Justicia en ejercicio de la potestad disciplinaria en el ámbito de superintendencia, a la luz de los criterios argumentativos derivados de los modelos teóricos señalados.

3.2. Criterios argumentativos aplicables al caso.

El proceso de análisis del acto administrativo judicial para verificar su legitimidad comienza, generalmente, con la identificación de los distintos elementos del mismo a efectos de constatar su presencia, y en tal caso si se hallan o no viciados pues, ello determina la gravedad de la sanción según la ley local (3460) aplicable supletoriamente ya que ni la Ley Orgánica de Administración de Justicia (LOAJ) ni el Reglamento Interno de Administración de Justicia (RIAJ) lo regulan.

Sin embargo, el presente análisis no pretende indagar acerca de la legitimidad del acto administrativo judicial, sino de la calidad argumentativa el mismo para lo recurrimos a ciertos criterios propuestos por cada una de las perspectivas teóricas elegidas porque coinciden en la exigencia de legitimar racionalmente las decisiones públicas.

Las preguntas que guiarán el análisis retórico según Perelman permiten identificar el auditorio: ¿A quién está dirigido principalmente este acto? ¿Qué valores y conocimientos comparte este auditorio?; las técnicas argumentativas empleadas: ¿Se utilizan argumentos cuasi-lógicos? ¿Existen argumentos basados en la estructura de lo real? ¿Hay argumentos que fundan la estructura de lo real? ¿Se observa disociación de nociones?; y, respecto de la fuerza persuasiva: ¿Cómo busca el STJ generar adhesión a su decisión? ¿Es la argumentación persuasiva o impositiva?

En el análisis comunicativo de Habermas la cuestión gira alrededor de la satisfacción de las pretensiones de verdad respecto a los hechos probados; de corrección normativa y congruencia con el marco legal; de manifestación de la veracidad; de inteligibilidad de la argumentación, esto es, si resulta clara y comprensible para el destinatario y el público general; y finalmente si en la discusión sobre la racionalidad comunicativa se podría considerar este acto administrativo judicial como el resultado de un proceso donde las pretensiones de validez fueron adecuadamente debatidas o justificadas, o si, por el contrario, prevalece una lógica más instrumental o autoritaria.

Conforme el análisis jurídico-argumentativo de Alexy para verificar su justificación interna, debemos preguntarnos si la decisión es lógicamente derivable de las premisas adoptadas y en el caso de la justificación externa cómo se fundan e interpretan las premisas normativas y fácticas, indagando sobre el peso o importancia de estas últimas; si se cumplen las reglas del discurso jurídico, esto es, si cuenta con la debida fundamentación o motivación, universalidad, coherencia y carga de la argumentación; y, si bien es un caso de aplicación de normas, cabría indagar, no obstante, si hay algún indicio de ponderación de principios.

Capítulo 4. Resultados del análisis argumentativo

4.1. Análisis desde la perspectiva de Perelman.

El análisis retórico de la Resolución Nº 321/2020 permite identificar auditorios particulares y universales hacia los cuales el Superior Tribunal de Justicia orienta su discurso. En el primer grupo se encuentran: (i) el agente XXX, destinatario directo de la medida; (ii) la Sra. R., señalada por presunta falsificación de documentos; y (iii) las Direcciones de Administración y Recursos Humanos, responsables de la ejecución del acto. Como auditorios con aspiración universal pueden distinguirse: (i) el conjunto de agentes judiciales frente a quienes la resolución busca reafirmar valores institucionales; (ii) los operadores jurídicos atentos a la corrección técnico-normativa del acto; y (iii) la sociedad en general, como destinataria indirecta del mensaje ético y de transparencia pública.

El STJ utiliza diversas técnicas argumentativas propias de la Nueva Retórica para sustentar su decisión. Se detectan argumentos cuasi-lógicos en el razonamiento que subsume la conducta del agente en el art. 23, inc. 16 de la LOAJ, siguiendo una estructura silogística implícita que vincula la conducta identificada, la norma aplicable y la consecuencia jurídica.

Entre los argumentos basados en la estructura de lo real, se observan como enlaces de sucesión o causalidad la presentación de los certificados falsos (causa) como el fundamento directo de la cesantía (efecto), y esta medida, a su vez, necesaria para preservar la disciplina institucional; y como enlaces de coexistencia evidenciar la conducta del agente - presentar certificados médicos falsos - como un reflejo de su carácter o inidoneidad para la función pública y prueba suficiente de la "irregularidad" de su conducta.

Los argumentos que fundan la estructura de lo real permiten, gracias al carácter público de la resolución, que funcione además como modelo ejemplificador de lo que no debe hacerse y precedente disuasorio de conductas similares.

Otra técnica utilizada es la disociación de nociones, en el caso, entre las responsabilidades administrativa y penal, que se manifiesta en la remisión paralela del expediente a fiscalía, sin que ello interfiera en el alcance disciplinario de la resolución.

En cuanto a la fuerza persuasiva, el Superior Tribunal de Justicia recurre principalmente a su autoridad institucional, apoyada en el marco normativo vigente y en el dictamen del Fiscal General. Aunque el tono del acto es eminentemente declarativo, la estructura de los considerandos ofrece una descripción técnicamente desarrollada del procedimiento sumario, de la reconstrucción fáctica y de las motivaciones de la decisión. La resolución no se limita a fórmulas estandarizadas, sino que presenta un itinerario argumentativo claro y exhaustivo, lo que fortalece su legitimidad institucional y operativa.

Desde una perspectiva retórica más amplia, puede advertirse que la argumentación privilegia la eficacia normativa sobre la anticipación de objeciones, lo que parece reforzar su carácter impositivo. La decisión busca adhesión racional es cierto, sin embargo, lo hace mediante un proceso dialógico explícito, basado no solo en el consenso jurídico implícito sobre la gravedad de la conducta y la proporcionalidad de la sanción aplicada sino también en la deliberación ocurrida durante el procedimiento sumarial previo.

4.2. Análisis desde la perspectiva comunicativa de Habermas.

Desde la perspectiva de la Teoría de la Acción Comunicativa de Jürgen Habermas, el acto administrativo judicial puede evaluarse según la satisfacción de las cuatro pretensiones de validez que configuran un discurso racionalmente aceptable en sociedades democráticas.

La pretensión de verdad respecto a la validez de las proposiciones constatativas se satisface en tanto se explican detalladamente los elementos probatorios concretos y el proceso de valoración interna, lo que facilita el escrutinio externo y la apertura crítica del discurso. La verdad fáctica se fundamenta no solo en la prueba sino en la exposición argumentativa abierta.

La pretensión de corrección normativa respecto a la validez de las normas de acción y de los enunciados normativos, resulta ampliamente satisfecha también pues la invocación del artículo 23, inciso 16 de la Ley Orgánica de Administración de Justicia (LOAJ) demuestra una aplicación normativa coherente con los hechos imputados y la remisión de antecedentes a la fiscalía también refuerza el encuadre legal de la actuación institucional.

La pretensión de veracidad respecto a la sinceridad o autenticidad de las intenciones del hablante (STJ) está implícitamente satisfecha en tanto la resolución, como acto institucional,

se presupone emitida con la intención genuina de aplicar la ley, mantener la disciplina y asegurar la probidad en la función judicial. La formalidad del lenguaje y la invocación de la ley contribuyen a la percepción de sinceridad en sus propósitos.

Por último, la pretensión de inteligibilidad, de comprensibilidad de la expresión lingüística también se halla satisfecha considerando que el lenguaje es claro, formal y preciso; la estructura convencional – Visto, Considerando, Resuelve - es lógica, y la terminología es propia del ámbito jurídico-administrativo, lo que la hace inteligible para los destinatarios directos y la comunidad jurídica. No hay ambigüedades evidentes en la redacción que impidan la comprensión del contenido y la decisión.

Al evaluar el acto como una instancia de comunicación democrática ideal —según el paradigma habermasiano— se advierte que el proceso decisorio si bien puede ser visto, en primera instancia, como unidireccional y de naturaleza impositiva, centrado en la autoridad del órgano, respeta la apertura dialógica entre partes. Los fundamentos están ampliamente desarrollados, el acto recrea las condiciones discursivas simétricas y mecanismos de deliberación racional entre emisores (instructor sumarial) y destinatarios (agente sumariado, enfermera involucrada), lo que le otorga legitimación comunicativa plena.

En conclusión, la resolución satisface las pretensiones formales de validez en cuanto a normativa, veracidad e inteligibilidad, y cumple razonablemente la pretensión de verdad desde un enfoque institucional. Y desde el modelo discursivo de Habermas, la presencia de una instancia crítica o deliberativa permite que el acto sea considerado resultado de un proceso comunicativo abierto.

4.3.Análisis jurídico-argumentativo desde la perspectiva de Alexy

Desde la Teoría de la Argumentación Jurídica de Robert Alexy, el acto puede evaluarse a través de su justificación interna, su justificación externa y el cumplimiento de las reglas del discurso jurídico.

La justificación interna está adecuadamente formulada. El acto presenta una estructura de inferencias muy clara subsumiendo la conducta del agente -uso de certificados médicos falsos-dentro de la categoría normativa de “conducta irregular” prevista en el artículo 23, inciso 16 de la LOAJ, lo que deriva en la sanción de cesantía. Los considerandos desarrollan esta lógica con solvencia, evitando saltos argumentativos o contradicciones.

La justificación externa, por otro lado, se ocupa de la fundamentación de las premisas utilizadas en la justificación interna, es decir, por qué las premisas normativas y fácticas son válidas o correctas. Alexy propone diferentes tipos de argumentos para la justificación externa.

Para la justificación de las premisas normativas utiliza como criterios la validez e interpretación de la norma. Al invocar los arts. 23 incs. 8 y 16 de la LOAJ y 8,9 y 50 del RIAJ se presume su validez y aplicación sin debatir su constitucionalidad, vigencia o aplicabilidad al caso concreto. Algo similar sucede con el segundo criterio habida cuenta que si bien no explica cómo interpreta el concepto “conducta irregular”, al subsumir el uso de dos certificados falsos bajo esa categoría está, en rigor, interpretándola; y se asume que esta interpretación es correcta y se halla consolidada en el ámbito de superintendencia del Poder Judicial. Para Alexy, las reglas de la argumentación jurídica exigen que la interpretación se fundamente en formas de argumentos como los semánticos, genéticos, históricos, comparativos y sistemáticos. La

resolución los explicita, sin perjuicio que resulta evidente que se apoya también en una interpretación acerca de la "conducta irregular" ya establecida y consolidada.

Respecto de la justificación de las premisas fácticas un asunto central es la fundamentación de los hechos probados. Se menciona la existencia de distintas pruebas - documental, testimonial y pericial - lo que denota actividad investigativa y respaldo empírico, expone el contenido de todas ellas y explicita su valoración, aunque no considera posibles objeciones a tales operaciones, lo que limita en cierto punto su transparencia argumentativa desde el punto de vista de Alexy.

Siguiendo con el análisis crítico la resolución debe respetar algunas reglas.

La regla de razón - todo el que afirma una proposición normativa que no es una regla de razón debe fundamentarla - se extiende a las proposiciones fácticas que fundamentan una decisión. En el caso de estudio se detallan las pruebas producidas, se explica qué valor probatorio se les asigna individualmente y cómo se articulan para llevar a la conclusión de la falsificación documental.

La regla de la universalidad en tanto la argumentación es autosuficiente y puede ser aceptada por cualquier interlocutor razonable.

La regla de carga de la argumentación sostiene que la carga argumentativa recae sobre quien afirma. El STJ afirma la falsificación de documentos y el uso de los mismos; por lo tanto, debe justificar esa afirmación. De la atenta lectura de los considerandos se desprende una fundamentación exhaustiva que permite al lector, y especialmente a un auditorio no involucrado en el proceso interno, evaluar la calidad de esa justificación.

Respecto de los argumentos empíricos, Alexy espera que se expongan aquellos que sustentan los hechos, como dictámenes periciales, testimonios, informes de auditoría, etc., de manera que se demuestre cómo esos elementos probatorios llevan convicción sobre la falsedad de los certificados y su uso por parte del agente. En el caso concreto se exponen con claridad.

Por último, si bien no se explicita la ponderación de principios, no es necesaria en el caso concreto porque no se advierte tensión normativa que demande su aplicación.

En síntesis, el acto administrativo presenta una justificación interna y externa sólidas y razonables, especialmente en términos normativos. Desarrolla extensamente la valoración probatoria, los considerandos contienen una secuencia argumentativa clara y profesional, que permite sostener la racionalidad jurídica del acto. Desde la óptica de Alexy, una explicitación detallada de las evidencias y del proceso de interpretación normativa enriquece su legitimación discursiva y permite un mayor control racional de sus premisas.

4.4. Síntesis crítica.

Una lectura contextual de los hallazgos observados a partir del análisis efectuado desde las diferentes perspectivas teóricas permite identificar fortalezas, no advirtiéndose, en rigor, debilidades sino, en todo caso, aspectos susceptibles de mejorar la argumentación jurídica del acto administrativo judicial.

Así entre las fortalezas significativas se destacan la claridad estructural y la eficacia institucional de la decisión ya que la parte resolutiva es inequívoca en su mandato (cesantía, comunicación, remisión a fiscalía); la justificación interna y externa y su coherencia lógica

(Alexy); la corrección normativa e inteligibilidad (Habermas) debido a la invocación de una norma legal vigente y aplicable con lenguaje claro, formal y comprensible para el auditorio jurídico y administrativo; la autoridad institucional (Perelman) suministrada por el órgano emisor STJ - y el aval del Fiscal General confieren un peso considerable al acto, generando adhesión; y también la diferenciación de esferas, la distinción entre responsabilidad administrativa y penal es metodológicamente correcta.

Simultáneamente, se identifica no como debilidad sino como área susceptible de mejora la fundamentación de qué se entiende por "conducta irregular" utilizando argumentos semánticos, históricos, comparativos y sistemáticos, por ejemplo, habida cuenta de que en el caso concreto se apoya en una interpretación ya establecida y consolidada.

En conclusión, la resolución exhibe una estructura jurídicamente válida y operativamente eficaz, su legitimación discursiva es plena considerando la exposición argumentativa, tanto en términos de transparencia fáctica como de apertura dialógica. Estos extremos aportan calidad técnica y refuerzan la racionalidad institucional exigible en el Estado Constitucional de Derecho.

Capítulo 5. Conclusiones y propuestas

Se ha examinado la calidad argumentativa de un acto administrativo dictado por el Superior Tribunal de Justicia de Corrientes en el ejercicio de su función de superintendencia -la Resolución Nº 321/2020 - a la luz de los modelos teóricos de Chaïm Perelman, Jürgen Habermas y Robert Alexy, con el propósito de identificar fortalezas discursivas, debilidades estructurales y proponer reglas orientadas a mejorar la legitimación racional de este tipo de decisiones.

El análisis reveló que la resolución presenta una estructura argumentativa jurídicamente válida, con una justificación interna y externa sólidas desde la perspectiva de Alexy, al establecer un razonamiento silogístico claro entre la norma invocada (art. 23, inc. 16, LOAJ) y la conducta verificada. Desde el enfoque habermasiano, el acto satisface las pretensiones de corrección normativa, inteligibilidad y veracidad institucional, a través de una redacción clara, técnica y acorde a su destinatario jurídico. En términos retóricos, según Perelman, la resolución emplea argumentos cuasi-lógicos, enlaces de sucesión y técnicas de disociación de nociones, orientadas a generar adhesión en distintos auditorios institucionales, consolidando su eficacia como mensaje ejemplificador.

Sintetizando entonces, el estudio no evidencia debilidades sino un punto susceptible de mejora, habida cuenta de que los considerandos desarrollan el itinerario argumentativo de forma técnica y secuencial, explicitando de manera suficiente el proceso de valoración de las pruebas producidas, lo que satisface plenamente la pretensión de verdad y favorece el control racional externo del discurso. Asimismo, aunque el acto cumple sus funciones institucionales y su retórica se apoya principalmente en la autoridad del órgano emisor, ofreciendo instancias dialógicas, no anticipa objeciones que coadyuvarían al fortalecimiento de su legitimación discursiva desde una perspectiva democrática.

En función de estas observaciones, se propone adoptar la Teoría de la Argumentación Jurídica de Alexy como marco metodológico principal, en virtud de su capacidad para estructurar el discurso jurídico en términos lógicos y normativos, complementada por las exigencias de transparencia deliberativa propias de Habermas y por la conciencia comunicativa del auditorio que destaca Perelman.

A partir de este marco, se enuncian entonces las siguientes reglas metodológicas orientadas a fortalecer la calidad argumentativa de los actos administrativos judiciales:

1. Regla de la fundamentación fáctica exhaustiva, consistente en explicitar los hechos relevantes, el origen de las pruebas, su contenido y su valoración específica dentro del razonamiento jurídico.
2. Regla de la valoración probatoria explícita, que exige justificar cómo las evidencias conducen a las conclusiones fácticas, fortaleciendo la pretensión de verdad y la legitimación empírica del acto.
3. Regla de subsunción normativa razonada, incluyendo una breve interpretación jurídica que justifique la aplicación de la norma al caso concreto, evitando presuposiciones de evidencia normativa.
4. Regla de referencia al debido proceso, incorporando una descripción sintética del itinerario procedimental seguido, incluyendo etapas del sumario, ejercicio del derecho de defensa y evaluación de descargos.
5. Regla de claridad y coherencia lingüística, empleando un lenguaje técnico, preciso y accesible para los distintos auditorios institucionales, cuidando la estructura del discurso jurídico-administrativo.
6. Regla de anticipación de objeciones, destinada a prever y responder razonadamente a posibles cuestionamientos, fortaleciendo la calidad argumentativa y la apertura crítica del acto.
7. La implementación progresiva de estas reglas contribuiría a consolidar la transparencia, la racionalidad práctica y la legitimidad democrática de las decisiones administrativas judiciales. Un acto rigurosamente fundamentado no sólo mejora su eficacia institucional, sino que también promueve una cultura jurídica orientada al control discursivo, al escrutinio público y al fortalecimiento de la confianza ciudadana en el sistema de justicia.

Bibliografía

- Alexy, R. (2010). Teoría de la Argumentación Jurídica - La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Palestra Editores S.A.C.
- Atienza, M. (2017). Filosofía del derecho y transformación social. Editorial Trotta.
- Balbín, C.F. (2015). Tratado de Derecho Administrativo. Vol.3. La Ley
- Cárcova, C.M. (1998). La Opacidad del Derecho. Editorial Trotta
- Chaumet, M.E. (2017). Argumentación – Claves aplicables en un derecho complejo. Astrea.

- Habermas. J. (1992). Teoría de la Acción Comunicativa I Racionalización de la acción y racionalización social. Editorial Taurus
- Habermas. J. (1992). Teoría de la Acción Comunicativa II Crítica de la razón funcionalista. Editorial Taurus
- Habermas, J. (1998). Facticidad y Validez. Sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en términos de Teoría del Discurso. Trotta.
- Marienhoff, M. (2002). Tratado de Derecho Administrativo. Vol. 3. Abeledo Perrot.
- Nielsen Enemark, C. (2021), La Reforma del Poder Judicial II – Revista de Derecho Público. Rubinzal Culzoni, pp. 141 - 188.
- Perelman, Ch. y Olbrechts -Tyteca. (1989). Tratado de la Argumentación-La Nueva Retórica. Editorial Gredos
- Vigo, R. (2017). La Interpretación (Argumentación) Jurídica en el Estado de Derecho Constitucional. Editorial Tirant Lo Blanch

Superior Tribunal de Justicia
Corrientes

N° 321 Corrientes, 14 de julio de 2020

VISTO: El Expediente Administrativo E-848-2019, caratulado: "SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA PROV. DE CTES. S/ MEDIDA DE SUPERINTENDENCIA SOBRE EL AGENTE XXX", y por cuerda el Expediente Administrativo E-2612-2017, caratulado: "OFICINA DE ESTADISTICA Y REGISTRO DE JUICIOS UNIVERSALES Y DE ACCIONES COLECTIVAS S/ OF. 24/17 - COMUNICA HECHO OCURRIDO CON EL AGEN**TE XXX** REF. AUSENCIA DEL LUGAR DONDE CUMPLE FUNCIONES";

CONSIDERANDO:

I.- Que las presentes actuaciones se iniciaron a raíz de un informe elevado al Instituto Médico Forense, por la Fiscalía Médica, a cargo de la Dra. L. E. M. obrante a fs. 3, referido a un certificado médico presentado por el agente XXX ante la Dirección de Recursos Humanos (fs. 4).

En dicho informe, la Dra. M. refiere que el día 29 de Marzo de 2019, la Dirección de Recursos Humanos le remitió, para auditoría, un certificado médico presentado por el agente XXX, de fecha 25 de Marzo de 2019, suscripto por la Dra. A. M. por el cual se prescribía al paciente absoluto reposo durante 5 días, desde el 25 al 29 de Marzo de 2019. Que el diagnóstico consignado en el certificado indica: *"Intoxicación aguda acompañado de deshidratación, por el cual deberá realizar varios estudios médicos"*. Señala, que dicho diagnóstico resulta poco claro y que utiliza terminología no médica, poco habitual.

Que por tal motivo se comunicó telefónicamente con la Dra. A. M., quien le manifestó que es residente del primer año del Hospital Escuela; que desconoce el certificado médico aludido, ya que nunca atendió al Sr. XXX y que no realiza consultorio externo en dicho nosocomio.

II.- Que a fs. 15, obra informe de la Dirección de Recursos Humanos sobre las licencias concedidas al agente XXX, que da cuenta que, en el mes de Febrero de 2019, se autorizó licencia: para el día 5 de febrero de 2019, por 2 días, con diagnóstico de: conjuntivitis; el día 12 de febrero de 2019, por un día, con diagnóstico: conjuntivitis; el 13 de febrero de 2019 por 3 días, con diagnóstico: conjuntivitis y el 16 de febrero de 2019 por 7 días, con diagnóstico: conjuntivitis. Que los certificados médicos presentados fueron devueltos al agente, a efectos de que el Sr. T. (quien es el superior inmediato del agente) conceda las licencias. Sin embargo, en ningún caso fueron presentadas ante la Dirección de Recursos Humanos como licencias concedidas.

Que en el mes de Marzo de 2019 se otorgó licencia para el día 20 de Marzo por 3 días, con diagnóstico: gastroenterocolitis, concedida por su superior jerárquico y el día 23 de Marzo de 2019 hasta el 31 del mismo mes y año, el agente informó que continuará con licencia por

Superior Tribunal de Justicia
Corrientes

enfermedad, pero no se recibió documentación alguna, ni aquel se presentó ante el Cuerpo Médico.

El informe destaca también que el agente lleva utilizados en el año 2019, 27 días de licencia por enfermedad de corto tratamiento conforme art. 43 del Reglamento Interno de la Administración de Justicia (R.I.A.J.), excediendo de esta manera el máximo de días de licencia previstos en la citada reglamentación por dicha causa -que es de 20 días-, por lo que correspondería otorgar 7 días de licencia sin goce de haberes.

La documentación mencionada en el informe (certificados médicos y planillas del Cuerpo Medico Forense) obra agregada a fs. 5/14.

III.- Que en función de ello, el Superior Tribunal de Justicia, por Resolución N° 195, de fecha 29 de Abril de 2019, ordenó la instrucción de un Sumario Administrativo, en los términos de los arts. 21, siguientes y concordantes del Reglamento de Sumario Administrativo (R.S.A.), a fin de investigar la actuación y conducta del Sr. XXX, personal de maestranza y servicios de la oficina de Estadística y Registro de Juicios Universales y de Acciones Colectivas, en relación a los hechos referidos en las actuaciones, como así también, todo otro evento anterior y/o posterior que pueda ser verificado en el transcurso de la investigación y que se encuentre vinculado con el ejercicio de sus funciones. Además, como medida preventiva dispuso la suspensión en sus funciones del agente, sin prestación de servicios ni goce de haberes, por el tiempo que demande la tramitación del Sumario Administrativo.

Que, por cuerda, se adjuntan: el expediente E-2612-2017, caratulado: "OFICINA DE ESTADISTICA Y REGISTRO DE JUICIOS UNIVERSALES Y DE ACCIONES COLECTIVAS S/ OF. 24/17 - COMUNICA HECHO OCURRIDO CON EL AGENTE XXX - REF. AUSENCIA DEL LUGAR DONDE

CUMPLE FUNCIONES", el expediente CA-232-2019, caratulado: "S. R. S/ CORRESPONDE A EXPTE. E-848-2019", y fotocopias simples el Legajo Médico del agente XXX.

Que mediante el expediente E-2612-2017, el Jefe de la Oficina de Estadística, J T, eleva informe a la Secretaría Administrativa del Superior Tribunal de Justicia dando cuenta de que el 9 de Junio de 2017, el agente XXX se ausentó de su lugar de trabajo con el objeto de realizarse un estudio médico y siendo las 11:00 hs. no regresó a sus labores.

Que el agente XXX formula su descargo, pero no obstante ello, habiendo incurrido en una falta disciplinaria grave, el Superior Tribunal de Justicia, a través de la Resolución N° 170, de fecha 3 de abril de 2018, le aplicó la sanción de 3 días de suspensión, sin prestación de servicios, ni goce de haberes, que se hicieron efectivos los días 7, 8 y 9 de Mayo de 2018; recomendándole, asimismo, el cumplimiento de la obligación de concurrir puntualmente a su lugar de trabajo y cumplir el horario de labor establecido reglamentariamente.

Que el expediente N° CA-232-2019, se inició a raíz de un recurso interpuesto por el Dr. R. S., en nombre y representación del agente XXX , contra la Resolución N° 195, del 29 de

Superior Tribunal de Justicia
Corrientes

Abril de 2019, solicitando se reconsidere las medidas adoptadas y se disponga el reintegro de su mandante en funciones.

Que el Alto Cuerpo, por Resolución N° 279, de fecha 18 de Junio de 2019, desestimó el recurso de reconsideración interpuesto, manteniendo firme en todas sus partes la Resolución N° 195, de fecha 29 de Abril de 2019.

IV.- Que constituida la Instrucción Sumarial, y cumplida la etapa de investigación preliminar, dictó Resolución N° 33, de fecha 16 de Octubre de 2019, obrante a fs. 211/217, citando al agente XXX, en carácter de Sumariado, en los términos de los arts.

37 y 38 del R.S.A. y atribuyéndole *prima facie* responsabilidad administrativa disciplinaria por los siguientes hechos:

a.- Habría presentado ante la Dirección de Recursos Humanos del Poder Judicial, con el objeto de obtener licencia o justificar inasistencias: - un certificado médico falso, de fecha 25 de Marzo de 2019, prescribiendo reposo por 5 días, el cual habría sido suscripto por la Dra. A. M., M.P. N°000, médica del Hospital Escuela "Gral. José F. de San Martín" y - un certificado médico falso, de fecha 20 de Marzo de 2019, prescribiendo reposo por 3 días, que habría sido suscripto por el Dr. C. P. M.N° 6666, médico del Hospital Escuela "Gral. José F. de San Martín".

b.- Habría incurrido en irregularidades al solicitar las licencias por razones de enfermedad que usufructuó durante los meses de Febrero y Marzo de 2019, siendo que no habría presentando las pertinentes notas de solicitud de licencias y la documentación médica respaldatoria de las mismas. Asimismo, habría omitido concurrir ante el Médico de Tribunales encargado de la fiscalización médico-laboral, a fin de permitir el control y seguimiento de las enfermedades que motivaron las licencias, según se desprendería del informe de la Dirección de Recursos Humanos de fs. 15.

V.- Que a fs. 224, obra acta de declaración del agente XXX de fecha 25 de Octubre de 2019. En dicha oportunidad el Sumariado manifestó que quiere aclarar que no tuvo ninguna mala intención al presentar esos certificados médicos, los cuales fueron expedidos por el Hospital Escuela, que va a hacer todo lo posible, lo que esté a su alcance, junto con su abogado, R.S. para que se demuestre lo contrario de lo que se le está imputando.

Que posteriormente, en fecha 12 de Septiembre de 2019, el Sumariado amplía su declaración, expresando que como se ha visto en el expediente, en reiteradas ocasiones concurrió, por cuestiones de salud, al Hospital Escuela. Que en dos casos particulares, al momento de su llegada a dicha dependencia fue atendido por una señora que portaba una chaquetilla, quien lo asistió, le dio un diagnóstico y posteriormente le expidió un certificado médico. Que a raíz de la llegada de la notificación a su dependencia de trabajo concurrió junto con su madre, M.M.M., su abogado M. S. y su novia L. B. al Hospital Escuela a fin de ubicar y reconocer a la persona que le había expedido esos certificados médicos. Que contactaron a dicha persona haciéndole el reclamo relativo a los certificados médicos que ella le otorgó en esas oportunidades. Que esta persona argumentó que era costumbre utilizar esos certificados por el tipo de

Superior Tribunal de Justicia
Corrientes

trato que tienen como enfermeros del Hospital en relación a los médicos. Que seguidamente hicieron que la referida persona ubicara a la médica, que en teoría o en un principio, había expedido esos certificados, por el hecho de estar su firma y sello, lográndose el contacto con ella. Que le plantearon la situación, estando dicha médica al tanto de cómo había sido la situación. Aseveró que no sabía, al momento de ser atendido por la persona que portaba chaquetilla, que no se trataba de una médica. Y que no pudo examinar minuciosamente los certificados de los cuales se dice que no fueron suscriptos por los profesionales firmantes antes de ser presentados en su lugar de trabajo (fs. 232).

VI.- Que en el curso del Sumario Administrativo, la Instrucción Sumarial produjo las pruebas que seguidamente se detallan:

1.- Prueba documental.

a.- Un certificado médico de fecha 25 de Marzo de 2019, suscripto por la Dra. A.M.. M N° 0000, médica del Hospital Escuela, que consigna: *"*XXX*, DNI* 00.000.000. *El paciente presenta un cuadro de intoxicación aguda acompañado de deshidratación por el cual deberá realizar varios estudios médicos y absoluto reposo durante* 5 días a partir del día de la fecha 25/03/19 al 29/03/19. Luego control por consultorio externo" (fs. 1).

b.- Un certificado médico de fecha 20 de Marzo de 2019, suscripto por el Dr. C. P., M.P. N° 6666, médico del Hospital Escuela, que consigna: *"*XXX *, DNI* 00000000. *El paciente presenta un cuadro de gastroenterocolitis aguda, por el cual debe permanecer en reposo durante 3 días. Y luego control por consultorio externo"* (fs. 14).

c.- Fotocopia certificada del Legajo Personal del agente XXX. Del mismo se desprende que fue designado por Acuerdo N° 14/15, pto. 3, ap. 7), de fecha 3 de Junio de 2015, en la Secretaría Administrativa del Superior Tribunal de Justicia con el cargo de Ayudante. Posteriormente, por Resolución de Presidencia N° 313, de fecha 15 de Septiembre de 2015, se dispuso el traslado del agente a la Oficina de Estadística y Registro de Juicios Universales (Sucesiones y Quiebras) y de Acciones Colectivas, comenzando a cumplir funciones en dicha dependencia el 16 de Septiembre de 2015. Luego, por Acuerdo N° 33/16, punto 11°, de fecha 11 de Noviembre de 2016, el agente XXX fue confirmado en el cargo y funciones para el que ha sido designado (fs. 40/85).

d.- Fotocopia simple del Legajo Médico del empleado XXX, que se agrega por cuerda a las presentes actuaciones.

2.- Prueba Informativa.

a.- Informe de la Secretaría Administrativa, respecto de los antecedentes disciplinarios del Sr. XXX, del que surge que registra una sanción de suspensión por el término de 3 días en el ejercicio de su cargo, sin prestación de servicios ni goce de haberes, que se hizo efectiva desde el 7 al 9 de Mayo del año 2018, recomendándole el estricto cumplimiento de los deberes a su cargo y cumplir el horario de labor establecido reglamentariamente, haciéndole saber que en caso de reincidir en conductas similares se aplicarán sanciones disciplinarias más severas

Superior Tribunal de Justicia
Corrientes

(Resolución STJ N° 170, de fecha 3 de abril de 2018). Asimismo, se ha registrado que posee una suspensión preventiva en sus funciones, sin prestación de servicios, ni goce de haberes, por todo el término que demande la tramitación del presente Sumario Administrativo, la que fuera dispuesta por Resolución N° 195 de fecha 29 de abril de 2019. (fs. 30/35).

b.- Informes de la Dirección de Recursos Humanos sobre:

Las licencias por enfermedad (art. 43 del R.I.A.J.) del agente XXX registradas en los meses de Febrero y Marzo de 2019, surgiendo que en ciertos casos no se presentaron las pertinentes notas de solicitud de licencias y los certificados o la documentación médica respaldatoria de las mismas, como así tampoco, el agente se ha presentado ante el Cuerpo Médico. Por otra parte, se informa que el citado empleado supera los veinte días de licencia que autoriza el Reglamento Interno, y requiere instrucciones al Secretario Administrativo, ya que se infiere que, en función de ello, le corresponderían siete días de licencia sin goce de haberes (fs. 15).

El detalle de las licencias usufructuadas por el agente XXX desde el año 2015 hasta la suspensión preventiva en sus funciones, en el cual se advierte que la mayoría de las licencias fueron solicitadas por razones de salud (fs. 37/39). Del mismo informe surge también que: En el año 2017: el 31 de Enero de 2017, el agente no firmó la planilla y no avisó la causal de su inasistencia. El 18 de Mayo de 2017, el agente registra falta injustificada por 4 tardanzas los días: 21 de Febrero, 17 de Marzo, 20 de Marzo y 18 de Mayo. El 31 de Mayo de 2017, el agente registra falta injustificada por 4 tardanzas los días: 22, 24, 29 y 31 de Mayo. El 31 de noviembre de 2017, registra falta sin aviso. En el año 2018: El 19 de Marzo de 2018, licencia no acordada (a descuento por no presentar nota de solicitud). El 23 de Mayo de 2018, falta injustificada por 4 tardanzas lo días: 6, 9, 21 y 23 de Marzo. El 26 de Marzo de 2018, falta sin aviso (a descuento). Desde el 7 de Mayo al 9 de Mayo de 2018, registra suspensión dispuesta por Resol. N° 170/18, sin prestación de servicios ni goce de haberes. El 5 de Junio de 2018, falta injustificada por 4 tardanzas los días: 27 de Abril, 15 de Mayo, 23 de Mayo y 5 de Junio. El 22 de Octubre de 2018, registra falta injustificada por 4 tardanzas los días: 30 y 31 de Julio y 4 y 22 de Octubre. El 4 de Diciembre de 2018, falta injustificada por 4 tardanzas los días: 5, 6 y 26 de Noviembre y 4 de Diciembre. El 5 de Diciembre de 2018, licencia no acordada por no presentar nota. El 14 de Diciembre de 2018, falta injustificada por 4 tardanzas los días: 7, 12, 13 y 14 de Diciembre. En el año 2019: Desde el 5 al 8 de Febrero, el 12 de Febrero; desde el 13 al 15 de Febrero y del 16 al 22 de Febrero, se hallan licencias en estado pendientes de resolución.

c.- Informes del Hospital Escuela “Gral. José Francisco de San Martín”, dando cuenta lo siguiente:

Que no existen registros de ingreso a dicho nosocomio del paciente XXX D.N.I. N° 00.000.000, entre los días 20 de Marzo de 2019 y 31 de Marzo de 2019, según informe del Departamento de Servicios Técnicos de ese Hospital, suscripto por el Director Ejecutivo,

S.G.N y Jefa del Servicio Jurídico, A.M. N. (fs. 89/92).

Superior Tribunal de Justicia
Corrientes

Que los lugares de prestación de servicios de los Dres. M. y P. en ese establecimiento, de acuerdo a lo manifestado a fs. 128 por el Jefe de Departamento de Personal, son: - La Dra. F. A. M. DNI N° xx.xxx.xxx, desempeña funciones de Médica Residente de segundo año, en la especialidad de Neurocirugía. - El Dr. C. R.P., DNI N° xx.xxx.xxx, desempeña funciones de Médico Residente de segundo año en la especialidad de Clínica Médica.

Que no cuenta con registro de ingreso del paciente XXX, DNI N°00.000.000, de acuerdo a lo informado por el Departamento de Servicios Técnicos de esa Institución. Tal contestación del Hospital Escuela se vuelve a presentar ante esta Oficina de Sumarios Administrativos en fecha 12 de Agosto de 2019 y 26 de Agosto de 2019 (fs. 130/131 y 144/147).

Que en relación a la Sra. S. E. R. DNI N° 11.111.111, el Departamento de Personal del Hospital Escuela informa que la misma: a) se desempeña como enfermera en dicho establecimiento, b) revista en la planta de Personal Permanente, c) cumple funciones en el Departamento de Enfermería – División II – Sector VI, d) los días 20 y 25 de Marzo de 2019 prestó servicios en el horario de 14:00 a 22:00 hs. (fs. 266).

Que las tareas encomendadas a dicha agente, de acuerdo a lo informado por el Departamento de Enfermería, son las siguientes: Baño y confort de pacientes, preparación y administración de medicamentos (según requerimiento del servicio y bajo supervisión de enfermeros profesionales del turno), preparación de pacientes pre-quirúrgicos, traslados a pacientes a diferentes servicios, control y registros de signos vitales, alimentación enteral (fs. 269).

3.- Prueba Testimonial.

Testimoniales prestadas, a tenor del artículo 44 del R.S.A., por el personal de la Oficina de Estadísticas: J.E.T. (fs. 94/96); M..O. (fs. 97/98); S. I. M.P. (fs. 99/101); M. E. G. (fs. 102/104); C. E. C. (fs. 109/111) y A.A. (fs. 112/114).

Testimoniales prestadas, a tenor del art. 46 del R.S.A., por los médicos residentes del Hospital Escuela: la Dra. F. A. M. (fs. 106/108); y el Dr. C.. R. P. (fs. 120/121).

4.- Prueba pericial caligráfica (documentológica).

Realizada por la Lic. B.C. E..sobre los certificados médicos obrantes a fs. 1 y 14 de autos. El dictamen pericial concluye que: Que el texto y la firma inserta en el certificado médico que obra a fs. 1 de fecha 25 de Marzo de 2019, no es auténtica, es decir, no fue confeccionada por la Dra. F. A.M. y por lo tanto no le pertenece a la misma. Que el texto y la firma inserta en el certificado médico que obra a fs. 14 de fecha 20 de Marzo de 2019, no es auténtica, es decir, no fue confeccionada por el Dr. C. P. y por lo tanto no le pertenece al mismo. Los documentos (textos) dubitados de fs. 1 y fs. 14, fueron confeccionados de puño y letra por una misma persona. Que no es posible determinar la antigüedad de las tintas utilizadas en el certificado de fs. 1, ya que, al haberse utilizado tinta de bolígrafo no existe posibilidad de medir el grado de evolución del proceso en que el vehículo es absorbido por el papel (fs. 172/208).

Superior Tribunal de Justicia
Corrientes

La Instrucción Sumarial dispuso también la producción de pruebas ofrecidas por el sumariado, consistentes en:

1.- Prueba documental.

Certificado original con membrete del Hospital Escuela, remitido por dicha institución (fs. 265).

2.- Prueba testimonial:

Testimoniales prestadas conforme al art. 46 del R.S.A. por las siguientes personas: L. A. B (fs. 250/251); M.S. P.(fs. 252/253); S.E. R. (fs. 255/256); E. Á.U. (fs. 258/259) y J. Á. (fs. 300/301).

Testimoniales prestadas conforme art. 44 del R.S.A., del Dr. M. D. S. M. (fs. 252 y 254).

Las testimoniales fueron registradas con grabación audiovisual, siendo incorporadas a autos en tres DVDs, obrantes a fs. 260, 261 y 302.

VII.- Que decretada la clausura del periodo de pruebas (fs. 304) y agregado el alegato del sumariado (fs. 311/339), la Instrucción Sumarial emitió sus conclusiones en los términos del art. 65 del R.S.A. (fs. 341/356), analizando, por separado, cada uno de los hechos atribuidos al agente.

a.- En relación a la conducta irregular imputada preliminarmente al empleado XXX referente a: "presentar ante la Dirección de Recursos Humanos del Poder Judicial dos certificados médicos presuntamente falsos, uno de fecha 20 de Marzo de 2019 (glosado a fs. 14) atribuido al Dr. C. P. y otro de fecha 25 de Marzo de 2019 (glosado a fs. 1), atribuido a la Dra. A.M., ambos médicos del Hospital Escuela "Gral. José Francisco de San Martín", con el objeto de obtener licencia o justificar inasistencias", sostiene la Instrucción Sumarial que las pruebas producidas en autos permiten concluir que: el agente XXX no fue atendido en el Hospital Escuela "Gral. José Francisco de San Martín" los días 23 y 25 de Marzo de 2019; que los certificados médicos obrantes a fs. 1 y 14, son falsos, ya que no fueron confeccionados, ni firmados por Dres. A.

M. y C. P., a quienes se atribuyen tales instrumentos según los sellos aclaratorios insertos en los mismos; que ambos certificados médicos fueron realizados por la Sra. S. E.R., quien se desempeña como enfermera del Hospital Escuela, sin el consentimiento, ni la autorización, de los Dres. P. y M. como un favor y a pedido de una conocida, la Sra. J.A., a quien se los entregó y que no atendió al Sr. XXX.

Que conforme a ello, la Instrucción Sumarial entiende que el agente XXX obtuvo de forma irregular los certificados médicos de fs. 1 y 14, que luego presentó ante la Dirección de Recursos Humanos para justificar sus inasistencias y solicitar licencias por enfermedad. Que dicha conducta configura una falta grave que merece ser reprochada, ya que estuvo dirigida a defraudar a la Administración de Justicia.

Se comparten plenamente las conclusiones de la Instrucción sumarial.

Superior Tribunal de Justicia
Corrientes

En autos está probado que Sr. XXX no fue atendido en el Hospital Escuela los días 23 y 25 de Marzo de 2019.

Así se desprende del informe remitido por dicho nosocomio que da cuenta que no existen registros del ingreso como paciente del referido agente (fs. 91).

Igual circunstancia surge de las testimoniales los Dres. C. P. y A. M., quienes manifestaron que el Sr. XXX nunca fue paciente de ellos (fs. 120/121 y 106/108, respectivamente).

Sobre el particular, el Dr. P. sostuvo que trabaja como profesional médico en el Hospital Escuela, realizando la residencia de Clínica Médica. Que comenzó la residencia en Junio del 2018, empezando su segundo año en Junio de 2019. Explicó que durante el primer año de clínica se hacen únicamente internaciones. Que se les asignan pacientes internados y conjuntamente con residentes superiores y médicos de planta, recorren cada habitación evaluando el estado de los pacientes. Sostuvo que en el primer año de residencia no hacen consultorio y que recién en Junio de 2019 empezó a hacer consultorio externo. Expresó también que nunca atendió al Sr. XXX, ya que solo pudo haberlo atendido si hubiera estado internado, pero que no recuerda que dicha persona haya estado internada. Aseguró que no realiza certificados laborales, salvo que el paciente esté internado y que, en ese caso, realiza un certificado por internación (fs. 120/121).

A su turno, la Dra. M. declaró que trabaja como médica en el Hospital Escuela

en el Servicio de Neurocirugía, desde el 18 de mayo de 2018 como médica residente. Que no realiza consultorio externo en el Hospital Escuela y que no atendió a XXX Al reposo y entonces me preguntó qué estudios yo consideraba necesarios y ahí tomé conocimiento de que había aparecido esta persona con este diagnóstico. La Doctora me dice que en el certificado había una firma que supuestamente era mía y mi sello, y le dije que yo no conozco a ningún XXX y conozco a todos mis pacientes e incluso tengo todas las historias clínicas en el Departamento de Estadísticas y eso lo podía corroborar. Podía corroborar que el Sr. XXX nunca estuvo internado por neurocirugía, y que nunca fue mi paciente. Luego, la Doctora me preguntó si yo hacía consultorio externo y le contesté que no. Yo al paciente de neurocirugía solamente lo veo antes de operarse, después en el quirófano y después en los controles postoperatorios. Y ahí la Doctora me comentó lo del certificado y le dije que yo no conocía a ese paciente y que yo no atendía a pacientes deshidratados y mucho menos intoxicados y entonces ella me dice si había alguna posibilidad de que yo deje mi sello en algún consultorio, o recetas en blanco firmadas con mi sello en alguna mesa del consultorio, a lo que respondí que no, que nunca dejo mi recetas firmadas en blanco, pero que hay un sector del hospital que es el sector de infectados, es el sector 6, donde tenemos la obligación de antes de entrar a atender a los pacientes tenemos que sacarnos la vestimenta hospitalaria y objetos que uno porta, los dejamos en el sector de enfermería y nos ponemos una bata, guantes y a veces botas y barbijos. Y me dice que hay un certificado que tiene una firma y mi sello con matricula N° 0000, y ahí le digo que es mi matricula y

que es probable que ese certificado haya sido certificado falsificado y yo le asegure que no atendí al paciente y que probablemente ese certificado haya sido falsificado, le dije que no sé si es mi mismo sello que fue robado, u otro sello con mi nombre, como un sello aparte…" (fs.106/108).

Finalmente, importa destacar que, según surge del informe del Departamento de Personal del Hospital Escuela, de fs. 128, los Dres. M. y P. se desempeñan como residentes de segundo año en las especialidades de Neurología y Clínica Médica, respectivamente, por lo que ninguno de ellos cumplía funciones en los Consultorios Externos del Hospital Escuela, circunstancia que descarta la posibilidad de que hayan podido atender la consulta del Sr. XXX.

En segundo lugar, está también acreditado que los certificados médicos obrantes a fs. 1 y 14, no fueron realizados por los Dres. P. y M..

En oportunidad de prestar declaración testimonial y al serle exhibido el certificado de fs. 14, para que manifieste si el texto y la firma inserta en dicha documentación le pertenecen, el Dr. C.P. manifestó expresamente que: "No es mi letra, ni mi firma. Yo no hice ese certificado, es falso". Agregando que el certificado dice: "lo espero en consultorio" lo que es falso, pues "en ese momento no hacía consultorio". En relación al uso de su sello profesional, el Dr. P.. sostuvo que el mismo le fue sustraído para la realización del certificado en cuestión pero manifestando que no sabe quién pudo haberlo hecho. Aclaró que su sello no es utilizado por otras personas en el Hospital, que él nunca lo presta, que no se acuerda haberlo perdido, ni haber dejado el sello, aunque señalando que "…Hay veces que dejamos nuestras cosas en enfermería y debemos cambiarnos y ponernos ropa especial con guantes, es un material de aislamiento, barrera epidemiológica, para no dispersar gérmenes intrahospitalario, y para entrar a ciertas habitaciones entramos con esta ropa especial y dejamos nuestro guardapolvo estetoscopio y pertenencias, es el único momento que recuerdo en que dejo mi sello…" (fs. 120/121).

De igual manera, al serle exhibido en la audiencia testimonial el certificado médico de fs. 1, y requerírsele que diga si el texto y la firma inserta en dicha documentación le pertenecen, la Dra. A. M. respondió: "No, ni el texto ni la firma son mías" (fs. 107).

Lo declarado por los mencionados testigos se halla confirmado por la pericia caligráfica llevada a cabo por la Lic. B. C.E., que concluyó que: a) el texto y la firma inserta en el certificado médico que obra a fs. 1 no es auténtica, toda vez que no fue confeccionada por la Dra. F. A. M., y por lo tanto no pertenece a la misma. b) el texto y la firma inserto en el certificado médico que obra a fs. 14, no es auténtica, ya que no fue confeccionada por el Dr. C.P., y por lo tanto no pertenece al mismo. c) Los documentos (textos) dubitados de fs. 1 y fs. 14, fueron confeccionados de puño y letra por una misma persona (fs. 172/208).

En tercer lugar, está probado que los certificados médicos en cuestión fueron confeccionados por la Sra. S. E. R., quien se desempeña como enfermera del Hospital Escuela.

Así se desprende de la declaración testimonial de la Sra. R., quien reconoció que ella confeccionó los certificados médicos de fs. 1 y 14, que le fueron exhibidos en la audiencia. También sostuvo que entregó los certificados a la Sra. J.Á. -una conocida-no al Sr. XXX. Que

éste no se presentó para atenderse en el Hospital Escuela, que no lo vio, ya que no se presentó ante ella. Explicó que fue la Sra. Á. quien concurrió al Hospital y le dijo que necesitaba una constancia para un amigo, un conocido que no podía concurrir, porque estaba muy mal (descompuesto). Que la Sra. Á. le dio los datos de XXX y ella rellenó los certificados. Expresó además que la Sra. Á. es conocida de su tía, y mencionó expresamente la dirección exacta donde la misma se domicilia. Asimismo, relató que favor ("una gauchada") hizo los certificados de forma completa. Refirió que tiempo después de realizar los certificados, se presentaron en el Hospital la madre del agente XXX y su abogado, manifestando que ellos querían hablar con la Dra. M. porque querían que diga que atendió a

XXX. Que ella le comunicó el pedido a la Dra. M. quien le dijo que ya se había presentado a declarar y había manifestado que no había atendido a XXX, que no había hecho los certificados y que no se iba a retractar. Aseguró que, al recibir la citación para declarar como testigo, la madre de XXX fue a visitarla hasta su domicilio, manifestando que cree que ella llegó hasta su casa ya que es conocida de la Señora (Á.). Que la madre de XXX le preguntó si ella quería juntarse con su abogado para ver que podía venir a declarar. Que entonces se asesoró con una abogada y ésta le dijo que no era necesario que se junte con el abogado de XXX y se ponga del lado de ellos, sino que directamente vaya (a declarar) y asuma su responsabilidad y diga la verdad (audiencia grabada en DVD de fs. 261).

En concordancia con lo expresado por la mencionada testigo, el informe del Departamento de Enfermería del Hospital Escuela, de fs. 266, da cuenta que la S. E. R. es enfermera de ese nosocomio y que entre las tareas que cumple se encuentran la atención de pacientes internados y preparación de pacientes pre-quirúrgicos. Resulta evidente entonces que la Sra. R. se encontraba habitualmente en el sector de enfermería del Hospital, lugar en los que los médicos residentes debían dejar todas sus pertenencias, entre ellas, sus sellos, para cumplir sus funciones, por lo que aquella estaba en condiciones de acceder a dichos sellos y utilizarlos sin el conocimiento de los profesionales.

El mismo informe, permite concluir también que la Sra. R. no pudo atender la consulta médica del Sr. XXX, pues la misma no cumple funciones en los Consultorios Externos del Hospital. Además, en ese lugar tampoco prestan servicios los Dres. P. y M., quienes, por consiguiente, tampoco pudieron delegar en la enfermera la atención del paciente.

En definitiva, y coincidiendo con la Instrucción Sumarial cabe concluir que: los certificados médicos obrantes a fs. 1 y 14 son falsos, ya que no fueron confeccionados, ni firmados por los Dres. A. M. y C.P.quienes se atribuyen conforme sellos aclaratorios de firmas insertos en los mismos.

Ambos certificados médicos fueron realizados por la Sra. S.E.R., enfermera del Hospital Escuela, sin contar con el consentimiento, ni la autorización de los Dres. M. y P.

El agente XXX no fue atendido en el Hospital Escuela en las fechas que se consignan en los certificados médicos en cuestión (20 y 25 de Marzo de 2019).

Los certificados médicos de fs. 1 y 14 fueron obtenidos por el agente Knoll Pabón de forma irregular, y presentados ante la Dirección de Recursos Humanos a fin de justificar sus inasistencias a su puesto de trabajo.

b.- En relación a la conducta atribuida *prima facie* al empleado XXX

consistente en que: "Habría incurrido en irregularidades, al solicitar las licencias por razones de enfermedad que usufructuó durante los meses de febrero y marzo de 2019, siendo que no habría presentando las pertinentes notas de solicitud de licencias y los certificados o la documentación médica respaldatoria de las mismas y habría omitido concurrir ante el Médico de Tribunales encargado de la fiscalización médico-laboral, a fin de permitir el control y seguimiento de la enfermedad", estima la Instrucción Sumarial que la misma se halla acreditada con las pruebas producidas en autos.

Se comparte la postura de la Instrucción Sumarial.

Del informe de la Dirección de Recursos Humanos, obrante a fs. 15, surge que

el agente XXX solicitó licencias por 13 días durante el mes de Febrero de 2019 (con diagnóstico: conjuntivitis), adjuntando al efecto los correspondientes certificados médicos. Que la documentación fue devuelta al empleado a efectos de que su superior jerárquico, el Sr. T., conceda las licencias. Sin embargo, en ningún caso dicha documentación fue presentada ante la Dirección de Recursos Humanos como licencia concedida.

Por otra parte, el mismo informe señala que del 23 al 31 de Marzo de 2019, el agente avisó que continuaba con enfermedad, pero que no se recibió documentación respaldatoria ni el agente se presentó ante el Cuerpo Médico.

Asimismo, a fs. 7, 9, 11 y 13, obran constancias expedidas por la Dra. L. E.

M., profesional del Cuerpo Médico Forense, que dan que el agente XXX no se presentó a los controles ante el médico de Tribunales, lo que impidió la fiscalización y seguimiento de la enfermedad, de acuerdo lo establecido en el artículo 43 del R.I.A.J.

Que en relación a ello, el sumariado no ofreció prueba tendiente a desvirtuar las irregularidades atribuidas, ni aclaró su posición al respecto, por lo que no cabe sino conformar su responsabilidad administrativa disciplinaria sobre los hechos en cuestión.

VIII.- En su alegato (fs. 311/339), la defensa técnica del Sumariado sostuvo que a fin de solicitar atención médica, el agente XXX concurrió efectivamente al Hospital Escuela los días 20 y 25 de Marzo de 2019, según resulta de los certificados médicos de fs. 1 y 14.

Que en ambas oportunidades fue recibido por una persona de sexo femenino que llevaba una chaquetilla similar a la utilizada por los médicos del nosocomio. Que dicha persona lo atendió, lo medicó y le extendió los pertinentes certificados médicos. Que la persona que atendió al Sr. XXX aparentaba ser una médica, ya que vestía chaquetilla, ocupaba un consultorio sin que su presencia sea cuestionada por las autoridades del Hospital y tenía documental con membrete del Hospital Escuela y sellos profesionales a su disposición.

Adujo también que los sellos insertos en los certificados médicos pertenecientes a los Dres. P. y M. no fueron sustraídos, ni usados sin autorización, sino que debe entenderse que dichos profesionales autorizaron a la enfermera que los utilice a fin de redactar los certificados médicos.

En sustento de su postura, invocó las declaraciones testimoniales de los Sres. E.Á.U., M.S.M., A.B.F., M.S.XXX y J. Á..

El testigo EÁU, médico, manifestó que atendió en varias oportunidades al Sr. XXX, a raíz de una patología digestiva. Asimismo, reconoció el certificado médico de fecha 26 de Marzo de 2019, que lleva su firma y sello -obrante a fs. 9 del expediente 09-CA-232-2019- en el que consignó que el paciente había sido atendido en el día de la víspera en el Hospital Escuela. Finalmente, aseveró que es costumbre que las enfermeras y secretarias extiendan los certificados médicos, lo que ocurre en un 99,9% de los casos (fs. 259).

El testigo M.S.M., abogado del Sr. XXX, sostuvo que el agente concurrió al Hospital Escuela para tratar su padecimiento y que le fue expedido el certificado médico. Que él (el declarante) también concurrió al Hospital con XXX cuando fue a pedir explicaciones sobre la supuesta irregularidad de los certificados médicos. Que en ambas ocasiones fue atendido por una señora de nombre Susana, que realizó los certificados médicos. Que la Sra. Susana le explicó que ella extendió los certificados porque las enfermeras estilan hacer los certificados por delegación de los médicos (fs. 254).

La testigo ABF sostuvo que concurrió con el Sr. XXX y la madre de éste al Hospital, donde fueron recibidos por una señora de nombre Susana. Que Susana los llevó a ver a la Dra. M., quien retaba a aquella por el tema de su firma y sello en el certificado médico. Que la Dra. M. les dijo que iban a solucionar el tema, que se queden tranquilos (fs. 251).

La testigo MS XXX, madre del agente sumariado, declaró que los días que le entregaron los certificados de fs. 1 y 14, acompañó a su hijo hasta la puerta

del consultorio del Hospital Escuela. Que si bien no entró con él, si pudo observar cuando la Sra. Susana confeccionó los certificados médicos (fs. 253).

La testigo AJ manifestó que conoce a la Sra. Susana R. por medio de la tía de ésta, pero que nunca le pidió favores personales. Concretamente señaló que no pidió que le extienda los certificados médicos a favor del Sr. XXX y que nunca vio dichos certificados (fs. 301).

Con ello, concluye que el agente XXX concurrió realmente al Hospital Escuela, donde fue atendido por la enfermera Susana R., quien confeccionó y le hizo entrega de los certificados médicos. Que el agente sumariado es ajeno a la forma de confección de los certificados médicos, ya que está probado que es de estilo que las enfermeras realicen los certificados y atiendan a los pacientes leves, que fue lo que hizo la Sra. R.

Por otro lado, cuestionó la validez de las testimoniales de los Dres. P. y M. ya que las mismas fueron recibidas sin la participación de su parte, lo que le impidió ejercer la debida defensa.

Superior Tribunal de Justicia
Corrientes

Los argumentos defensivos expuestos deberán ser desestimados.

Los Sres. ABF y MSM no fueron testigos presenciales de la atención médica del Sr. XXX en el Hospital Escuela. Por lo tanto, sus dichos no resultan útiles para acreditar una cuestión crucial, esto es si el agente fue o no atendido en el Hospital.

La Sra. MS XXX afirmó que acompañó a su hijo al Hospital Escuela los días 20 y 25 de Marzo de 2029. Que el Sr. XXX ingresó al consultorio con la enfermera. Que ella (la testigo) no entró con él, por lo que no puede dar detalles de la referida atención.

Sin embargo, las declaraciones de esta testigo no pueden reputarse suficientes para acreditar que el Sr. XXXue realmente atendido en el Hospital Escuela los días 20 y 25 de Marzo de 2019. Ello así, pues de los registros del Hospital Escuela no surge que el agente haya concurrido y recibido atención médica en el nosocomio esos días. Además, la Sra. R, enfermera que extendió los certificados médicos correspondientes a esos días negó expresamente haber atendido al Sr. XXX A lo anterior cabe añadir que la Sra.

MS XXX es la madre del agente sumariado, por lo que tiene interés en beneficiarlo,circunstancia que permite presumir la parcialidad de sus declaraciones, orevstaálnodr oplreobtoadtoareiofi.cacia

En cuanto a la testimonial del Dr. EÁU debe ponerse de resalto que este facultativo tampoco es un testigo directo, ya que no vio que el Sr. XXX haya sido atendido en el Hospital Escuela los días 20 y 25 de Marzo de 2019. En el certificado médico de fecha 26 de Marzo, obrante a fs. 9 del expediente 09-CA-232-2019, el Dr. U consignó: “refiere el paciente haber sido atendido en la víspera en el Hospital Escuela”. Pero esta manifestación carece de valor probatorio, porque el profesional se limitó a consignar lo expresado por el paciente, pero sin que pueda constarle que el mismo haya sido realmente atendido en el mencionado nosocomio. El Dr. U también expresó que es de estilo (en un 99,9 %) que las secretarias hagan los certificados médicos. Al respecto debe puntualizarse que el testigo refiere que es habitual que los médicos deleguen en secretarias y enfermeras la confección de los certificados, pero no así la firma de dichos certificados, ni la propia atención de pacientes. Por lo tanto, aun cuando pueda considerarse habitual que las enfermeras confeccionen los certificados por delegación de los médicos, en cambio no puede afirmarse que sea una práctica habitual y aceptable que las enfermeras firmen los certificados y examinen y mediquen a los pacientes. Por ende, el hecho de que los certificados de fs. 1 y 14 hayan sido firmados por la Sra. R y que el agente

XXX no haya sido atendido y examinado por los Dres. P. y M. (circunstancia que está acreditada fuera de toda duda por los dichos de estos facultativos) constituyen graves irregularidades que no pueden ser desconocidos por el agente.

Finalmente, la testigo JA, expresó que nunca le pidió a la Sra. Susana R que haga un certificado a favor XXX ya que a él no lo conoce (fs. 301). Se advierte así una clara contradicción entre lo declarado por las testigos Susana R. y JA ya que la primera manifestó que confeccionó los certificados para el Sr. XXX por pedido de JA a quien le entregó en el Hospital, circunstancias negadas por esta última.

Superior Tribunal de Justicia
Corrientes

En suma, la postura defensiva del sumariado consistente en afirmar que se presentó en el Hospital Escuela los días 20 y 25 de Marzo de 2019, donde fue atendido por una persona que, al menos en apariencia, estaba autorizada a extender certificados médicos, porque vestía chaquetilla similar a la de los facultativos de ese nosocomio, ocupaba un consultorio y tenía a su disposición papelería con membrete del hospital y sellos de los médicos y que, por lo tanto, no estaba su alcance controlar la legitimidad de dichos instrumentos, resulta insostenible.

Ello así, porque el agente sumariado no pudo acreditar, en primer lugar, que efectivamente concurrió y fue atendido los días 20 y 25 de Marzo de 2019 en el Hospital Escuela. Y en segundo lugar y aunque por vía de hipótesis se considere que si se presentó y fue atendido en el Hospital, no puede desconocer que ambos días fue atendido por una misma persona (la Sra. R), pero se le expidieron certificados suscriptos por diferentes médicos según surge de los sellos aclaratorios insertos en los certificados, uno de ellos con nombre masculino (Dr. C.P., fs. 14) y el otro con un nombre femenino (Dra. A.M., fs. 1) y que esta esa grosera incongruencia no le llame la atención respecto de la validez del instrumento.

Siendo ello así, el sumariado no puede postular válidamente, que desconoció - en dos oportunidades- el contenido de los certificados que presentó en su lugar de trabajo, puesto que, en rigor de verdad, se presume que sí lo sabía, siendo que es de su responsabilidad la documentación propia que presenta ante el Poder Judicial.

Además, tampoco resulta coherente el fundamento brindado por el sumariado, en cuanto a alegar su falta de culpa en la atención recibida por parte de una enfermera, que él la creía médica, toda vez que es evidente, que el Sr. XXXsiempre supo que la persona que realizó los certificados se llamaba “Susana” y que por lo tanto no era la profesional que supuestamente firmó el certificado médico de fs. 1. Al respecto, debe remarcarse que ese dato -ese nombre- no surge de ningún certificado o informe obrante en las actuaciones al dictarse la resolución de iniciación del Sumario Administrativo. Siendo, que, de acuerdo al propio argumento del sumariado, al enterarse de la instrucción del proceso investigativo en los que se cuestionaba el certificado médico de fs. 1, se presentó en el Hospital a buscar a la “Sra. Susana”, y no a la Dra. A. M. (cuyo nombre figuraba en tal certificado y en la Resolución que origina el presente procedimiento).

IX.- Que, en virtud de lo expresado, la Instrucción Sumarial estima, opinión que se comparte, que corresponde confirmar la responsabilidad administrativa disciplinaria del empleado XXX, ya que su conducta está reñida con las disposiciones legales que imponen a los agentes del Poder Judicial observar una conducta irreprochable (art. 8, en relación al artículo 9 del R.I.A.J.) y el deber de observar una conducta ejemplar en todas sus actividades, desempeñando sus funciones con imparcialidad, dedicación y diligencia (art. 4 y 5, primer párrafo, del Código de Ética para Magistrados, Funcionarios y Empleados del Poder Judicial de la Provincia de Corrientes (aprobado por Acuerdo Extraordinario N° 13/95).

Superior Tribunal de Justicia
Corrientes

Que, además, el accionar del citado empleado encuadra en las previsiones del art. 50 del R.I.A.J. que establece que: "Será considerada falta grave toda simulación o falsedad con el fin de obtener licencia o justificación de inasistencias…".

X.- Teniendo en cuenta la responsabilidad disciplinaria atribuida, la Instrucción Sumarial sugirió aplicar al agente XXX, la sanción de cesantía de acuerdo a lo establecido en el artículo 71, inciso d), del R.S.A.

Se comparte el criterio de la Instrucción Sumarial en cuanto a la procedencia de la sanción y su quantum.

El art. 23, incs. 8 y 16 de la Ley Orgánica de Administración de Justicia (L.O.A.J.), facultan al Superior Tribunal de Justicia a aplicar las sanciones disciplinarias que correspondan al personal de la Administración de Justicia en ejercicio de sus facultades de superintendencia y controlar la conducta y cumplimiento de los deberes de los Funcionarios y Auxiliares del Poder Judicial, sancionando la inobservancia del Reglamento Interno y de las Acordadas del Superior Tribunal de Justicia, las faltas de consideración y respeto debido a los Magistrados y Funcionarios, los actos que ofendan el decoro de la Administración de Justicia y la negligencia en el cumplimiento de sus deberes, pudiendo imponer llamados de atención, apercibimientos, suspensiones hasta treinta días, cesantía y exoneración.

Como puede apreciarse, las referidas normas contienen un catálogo de sanciones administrativas que permite graduar el reproche, adecuándolo a la gravedad de la falta cometida, con arreglo al principio de proporcionalidad de la pena que rige tanto en materia penal como disciplinaria.

Que en función de dicha normativa, en el caso de autos se estima procedente imponer al agente XXX la sanción de cesantía, teniendo en cuenta la entidad y reiteración de la falta que se le imputa y lo dispuesto en el art. 50 del R.I.A.J. que estatuye que el agente judicial que incurriere en simulación o falsedad con el fin de obtener licencia, será sancionado disciplinariamente de forma severa.

A efectos de graduar la sanción se tuvo en cuenta que el agente sumariado no cometió faltas atribuibles a un comportamiento meramente negligente o descuidado, sino que incurrió en conductas deliberadas (simulaciones y falsedades), a fin de obtener indebidamente el reconocimiento y usufructo de licencias.

También se tuvo en consideración que las faltas imputadas al empleado repercutieron negativamente en la normal prestación del servicio de justicia, toda vez que al obtener indebidamente la concesión de licencias, el agente causó una reducción del plantel de personal con el que normalmente debería contar la dependencia judicial en la que presta servicios, lo que indudablemente perjudicó el correcto funcionamiento de esa oficina.

Sobre el particular, este Tribunal tiene dicho reiteradamente que los agentes judiciales, en sentido lato, comprensivo de Funcionarios y Empleados, tienen deberes que cumplir, cuya índole guarda armonía con las tareas desempeñadas y pueden considerarse ínsito en todo empleo

Superior Tribunal de Justicia
Corrientes

público y que para el caso de los Funcionarios y Empleados judiciales se encuentran subsumidos en los deberes que enumera el Reglamento Interno de la Administración de Justicia, normas reglamentarias de la función, como así también el Código de Ética para Magistrados, Funcionarios y Empleados del Poder Judicial.

Que, en ese marco, el primer deber básico del agente es cumplir con dedicación la función que se le encomienda y principalmente, observar el fiel cumplimiento de sus deberes, porque el servicio de justicia exige rectitud y la observancia de una conducta irreprochable, debiendo guardarse en todo momento un estilo que trasunte seriedad, confiabilidad y honestidad de un buen funcionario y/o empleado judicial.

Por último, se valoraron los antecedentes disciplinarios del agente, quien ya registra una sanción administrativa, consistente en una suspensión de tres días en el desempeño de sus funciones, por incumplimiento la obligación de concurrir puntualmente a su lugar de trabajo y cumplir el horario de labor establecido reglamentariamente (fs. 30/35).

Que dado que la conducta irregular del Sr. XXX en relación al uso de dos

certificados médicos falsificados, podría comprometer su responsabilidad penal, corresponde remitir copias de las presentes actuaciones a la Fiscalía de Instrucción en turno, a fin de investigar si la referida conducta encuadra en alguna figura penal.

Las pruebas colectadas permiten concluir, de forma preliminar, que la Sra. Susana R fue autora de la falsificación de los instrumentos obrantes a fs. 1 y 14. En consecuencia, deberán remitirse los antecedentes a la Fiscalía de Instrucción en turno, a los efectos que correspondan.

Por lo expuesto, y habiendo dictaminado el Señor Fiscal General a fs. 358/361;

SE RESUELVE:

1°) Disponer la cesantía del agente XXX, con arreglo a lo previsto en el art. 23, inc. 16 de la L.O.A.J.

2°) Comunicar la presente a las Direcciones de Administración y de Recursos Humanos, a sus efectos. Tómese razón por Secretaría Administrativa de la sanción impuesta.

3°) Remitir copias de las presentes actuaciones a la Fiscalía de Instrucción en turno, a fin de que se investigue si la conducta del Sr. XXX y la Sra. Susana R., configuran un delito penal.

4°) Regístrese, insértese copia, notifíquese y, oportunamente, archívese. Fdo. Dres. EDUARDO GILBERTO PANSERI, FERNANDO AUGUSTO NIZ, GUILLERMO HORACIO SEMHAN, ALEJANDRO ALBERTO CHAIN.

Entre la Facticidad y la Validez: una Aproximación Epistemológica al Derecho desde Jürgen Habermas

E. Jacqueline Velázquez Hauron

Introducción

La epistemología jurídica constituye un campo específico dentro de la filosofía del derecho que se dedica a reflexionar sobre el conocimiento jurídico: sus fundamentos, su estructura interna y las condiciones que lo hacen posible y válido. En este ámbito, las preguntas centrales giran en torno a la naturaleza epistémica del derecho: ¿es posible hablar de un saber jurídico que sea científico, objetivo o racional? ¿Hasta qué punto este conocimiento se encuentra atravesado por factores sociales, históricos o lingüísticos?

En este contexto de interrogantes, la propuesta teórica de Jürgen Habermas, en particular, la desarrollada en su obra Facticidad y validez, representa una contribución significativa para repensar la racionalidad jurídica. Su planteamiento, centrado en una teoría del derecho de carácter comunicativo, busca integrar la dimensión normativa con la realidad fáctica a través de un modelo discursivo de legitimación.

La presente monografía se propone explorar los ejes centrales de la epistemología jurídica desde la perspectiva habermasiana. Se indagará cómo la teoría del discurso y la acción comunicativa pueden constituirse en una vía alternativa frente a las posiciones tradicionales del positivismo jurídico y el iusnaturalismo. Mediante una lectura crítica y articulada de Facticidad y validez, se examinarán las conexiones entre derecho, moral y política, haciendo especial hincapié en el papel del lenguaje, la formación de consensos racionales y la legitimación democrática como pilares epistémicos del orden jurídico.

Desarrollo

1. Epistemología jurídica: fundamentos y problemáticas

Uno de los interrogantes centrales que plantea la epistemología jurídica gira en torno a la posibilidad de un conocimiento objetivo del derecho. Esta pregunta no sólo compromete la definición de su estatuto científico, sino también la naturaleza misma del saber jurídico como forma particular de racionalidad. A diferencia de las ciencias naturales, el derecho está intrínsecamente ligado a su función normativa y a su dimensión práctica, orientada a regular la conducta humana en contextos sociales específicos. Desde esta perspectiva, Ferrajoli (2001) caracteriza al derecho como una técnica normativa que organiza la vida social, cuya racionalidad no puede comprenderse al margen de los valores éticos y políticos que la sostienen (p. 49). En consecuencia, la pretensión de neutralidad valorativa que guía a las ciencias empíricas no resulta adecuada para dar cuenta del fenómeno jurídico, ya que este implica juicios de valor, procesos interpretativos y decisiones que exceden los márgenes de una simple descripción objetiva.

El conocimiento del derecho, por tanto, se encuentra condicionado por estructuras normativas, lenguajes y trayectorias históricas que imposibilitan una objetividad absoluta. Comprender al derecho como un fenómeno social supone reconocer su dependencia del lenguaje cotidiano, su anclaje histórico y los marcos culturales que lo moldean. En esta línea, Gadamer (1977) advierte que toda interpretación jurídica se inscribe en un horizonte de comprensión determinado históricamente, lo cual implica que los operadores jurídicos no se limitan a aplicar normas de forma mecánica, sino que participan activamente en la construcción de su sentido (p. 341). La hermenéutica jurídica, en este sentido, pone de relieve que el saber jurídico es siempre situado, condicionado por símbolos y contingencias.

A partir de estas consideraciones, la epistemología jurídica se despliega en distintas corrientes que ofrecen respuestas divergentes sobre la relación entre derecho, moral y conocimiento. El positivismo jurídico, cuyo máximo exponente es Hans Kelsen, propone una visión formal y autónoma del derecho, en la que su validez se define por su pertenencia al orden normativo vigente y no por su contenido moral. Según Kelsen (1982), la eficacia del sistema jurídico se deriva de una norma fundamental presupuesta, sin necesidad de recurrir a criterios externos (p. 61). En contraste, las teorías iusnaturalistas sostienen que el derecho sólo es válido si se funda en principios morales universales. Esta posición ha sido defendida desde Tomás de Aquino hasta autores contemporáneos como Finnis (1980), quien sostiene que la validez del derecho debe evaluarse en función de los bienes humanos fundamentales que promueve (p. 86).

Por otro lado, las perspectivas críticas y hermenéuticas ponen el acento en el carácter histórico, lingüístico y social del derecho. Corrientes como la teoría crítica de la Escuela de Frankfurt y la filosofía hermenéutica destacan la necesidad de someter el derecho a una revisión racional en función de los contextos democráticos y culturales en los que se aplica. En esta línea, Nino (1989) entiende el derecho no como un sistema cerrado de normas, sino como una práctica discursiva abierta a la deliberación racional (p. 38). Dworkin (1986), por su parte, también se distancia del positivismo, al proponer una concepción interpretativa del derecho en la que los jueces deben encontrar la mejor justificación moral de las normas existentes (p. 87).

Dentro de este entramado de enfoques, la propuesta de Jürgen Habermas se presenta como una vía integradora y crítica. Su teoría discursiva del derecho parte de un cambio de paradigma: del modelo legalista tradicional hacia una concepción comunicativa en la que el lenguaje cumple un rol central en la integración social y en la resolución racional de conflictos. En Facticidad y validez, Habermas (1998) sostiene que el derecho moderno adquiere legitimidad en la medida en que posibilita formas de acción comunicativa orientadas al entendimiento mutuo y al acuerdo racional entre los ciudadanos (p. 42). Esta visión transforma las condiciones tradicionales de validez jurídica, ya que desplaza el foco desde el origen formal de la norma hacia su capacidad de generar consensos legítimos.

Desde esta óptica, la fuente última de legitimidad del derecho no reside exclusivamente en la autoridad institucional del legislador ni en la coherencia interna del sistema jurídico, sino en la posibilidad de que las normas sean aceptadas por todos los sujetos a quienes afectan, a través de procedimientos discursivos inclusivos. Habermas (1998) lo expresa con claridad al afirmar que “solo pueden pretender validez aquellas normas jurídicas que puedan

encontrar aceptación entre todos los posibles destinatarios en calidad de participantes en discursos prácticos" (p. 122). Este planteamiento introduce una noción de racionalidad intersubjetiva que sustituye a las ideas tradicionales de objetividad o verdad absoluta en el ámbito jurídico, y sitúa al diálogo como la base de toda legitimación normativa.

2. Habermas: del paradigma del sujeto al paradigma de la comunicación

Uno de los elementos más significativos que Jürgen Habermas aporta a la comprensión del conocimiento —y en particular al ámbito de la epistemología jurídica— es su propuesta de abandonar el paradigma centrado en el sujeto aislado que conoce, para dar paso a un enfoque basado en la intersubjetividad comunicativa. Esta transformación conceptual representa una crítica radical al modelo clásico de la modernidad, en el que el conocimiento era concebido como el producto de una relación entre un individuo racional y autónomo y un objeto externo al que debía aprehender. Esa visión, heredada del racionalismo cartesiano y del criticismo kantiano, pretendía fundamentar la validez del saber en estructuras puras de la razón o en la introspección de la conciencia individual.

Frente a esa tradición, Habermas propone una ruptura que reemplaza ese enfoque individualista por una teoría del conocimiento anclada en la interacción entre sujetos que dialogan en busca de acuerdos significativos bajo condiciones simétricas de comunicación (Habermas, 1987, pp. 7–9). Desde esta perspectiva, el conocimiento ya no se concibe como una operación solitaria del pensamiento, sino como un proceso compartido que se construye en contextos de argumentación orientados al entendimiento mutuo.

Esta superación del modelo centrado en el sujeto trascendental se formaliza en su teoría de la acción comunicativa. Allí, el conocimiento no es un reflejo pasivo de la realidad ni un producto de deducciones lógicas cerradas, sino el resultado de una cooperación racional entre personas que se reconocen mutuamente como interlocutores válidos. Lo que da valor a una afirmación no es su simple coherencia interna o su adecuación a un hecho objetivo, sino su capacidad para ser aceptada —tras someterse a la crítica— por una comunidad de diálogo que opera bajo criterios de racionalidad práctica (Habermas, 1998, p. 26). Este enfoque transforma no solo la manera de entender el lenguaje, sino también la forma en que se concibe el saber jurídico, al mostrar que el derecho no se impone desde arriba ni se deduce de principios cerrados, sino que se construye entre iguales en espacios de deliberación pública.

Cuando esta concepción se traslada al terreno jurídico, sus implicancias son profundas. La legitimidad del derecho ya no se encuentra en instancias trascendentes como la ley natural, la voluntad divina o la razón absoluta, ni tampoco en la autoridad impuesta de un poder soberano. Por el contrario, su validez debe surgir del reconocimiento mutuo entre ciudadanos que se conciben a la vez como autores y destinatarios de las normas. Esto supone un giro desde una fuente vertical del derecho, impuesta desde el poder, hacia una fuente horizontal, enraizada en el diálogo y la justificación pública ante todos los afectados (Habermas, 1998, pp. 118–121). En este contexto, la democracia adquiere un valor más profundo que el meramente institucional: se convierte en un marco discursivo que permite la formación racional de la voluntad colectiva y legitima las decisiones jurídicas mediante procesos de participación.

Desde esta visión, una norma jurídica no puede considerarse válida únicamente por su procedencia formal, ni por su contenido moral en abstracto. Su legitimidad depende de su capacidad para ser discutida, defendida o impugnada en condiciones inclusivas de deliberación racional, sin coerción y con igualdad de participación. Habermas lo expresa con claridad: "una norma solo puede pretender validez si puede encontrar aceptación entre todos los posibles afectados en calidad de participantes en discursos prácticos" (1998, p. 122). Esta afirmación encierra un principio normativo fuerte, basado en la idea de que la legalidad debe ir acompañada de una justificación razonada, en un entorno comunicativo donde prevalezca la equidad entre los interlocutores.

Este marco comunicativo redefine profundamente lo que entendemos por conocimiento jurídico. En lugar de limitarse a aplicar normas preexistentes, el derecho se concibe como una práctica argumentativa en la que los ciudadanos participan activamente en la creación de sentido normativo. Este enfoque, además, ofrece un criterio racional para discernir entre un derecho que es legítimo y otro que solo ostenta legalidad formal: sólo serán válidas aquellas normas que puedan ser justificadas de manera razonable en el espacio público, a través del diálogo argumentado y la participación crítica. Así, Habermas enlaza de forma coherente la epistemología jurídica con la ética del discurso y con una concepción exigente de la democracia, ofreciendo un horizonte normativo que busca dotar de solidez racional al derecho contemporáneo.

3. Facticidad y validez: el corazón de la epistemología jurídica habermasiana

En Facticidad y validez, Jürgen Habermas plantea una visión compleja del derecho que lo concibe como un fenómeno que articula dos dimensiones esenciales: su presencia efectiva en la vida social y su pretensión de estar normativamente justificado. Esta perspectiva dual constituye uno de los aspectos más distintivos y renovadores de su propuesta teórica. El derecho, según esta mirada, no solo debe entenderse como un conjunto de normas vigentes con capacidad coercitiva —es decir, como un sistema que efectivamente regula la conducta en contextos sociales específicos— sino también como un conjunto de enunciados normativos que aspiran a ser aceptados racionalmente por quienes se ven afectados por ellos (Habermas, 1998, pp. 37–39).

La tensión entre la dimensión fáctica y la dimensión normativa del derecho no puede ser disuelta sin comprometer su carácter propio. Reducir el derecho únicamente a su operatividad institucional o a su capacidad de imponer obligaciones mediante sanciones equivaldría a concebirlo como una herramienta de control exenta de justificación. Por otro lado, entenderlo exclusivamente desde su legitimidad normativa, sin considerar las condiciones sociales e institucionales que lo sostienen, sería convertirlo en un ideal ético desvinculado de su aplicabilidad. Para Habermas, el desafío del derecho moderno reside en articular estas dos dimensiones sin que una anule o absorba a la otra: la obligatoriedad jurídica debe sustentarse tanto en su eficacia como en su aceptabilidad racional (Habermas, 1998, pp. 40–45).

Desde esta perspectiva, la fuerza del derecho no reside solamente en su capacidad para sancionar conductas, sino en su posibilidad de ser aceptado por una comunidad de individuos libres e iguales. La clave de esta legitimidad radica en la participación activa de los

ciudadanos en procesos de formación normativa, donde las reglas puedan ser discutidas y justificadas públicamente. En este sentido, Habermas propone que las normas solo son legítimas si pueden ser aceptadas por todos los afectados en calidad de participantes en diálogos orientados al entendimiento. Como él mismo sostiene, la validez normativa de una regla se basa en su aprobación racional dentro de un marco deliberativo en el que nadie esté excluido de la posibilidad de influir en las decisiones (Habermas, 1998, p. 122).

Esta concepción lleva a Habermas a desarrollar lo que denomina "procedimentalismo democrático", un modelo en el que la legitimidad jurídica no se deriva necesariamente del contenido sustantivo de las normas, sino de las condiciones del proceso mediante el cual estas son generadas. A diferencia de las teorías que fundan la validez del derecho en principios morales absolutos o en una voluntad superior, el enfoque procedimental sostiene que las normas adquieren legitimidad si emergen de prácticas deliberativas en las que todos los participantes tienen voz y la posibilidad de cuestionar o justificar argumentos (Habermas, 1998, pp. 304–308). Bajo esta lógica, el foco se desplaza de los fines a los medios: lo importante no es solo qué norma se establece, sino cómo se llegó a establecerla.

Ahora bien, esta apuesta por los procedimientos no implica una defensa de formas vacías o rituales meramente formales. Más bien, apunta a asegurar condiciones institucionales que promuevan la inclusión efectiva y la igualdad de participación en los procesos jurídicos y políticos. Como señala Benhabib (1996), una democracia verdaderamente deliberativa no se limita a contar votos o sumar preferencias individuales, sino que requiere espacios en los que los ciudadanos puedan intercambiar argumentos en condiciones de equidad, reconociéndose mutuamente como interlocutores válidos (p. 70). Por ello, la propuesta habermasiana busca responder a los desafíos de legitimación del derecho en sociedades complejas, proponiendo un modelo que combine el respeto a la diversidad moral con procedimientos racionales de decisión colectiva.

La relación entre Facticidad y validez, lejos de ser un dilema sin solución, se configura como una dialéctica que exige ser abordada con una teoría capaz de comprender la legitimidad desde su anclaje práctico e institucional. En esta línea, la teoría discursiva del derecho que desarrolla Habermas no solo redefine qué entendemos por conocimiento jurídico, sino que también establece nuevas condiciones para su justificación. Al vincular derecho, diálogo y ciudadanía, propone una visión del derecho orientada por la racionalidad práctica, donde la autonomía colectiva, la participación igualitaria y el debate público se convierten en los fundamentos últimos de su legitimidad.

4. La teoría del discurso como base epistemológica del derecho

La teoría del discurso constituye el núcleo epistemológico sobre el que se sostiene la propuesta jurídica de Jürgen Habermas. Esta perspectiva introduce un criterio normativo clave para valorar la validez de las normas jurídicas, no en función de su origen o eficacia, sino de su capacidad para ser justificadas racionalmente en el contexto de una comunidad que delibera. Originada como una ética del discurso —donde las normas morales deben poder ser aceptadas por todos los involucrados bajo condiciones de diálogo racional—, esta teoría fue proyectada por Habermas al ámbito jurídico y político con el objetivo de responder a los desafíos de legitimación que enfrentan las sociedades contemporáneas, marcadas por el pluralismo y la complejidad (Habermas, 1998, pp. 117–120).

El principio central de esta concepción es que ninguna norma puede considerarse válida por simple imposición institucional ni por su origen trascendente; su legitimidad debe radicar en la posibilidad de ser razonablemente defendida en un proceso argumentativo entre

sujetos libres e iguales. Así, el derecho deja de presentarse como un conjunto cerrado de disposiciones y se entiende como una práctica argumentativa que requiere justificación ante los posibles afectados, quienes deben poder evaluar las normas desde razones públicas, es decir, razones que puedan ser compartidas en condiciones de comunicación equitativa.

Para que una deliberación jurídica cumpla con este ideal, deben garantizarse ciertas condiciones fundamentales: igualdad en la posibilidad de participar, libertad para expresar opiniones, sinceridad en los argumentos presentados, reciprocidad en el reconocimiento mutuo, y ausencia de presiones externas o internas que distorsionen la voluntad de los participantes (Habermas, 1987, pp. 99–100). Estas condiciones configuran lo que el autor denomina "situación ideal de habla", que funciona como un referente normativo desde el cual evaluar la legitimidad de los procesos normativos. Gracias a este marco, es posible distinguir entre normas simplemente eficaces —porque son obedecidas— y normas que son legítimas en sentido epistémico —porque son aceptadas racionalmente—.

Adoptar esta visión implica, además, una transformación profunda en el papel que cumple el derecho dentro de la sociedad. La validez jurídica ya no se agota en su adecuación formal a los procedimientos legales establecidos, sino que requiere un componente de legitimación discursiva que la conecte con la deliberación democrática. En esta línea, Alexy (2003) afirma que la racionalidad del derecho se sostiene en su apertura a la justificación argumentativa, de modo que "una norma jurídica es válida solo si puede ser objeto de una justificación racional en una práctica argumentativa" (p. 56). Así, el derecho se integra a un horizonte discursivo que lo vincula de manera estructural con la ética pública y con el ideal democrático.

Esta aproximación implica, además, una reconfiguración del papel de la epistemología jurídica. Lejos de limitarse a la descripción del orden normativo vigente o a la sistematización de sus reglas internas —como suele ocurrir en el enfoque positivista—, se proyecta como una tarea crítica orientada a examinar las condiciones sociales y políticas que hacen posible o limitan la legitimidad del derecho. El saber jurídico, por tanto, no es neutral ni se reduce a una técnica normativa; está atravesado por relaciones de poder, exclusiones y desigualdades que deben ser visibilizadas y transformadas desde una racionalidad comunicativa. Günther (1993) destaca que la racionalidad del derecho solo puede realizarse plenamente cuando las personas involucradas participan activamente en la interpretación, aplicación y creación de las normas, en un contexto de inclusión y reconocimiento (pp. 148–150).

Con base en estos supuestos, el derecho debe ser concebido no como un sistema cerrado y acabado, sino como un proceso abierto y revisable, donde las normas jurídicas están siempre sujetas a cuestionamientos y ajustes a partir del diálogo ciudadano. Esta comprensión del derecho como una práctica en construcción permanente resalta la centralidad de la deliberación pública como el mecanismo a través del cual se generan normas legítimas. En efecto, el espacio democrático se convierte en el lugar privilegiado donde se discuten y definen colectivamente los marcos normativos que rigen la vida en común.

Desde esta mirada, la epistemología jurídica no solo se redefine, sino que asume un papel transformador. Deja de ser una disciplina meramente descriptiva para convertirse en una praxis crítica que vincula el conocimiento jurídico con los ideales de participación, justicia y democracia. Así, se plantea como una herramienta para repensar el derecho no solo en

términos de legalidad, sino también en función de su capacidad para responder a los desafíos de inclusión, reconocimiento y deliberación racional en las sociedades contemporáneas.

5. Críticas y limitaciones del enfoque habermasiano

A pesar de su notable densidad teórica, la concepción habermasiana del derecho no ha escapado al escrutinio crítico. Si bien constituye uno de los marcos más elaborados para reflexionar sobre la legitimidad normativa en democracias complejas, no son pocos los autores que han señalado sus límites, tanto en el plano conceptual como en su aplicabilidad práctica. Una de las observaciones más persistentes gira en torno a la dificultad de trasladar las llamadas "condiciones ideales del discurso" al terreno de las sociedades reales, marcadas por desigualdades estructurales, exclusión y relaciones asimétricas de poder. En contextos donde operan jerarquías de clase, raza, género o cultura, la posibilidad de participación equitativa en los procesos deliberativos se ve significativamente restringida. Desde esta perspectiva, la viabilidad empírica del ideal discursivo propuesto por Habermas se vuelve problemática. Fraser (1992) subraya que imaginar un espacio público homogéneo e inclusivo equivale a desestimar las barreras materiales y simbólicas que obstaculizan el acceso efectivo de múltiples grupos al debate racional, proponiendo en su lugar una teoría de los "públicos subalternos" como vía de democratización del discurso (p. 123).

Otra línea crítica apunta al énfasis procedimental que atraviesa la teoría del discurso, especialmente en su dimensión jurídica. Al colocar el eje de la legitimidad normativa en la corrección formal del proceso deliberativo, se corre el riesgo de minimizar —o incluso invisibilizar— las exigencias sustantivas de justicia social. En este marco, algunos cuestionan que el cumplimiento de estándares procedimentales sea suficiente para garantizar la validez de las normas, sin considerar los efectos concretos que estas tienen sobre las condiciones de vida de los ciudadanos. Young (2000), por ejemplo, advierte que una concepción de la democracia exclusivamente racionalista puede dejar fuera del ámbito deliberativo a aquellas voces que no se expresan según los códigos dominantes del discurso público, y propone ampliar los estilos comunicativos legítimos para incluir formas como el relato personal, la expresión emocional o el testimonio (p. 38).

Además, se ha argumentado que el foco en la racionalidad comunicativa puede invisibilizar otras formas legítimas de acción política que no se encuadran en lógicas deliberativas tradicionales. Expresiones como la protesta, la ocupación simbólica del espacio público o la desobediencia civil representan modos de intervención que muchas veces anteceden o desbordan los canales institucionalizados del diálogo.

Fernández (1997) destaca Jürgen Habermas se distancia del enfoque sombrío y desalentado que caracterizó a los fundadores de la Escuela de Frankfurt respecto al papel de la razón en las sociedades contemporáneas. En lugar de perpetuar esa visión crítica, elabora una propuesta propia orientada a renovar la crítica social, ofreciendo como eje articulador su teoría de la acción comunicativa y una ética del discurso orientada al entendimiento. Coincidiendo con Marcuse en la idea de que la ciencia puede desempeñar un papel emancipador, Habermas plantea que el conocimiento no debe reducirse a una función técnica, sino integrarse en procesos racionales de diálogo. (p. 28)

Por otro lado, algunas críticas más estructurales han cuestionado si es posible sostener la legitimidad del derecho exclusivamente sobre procedimientos deliberativos sin atender a las condiciones materiales que enmarcan tales procesos. Desde enfoques posestructuralistas, feministas y del derecho crítico, se ha argumentado que el discurso está inevitablemente atravesado por relaciones de poder que no pueden neutralizarse mediante reglas formales. En esta línea, la expectativa habermasiana de una comunicación libre de dominación puede inadvertidamente reproducir silencios y exclusiones. Mouffe (2000) sostiene que toda forma de racionalidad política conlleva una dimensión conflictiva, y que asumir el antagonismo como constitutivo de la democracia permite una comprensión más realista de su dinámica, frente a modelos que idealizan el consenso (p. 104).

En conjunto, estas críticas no invalidan el aporte normativo de la teoría del discurso, pero sí señalan la necesidad de ampliarlo y reformularlo a partir de lecturas más situadas. La propuesta habermasiana continúa ofreciendo una herramienta poderosa para pensar la legitimidad del derecho en contextos democráticos; no obstante, resulta indispensable complementarla con enfoques que reconozcan la diversidad de formas de agencia política, la centralidad de las condiciones materiales de participación y la naturaleza conflictiva del espacio público. Esta apertura permitiría construir una epistemología jurídica más sensible a las realidades sociales concretas, más atenta a la pluralidad de voces y más comprometida con una justicia verdaderamente inclusiva

6. Aportes contemporáneos y proyecciones epistemológicas

Pese a las objeciones que se han dirigido al modelo comunicativo formulado por Jürgen Habermas —entre ellas, la tendencia a idealizar las condiciones del discurso y la dificultad de operacionalizar su teoría en escenarios jurídicos complejos—, su influencia en el pensamiento jurídico contemporáneo ha sido decisiva. Lejos de quedar confinada a un marco teórico cerrado, su propuesta ha estimulado el desarrollo de una segunda generación de autores que, además de retomar sus fundamentos, los han sometido a revisión crítica con miras a responder a los retos actuales del derecho. Entre los más destacados se encuentran Klaus Günther, Robert Alexy y Seyla Benhabib, quienes han realizado aportes sustantivos a partir de la matriz habermasiana. Günther ha elaborado una concepción de la racionalidad práctica que vincula el razonamiento jurídico con una ética discursiva orientada al entendimiento; Alexy, en cambio, ha construido una teoría de la argumentación jurídica que concibe el derecho como un sistema normativo susceptible de ser reconstruido racionalmente mediante principios argumentativos; por su parte, Benhabib ha ampliado el alcance político del enfoque comunicativo al incorporar una ética del reconocimiento que reclama la inclusión activa de sujetos históricamente silenciados en los espacios deliberativos (Benhabib, 1992; Alexy, 2003; Günther, 1993).

Desde una óptica epistemológica, el planteamiento habermasiano se presenta como un viraje frente a los modelos tradicionales de inspiración positivista o formalista, que conciben el saber jurídico como un sistema cerrado de normas objetivas. En contraposición, la propuesta de Habermas invita a pensar el derecho como una práctica social abierta, atravesada por el lenguaje, el conflicto y la negociación constante de significados. La producción de conocimiento jurídico, en este marco, no se reduce a la aplicación técnica de reglas previamente

establecidas, sino que se configura como una práctica comunicativa intersubjetiva, donde los actores involucrados deben justificar sus afirmaciones ante una comunidad que comparte ciertas condiciones mínimas de racionalidad. El derecho, entonces, se constituye como un ámbito en el que las normas obtienen su legitimidad no por su origen formal, sino por su capacidad de ser aceptadas mediante procesos argumentativos abiertos e inclusivos (Habermas, 1998; Ferrara, 2001).

Esta concepción del derecho como práctica discursiva tiene implicancias de fondo en el plano epistemológico, ya que desplaza los criterios tradicionales de validez jurídica. En lugar de anclarse en fundamentos trascendentes, jerárquicos o puramente institucionales, la legitimación del conocimiento normativo se vincula con la posibilidad de alcanzar consensos racionales bajo condiciones ideales de diálogo. Este giro comunicativo permite introducir una lógica deliberativa en el núcleo mismo de la epistemología jurídica, donde la argumentación se convierte en el eje sobre el cual se construye y valida el saber jurídico. Asimismo, esta racionalidad argumentativa habilita al derecho a responder de forma dinámica a los cambios sociales, a los reclamos por justicia y a las demandas de reconocimiento formuladas por actores colectivos. En este sentido, el derecho se presenta como una red en constante transformación, compuesta por prácticas interpretativas que se encuentran en permanente tensión con la racionalidad comunicativa que las articula (Habermas, 1990; Atienza, 2005).

Según Briones (2002) desde una perspectiva habermasiana, la transformación social no se reduce a la sustitución de un modelo económico por otro, sino que implica un proceso más profundo de racionalización comunicativa. Este proceso se caracteriza por la eliminación progresiva de los obstáculos estructurales que interfieren en el entendimiento recíproco entre los individuos. En una sociedad así concebida, las normas y verdades no emanan del poder coercitivo ni de la imposición ideológica, sino que emergen del diálogo argumentativo donde las razones mejor fundamentadas, expresadas en condiciones de equidad y simetría, determinan la validez de las afirmaciones. La construcción de una sociedad racional requiere, por tanto, la creación de espacios deliberativos libres de dominación, en los que los participantes puedan ejercer su capacidad crítica sin restricciones externas ni distorsiones comunicativas.

Aunque inicialmente, Briones (2002) menciona que se le asoció con el pensamiento neomarxista, la evolución teórica de Habermas ha evidenciado un alejamiento progresivo tanto de esa corriente como de los postulados más tradicionales de la teoría crítica. En sus trabajos más recientes, incorpora influencias provenientes de diversas corrientes sociológicas y filosóficas, como las teorías del interaccionismo simbólico de Herbert Mead, la sociología funcional de Talcott Parsons, el enfoque fenomenológico de Alfred Schutz y la perspectiva de cohesión social de Émile Durkheim. No obstante, sus principales preocupaciones intelectuales siguen girando en torno a la racionalización de las prácticas sociales y a los fundamentos normativos de la acción comunicativa, aspectos que mantiene como eje articulador de su proyecto filosófico.

Siguiendo a Fernández (1997) Habermas defiende una noción de verdad fundada en condiciones ideales de diálogo, donde la validez surge del respeto equitativo entre interlocutores que interactúan sin asimetrías de poder. (p. 29)

En definitiva, el legado teórico de Habermas —nutrido y reformulado por sus principales intérpretes— ha marcado un punto de inflexión en la reflexión epistemológica sobre el

derecho. Al desplazar el énfasis desde una lógica instrumental hacia una racionalidad comunicativa, su propuesta inaugura una comprensión del fenómeno jurídico más sensible a las complejidades del mundo social, al tiempo que impulsa una relectura crítica de las condiciones de legitimación de las normas. En este marco, la epistemología jurídica se concibe como una teoría crítica que no solo indaga en los fundamentos del saber normativo, sino que también se orienta hacia la democratización del derecho, promoviendo ideales como la inclusión efectiva, la deliberación pública y la justicia procesal (Benhabib, 1996).

Conclusiones

La epistemología jurídica, entendida como la disciplina que examina las condiciones de posibilidad, validez y racionalidad del conocimiento jurídico, encuentra en el pensamiento de Jürgen Habermas un punto de inflexión crucial. Su propuesta teórica, especialmente desarrollada en torno a la noción de derecho como estructura normativa y fáctica, plantea una superación de las tradicionales dicotomías entre legalidad y legitimidad, entre derecho y moral, y entre hechos y normas. Desde esta perspectiva, el derecho se concibe como un fenómeno complejo que solo puede ser comprendido plenamente a partir de una racionalidad comunicativa que articula los elementos normativos con las realidades sociales en las que se inserta. Esta visión contrasta significativamente con enfoques que restringen la validez jurídica al cumplimiento de procedimientos formales o que subordinan el derecho a contenidos morales sustanciales sin considerar su justificación discursiva.

El aporte distintivo de esta teoría radica en su capacidad para integrar el carácter obligatorio del derecho con su potencial de legitimación democrática. En lugar de considerar al derecho como una herramienta puramente instrumental para el control social, lo presenta como un dispositivo institucional orientado a la resolución de conflictos mediante normas que puedan ser justificadas racionalmente en un proceso abierto de deliberación. Así, el conocimiento jurídico deja de ser una técnica cerrada y autorreferencial para convertirse en una práctica discursiva, dinámica y abierta a la crítica y la revisión. Este desplazamiento epistemológico redefine tanto la función del derecho en la sociedad como la manera en que se construye su validez, al situarlo en el cruce entre los sistemas funcionales del poder y del dinero, y los espacios donde prevalece la comunicación orientada al entendimiento.

Este giro hacia la racionalidad comunicativa conlleva implicaciones profundas tanto para la teoría como para la práctica jurídica. En el ámbito teórico, desafía los fundamentos de la dogmática jurídica tradicional, al proponer una reconstrucción argumentativa del sistema normativo que no se agote en la lógica formal o en la autoridad legislativa. En el plano práctico, exige una transformación institucional que garantice procedimientos deliberativos genuinamente inclusivos, en los que los ciudadanos participen activamente como coautores del derecho. Esta transformación redefine el concepto de ciudadanía jurídica, que ya no se limita al cumplimiento pasivo de normas, sino que supone una participación activa en su elaboración, revisión y aplicación. La legitimidad del derecho, por tanto, no se deriva exclusivamente de su origen formal ni de su contenido, sino de su aceptación racional en contextos de simetría comunicativa entre los sujetos afectados.

En este contexto, la epistemología jurídica inspirada en Habermas deja de ser una reflexión meramente analítica para convertirse en una propuesta crítica, normativa y transformadora. Más que describir cómo se produce el conocimiento jurídico, se interroga por los criterios que lo hacen legítimo y válido en una sociedad democrática. La racionalidad comunicativa se convierte así en el horizonte normativo que orienta la práctica jurídica hacia el entendimiento mutuo y no simplemente hacia la eficacia o la obediencia. Esta propuesta cobra especial relevancia en escenarios marcados por la crisis de legitimidad institucional, la exclusión social y el debilitamiento de las estructuras democráticas, donde los marcos tradicionales del derecho resultan insuficientes para garantizar justicia y cohesión social. En este sentido, el modelo ofrece una alternativa coherente para repensar el derecho como proyecto emancipador, centrado en la participación pública, la inclusión deliberativa y el reconocimiento mutuo entre ciudadanos.

En definitiva, la epistemología jurídica infundida en el pensamiento de Jürgen Habermas trasciende una concepción meramente normativa del derecho como sistema de mandatos coercitivos, para proponer una comprensión más profunda y dinámica, anclada en la interacción comunicativa entre sujetos jurídicos. Desde esta óptica, el derecho no es simplemente un instrumento de control social, sino un espacio estructurado para el diálogo racional orientado al entendimiento mutuo, donde los significados jurídicos no se imponen, sino que se construyen intersubjetivamente mediante procesos deliberativos. La validez normativa, en este marco, no radica en la mera autoridad formal o en la eficacia de las normas, sino en su capacidad para ser justificadas en condiciones de simetría comunicativa, en las que todos los afectados puedan participar en igualdad de condiciones y sin coacciones.

De este modo, la legitimidad del derecho se vincula intrínsecamente a su dimensión discursiva y a la apertura institucional hacia la crítica argumentada y la revisión constante. Esta reconfiguración del saber jurídico, sustentada en la racionalidad comunicativa, promueve una visión del derecho comprometida con principios éticos sustantivos, como la autodeterminación de las personas, la inclusión de voces históricamente marginadas y la institucionalización de mecanismos participativos que hagan posible una auténtica democracia deliberativa. En consecuencia, la teoría habermasiana no solo ofrece una propuesta normativa, sino que también habilita un marco epistémico que permite evaluar críticamente las prácticas jurídicas existentes a la luz de los ideales de justicia, transparencia y respeto recíproco, fundamentales para la consolidación de una cultura jurídica orientada a la emancipación y al reconocimiento pleno de la dignidad humana.

Referencias bibliográficas

1. Atienza, M. (2005). Las razones del derecho: Teorías de la argumentación jurídica
2. (2.ª reimp.). Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de
3. Investigaciones Jurídicas. https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasjuridicas/oj_20151108_01.pdf
4. Alexy, R. (2003). Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

5. Benhabib, S. (1996). Democracy and Difference: Contesting the Boundaries of the Political. Princeton: Princeton University Press.

6. Briones, G. (2002). Epistemología de las ciencias sociales (Módulo 1). Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior (ICFES).

7. Dworkin, R. (1986). Law's Empire. Cambridge, MA: Harvard University Press.

8. Ferrara, A. (2001). Justificación y legitimidad. Ensayos de filosofía práctica.

9. México: Fondo de Cultura Económica.

10. Fernández, S. (1997). Habermas y la teoría crítica de la sociedad. Cinta moebio,

11. (1), 27–41. Recuperado de http://www.moebio.uchile.cl/01/frprin03.htm

12. Finnis, J. (1980). Natural Law and Natural Rights. Oxford: Clarendon Press.

13. Fraser, N. (1992). Rethinking the public sphere: A contribution to the critique of actually existing democracy. En C. Calhoun (Ed.), Habermas and the Public Sphere (pp. 109–142). Cambridge, MA: MIT Press.

14. Ferrajoli, L. (2001). Derecho y razón: Teoría del garantismo penal (9.ª ed.). Trotta.

15. Ferrara, A. (2001). Justificación y legitimidad. Ensayos de filosofía práctica.

16. México: Fondo de Cultura Económica.

17. Gadamer, H.-G. (1977). Verdad y método I (2.ª ed., J. Gaos, Trad.). Sígueme.

18. Günther, K. (1993). Teoría de la argumentación en el derecho y moral discursiva. Trotta.

19. Habermas, J. (1998). Facticidad y validez: Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Madrid: Trotta.

20. Kelsen, H. (1982). Teoría pura del derecho (6.ª ed., R. Vernengo, Trad.).

21. Universidad Nacional Autónoma de México.

22. Mouffe, C. (2000). El retorno de lo político. Paidós.

23. Nino, C. S. (1989). Fundamentos de derecho constitucional. Astrea.

24. Young, I. M. (2000). Inclusion and democracy. Oxford University Press.



Especialización en Derecho Laboral

Análisis de la modificación a la norma estatal Nº3.450. Ley de procedimiento Laboral de la Provincia de Corrientes

Lucas Germán Kopetko

Introducción

El presente trabajo se basará en la modificación que actualmente se pretende realizar a la ley 3.540 de procedimiento laboral de la provincia de Corrientes que fue promulgada en el año 1980 y ha resultado absolutamente útil y operativa durante el tiempo de su vigencia; pero en la actualidad no cubre con las necesidades de un servicio de justicia sencillo y ágil.

La ley de procedimiento laboral de la Provincia de Corrientes lleva más de 35 años de vigencia y evidencia La necesidad de introducir reformas a fin de poder dar a los operadores, una herramienta técnica jurídica, noble y útil para que el proceso laboral sea más sencillo y ágil.

El Superior Tribunal de Justicia de Corrientes remitió al Poder Legislativo y al Ejecutivo el anteproyecto de reforma al Código Procesal Laboral de la Provincia de Corrientes. La propuesta incorpora nuevos institutos y actualiza otros, en busca de lograr un proceso judicial más sencillo, rápido, económico, efectivo y justo. Se sabe que en la actualidad los derechos de los trabajadores se encuentran amparados por la normativa de fondo, en especial por los principios que rigen la materia como son entre otros el de irrenunciabilidad de los derechos, el principio de gratuidad y en especial el Principio protectorio. Pero para que estos principios puedan hacerse realmente efectivos necesitan, independientemente de ser reconocidos y aplicados que ante la necesidad de su reconocimiento por la vía judicial el mismo trámite por una vía que resulte basada en dos puntos basales que hoy no están presentes en el sistema laboral de la provincia como son: LA INMEDIATEZ del juez en todas las etapas del proceso, y la CELERIDAD del proceso, en virtud de ello el anteproyecto innova en deberes y facultades de los jueces y Tribunales, en la moralización del proceso –deberes de las partes- , distribución de la carga de la prueba, régimen de costas, medidas cautelares, proceso abreviado –en casos de accidentes o enfermedades laborales- y extensión de condena, entre otros. Proponiendo una mejora significativa del sistema procesal actual, incorporando nuevos institutos, actualizando los ya vigentes, sobre la base de una realidad en constante transformación y que no debe quedar al margen de los principios rectores y normas nacionales e internaciones que ven al trabajador/a como persona y sujeto de preferente tutela.

En la actualidad el anteproyecto se encuentra en la Comisión de Asuntos Constitucionales de Diputados, pero es tratado por los legisladores de ambas cámaras de esa comisión, aunque no se trata de una bicameral. Dicha comisión viene trabajando en conjunto con especialistas en la materia, entre los cuales se encuentran los Doctores Gustavo Sánchez Mariño, Nidia Billinghurst y Jorge Rivolta, subsecretario de Trabajo. También se hicieron presentes las

autoridades de la Federación Económica de Corrientes (FEC), Federación Empresarial de Corrientes (FECORR) y la Asociación de la Producción, Industria y Comercio de Corrientes (APICC).

En el presente trabajo analizaremos las modificaciones del actual proyecto de modificación de la norma estatal Nº 3540, propuesta por El Superior Tribunal de Justicia de Corrientes, analizando los innovadores reformas introducidas y comentando los artículos modificados de la actual ley.

TABLA DE ABREVIATURAS

ABREVIATURA	SIGNIFICADO
ACC	Accidente
ART	Aseguradora de Riesgo de Trabajo
ART	Artículo
CADH	Corte Americana de Derechos Humanos
CN	Constitución Nacional
CORTEIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CPCYC	Código Procesal Civil y Comercial
CSJN	Corte Suprema de la Nación
EXP	Expediente
I	Incidente
IND	indemnización
P	Página
PS	Páginas
REV	Revista
S	Sentencia
STJ	Superior Tribunal de Justicia
TRAB.	Trabajo
FEC	Federación Económica de Corrientes
FEC	Federación Empresarial de Corrientes
FECORR	Asociación de la Producción y Comercio de Corrientes

Capítulo I

Fundamentos de las propuestas de reforma a la Ley 3.540

Desde el dictado de la ley 3.540, han trascurrido 35 años. La realidad social, global y local ha cambiado.

Estamos conscientes que la cuestión del tiempo se sitúa en la encrucijada del problema de la existencia y el conocimiento. Y que el tiempo es la dimensión fundamental de nuestra existencia.

Aprovechamos la experiencia del pasado, valoramos el presente y damos importancia al futuro, porque el ser o la totalidad de sentido de una época, está siempre pendiente de un futuro adviniente.

De acuerdo a la infraestructura con que cuenta nuestro Poder Judicial –que deseamos mejore en el futuro-, los cambios propuestos quieren ayudar a que un proceso más sencillo, ágil, y económico, brinde un servicio de justicia pronto y eficaz a los litigantes.

En materia probatoria, se incorpora la teoría dinámica de la carga.

Ello debido a que, durante el proceso laboral, la disímil situación social o económica de las partes litigantes impacta en una desigual posibilidad de defensa en juicio.

La Corte IDH, ha reconocido que: No hay igualdad cuando pactan –para formar una relación de trabajo- el empleador que cuenta con suficientes recursos y se sabe apoyado por las leyes, y que el trabajador que solo dispone de sus brazos e intuye –o conoce perfectamente- que las leyes no le ofrecerán el apoyo que brindan a su contraparte. Tampoco hay auténtica igualdad cuando comparecen ante el tribunal un contendiente poderoso, bien provisto de medios de defensa, y un litigante débil que carece de los instrumentos para probar y alegar en su defensa, independiente de las buenas razones y los derechos que sustenten sus respectivas pretensiones. En esos casos, la ley debe introducir factores de compensación o corrección que favorezcan la igualación de quienes son desiguales por otros motivos, y permitan alcanzar soluciones justas tanto en la relación material como en la procesal.

El instituto de hablar claro, está dirigido a erradicar la ambigüedad en el comportamiento de los litigantes, en situaciones donde, por las circunstancias del caso, aquélla es particularmente reprochable.

El proyecto pone en cabeza la carga procesal de quien demanda y quien contesta, a fin de una delimitación del tema a decidir.

La explicación clara tiene raíces constitucionales, se funda en la defensa en juicio y de los derechos. El debido proceso exige que el demandado sepa de antemano: quién pretende, cual es la causa del reclamo, las razones de derecho en que se apoya su demanda, y cuál es el objeto de dicha pretensión. A su vez, la actora requiere conocer y precisar cuáles son las oposiciones y excepciones que articula su adversaria para replicarlas y cuáles son los medios probatorios con que cuenta para poder desvirtuar la postura defensiva de su contraria.

Otro sustento más genérico del instituto puede encontrarse en el principio de buena fe y lealtad procesal, por cuanto el lenguaje claro no puede ser considerado sino una derivación del mismo.

Sin dudas unos de los cambios más importantes es el de la implementación de la audiencia final, en la cual se concentran la reproducción de la mayoría de las pruebas, dejando el camino allanado a fines de que el juez dicte sentencia en el corto plazo. En cuanto a las costas, se propone hacer operativo el principio protector, a través de la incorporación de un criterio jurídico, superador de simple cálculo aritmético[1]. Para ello se faculta al juez o tribunal a valorar, en cada caso, la trascendencia de lo admitido y lo desestimado, no en el aspecto exclusivamente cuantitativo, sino en su conjunto, para poder apreciar prudencialmente cual es la apropiada y equitativa distribución de rubro costas.

En las medidas cautelares se introduce la facultad del juez para requerir caución juratoria del actor o sus letrados. Se regula la institución de embargo, y los requisitos que debe cumplir el peticionante.

Adecuando la normativa procesal a la constitucionalización del derecho civil, tras el dictado del Código Civil y Comercial, se introduce la acción del art. 1.711, para prevenir o disminuir la magnitud del daño causado. Se enuncian algunos casos de su procedencia, como los sujetos legitimados.

Se faculta a los jueces a dictar una orden judicial, la que dirigida al destinatario del despacho puede constituir de modo provisorio o definitivo en la exigencia a un comportamiento de "dar", "hacer", o "no hacer" para prevenir el daño o disminuir la magnitud del mismo.

El proyecto proporciona de este modo, herramientas procesales que puedan ser útiles a los magistrados a fin de eludir el daño, sea previendo su producción, mantenimiento o agravamiento.

Especialmente prevé el proyecto, como medida anticipada, las medidas de asistencia médica, farmacéutica, y ortopédica, a fin de preservar la salud o integridad física del trabajador accidentado.

En el caso de acciones por riesgo de trabajo, cuando se reclaman prestaciones dinerarias de la ley especial, esté reconocida la naturaleza laboral del accidente o enfermedad, y sólo hay controversia sobre el grado de incapacidad o el monto de las indemnizaciones según baremos y tarifas legales se implementan un proceso abreviado.

Como tal es más simple que el conocimiento, se establecen plazos breves, formas simples, limitación de recursos para la tramitación del pleito.

Se procura la rápida obtención de justicia mediante etapas agilizadas por la simplicidad de los trámites, de lo que resulta un proceso en función de la celeridad, sin menguar el derecho de defensa.

Destacamos que al momento de la sanción de la ley 3.540, no se hallaban reguladas en el ordenamiento jurídico argentino las ART.

En cuanto a las acciones dirigidas a extender la responsabilidad de personas físicas o jurídicas no demandadas originariamente, y con fundamento en la imputación de solidaridad pasiva, se regulan diversos supuestos equilibrando: la protección del crédito del trabajador con el derecho de defensa de los accionados. De tal modo se prevé una regulación procesal para cada uno de los supuestos que pusieren presentarse durante el transcurso del proceso y luego dictada la sentencia.

1. STJ Corrientes, "BORDON ANA ITATI C/ DECLEVA EMILIO S/ IND., ETC.", S. 79/2014.

Se prevé que, a) cuando el planteo promueva, antes de la audiencia de trámite, ello importará la ampliación de la demanda, b) si se introduce luego de la celebración de la audiencia, pero antes del llamamiento de autos, tramitará por vía incidental (vía sumarísima) y en sentencia el juez fallará principal e incidente, c) 1. Si está firme el llamamiento de autos, la pretensión se basa en hechos anteriores a dicha etapa, no se admite la tramitación vía incidente, y deberá acudirse a la vía ordinaria ante el mismo juzgado, 2. Si los hechos en que se funde la pretensión fueran sobrevinientes al llamamiento de autos, el actor podrá optar entre el juicio ordinario o el sumarísimo. Finalmente, aunque no por ello menos importante, el proyecto adecúa las normas de derecho interno al Sistema Internacional e Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. El Sistema ha puesto como centro y fin del mismo, la tutela y promoción de los derechos de la persona humana. El Estado Argentino, para no incurrir en responsabilidad internacional, de cumplir la obligación de adecuar sus normas de derecho interno a las disposiciones de la Convención Americana.

Por ello, todo el proyecto está permeado por derechos que el estado debe garantizar a los justiciables: un juicio donde éstos cuenten con igualdad de armas y un proceso de duración razonable.

En definitiva, la Comisión de Reformas ha proyectado y propone una mejora, significativa sobre la base de la ley procedimental laboral ya existente, incorporando nuevos institutos y actualizando los ya vigentes, sobre la base de una realidad en constante transformación y que no debe quedar al margen de los principios rectores y normas nacionales e internacionales que ven al hombre trabajador como persona y sujeto de preferente tutela.

Capítulo II

Organización y competencia

En la propuesta de reforma de la comisión, en el artículo 1, agregan al ya vigente a la CONSTITUCIÓN NACIONAL Y A LA CONSTITUCIÓN PROVINCIAL como normas por las cuales se regirán en materia de organización, competencia y procedimiento.

EN COMPETENCIA POR RAZÓN DE LA MATERIA. Los jueces con competencia en lo laboral entenderán en:

Las controversias Individuales de derecho entre empleadores y trabajadores derivadas del Contrato de Trabajo, de una relación laboral o en casos que se invoque su existencia, aunque la oposición a la pretensión se funde en disposiciones de derecho común;

En este acápite se mantiene lo referido a las controversias individuales –por oposición a los procesos colectivos o demandas de procesos colectivos- estos continúan quedando excluidos de la competencia del Juez laboral.

Se agrega las relaciones laborales o en casos donde se invoque la existencia de la misma, aunque la oposición de la pretensión se funde en disposiciones del derecho común.

La mayoría de las causas que tramitan ante los Tribunales del Fuero del Trabajo en la provincia de Corrientes versan sobre controversias individuales de derecho, entre empleadores y trabajadores derivadas de la Ley de Contrato de Trabajo (LCT), el Reglamento Nacional

del Trabajo Agrario (RNTA), la normativa que regula el servicio doméstico (Ley 26.844) y estatutos particulares.

a) Las causas contenciosas en que se ejerciten acciones fundadas en normas internacionales, estatales o profesionales del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, sin perjuicio de disposiciones contenidas en regímenes que establezcan una competencia especial;
b) Los desalojos que se promuevan para la restitución de inmuebles o partes de ellos, acordados como beneficio o retribución complementaria de la remuneración;

c) Las demandas de restitución de muebles y efectos de una de las partes, bajo las mismas condiciones que el inciso anterior;

Este inciso se agrega completamente nuevo ya que nuestra ley actual solo habla de inmuebles quedando desamparada la restitución de cosas MUEBLES acordadas como beneficio o retribución complementaria de la remuneración.

d) Las tercerías en los juicios de su competencia;
e) Los cobros de aportes, contribuciones y multas, fundados en disposiciones legales del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, de multas procesales y de impuestos a las actuaciones respectivas;
f) Las pretensiones promovidas por los trabajadores o sus derechohabientes para la reparación del daño ocasionado por los accidentes y enfermedades laborales, contra empleadores y aseguradores, incluidos los agentes públicos, en lo que en estas situaciones quedaran regidos por leyes o convenios laborales;
g) Las causas que se promuevan para para obtener la declaración de un derecho laboral, cuando el estado de incertidumbre respecto de una relación jurídica individual, de sus modalidades o de su interpretación, cause o pudiere causar un perjuicio a quien tenga un interés legítimo en determinarlo;
h) La repetición de fondos depositados con motivo de multas aplicadas por la administración laboral.
i) La homologación de los acuerdos que empleadores y trabajadores celebren con motivo de una relación laboral y las controversias que se deriven de los mismos; y *las acciones de tutela sindical establecidas en los Artículos 47 a 53 de la ley 23.551 de asociaciones sindicales, y las fundadas en la garantía de trato igualitario en el trabajo.*

Se agrega a este inciso el principio de no discriminación a través de la garantía del trato igualitario en el trabajo.

Competencia de las cámaras de apelaciones

Las Cámaras de Apelaciones en materia laboral, conocerán:

a) En los recursos que se Interpongan contra las decisiones de los Jueces de Primera Instancia que entiendan en materia de Trabajo y de Seguridad Social;

b) En los recursos instituidos por las leyes, contra resoluciones de la autoridad administrativa provincial, que sancionen Infracciones a las normas del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

c) En la recusación de los jueces de primera instancia y de los miembros integrantes del propio Tribunal.

d) En el incidente de acumulación de procesos.

En el proyecto se agrega dos supuestos más en los cuales las Cámaras de Apelaciones en materia laboral conocerán, de tal modo entenderá, también en las recusaciones de los jueces de primera instancia como así de los miembros integrantes del propio tribunal y en los incidentes por acumulación de procesos.

Competencia del superior tribunal

El Superior Tribunal de Justicia conocerá:

a) En los recursos que, conforme a esta Ley, se interpongan contra las sentencias de las Cámaras de Apelaciones del Trabajo.

b) En los conflictos de competencia

c) En la recusación de sus miembros.

En lo referido a competencia del Superior Tribunal, agrega en el artículo 5 del proyecto dos supuestos más de competencia en los cuales entenderá el Superior Tribunal los cuales se refiere a los conflictos de competencia y a la recusación de sus miembros.

Competencia territorial

En las causas que se promuevan en materia laboral será competente, a elección del demandante: el Juez del lugar del trabajo, el del domicilio del demandado, o el del lugar donde se hubiere celebrado el contrato. El que no tuviere domicilio fijo, podrá ser demandado en el lugar de su última residencia.

En las causas que se inicien por asociaciones profesionales por cobro de aportes, contribuciones o cuotas, será competente el Juez del domicilio del demandado.

En los casos en que la demanda sea interpuesta exclusivamente contra la Aseguradora de Riesgos del Trabajo, es competente a elección del trabajador, el Juez de su domicilio al momento de la ocurrencia del accidente o de la primera manifestación invalidante en caso de enfermedad profesional, o el del lugar de ocurrencia del accidente, o el del lugar donde se produce la primera manifestación invalidante en caso de enfermedad profesional.

En este artículo referido a la competencia territorial se agrega un supuesto en el cual, cuando la demanda sea exclusivamente contra la Aseguradora de Riego de Trabajo, faculta al trabajador a la elección del juez, pudiendo ser este el Juez de su domicilio al momento de la

ocurrencia del accidente o de la primera manifestación invalidante en caso de enfermedad profesional, o el del lugar de la ocurrencia del accidente, o el del lugar donde se produce la primera manifestación invalidante en caso de enfermedad profesional.

Recusación y excusación del magistrados

Los magistrados del fuero del trabajo sólo podrán ser recusados con expresión de causa cuando se encuentre con el justiciable, su abogado o procurador en alguna de las causales especificadas en el Código Procesal Civil y Comercial. El magistrado que se hallare comprendido en alguna causal de recusación deberá excusarse.

El artículo 11 del proyecto que estamos analizando asegura el derecho de las partes de contar con un Tribunal o Juez imparcial y se garantiza el derecho de defensa.

La Corte Interamericana de los Derechos Humanos en el artículo 8.1 de la Convención garantiza el derecho a ser juzgado por *"un tribunal competente… establecido con anterioridad a la ley",* disposición que se relaciona con el concepto del Juez natural, una de las garantías del debido proceso, a las que inclusive se ha reconocido, por cierto, sector de la doctrina, como un presupuesto de aquél. Esto implica que las personas tienen derecho a ser juzgadas, en general, por tribunales ordinarios, con arreglo a procedimientos legalmente establecidos.[2]

El Tribunal Interamericano considera que la institución de la recusación tiene un doble fin: por un lado, actúa como una garantía para las partes del proceso, y por el otro, busca otorgar credibilidad a la función que desarrolla la Jurisdicción. Así, la recusación otorga el derecho a las partes de instar a la separación de un Juez cuando, más allá de la conducta personal del Juez cuestionado, existen hechos demostrables o elementos convincentes que produzcan temores fundados o sospechas legítimas de parcialidad sobre su persona, impidiéndose de este modo que su decisión sea vista como motivada por razones ajenas al Derecho y que, por ende, el funcionamiento del sistema judicial se vea distorsionado. La recusación no debe ser vista necesariamente como un enjuiciamiento de la rectitud moral del funcionario recusado, sino más bien como una herramienta que brinda confianza a quienes acuden al Estado solicitando la intervención de órganos que deben ser y aparentar ser imparciales.[3]

La Corte Interamericana de Derechos Humanos considera que, la recusación es un instrumento procesal destinado a proteger el derecho a ser juzgado por un órgano imparcial y no un elemento constitutivo o definitorio de dicho derecho. En otras palabras, un juez que no pueda ser recusado no necesariamente es –o actuará de forma- parcial, del mismo modo que un juez que puede ser recusado no necesariamente es –o actuará de forma- imparcial.[4]

Además, una de las formas de garantizar la conducción imparcial del proceso es mediante el instituto procesal de la excusa, la cual compete al juzgador cuando se estima impe-

2. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela, S 17/11/2009, Considerando 75, www.corteidh.or.cr.

3. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Apitz Barbera Vs. Venezuela, S 05/08/2008, Considerando 63, www.corteidh.or.cr.

4. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Apitz Barbera Vs. Venezuela, S 05/08/2008, Considerando 64, www.corteidh.or.cr.

dido para conocer de un determinado asunto por considerar que, debido a que se presenta alguna de las causales previstas por la ley para ello, podría verse afectada su imparcialidad.[5]

Capítulo III

Actos y diligencias procesales

Principios judiciales

La dirección del proceso corresponde al órgano jurisdiccional, el que la ejercerá de acuerdo a las disposiciones de la Constitución Nacional, Convenciones y Tratados Internacionales de Derechos Humanos, y los principios: protector, de progresividad, de indemnidad y pro- homine, que informan este ordenamiento, procurando que su tramitación sea lo más rápida y económica posible.

En el artículo 13 del proyecto de la comisión modifica las disposiciones por las cuales el proceso se ejercerá a través del órgano jurisdiccional, poniendo en este a la Constitución Nacional, Convenciones y Tratados Internacionales de Derechos Humanos y los Principios protector, de progresividad, de indemnidad y pro-honime.

Se puede afirmar que la Constitución es el fundamento de validez de la ley. Las garantías constitucionales relativas a la justicia constituyen el fundamento de validez del derecho procesal.

A su vez, la comisión Interamericana de Derechos Humanos ha expresado: *"dada la función fundamental que desempeña el Poder Judicial en el cumplimiento de la responsabilidad que tiene todo Estado miembro de respetar y proteger los derechos humanos de quienes están sujetos a su jurisdicción, función que es de importancia capital en una sociedad democrática, la Comisión recomienda a los Estados miembros: adoptar medidas necesarias para proteger la integridad e independencia de los miembros del Poder Judicial en el ejercicio de sus funciones y, concretamente, en lo que se relaciona a los procesos sobre violaciones de los derechos humanos; en especial, los Jueces deben tener la libertad de decidir sobre los asuntos que tengan a la vista, sin estar sometidos a ninguna clase de influencias, instigaciones, presiones, amenazas o interferencias, directas o indirectas cualquiera que sea el motivo u origen de ellas.*[6]

La subordinación es un factor propio de la relación laboral, y esta subordinación trae aparejada la aplicación del derecho del trabajo.

El principio protector es como el corazón del derecho del trabajo su esencia radica no en nivelar a las personas sino de equilibrar las desigualdades existentes en dicha subordinación. En lo que respecta a cuáles es sus modos de aplicación, este principio protector consta de tres partes.

---

5. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia, S 01/09/2010, Considerando 177, www.corteidh.or.cr.

6. "Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1996", Secretaría General OEA, Washington D.C., 1997, p. 799.

El principio de progresividad se relaciona con el Orden Público Laboral en cuanto sustenta la adquisición de los derechos consagrados por las constituciones nacionales y provinciales, los Tratados y Convenios de la OIT, las leyes, Convenios Colectivos de Trabajo, estatutos profesionales, y demás fuentes normativas por las que los trabajadores obtengan mayores beneficios. Y que una vez adquiridos por los trabajadores revisten carácter obligatorio, inderogable e irrenunciable, so pena de caer en la nulidad de los actos que se contrapongan a su vigencia. Que esos beneficios una vez obtenidos se integran a los contratos individuales de trabajo, y ya no se podrá disponer de ellos sin caer en conductas ilícitas.

En el ámbito de las relaciones laborales, la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas de las actuaciones del trabajador encaminadas a obtener judicial o extrajudicialmente la tutela de sus derechos.

El Principio Pro Hominis prescribe constitucionalmente cuáles deben ser en primer lugar, la plataforma de acción para interpretar los derechos fundamentales; en segundo lugar, el sentido tuitivo o protectorio que debe adjudicársele a la interpretación en favor del más débil, en tercer lugar, dar certidumbre sobre los límites de los derechos fundamentales; en cuarto lugar, cómo debe dirimirse una decisión jurisdiccional entre diversas soluciones posibles, debiendo optar por la solución más beneficiosa a los derechos del individuo, soslayando aquella que garantice en menor grado un derecho fundamental. Por tal motivo, todo apartamiento jurisdiccional de estos estándares importa una flagrante interpretación violatoria del Derecho de la Constitución, otorgándosele verdadero valor de Garantía de Interpretación de la Constitución.

El Principio indica que el intérprete ha de seleccionar y aplicar la norma que en cada caso resulte más favorable para la persona humana, para su libertad y sus derechos, cualquiera sea la fuente que la suministre, ya sea interna o internacional. En efecto, se trata de un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual, se debe acudir a la norma más amplia, o interpretación más extensiva, cuando se trate de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, eso es, estar siempre a favor del hombre.

Las condiciones para la aplicación del principio Pro Hominis supone, en primer lugar, atender a la naturaleza de los derechos que se encuentran en juego, en segundo lugar, atender los sujetos que intervienen, en tercer lugar, atender a la vigencia territorial de la fuente o norma seleccionada.

Control de oficio de la convencionalidad

El Articulo 14 de este proyecto establece que:

De oficio deberá ejercer los controles de constitucionalidad y convencionalidad de las normas que aplique, y deberá tomar todas las medidas necesarias tendientes a establecer la verdad de los hechos controvertidos, evitar nulidades de procedimiento y prevenir o sancionar

cualquier otro acto contrario a la dignidad de las personas y de la justicia, así como las faltas a la lealtad y probidad en el proceso.

La interpretación y aplicación de los preceptos normativos deben tener al trabajador como sujeto de preferente tutela, primando el principio protectorio de justicia social.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha resuelto que los jueces nacionales deben realizar el control de convencionalidad, entre las normas internas y la convención americana; de oficio y en el marco de sus respectivas competencias. Este control difuso de convencionalidad, convierte al juez nacional en juez interamericano.

Notificaciones: notificación ficta y electrónica

En este proyecto de modificación de nuestra ley de procedimiento laboral de la provincia de Corrientes, introduce dos nuevos artículos.

El artículo 34 hace referencia a la notificación ficta con el retiro del expediente:

El retiro del expediente conforme modalidades previstas en esta ley, importará la notificación de todo auto, traslado o resolución judicial de data anterior. Igual efecto producirá la notificación personal del artículo precedente desde el día en que conste en autos, respecto de las providencias, traslados o resoluciones que sean antecedentes lógicamente relacionados con el acto del que se notifica.

Todos los que intervengan en un proceso quedarán fictamente notificados por el posterior retiro en préstamo del expediente por su apoderado, de todo auto, traslado o resolución judicial de data anterior.

La notificación personal produce el mismo efecto con el artículo precedente (providencias, traslados o resoluciones).

Capítulo IV

Juicio ordinario

Demanda y contestación

Otro punto innovador de este proyecto de modificación de ley es la exigencia para el demandante de precisar correctamente el **objeto de la demanda, la cuantificación de los rubros y los fundamentos de la cantidad que reclama**, bajo apercibimiento de no considerarlo en la sentencia.

Artículo 42.- Demanda - La demanda deberá interponerse por escrito y expresará.

(…) c) El objeto de la acción, designando en forma clara, sucinta y separada, los hechos y el derecho en que se funda y el monto discriminado de lo reclamado, el que podrá diferirse al resultado de la prueba pericias o estimación judicial, cuando no fuere posible precisarlo, podrá diferirse su cálculo a la prueba pericial o a la estimación judicial. En tal caso, deberán indicarse los rubros que componen la demanda y las pautas necesarias para liquidarlos, expuestos de modo tal que el demandado pueda cuestionar o aceptar concretamente dichos extremos. El

juez, en la sentencia, podrá considerar como no demandados los rubros que, siendo posible, no se hayan propuesto con los requisitos indicados y su cálculo o estimación no surgiera de la prueba rendida; dejándose a salvo su facultad de fallar ultra petita. Deberá consignarse en planilla por separado los rubros reclamados.

En este artículo se deja a salvo la facultad de fallar **ultra petita** que ocurre cuando el decisorio otorga más de lo solicitado, de tal modo que el juez o tribunal -dentro de los conceptos y categorías introducidos por las partes- resuelve por encima. En el procedimiento laboral esta posibilidad está admitida pudiendo el juez acordar mayores sumas que las reclamadas, ajustándose a las disposiciones legales aplicables y a las pruebas rendidas en la causa (art. 85, ley 3540 de Procedimiento Laboral de la provincia de Corrientes). En el presente proyecto esta facultad se mantiene en el artículo 89.

Contestación de demanda

En el artículo 49 contiene los requisitos que debe contener la contestación de la demanda, se agrega otro caso en el cual se incurre en negativa genérica en la contestación de la demanda, el cual fue incluido en el inciso b) de la siguiente forma:

Artículo 49.- Contestación - La demanda será contestada por escrito, que contendrá los siguientes requisitos:

(…) b) Reconocimiento o negativa expresa de cada hecho expuesto en la demanda. El silencio, las respuestas evasivas o la negativa general podrán estimarse como reconocimiento de la verdad de los hechos a que se refieran, se entenderá que incurre en negativa genérica, con iguales consecuencias, cuando omita su propia versión sobre la realidad de los hechos que no pueda ignorar o que estuviere obligada a documentar;

Este inciso, trata de evitar que el demandado conteste la demanda negando todos los hechos en forma general y agrega otra forma de incurrir en negativa genérica cuando el demandado omite su propia versión de la realidad de los hechos que no puede ignorar o el cual estuviere obligado a documentar.

PALACIO entiende que, ante una demanda, la oposición a la pretensión del actor puede ser entendida como una negación cuando: *"Existe negación toda vez que la actitud del demandado se reduce, simplemente, a desconocer la concurrencia de algunos de los requisitos de la pretensión, sin invocar, por lo tanto, frente a las afirmaciones formuladas por el actor nueva circunstancias de hecho"*[7].

Capítulo V

Audiencia de trámite

Representación en audiencia

El art. 59 viene a solucionar la representación en la audiencia de trámite, autorizando

7. Conf, PALACIO, Lino E., *Derecho procesal civil,* Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, t. VI, ps. 85 y 86.

que cualquiera de las partes pueda designar **persona física**, que esté debidamente instruida para que la represente en el acto.

Artículo 59.- Casos Del Impedimento - En caso de impedimento simplemente invocado por las partes para concurrir a la audiencia indicada en el artículo 49, deberán ser representadas con poder suficiente para obligarlas:

a) El obrero, por persona física y también por Autoridades del Sindicato o Entidades Gremiales a que pertenezcan; siempre que las mismas tengan personería gremial otorgada conforme a la Ley de Asociaciones Profesionales de Trabajadores.

b) El patrón, cuando sea persona física o sociedad unipersonal, por su gerente, administrador, factor, empleado superior, o persona física con poder suficiente para obligarlo y debidamente instruido sobre los hechos debatidos, a los fines de asegurar el cumplimiento del objetivo de la audiencia.

Tratándose de otras personas de existencia ideal y sin necesidad de que se invoque impedimento, alguno de sus representantes legales, deberán ser representadas también por sus directores, socios, gerentes o empleados superiores, con igual mandato y condiciones señalados en el párrafo anterior.

También introduce el supuesto de representación cuando el patrón sea **sociedad unipersonal,** autorizando a que sea representada en audiencia por persona física.

Junto con el nuevo Código Civil y Comercial Unificado, desde el 1 de agosto de 2015, introduce la posibilidad de constituir una sociedad de un solo socio, el cual podrá ser persona física u otra sociedad (excepto unipersonal). Compartirán las características de las **sociedades anónimas**, pero el capital deberá integrarse totalmente en el acto constitutivo.

Capítulo VI

Prueba

Carga de la prueba

El artículo 69 introduce la teoría dinámica de la prueba, (o prueba compartida):

Artículo 69.- Carga de la Prueba - Incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez o el tribunal no tenga el deber de conocer.

Cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción.

Las directivas contenidas en esta norma se adecuarán al deber de colaboración de las partes, si, por razón de la habitualidad, especialización u otras condiciones, la atención de la carga ha de entenderse que es a la parte contraria a quien corresponde según las particulares del caso.

Si la ley extranjera invocada por alguna de las partes no hubiere sido probada, el juez podrá investigar su existencia, y aplicarla a la relación jurídica materia del litigio.

El Juez o tribunal, en oportunidad de fallar, podrá distribuir el esfuerzo probatorio, cuando las circunstancias particulares de la causa determinen que una de las partes se encontraba en mejores condiciones fácticas, técnicas o profesionales para producir cierta prueba.

La propuesta, -en parte acogida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso Pellícori- opera como instrumento eficiente, para superar las dificultades que se presentan en un proceso con el laboral, en el que existe una notoria desigualdad material entre las partes respecto del acceso a la información.

la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó el leading case "Pellicori" resultando el mismo un relevante precedente en materia de carga probatoria para el ámbito de la justicia del trabajo en los casos en los que se discuta la existencia de una conducta discriminatoria.

En dicho fallo, el Alto Tribunal estableció que *"… La doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación relativa a la carga probatoria del demandado de la razonabilidad del acto que se tilda de discriminatorio no supone la eximición de prueba a la víctima de ese acto, pues, de ser este controvertido, pesa sobre aquélla la carga de acreditar los hechos de los que verosímilmente se siga la configuración del motivo debatido, ni tampoco implica, de producirse esa convicción, una inversión de la carga probatoria, ya que, ciertamente, en este supuesto, al demandado le corresponderá probar el hecho que justifique descartar el prima facie acreditado…"*.

El fallo resulta una derivación lógica de los precedentes ya existentes en la materia en los que la Corte tratara y analizara los parámetros a tener presente al momento de invertir la carga probatoria (especialmente en casos de mala praxis).

En el año 2001, el Procurador Fiscal de la Nación ya había señalado (y la mayoría hizo suyo el dictamen) que la Corte tenía *"...dicho que en materia de mala praxis, donde se trata de situaciones complejas que no resultan ser de fácil comprobación, cobra fundamental importancia el concepto de "la carga dinámica de la prueba" o "prueba compartida", que hace recaer en quien se halla en mejor situación de aportar los elementos tendientes a obtener la verdad objetiva, el deber de hacerlo (conf. Fallos: 320:2715, voto del juez Adolfo* Roberto Vázquez)…"[8].

Es por ello que la jurisprudencia en el ámbito civil ha afirmado que *"…no es que se cree un sistema de presunciones en contra de la carga probatoria impuesta en el art. 377 del Cód. Procesal, sino que esta norma debe unirse también al uso de presunciones cuando el actor se encuentra materialmente incapacitado para alcanzar la verdad objetiva…"*[9].

Como he, oportunamente señalado, gran parte de la doctrina y jurisprudencia reconoce la aplicación de la teoría de la carga dinámica de la prueba. La misma establece que la parte que se encuentra con mayor dificultad en materia probatoria logrará revertir la carga de la misma si acredita la existencia de indicios que sustenten la situación fáctica debatida. Una

8. CSJN "P., S. R. y otros c. Clínica Bazterrica S.A. y otros", 04/09/2001.Publicado en: LA LEY 2002-A, 731. Cita Fallos Corte: Tomo 324; Página 2689. Cita online: AR/JUR/2699/2001.

9. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E. "R. G., W. y otros c. Ciudad de Buenos Aires 28/02/2007", La Ley Online; Cita online: AR/JUR/237/2007.

correcta apreciación de los indicios resulta necesaria por parte del juzgador para decidir la inversión de la carga probatoria atento que, de lo contrario, imperaría la inseguridad jurídica por lo que corresponde concluir que la inversión de la carga de la prueba no debe realizarse automáticamente. La víctima de discriminación debe aportar en juicio todos aquellos elementos probatorios que se encuentren a su alcance (documental, testimonial, etc.).

Como derivación del decisorio en comentario, y como consecuencia de que se trata de un caso de neto corte laboral, la Corte confirma que los principios que había fijado para los casos de complicada probanza en sede civil, resultan aplicables en toda su extensión en el ámbito de los reclamos de discriminación laboral. En consecuencia, el principio de "prueba compartida" y la existencia —en cabeza de la parte más débil— de la carga de incorporar "indicios" cobran relevancia para quien debe analizar las probanzas existentes en los autos en los que se discute la existencia de tratos discriminatorio.

Respecto el concepto de indicio, la Real Academia Española en la vigésima segunda edición de su diccionario lo define como *"…Fenómeno que permite conocer o inferir la existencia de otro no percibido…"*[10]. Y respecto al concepto de "Prueba de indicios o indiciaria" es definida como *"… La que se obtiene de los indicios más o menos vehementes relacionados con un hecho, generalmente criminal, que se pretende esclarecer…"*[11]. Finalmente, y a fin de cerrar el contexto del concepto de indicio, se define a *"vehemente" aquello "…Que tiene una fuerza impetuosa…"*[12].

La jurisprudencia en el ámbito de la Justicia del Trabajo de la provincia de Buenos Aires ya había destacado la relevancia de la existencia de los indicios ya que *"…en virtud de la teoría de las cargas dinámicas de la prueba, el trabajador que se considere afectado en razón de alguna de las causales previstas en el art. 1° de la ley 23.592 (Adla, XLVIII-D, 4179) debe demostrar los elementos de hecho o una suma de indicios de carácter objetivos en los que funda la ilicitud del acto, quedando a cargo del empleador acreditar que el despido tuvo por causa una distinta a la del acto discriminatorio alegado por el dependiente…"*[13]. Asimismo,

"… Ante la alegación de un acto discriminatorio mediando indicios serios y precisos en tal sentido, es al empleador al que le compete aportar elementos que excluyan la tipificación enrostrada, lo cual encuentra sustento en la teoría de las cargas dinámicas de las pruebas, según la cual, sin desmedro de las reglas que rigen el onus probando, quien se encuentre en mejores condiciones es quien debe demostrar objetivamente los hechos en los que se sustenta su obrar…"[14].

Por lo tanto, la doctrina que establece el fallo con relación a la carga de aportar elementos probatorios y al análisis que debe realizar el juez de dicha prueba aportada por las partes

---

10. Ver en la edición digital de la RAE en: http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=indicio

11. Ver en la edición digital de la RAE en: http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=indicio

12. Ver en la edición digital de la RAE en: http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=vehemente

13. Tribunal del Trabajo Nro. 2 de La Matanza. 15/02/2006 "Villalba, Franco R. c. The Value Brands Company de Argentina SCA" Publicado en: LLBA 2006, 641. Cita online: AR/JUR/119/2006.

14. Tribunal del Trabajo Nro. 2 de San Isidro. 22/09/2006. "Iglesias, Federico c. Autopistas del Sol S.A.". Publicado en: DT 2007 (junio), 707. Cita online: AR/JUR/9434/2006.

en los reclamos por discriminación resulta correcta y una derivación de la doctrina ya sentada por nuestro más alto tribunal en materia de mala praxis. Queda en los jueces interpretarla y aplicarla en forma razonable atento que la acreditación y correcta valoración de los "indicios" es la base sobre la que se justifica la doctrina del fallo "Pellicori".

Capítulo VII

Audiencia final

Articulo 95.- Audiencia final. *La audiencia final será dirigida por el juez en forma personal. Podrá delegarse excepcionalmente en el secretario por razones debidamente fundadas. A modo enunciativo, cuando el juez no pudiera tomarla por encontrarse de licencia o subrogación o cualquier otro caso que signifique un perjuicio para las partes.*

Será video grabada, salvo la actividad tendiente a la conciliación o aquellas fases de la audiencia que el juez estime que no deben registrarse. En la audiencia final el juez debe:

a) Intentar que las partes lleguen a acuerdos conciliatorios en cualquier momento de la audiencia;

b) Ordenar el debate, recibir los juramentos o promesas, formular las advertencias necesarias y ejercitar las facultades disciplinarias para asegurar el normal desenvolvimiento de la audiencia;

e) Procurar que las partes, testigos y peritos se pronuncien con amplitud, respecto de todos los hechos pertinentes controvertidos.

d) Las incidencias que se resuelvan en la Audiencia final no generarán costas.

La audiencia se celebrará en la fecha en que fue fijada. No podrá postergarse aun cuando reste producir alguna prueba y no concluirá hasta que se hayan ventilado la totalidad de las cuestiones propuestas. Sin embargo, el Juez excepcionalmente podrá suspenderla por causas de fuerza mayor. Artículo 96.- Trámite. Abierto el acto, éste se ajustará a lo siguiente:

a) El juez informará sobre las diligencias y actuaciones probatorias practicadas con anterioridad, salvo que las partes prescindan de ello por considerarse suficientemente instruidas y acto continuo se recibirá la prueba que se ordenó producir en la audiencia preliminar. Sin perjuicio de los poderes del juez, las partes tendrán intervención a los efectos de su contralor y sus abogados pueden interrogar directa y libremente a la contraparte, a los testigos y a los peritos. El juez puede limitar dicha facultad cuando su ejercicio dilate innecesariamente la misma, se ejerza en forma manifiestamente improcedente o se advierta propósito de obstrucción;

b) Las partes pueden presentar hasta el momento de iniciarse la audiencia los documentos a que se refiere el artículo 441 del CPC y C. Se dará traslado a la contraria en ese acto. El juez lo desestimará in límine cuando considere impertinente;

e) Terminada la recepción de la prueba se concederá la palabra a los profesionales, para que, si así lo desearen, aleguen verbalmente sobre su mérito en exposiciones que, salvo decisión del juez en otro sentido, no excederán de diez (10) minutos, sin perjuicio de ampliarlo cuando las circunstancias del caso lo recomiendan. No podrán ser sustituidos, por escrito;

d) Finalizado el debate y oídos los alegatos, el juez llamara autos. Si fuere posible, el juez dictará el pronunciamiento en el acto.

e) Si el juez hubiere ordenado un nuevo plazo para la producción de prueba pendiente que considere necesaria, incorporada ésta, el juez conferirá el plazo de tres (3), para que las partes aleguen por escrito.

Artículo 97: Inasistencia de ambas partes. Si ambas partes no comparecieran a la audiencia final, se celebrará en caso de existir prueba a producir en ese acto. De lo contrario se dictará sentencia en el plazo correspondiente.

Artículo 98: Acta. Concluida la audiencia se levantará acta, consignando el nombre de los comparecientes, de los peritos, testigos y sus datos personales y la sentencia si fue dictada en ese acto. -

Artículo 99.- Alegatos escritos - Rendidas las pruebas ofrecidas o mediante decaimiento o desistimiento de la potestad de producirlas, si los abogados no hicieren uso de la facultad de alegar oralmente, el Juez -sin necesidad de gestión alguna de los interesados o sin sustanciación- declarará precluido el período probatorio y previa certificación del actuario al respecto, ordenará se agreguen al expediente las producidas. El Juez pondrá las actuaciones a disposición de los interesados para que aleguen sobre el mérito de las pruebas producidas, a cuyo efecto el secretario entregará el expediente a los letrados por su orden y por el plazo de seis días cada uno para que presenten si lo estiman conveniente, un escrito de alegatos. Transcurrido el término sin que el expediente haya sido devuelto la parte que lo retuviera perderá el derecho de alegar, sin que se requiera intimación.

Artículo 100.- Llamamiento de autos - Presentados los alegatos o transcurrido el plazo indicado en el artículo anterior, el secretario sin petición de parte, pondrá el expediente a despacho, agregando aquellos si se hubiesen presentado y se llamarán los autos para sentencia.

Sin dudas el capítulo VIII del proyecto de reforma marca un antes y un después en la normativa vigente, la cual, si bien como se sabrá, en la práctica se viene implementando en virtud del protocolo de oralidad vigente desde el 01/06/2019, el mismo con su incorporación al nuevo código procesal laboral de la provincia de corrientes viene a reforzar y lo ya implementado y a zanjar las dudas, si es que todavía existen de la constitucionalidad del mismo, y de su proceder.

En la audiencia final se toma la declaración confesional (equivalente a la declaración de parte del proceso civil), todas las testimoniales y el resto de la prueba ya debe estar producida, por lo que se puede apreciar que en la misma se concentran las pruebas antes dichas.

En virtud de ello se podrá apreciar la concentración de la actividad jurisdiccional en esta última etapa y la cercanía con los momentos previos al dictado de la sentencia, lo que brinda mayores garantías de una sentencia justa, en virtud de que el juez ha valorado no solo lo testigos y las declaraciones de las partes, sino que además solicitó las explicaciones periciales en caso de considerarlas necesarias, todo en ese lapso.

Con el requerimiento de la videograbación queda disponible la exacta declaración del testigo para que el propio juez que celebró la audiencia, como también para los magistrados que en otras instancias deban valorar los dichos del testigo, dispongan de la fiel declaración del deponente.

Capítulo VIII

Costas

En materia de costas, el proyecto faculta al juez de apartarse del principio de la derrota, e introduce en la distribución de ella, el principio protectorio y de indemnidad.

Artículo 105.- Imposición - La parte vencida podrá ser condenada a pagar las costas del juicio o incidente, conforme las circunstancias del proceso.

Artículo 106.- Vencimiento Reciproco - Si el resultado del pleito fuere parcialmente favorable para ambos litigantes, las costas podrán distribuirse prudencialmente por el Juez o Tribunal. Los magistrados podrán eximir total o parcialmente del pago de las costas a la parte vencida, por aplicación del principio protector o el de indemnidad, expresándolo en su pronunciamiento.

Artículo 107.- Allanamiento - Cualquiera de las partes podrá ser condenada en costas, no obstante, el allanamiento en sede judicial, si hubiere dado lugar a la demanda después de la reclamación efectuada ante la autoridad administrativa pertinente o hubiera obligado a la actora a recurrir al juicio por incumplimiento de obligaciones legales o convencionales o por no haber respondido a las intimaciones privadas debidamente justificadas.

Todo abogado tiene derecho a percibir por sus servicios de asesoramiento y representación una remuneración, que en gran medida depende del valor del litigio, además iniciar un procedimiento judicial, por lo general, implica gastos procesales. Estos últimos incluyen no sólo las costas, sino también los gastos a asumir por una parte que no disponga de los medios económicos suficientes para ejecutar actos ordenados por el tribunal o para ejercer o defender debidamente sus derechos. En principio, una persona que disponga de recursos debe sufragar estos gastos, que serán reembolsados por la parte contraria en caso de ganar el proceso.

Las costas no sólo están formadas por los gastos que necesariamente ha debido efectuar en vencedor para hacer triunfar su derecho.

Estos nuevos artículos vienen a cambiar el principio general dispuesto por el artículo 87 ordenando que la parte vencida, (en principal o incidente), será condenada a pagar las costas en juicio.

En estos artículos se faculta al juez o tribunal, a que, analizando cada caso en particular, entre lo admitido y lo desestimado, cual es la apropiada distribución y equitativa de los rubros.

Capítulo IX

Recursos

Respecto a la posibilidad de recurrir contienen los artículos una predicción concreta de cómo debe ser la expresión de agravios.

Reposición

Artículo 109.- Procedencia - El recurso de reposición tendrá lugar solamente contra las providencias o decretos de mero trámite o autos dictados sin sustanciación, trajeren o no gravamen irreparable, a fin de que el Juez o Tribunal que los dictó los revoque por contrario imperio.

La reposición es un medio de impugnación otorgado a las partes para alzarse contra una decisión judicial, persiguiendo que el propio juez que la dictó la revoque o deje sin efecto. Procede contra los autos de mero trámite –simples- o decisorios dictados sin sustanciación.

No procede contra las sentencias interlocutorias, dictadas previa sustanciación, contra las sentencias definitivas, ni contra los autos que concedan o denieguen un recurso.

Artículo 110.- Plazo Y Trámite - Deberá interponerse dentro de los tres días y se dictará resolución previo traslado al solicitante de la providencia recurrida.

La reposición de providencias dictadas de oficio o a pedido de la misma parte que incurre, será resuelta sin sustanciación.

Artículo 111.- Improcedencia. Prueba -Si el recurso fuera notoriamente improcedente, el Juez o Tribunal, podrá desecharlo sin ningún trámite.

Si la resolución dependiere de hechos controvertidos, podrá ordenarse que se produzcan las pruebas que las partes hubieren ofrecido en los escritos de interposición y respuestas.

Apelación

Artículo 112.- Procedencia - El recurso de apelación, salvo lo dispuesto expresamente en contrario, sólo procederá contra:

a) La sentencia definitiva sobre lo principal en toda clase de juicio;

b) Las resoluciones que admitan excepciones;

c) Las resoluciones que rechacen excepciones;

d) Los demás autos o resoluciones que causen un gravamen que no pueda ser reparado por la sentencia definitiva.

La apelación es el recurso que tiene como objeto que el órgano jurisdiccional superior reexamine una resolución dictada por el inferior, y la modifique o revoque.

Procede contra la sentencia definitiva sobre el principal y los decisorios que causen un agravio que no pueda ser reparado por la sentencia definitiva.

Los efectos de la concesión pueden ser devolutivo y el suspensivo. El juez, en el acto de concesión del recurso debe expresar en qué efectos lo admite.

FALCON Y SIRKIN dicen que los recursos deberían llamarse "de efecto suspensivo" y de "efecto no suspensivo". El primero implica que la decisión recurrida no puede ser cumplida –ejecutada- hasta tanto se haya expedido el tribunal de Alzada o se haya declarado la caducidad de la segunda instancia y por ende quedado firme la decisión apelada. Detiene los efectos de la decisión atacada e imposibilita su ejecución.[15]

Artículo 113.- Interposición. Forma y Plazo - La apelación será deducida dentro de los seis días de la notificación debiendo en los casos de los incisos a) y b) del artículo anterior, fundarse el recurso en el mismo escrito de interposición.

En los casos de los incisos c) y d) del artículo anterior bastará la interposición del recurso, pero deberá fundamentarse conjuntamente con el que se interponga contra la sentencia definitiva, con el que se sustanciará.

En todos los casos, si el Tribunal de Alzada advirtiera, al momento de dictar sentencia, que el apelante no expresó agravios respecto de rubros económicos o jurídicamente relevantes, o que los vertidos fueran notoriamente inconsistentes en relación con los hechos o pruebas de la causa o respecto de la argumentación esencial que contiene el decisorio de anterior grado, deberá aplicar las sanciones económicas a que diere lugar la conducta procesal abusiva o dilatoria, graduadas prudencialmente.

El efecto diferido, por oposición al inmediato, equivale a que el tratamiento de la decisión apelada se pospone, remite o dilata. En el proceso laboral todas las apelaciones deducidas contra los decisorios anteriores a la sentencia definitiva deben concederse con efecto diferido.

Esto tiene su fundamento en los principios de celeridad y economía procesal, atento a que evitan la detención del trámite del proceso, en materias que no hacen al fondo de la cuestión y que pueden solucionarse al tratarse la sentencia.

Este artículo en su último párrafo sanciona la conducta dilatoria o abusiva, por no expresar agravios respectos a rubros económicos o jurídicamente relevantes, o si fueren notoriamente inconscientes. Esto ocurre mucho en la práctica con el propósito de alentar el proceso y es por ello que se trata de hacer más rápido evitando este tipo de conductas en el mismo.

Nulidad

Artículo 114.- Procedencia. - El recurso de nulidad sólo procederá contra las sentencias definitivas, pronunciadas con violación u omisión de las formas y solemnidades que prescriben las leyes y que asuman el carácter de sustanciales.

El recurso de nulidad es el remedio procesal con que cuentan las partes para que la Alzada examine si la sentencia definitiva ha sido dictada sin violar u omitir las formas y solemnidades legales, siempre que estas últimas sean sustanciales.

Conforme este artículo la nulidad solo procede contra la sentencia definitiva y cuando ésta adolezca de defectos u omisiones en la forma.

---

15. SIRKIN, Eduardo, *Efectos de concesión en el recurso de apelación y cuadro auxiliar clasificado en el Código Procesal texto vigente según ley 25.488,* www.eldial.com, 17/9/07, doctrina.

"*La anulación de la sentencia sólo procede cuando la sentencia adolece de defectos u omisiones en la forma, no admitiéndosela por vicios de procedimiento. La nulidad con fundamento en la falta de motivación o insuficiencia de ella (…) caso de sentencia arbitraria, (…) es excepcional (…) en el pronunciamiento atacado, si bien el a-quo omite citar la norma en que funda su merituación (…) la aplica correctamente, y ello no da lugar a la nulidad, sino al remedio de la apelación*[16]"

Artículo 115.- Interposición y sustanciación - Se interpondrá conjuntamente con el de apelación, en el mismo término y se sustanciará por los mismos trámites.

Artículo 116.- Efectos - Si el procedimiento estuviera arreglado a derecho y la nulidad proviniera en la forma o contenido de la resolución, el Tribunal de apelación así lo declarará y dictará la que corresponda.

Si la nulidad proviniera de vicio en el procedimiento se declarará nulo lo obrado que se relacione con la actuación, o que sea su consecuencia, y se remitirán los autos al Juzgado que correspondiere para que tramite la causa y dicte resolución.

La primera parte del artículo, no tiene vigencia en la práctica procesal, pues la Cámara Laboral, sin declarar la inconstitucionalidad de la norma, no la aplica. Pues decide que, de dictar sentencia –como dice la ley- se vulneraría el principio de la doble instancia –de rango constitucional-. En consecuencia, la Alzada declara la nulidad y remite los autos a primera instancia, para que otro juez dicte nueva sentencia.

La finalidad de la norma, inaplicada, es justamente la contraria. Si el procedimiento estuvo arreglado a derecho, anulada la decisión de origen, por razones de celeridad y economía procesal, es la Cámara quien debe dictar sentencia. Las partes aún cuentan con el recurso de inaplicabilidad de ley y el extraordinario federal.

La segunda parte es congruente con la primera: si la nulidad deviene de vicios en el procedimiento, hay que tramitar de nuevo lo que se relacione con la actuación inválid, por ello debe ser remitida a la instancia de origen, para su trámite y resolución.

Recurso directo

Artículo 117.- Interposición - Cuando se denegaren los recursos de apelación o nulidad, podrá interponerse recurso directo ante el Tribunal, dentro de los seis días posteriores a la notificación de la denegatoria.

Cuando los recursos de apelación o nulidad son denegados, las partes deben recurrir directamente ante el tribunal de Alzada.

La presentación debe ser autosuficiente, de lo contrario el recurso será declarado desierto.

Artículo 118.- Queja por denegación de recurso de inaplicabilidad de Ley o doctrina Legal. La presentación deberá efectuarse debidamente fundada y dentro del plazo de seis días. El

16. CAMARA DEL TRABAJO DE TUCUMAN, Sala I, 19/07/07, "Alvarez Costa, Julio Vs. SOS San Bernardo Medicina Prepaga S.A. S/ cobro de pesos", www.lagaceta.com.ar.

Superior Tribunal podrá desestimar la queja sin más trámites, exigir la presentación de copias o si fuere necesario, la remisión del expediente

Artículo 119.- Depósito: Deberá depositarse a la orden del Superior Tribunal de Justicia la suma de dinero, cuyo monto y destino éste determinará. Esta exigencia sólo regirá para la parte empresarial. Si se omitiere o se lo efectuare en forma insuficiente, se intimará al recurrente a integrarlo en el término de cinco días"

Trámite del recurso del apelación

Artículo 120.- Del escrito de apelación se conferirá traslado por igual término al apelado, el que podrá adherirse al recurso interpuesto, apelando a su vez la sentencia en cuanto le fuere adversa. De los agravios contenidos en la adhesión a la apelación, se correrá traslado por seis días a la otra parte.

Jurisprudencia:

Fundamentación y traslado del recurso diferido, anticipada, no hay nulidad: "la fundamentación extemporánea por anticipada, y no por tardía, del recurso de apelación no contraviene aquella primera ratio legis. A su vez, al haberse corrido traslado de dicho escrito ya agregado al expediente, se contrarresta el efecto de un eventual acto procesal sorpresivo para la parte apelada. Por lo que sólo un excesivo ceñimiento 'a las formas' pudo conducir al pronunciamiento recurrido[17]"

Planteo introducido en el escrito de apelación:

"No pueden tener favorable recepción los planteos interpuestos recién en el escrito de apelación, pues la exposición circunstanciada de los hechos en que se funda la pretensión es requisito imprescindible de la demanda cuya omisión constituye un obstáculo insalvable, toda vez que la demanda, juntamente con su contestación, determinan el

'thema decidendum', es decir, los alcances de la sentencia definitiva la cual sólo puede versar sobre las cuestiones articuladas por las partes[18]"

Artículo 121.- Con la contestación respectiva de las apelaciones interpuestas, el Juez remitirá los autos a la Cámara correspondiente, la que dictará sentencia. Podrá la Cámara interviniente decretar medidas y recabar los elementos de juicio que juzgue necesarios, para un mejor esclarecimiento y verdad de los hechos controvertidos.

17. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE CORRIENTES, 22/02/06, "Incidente de nulidad en autos 'Monzón, Alfredo c/Ricardo Faraldo y/o Agustín Faraldo y/o quien resulte empleador y/o responsable S/ laboral'", S 6/06.

18. CÁMARA NACIONAL DEL TRABAJO, Sala IX, 21/06/07, "Churrim, José L. S. C/Perik's S.R.L. y otros", www.LaLeyOnLine.com.

El dictado indebido de medidas para mejor proveer afecta al proceso justo (art. 18 de la Constitución Nacional), pues conmueve la garantía de imparcialidad y, según la etapa en que se ordene, atenta contra la tramitación rápida del juicio.

Desde el punto de vista procesal, una vez trabada la litis, a fin de decidir acerca del pleito, el juzgador al momento de dictar sentencia distribuye la carga de la prueba conforme la postura asumida por las partes litigantes. De ahí que la medida para mejor proveer, en ciertos casos, puede convertirse en un sustituto de la inactividad probatoria de alguna de aquellas, comprometiéndose así, severamente, la garantía de la imparcialidad.

Respecto a la oportunidad de la medida en cuestión, estimamos en principio que la que se dispone en segunda instancia, es la más riesgosa, dado que podría vulnerarlas garantías constitucionales antes citadas. Recordemos que, por su naturaleza discrecional, la medida para mejor proveer es irrecurrible, por lo que la parte afectada por dicha resolución sólo cuenta con el orden procesal con el recurso de inaplicabilidad de la ley, el que según lo ha resuelto en forma reiterada el Órgano Cimero del Poder Judicial de la Provincia no tiene por objeto sustituir a los jueces de la causa en la solución de cuestiones que son privativas, ni abrir una tercera instancia ordinaria para debatir temas no federales[19].

La búsqueda de la verdad real es un deber del juez, quien debe ejercitar todas sus atribuciones constitucionales y legales en cabal cumplimiento de aquél. Mas recordemos a CAPÓN FILAS cuando nos interpela: ¿desde dónde, en dónde y para qué juzga el juez?

Respondiendo a estos interrogantes, sabremos si la decisión –en este caso la medida para mejor proveer- ha servido para la obtención de la verdad real en el marco del proceso laboral –tutela del hipo suficiente- o para dilatar innecesariamente en trámite de la causa, vulnerando las garantías constitucionales de celeridad, economía procesal e imparcialidad.

Con el rango constitucional de los principios de celeridad y economía procesal porque la concreción efectiva de éstos se logra con la plena vigencia y aplicación de la Ley

Suprema. Al decir un distinguido magistrado: “la constitución vive”. Pero no vive fuera de nosotros, ni echada al monte, como dice Serrat de la utopía. Vive, produce y reproduce conocimiento vital.

La propuesta de BENABENTOS es interesante: “*al juzgado debe estarle vedado utilizar medios probatorios de oficio para suplir la negligencia de las partes (en todo caso deberá advertir a la parte y/o dar intervención al Ministerio Público, cuando se trata de procesos civiles que excedan el interés de los litigantes, sobre el incumplimiento de las cargas probatorias). Las medidas para mejor proveer sólo deben ser despachadas ante abundancia de prueba y para despejar el estado de incertidumbre que provoca un cúmulo de pruebas contradictorias (por ejemplo, dos dictámenes producidos por distintos peritos, un médico psiquiatra que determina que la víctima no tiene incapacidad psicológica y un psicólogo que considera una severa incapacidad psíquica). En este caso, se impone la designación de uno o más peritos que se pronuncien sobre el tema*”[20].

19. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE CORRIENTES, 11/09/97, “Flores c/Brescovich”, S. 93, con cita de la Corte Suprema del 11/05/93.

20. BENAVENTOS, Omar, *Propuestas de la ideología garantista,* www.eldial.com.

Podrá la Cámara interviniente decretar medidas y recabar los elementos de juicio que juzgue necesarios, para un mejor esclarecimiento y verdad de los hechos controvertidos.

Artículo 122.- Cuando se hubiere interpuesto y fundado apelación en efecto diferido, la Cámara lo resolverá con anterioridad a la sentencia definitiva, pudiendo si así fuere procedente, dictar ésta conjuntamente con aquella.

La apelación con efecto diferido, concedida y fundad, debe ser resuelta antes que la sentencia definitiva. La Alzada podrá dictar ambas conjuntamente, conforme las circunstancias del caso.

La manera en que deben ser redactados los fallos por los tribunales colegiados. Las sentencias deben redactarse en forma impersonal, sin perjuicio de que los jueces disidentes con la opción de la mayoría omitan un voto por separado. El CPCyC dispone que la sentencia se dicte por mayoría, y en ellas examinarán las cuestiones de hecho y de derecho. El punto importa no solo desde el punto de vista meramente técnico, sino que debe ser analizado desde una interpretación constitucional, ya que la Ley Fundamental garantiza la defensa en juicio (art. 18 CN), que se haya integrada por el principio de congruencia. Si los fundamentos dados por los jueces de Cámara son contradictorios, no se da el acuerdo exigido por la ley procesal. Es necesario descomponer la causa en elementos, y tratarlos por separado, preguntando por ejemplo ¿es nula la sentencia recurrida?, ¿debe ser confirmada, modificada o revocada?, ¿cuál es el fundamento de esta decisión –confirmar, modificar o revocar-? El análisis no es ocioso y excede el mero formalismo, para desembocar en una cuestión constitucional, en pos del proceso justo, dado que es exigible a los jueces el atacamiento que postula el principio de congruencia, pues la potestad jurisdiccional –al decir de la Corte- no se agota en la aplicación mecánica de las normas, sino que exige discriminar los distintos aspectos del litigio, a fin de lograr, en cada hipótesis, la justicia concreta del caso.

Recurso para ante el Superior Tribunal de Justicia-del recurso de inaplicabilidad de la ley o doctrina legal

Artículo 123.- Procedencia -El recurso de inaplicabilidad de ley o doctrina legal para ante el Superior Tribunal procederá únicamente contra las sentencias definitivas o equiparables a tales según criterio del tribunal. Deberá interponerse por escrito fundado dentro de seis días a contar de su notificación ante el órgano jurisdiccional que la hubiere dictado. De esta presentación se dará traslado a la parte contraria por el mismo término.

La actitud del Alto Cuerpo fue cambiando. A través del examen y valoración de hechos, pruebas y el derecho, así como criterios, se convirtió en tribunal de tercera instancia.

En el periodo de diciembre del 2002 – noviembre 2003, aproximadamente, este recurso permitió que el Superior Tribunal de Justicia confirmara criterios valiosos, desde el punto de vista del derecho social, que, -generalmente- desde primera instancia hacían efectivos el principio protectorio (art. 14 bis, CN) o derechos humanos, y desde la Alzada eran negados. Posteriormente, un cambio en la composición de aquél produjo algunos criterios de tipo regresivo.

Artículo 124.- El recurso deberá fundarse en alguna de las causas siguientes:

a) Que la sentencia haya violado la ley o doctrina legal;

b) Que la sentencia haya aplicado falsa o erróneamente la ley o doctrina legal.

c) Que la sentencia haya incurrido en absurdo en la valoración de la prueba

El recurrente deberá indicar en qué consiste la violación, la falsedad, el error y precisar cuál es la ley o doctrina aplicable al caso. En caso de alegar el motivo del absurdo en la valoración de la prueba, deberá demostrarlo.

En todos los casos el Superior Tribunal de Justicia, tendrá en cuenta lo dispuesto en el art. 113 última parte.

Este artículo viene a plasmar lo que la jurisprudencia ya lo venía haciendo con la doctrina del absurdo:

"Esta causal, la del absurdo, queda configurada cuando se está frente a un error grave y ostensible, cometido en la conceptualización, juicio o raciocinio al momento de analizar, interpretar una prueba, con tergiversación de las reglas de la sana crítica en violación de las normas procesales de aplicación (…) la (…) doctrina se ha elaborado y concebido como un remedio último y excepcional a la manera de válvula de escape para evitar la máxima iniquidad entre los pronunciamientos judiciales, sobre cuestiones de hecho"[21]

Artículo 125.- Depósito: - Es de aplicación la disposición establecida en el artículo 119

La constitucionalidad de esta norma fue puesta en duda. Sin embargo, el STJ Corrientes la ratificó argumentando que la exigencia procesal del depósito no puede ser vista como un obstáculo a la posibilidad de recurrir un fallo, pues se trata de una reglamentación adecuada y razonable puesta con el objeto de desalentar el mero propósito de retrasar el cumplimiento de una sentencia desfavorable y en garantía de los derechos del trabajador.

Además –expuso el STJ-, el depósito de la suma de dinero que exige este artículo reconoce un proceso tramitado, en el cual han recaído dos sentencias de grado, por lo cual recobra fuerza el fundamento tendiente a desalentar el propósito de retraso de cumplimiento de una sentencia definitiva. Remarcando que uno de los caracteres del derecho del trabajo, piedra basal del mismo, es ser tuitivo, protector del trabajador como parte más débil de la relación sinalagmática y que parte del presupuesto de que no existe un pie de igualdad entre las partes: no hay paridad, no puede hablarse de trato desigual o violación al principio de igualdad. Cerrando su fundamento con la necesidad de no estimular al empresario a recurrir sin tener serio convencimiento de que le asiste razón.

Todas estas argumentaciones desaparecen –desde el carácter tuitivo del derecho del trabajo hasta el serio convencimiento de la razón- cuando el empleador es el Estado. El artículo 85 del Código Fiscal exime a éste del depósito.

Es una de las tantas normas que, en contradicción con el art. 16 de la CN, coloca al Estado en una situación preferencial en el proceso respecto a la contraparte.

---

21. STJ Corrientes, -voto Niz, monoría-, 13/11/06, "Gomez c/Juan Carlos Urbani s/ind." Exp. 26.768/06, S. 95/06.

Algunas de las disposiciones –convalidadas por ciertos jueces- son: el art. 20 de la Constitución Provincial, que dispone que si el Estado fuera condenado al pago de una deuda, no podrá ser ejecutado en la forma ordinaria ni embargados sus bienes; las leyes de emergencia y de consolidación de deudas provinciales, que deciden que una sentencia condenatoria tenga efectos meramente declarativos; la inembargabilidad de los bienes del Estado; el art. 338 CPCyC, que cuadruplica el plazo para contestar la demanda, si el accionado es el Estado; el art. 341 del CPCyC, que prevee una citación especial –oficios al Gobernador y al Fiscal de Estado- cuando la demanda fuera de la provincia, el art. 346 del CPCyC, que duplica el plazo para oponer excepciones a favor de la Provincia o Municipalidad demandadas; el art. 407 del CPCyC, que reemplaza la declaración de parte por declaración a través de oficios cuando litigase la Provincia, una Municipalidad, una repartición provincial o municipal; el art. 486 del CPCyC, que suplica a favor del estado el plazo para contestar demanda en juicio sumario; el art. 499 del CPCyC, que ordena que la sentencia sólo podrá ejecutarse a los cuatro meses desde que haya quedado firme, cuando la Provincia o las Municipalidades sean ordenadas al pago de sumas de dinero.

Claramente, todos los argumentos de justicia ceden ante la razón de estado. Aun el compromiso internacional asumido por el Estado argentino de respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción (art. 1º, CADH), más el de adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueran necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades (art. 2.2, CADH).

La razón de Estado permite a éste colocarse fuera del ordenamiento jurídico. El Estado – que se dice de derecho- decide que hay seres humanos para los cuales no se aplica. ¿de qué otra manera puede entenderse que, una república democrática, un trabajador víctima de un accidente de trabajo o sus derechohabientes obtengan una sentencia que reconoce su crédito alimentario, pero que es meramente declarativa?, ¿o que deban percibir su indemnización en bonos de consolidación, soportando hasta 16 años de espera, cuando su empleador es el Estado, y éste se ha declarado a sí mismo en emergencia permanente?

Algunos de los jueces que convalidan la emergencia permanente y la consolidación en bonos de crédito del trabajador accidentado –o de sus derechohabientes- declaman en otras decisiones acerca del carácter tuitivo del derecho del trabajo.

Como reacción en la XV Conferencia Nacional de Abogados (Salta, 2007) la Comisión Nº 2 declaró que “El Estado argentino tiene pendiente garantizar en forma efectiva el sistema de contrapesos, cada vez más y con la excusa de la permanente emergencia tan división se desdibuja en su esencia. La utilización permanente del instituto de la emergencia o estado de excepción conduce necesariamente a aniquilar la democracia.

Si bien en el derecho procesal se propugna una visión formal de las partes de un proceso que asimila la actuación del particular con la que corresponde al Estado, en verdad no hay tal igualdad procesal. No hay por las prerrogativas sustanciales y procesales de que goza el Estado. Ambas revierten en privilegios procesales.

Ya se demostró como el Estado resulta beneficiado con términos especiales para contestar las demandas, las excepciones, u obtener una sentencia condenatoria declarativa.

Más hay algo especial: el proceso se desenvuelve en el tiempo. El tiempo se convierte en temporalidad jurídica en cuanto significa oportunidad para la realización de los valores del derecho, es decir, en oportunidad de vida.

Durante el tiempo que insume cada proceso judicial, el reparto provisorio puede volverse irreversible, particularmente en los repartos vitales. No es posible restituir la vida, la salud, los años de educación o la subsistencia digna. Si ello ocurre, la sentencia que dará vaciada del contenido de la pretensión originaria.

Dice bien LAPENTA que, en nuestras prácticas procesales, la representación legal del Estado se considera autorizada y legitimada para ejercer la defensa en juicio, sin más limitaciones que las que tendría un particular.

Como parte demandada e un proceso judicial, se opondrá a la pretensión del actor. Generalmente, hará una pormenorizada negativa de los hechos, incluso aquellos que hayan pasado en presencia de la administración pública; negará autenticidad y validez a la documental; retaceará información; intentará evitar el suministro de elementos probatorios gestados e la propia administración pública (documental, informativa); se opondrá a la prueba ofrecida por la actora; cuestionará el derecho aplicable al caso; se opondrá a la procedencia de los rubros y montos que pudieran reclamarse; obligará a la actora a probar todos y cada uno de los extremos fácticos y jurídicos de su pretensión.

No es un problema respecto a la ética del abogado que representa al Estado, sino de la imposibilidad jurídica de atribuir a la administración pública una voluntad contraria a la juridicidad o la verdad material.

Además, si el Estado tiene por finalidad la satisfacción del bien común, ¿podría sostenerse otra finalidad para el Estado en juicio?

La mera reticencia en reconocer los hechos o en suministrar información constituye para la administración pública un accionar antijurídico. No podría alegarse la defensa del bien común por métodos antijurídicos.

La regla procesal que impone reconocer o negar categóricamente los hechos afirmados en la demanda en la misma para el Estado o el particular, pero su alcance en distinto.

El particular puede ejercer su defensa sin obligación de declarar contra sí mismo (art.18 CN) ni suministrar otros medios probatorios en su contra. Se admite que pueda expresarse con mendacidad en la constatación de demanda y absolución de posiciones.

¿Tiene el Estado derecho a negar falsamente, ocultar o mentir? Las garantías se inscriben en la técnica constitucional de limitación al poder, se otorgan a los habitantes para protegerlos del Estado. No hay garantías a favor del Estado, porque importaría un contrasentido, debilitando a los particulares frente al poder.

Capítulo x

Ejecución de sentencia

Artículo 127.- Intimación - Consentida o ejecutoriada la sentencia, el mismo Juez que ha entendido originariamente en la controversia, previa liquidación íntegra y detallada de capital, intereses y costas y costos aprobada, ordenará su ejecución, intimando el pago al deudor.

Si se dedujere impugnación a la planilla practicada, la misma deberá incluir, además de sus fundamentos, una liquidación alternativa de la deuda conforme al criterio del impugnante. En caso de incumplimiento de estos recaudos, el juez o tribunal deberá considerar como no presentada la impugnación, sin perjuicio de ponderar la conducta del impugnante como abusiva.

En todos los casos, el juez resolverá conforme las pautas de la sentencia.

La resolución que se dicte será apelable. Elevados los autos, el tribunal de alzada dictará resolución sin más trámite, no se admitirá la apertura a prueba ni la alegación de hechos nuevos.

Consentida o ejecutoriada la sentencia, previa liquidación íntegra y detallada del capital, intereses, costas y costos, se ordenará la ejecución intimando del pago de la planilla al deudor.

Cuando la planilla confeccionada por el accionante tuviera errores, omisiones o no se ajustase a lo resuelto en la sentencia, el juez puede, de oficio, mandar subsanar los defectos, indicando las pautas correctas, por un término y bajo apercibimiento de tener por no presentada a la planilla.

El nuevo artículo establece que, si se formulara impugnación, previo traslado a la objetada, la misma deberá incluir además de sus fundamentos una planilla alternativa a la deuda conforme al criterio del impugnante.

El juez deberá resolver conforme las pautas de la sentencia.

El artículo también expresa que el resolutorio que acoja o deniegue la impugnación es apelable y el recurso debe concederse con efecto inmediato, con elevación de los autos de Alzada.

Aprobada la planilla de liquidación y diligenciada la cédula de notificación, que intima el pago de aquella, se inicia la etapa de ejecución y en lo sucesivo, corresponde la aplicación del CPCyC, en lo relativo al cumplimiento de la sentencia de remate.

En el procedimiento laboral, creemos que no resulta aplicable la segunda parte del art.

499 CPCyC –ejecución parcial de la sentencia-.

En primer lugar, porque, aun cuando no se apele parte de la sentencia de primera instancia, resulta de aplicación la ley 3.540 y no el CPCyC, puesto que no hay liquidación íntegra y detallada de capital e intereses.

Luego, porque a pesar que parte del fallo sea consentido, la Cámara de Apelaciones y el STJ pueden anular –de oficio- la decisión de la instancia de grado.

La ejecución de sentencia es una parte crucial del proceso, pues significa hacer efectiva la condena. De ahí que los códigos procesales -el CPCyC de Corrientes no es la excepción-

limiten el número de excepciones que pueden oponerse, así como los recursos que puedan intentarse.

No obstante, hay excepciones a la inapelabilidad, que la práctica judicial demuestra que se han convertido en la regla. Así al principio legal de la restricción de lo desvirtúa con creaciones pretorianas, que terminan por convertir el trámite de la ejecución de sentencia en una postergación al infinito[22].

Este es un tema importante, porque como dice ALONSO OLEA, si hay dificultad en la ejecución, no valen para nada las sentencias o las sentencias tienen una escasa eficacia. Hay una cierta burla de la justicia en que se dicten sentencias, que en su ejecución cuentan con dificultades.

Capítulo XI

Medidas cautelares

Mejora el capítulo de medidas cautelares, legislando en orden a la sustitución de las medidas.

Artículo 130.- Embargo Preventivo. Asistencia Médica - Además de las medidas cautelares que correspondieren de acuerdo con lo dispuesto por el Código de Procedimiento en lo Civil y Comercial, antes de entablada la demanda y en el curso del juicio el Juez, a petición de parte, según el mérito que arrojen los autos, podrá decretar embargo preventivo en bienes del demandado, y también disponer que éste proporcione, sin cargo, asistencia médica y farmacéutica requerida por la víctima del accidente de trabajo o enfermedad profesional, en las condiciones previstas por la Ley respectiva.

El Juez podrá requerir caución juratoria, del actor, su letrado apoderado o patrocinante, conforme las constancias de la causa

Especialmente podrá decretar a petición de parte, sin fianza, embargo preventivo sobre los bienes del deudor, en los siguientes casos:

a) Cuando se justifique sumariamente que el deudor trata de enajenar, ocultar, o transportar bienes, o que por cualquier causa se hubiese disminuido notablemente su responsabilidad, en forma que perjudique los intereses del acreedor, y siempre que el derecho del peticionante surja verosímilmente de los extremos probados.

b) Cuando exista incontestación de demanda, confesión expresa o ficta de hechos que hagan presumir el derecho alegado o sentencia favorable o.

c) Cuando la existencia del crédito esté justificada con instrumento público o privado atribuido al deudor, si la firma fuere reconocida o declarada auténtica.

22. BOLESO, Héctor H., *Celeridad y economía procesal,* Equipo Federal del Trabajo, año I, rev. nº 10, 2006, ps. 29 a 35.

En el capítulo de medidas cautelares el art. 113 introduce la facultad del juez para requerir caución juratoria al actor o sus letrados.

Se regula la sustitución de embargo, y los requisitos que debe cumplir el peticionante.

Artículo 131.- El embargo preventivo trabado sobre determinados bienes puede ser sustituido por otros suficientes o por caución real a solicitud del interesado y criterio del juez, debiendo decretarlo con la mesura necesaria. En la oportunidad de formular el pedido de sustitución, debe acompañarse documentada constancia sobre la identificación del bien ofrecido, titularidad del mismo en su caso, valuación, condiciones de dominio, gravámenes. Ante la inobservancia de estos recaudos opera la desestimación in lime, sin más trámite.

Del pedido de sustitución se correrá traslado por tres días al embargante, bajo apercibimiento de conformidad en caso de silencio. La notificación se hará por cédula o personalmente en el domicilio constituido.

El recurso de apelación contra la resolución que conceda o deniegue la sustitución será concedido con efecto suspensivo.

Es una carga del deudor, acreditar: la titularidad, el valor de los bienes ofrecidos, así como su libre disponibilidad. Como principio general, quien solicita la sustitución de la medida precautoria, trabada, debe arrimar los elementos de juicio que avalen la seriedad del pedido. Tal seriedad resulta de la demostración de la suficiencia del ofrecimiento que se formula[23].

Artículo 132.- ACCIÓN PREVENTIVA. Procede en el proceso laboral la acción preventiva disciplinada en el art. 1711 del Código Civil y siguientes y concordantes, especialmente para la prevención o disminución de la magnitud del daño causado. En tal caso, a modo enunciativo, procederá para incluir sistemas de seguridad en maquinarias que no lo posean, colocación de extractores de aire de ambientes con polución, tanto como la entrega y provisión de elementos de seguridad pudiendo en casos como los descriptos, u otros de necesaria intervención judicial, ser requeridos no solamente por el trabajador, sino por los Sindicatos y las ART.

La acción de este artículo se introduce para prevenir o disminuir la magnitud del daño causado.

Artículo 133.- En los casos de las medidas de asistencia disciplinadas en el art. 130 y para. los procesos de acciones por accidentes de trabajo o enfermedad profesional, a petición de parte, el Juez puede decretar, como tutela anticipada, con carácter cautelar y sin que constituya prejuzgamiento además de la ejecutoriedad inmediata de la asistencia médica y/o farmacéutica, la ortopédica

Artículo 134.- Procedencia. Los presupuestos para su procedencia son:

a) alta probabilidad de la ocurrencia del evento dañoso y del nexo de causalidad entre éste y el daño a la salud o a la integridad física que acredita el actor; *b) peligro en la demora caracterizado por la evidencia de que la medida se impone como urgente para preservar la salud del trabajador víctima;* c) perjuicio irreparble.

23. JUZGADO LABORAL Nº 1 Corrientes,12/06/07, "Incidente de medida cautelar en 'Rojas, Julio Rubén c/propietarios, socios y administradores del bar y/o pub 'El santo' y/u otros s/ind., etc.'" Exp16.444/06, I 121/06.

Artículo 135.- Trámite. El solicitante debe acompañar en su primera presentación los documentos originales o copia auténtica de los mismos por los que acredita la necesidad y la urgencia de la prestación médica demandada y el presupuesto de sus costos, pudiendo esto último, en caso de imposible o difícil obtención, ser sustituido por una estimación fundada de los mismos. Además, debe indicar el sanatorio o instituto médico y el nombre del profesional que le brindará la prestación, o de la farmacia que le proveerá la medicación o del comercio donde adquirirá la prótesis que necesita.

La prueba documental es la única admisible.

Solicitada la medida, el Juez debe fijar una audiencia con carácter urgente, a la que deben ser citadas las partes interesadas personalmente y con asistencia letrada. Si el trabajador no puede concurrir por encontrarse impedido puede hacerse representar por su apoderado o la persona que designa con una simple manifestación por escrito.

La notificación puede hacerse por cédula, carta documento o acta notarial en el domicilio real de la parte demandada. La audiencia se debe llevar a cabo con las partes que comparecen al acto, pero si el solicitante o quien lo representa no concurre a la misma, la medida debe ser rechazada, no pudiendo volver a solicitarla con igual carácter en lo sucesivo.

El Juez debe resolver dentro de los dos (2) días de celebrada la audiencia, disponiendo la inmediata ejecución de las medidas, en caso de hacer lugar a lo pedido.

La resolución se notifica por los mismos medios que los previstos para la citación a la audiencia.

El recurso de apelación contra la resolución que ordena la medida, debe concederse con efecto devolutivo.

Artículo 136.- Casos de urgencia. En caso que la urgencia sea de tal grado que no pueda diferirse la decisión porque está en riesgo la vida del trabajador o que la demora impida que la incapacidad consecuencia del infortunio pueda ser revertida o minimizada, el Juez está facultado para resolver la cuestión inaudita parte.

Artículo 137.- Sanciones conminatorias. Embargo y disposición de dinero de cuentas bancarias. Se pueden fijar sanciones conminatorias para el supuesto de incumplimiento, o en su caso, embargar y disponer del dinero depositado en cuentas bancarias abiertas a nombre de la aseguradora de riesgos del trabajo o del empleador, según el caso, hasta cubrir las sumas que son presupuestadas para brindar cobertura al tratamiento prescripto.

Artículo 138.- Pago. La tutela anticipada que se ordena brindar se considera satisfecha cuando la aseguradora brinda las prestaciones que son necesarias; y en los casos de empleadores autoexcluidos del sistema de la Ley Nacional Nº 24.557 –o las que la reemplacen- o auto asegurados, cuando entregan las sumas presupuestadas para cubrir dichas prestaciones. Esta suma puede ser entregada en efectivo en audiencia o depositada en una cuenta bancaria abierta a nombre del trabajador, que puede ser la misma que se utiliza para el pago de las remuneraciones. El pago por depósito debe acreditarse documentadamente en la causa, dentro del plazo de dos (2) días de hacerse efectivo.

Artículo 139.- Rendición de cuentas. El actor asume la carga de acreditar documentadamente y al término del plazo de duración que se le estima para el tratamiento, acto médico

o intervención quirúrgica a la que debe ser sometido, que el dinero recibido fue destinado a la prestación requerida, bajo apercibimiento de hacerlo responsable de los daños y perjuicios que ocasiona, sin perjuicio de la responsabilidad penal que le puede corresponder. El apoderado o patrocinante, dentro de igual término, asume la carga de informar al Juez el cumplimiento de la medida de tutela anticipada conferida, bajo apercibimiento de que si no lo hace puede ser sancionado con una multa que debe ser graduada prudencialmente por el Juez entre tres (3) y cinco (5) salarios mínimos, vitales y móviles.

Artículo 140.- Reintegro. En caso que en el juicio posterior quede demostrado que no mediaba obligación por parte de la aseguradora o del empleador de darle cobertura a dichas prestaciones, los mismos quedan habilitados para exigir de la obra social que corresponde, el reintegro de las sumas entregadas.

En el supuesto que quien costeó el tratamiento o las prestaciones médicas, farmacológicas o de prótesis sea la obra social a la que el trabajador estaba afiliado y en juicio posterior se determine que su causa es un accidente laboral o una enfermedad profesional, la obra social, a los fines de requerir a la aseguradora de riesgos del trabajo que corresponde o al empleador el reintegro de las sumas entregadas, puede peticionar al Juez la extensión de testimonios o copias auténticas de la piezas procesales y la entrega de la documentación que necesita.

Jurisprudencia sobre asistencia médica y odontológica:

El art. 33 de la CN., consagra como garantía no enumerada la dignidad e integridad de la persona humana. A su vez, el art. 14 bis de la CN. ordena que "el trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes" (…) La Corte Interamericana ha decidido que: "el derecho fundamental a la vida pertenece al dominio del jus cogens; (…) la privación arbitraria a la vida no se limita, pues al ilícito de homicidio; se extiende igualmente a la privación del derecho a vivir con dignidad (…). El proyecto de vida es consustancial del derecho a la existencia, y requiere para su desarrollo, condiciones de vida digna, de seguridad e integridad de la persona humana" (…) medidas precautorias como la aquí pretendida "se encuentran enderezadas a evitar la producción de perjuicios que se podrían producir en caso de inactividad del magistrado y podrían tornarse de muy dificultosa o imposible reparación en la oportunidad del dictado de la sentencia definitiva

(CSJN, fallos:320:2633)"[24].

Jurisprudencia sobre asistencia médica psicológica y farmacéutica:

"el dictamen médico requerido detalla la medicación que precisa el actor (…) y (…) necesita seguir atendido en el hospital psiquiátrico, por la especialista (…) el Estado Nacional

24. JUZGADO LABORAN Nº 1 Corrientes, 12/08/03, "Ramirez, Gustavo Ernesto c/Tari SRL y/u otros s/medida cautelar" exp. 15.338, I 209/03

ha dictado las leyes Nº 24.557 y 24.658. la primera de ellas tiene como objetivo (…) reparar los daños derivados de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales incluyendo la rehabilitación del trabajador damnificado (…) (art 2); estableciendo como prestación en especie a cargo de las ART, asistencia médica y farmacéutica (art. 20.1 a). la segunda aprueba el Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –Protocolo de San Salvador-, y donde se reconoce la dignidad de la persona humana lo que exige su tutela y promoción permanente (preámbulo). Los Estados firmantes se comprometen a adoptar medidas en tal sentido (art. 1 y 2) y a garantizar en sus legislaciones nacionales: la seguridad e higiene en el trabajo (art. 7 inc. e) y cuando se trate de personas que se encuentren trabajando el derecho a la seguridad social cubrirá al menos la atención médica (…) en casos de accidente de trabajo o enfermedad profesional (art. 9, inc. 2)"[25].

Capítulo XII

Desalojo laboral

Articulo 141.- Desalojo Laboral - En los casos previstos en el artículo 3, inciso e) de esta Ley, promovida la solicitud de desalojo ante el Juez competente, el solicitante al deducirla, deberá ofrecer la prueba de la relación laboral preexistente y la ruptura o extensión del contrato de trabajo. Se correrá traslado al trabajador para que la conteste dentro del término fijado por el artículo 49° y con igual apercibimiento. En caso de que este invoque una situación jurídica distinta a la laboral, señalada al promoverse la acción, con la contestación deberá ofrecer la prueba documentada del derecho en que se funda su defensa, so pena de tenerse por probada la causa laboral. Siempre que se haya alegado hechos conducentes acerca de los cuales no hubiese conformidad entre las partes, el Juez percibirá la causa a prueba por quince (15) días. –

Con relación al actual Art. 108 de la ley de procedimiento laboral N°3540, este articulo trae como novedad el agregado del último párrafo, el cual hace referencia con relación a el juez recibirá la causa a prueba por el termino de 15 días siempre y cuando se hayan alegados hechos conducentes en la causa.

25. JUZGADO LABORAN Nº 1 Corrientes, 06/09/07, "IMC en 'Sandoval, Ramón C/ La Segunda ART s/ acc. De Trab.", exp. 8744, I 191/07.

Capítulo XII

Procesos por riesgos del trabajo

En este capítulo la comisión redactora innovó respecto a los infortunios laborales, al introducir un capítulo de procedimiento abreviado cuando solamente esté en discusión el grado de incapacidad o el monto de las prestaciones dinerarias.

Artículo 141.- Proceso abreviado - En acciones por riesgos del trabajo. Cuando se reclaman las prestaciones dinerarias propias de la Ley Nacional N ° 24.557, o la que en un futuro la reemplace o modifique, y la naturaleza laboral del accidente o enfermedad está reconocida por el responsable o media determinación firme en sede administrativa, quedando pendiente exclusivamente la controversia sobre la determinación del grado de incapacidad o sobre el monto de las indemnizaciones según los baremos y tarifas legales, debe procederse conforme al siguiente trámite:

a) la demanda debe interponerse con los requisitos previstos en el Artículo 34. Con la demanda se deben acompañar todos los antecedentes documentados que obran en poder del actor, o indicarse el modo de recabarlos. El actor debe fundar en forma clara y precisa, la razón de su disconformidad con el grado o tipo de incapacidad acordado, con referencia a los baremos y demás factores de ponderación emergentes de la regulación de fondo, o el modo de cuantificar la indemnización según tarifas de Ley;

b) el traslado de la demanda es por el plazo de cinco (5) días y conlleva el apercibimiento de que el silencio o el incumplimiento de la carga de contradecir fundadamente, da lugar a que se dicte sentencia sin más trámite conforme a derecho, sin perjuicio de las medidas probatorias de oficio que puede disponer el Juez;

c) en su responde la parte demandada debe dar los fundamentos por los que, según la normativa de fondo, entiende que no le corresponde asignar al trabajador afectado el grado de incapacidad que éste pide le sea reconocido, o bien improcedentes los montos de las indemnizaciones pretendidas, acompañando toda la documentación que respalda su criterio;

d) si demanda y contestación cumplen los requisitos impuestos por los incisos anteriores, el Juez debe disponer sin más trámite la realización de las pericias médicas, en cualquiera de sus especialidades y/o contables; sin perjuicio de que si se discute el monto de la indemnización y el Juez cuenta con suficiente información a través de los documentos aportados o puede recabarlos por vía de la informativa, puede prescindir de la prueba contable. El plazo de prueba es de quince (15) días;

e) las pericias médicas pueden ser practicadas por integrantes del Cuerpo de Peritos Judiciales, por los peritos inscriptos en la lista confeccionada por el Superior Tribunal de Justicia,

por los especialistas matriculados ante los Colegios respectivos o, en su caso, por médicos forenses o profesionales de la Administración Pública nacional, provincial o municipal;

f) en el caso de imposibilidad de afrontar los gastos para estudios complementarios solicitados por los peritos, por parte del trabajador que ofreció la prueba, los mismos deben ser realizados en el Hospital Público.

g) salvo la prueba informativa en los casos que procede, no son admisibles las pruebas confesionales, testimonial, de reconocimiento judicial u otras periciales que no sean la médica y/o la contable;

h) la sentencia debe ser dictada dentro del plazo de quince (15) días;

i) sólo es recurrible la sentencia y el recurso de apelación se concede con efecto suspensivo y trámite inmediato.

Artículo 143.- Extensión de responsabilidad. - La pretensión de extender la responsabilidad a personas físicas o jurídicas no demandadas originariamente con base en la imputación de solidaridad pasiva, se regirá por las siguientes disposiciones

I. Planteada antes de la audiencia de trámite importará la ampliación de la demanda, que deberá ser contestada por el codemandado en los mismos términos y condiciones dispuestas en este código para dicho acto procesal. Si ya se hubiere fijado fecha de audiencia, la misma se suspenderá hasta tanto el así citado conteste la demanda o se dé por decaído el derecho de hacerlo.

II. Si la pretensión se introdujera luego de la celebración de la audiencia, pero antes del llamamiento de autos, se formará incidente que no suspenderá el progreso del principal sino desde que éste se encuentre en condiciones de ser fallado. Dicho incidente tramitará como juicio sumarísimo y el juez resolverá ambas cuestiones en una sola sentencia.

III. Una vez firme el llamamiento de autos, no se admitirá la tramitación incidental de ninguna pretensión de extensión de responsabilidad basada en circunstancias de hecho anteriores a dicho estadío, la que en su caso deberá deducirse por vía ordinaria ante el mismo juzgado.

Si en cambio los hechos en que se funde fueran sobrevinientes al llamamiento de autos firme, la pretensión de extensión tramitará a opción de actor como juicio ordinario o sumarísimo. El debate y la prueba se circunscribirán a la procedencia o no de la causal invocada para la extensión de responsabilidad, salvo que la sentencia contra el demandado originario se hubiere dictado en rebeldía, o que la actora desistiere del proceso contra el mismo.

IV. Cuando la citación al deudor solidario se pedida por el demandado originario, se correrá traslado al actor para que en término de cinco días exprese si tiene o no intención de



Diplomatura Superior en Transformación Digital

La protección de datos personales en la legislación argentina, y un enfoque sobre los datos biométricos en el ámbito laboral

Yuliana Marine Trautner

1. Introducción

Desde su aparición, la protección de datos personales de cada individuo ha sido, es y será una de las cuestiones más conflictivas y problemáticas.

La biometría y en particular el uso de huellas dactilares es uno de los métodos más comunes y efectivos; y por esta razón, su utilización se ha expandido a ritmo creciente durante los últimos años al permitir mecanismos de autenticación o verificaciones masivas de identidad en pocos segundos, en un lugar dado y con un grado suficiente de confiabilidad.

Al mismo tiempo, esto genera un crecimiento de los riesgos en relación con la protección de los datos personales implicados en los biométricos. El uso de las tecnologías asociadas presenta un grave desafío al derecho de las personas a que sus datos personales sean adecuadamente protegidos.

Los datos biométricos brindan información sobre la intimidad del cuerpo humano. A su vez, el carácter permanente de ellos impide que, en caso de ser divulgados de manera ilegítima, el daño pueda ser reparado, toda vez que, a diferencia de una contraseña, no es posible volver a configurar nuestra huella digital o la imagen de nuestro rostro.

Considerando necesario que el ordenamiento jurídico debe adaptarse frente a los importantes cambios tecnológicos en curso, como si fuese un instrumento dinámico mostrando capacidad de desarrollarse bajo el impulso de exigencias sociales en modificación.

Así, por ejemplo; en el caso de los trabajadores, será el derecho del trabajo el que debe avanzar de forma similar a esos avances tecnológicos evitando una posible “desnaturalización” del derecho del trabajo. Teniendo en cuenta, además, que el incremento de las nuevas tecnologías, provocan además un aumento de las formas de control empresarial frente a la intimidad y dignidad de los trabajadores.

Todo este sistema se encuentra basado en el uso que se haga de la información sobre los diferentes individuos. La tecnología permite reunir de forma única informaciones que pueden incluso perjudicar a esos individuos.

El presente trabajo pretendo indagar sobre el marco normativo argentino para la protección de datos personales de carácter biométrico, sobre todo durante el almacenamiento de los mismos, así como en las tecnologías disponibles y utilizadas para tal propósito

2. Desarrollo

2.1. Antecedentes generales y el marco normativo en Argentina

Desde el punto de vista del marco normativo aplicable en Argentina, el principal antecedente a considerar es la Ley N°25.326 de Protección de Datos Personales y sus modificaciones y reglamentaciones que han establecido en el orden jurídico de la Argentina las bases conceptuales al señalar como objeto de la referida ley la protección integral de los datos personales asentados en archivos, registros, bancos de datos, u otros medios técnicos de tratamiento de datos, sean éstos públicos o privados destinados a dar informes, para garantizar el derecho al honor y a la intimidad de las personas, así como también el acceso a la información que sobre las mismas se registre, de conformidad a lo establecido en el Artículo 43, párrafo tercero de la Constitución Nacional. Asimismo, esta legislación local ha ido evolucionando y en general, perfeccionándose, al compás de impulsos similares en otras legislaciones de referencia regional u occidental (principalmente la Unión Europea y USA).

2.2. Principales características del marco normativo

2.2.1. Legislación Nacional identificada

Normas Identificadas	
Normativa	**Consideraciones generales**
Ley N° 25.326 Protección de Datos Personales	Dictada a fines del 2000 tiene por objeto la protección integral de los datos personales asentados en archivos, registros, bancos de datos, u otros medios técnicos de tratamiento de datos, sean estos públicos, o privados destinados a dar informes, para garantizar el derecho al honor y a la intimidad de las personas, así como también el acceso a la información que sobre las mismas se registre, de conformidad a lo establecido en el artículo 43, párrafo tercero de la Constitución Nacional.
Decreto 1558 / 2001	Aprueba la reglamentación de la Ley Nº 25.326 que se explaya en su Anexo I.
Decreto 1160 / 2010	Modifica inciso 3 de artículo 31 del Anexo I del Decreto Nº 1558/01 dedicado al procedimiento para aplicar sanciones.
Ley 27.275 Derecho de Acceso a la Información Pública	Dictada en 2016 tiene por objeto garantizar el efectivo ejercicio del derecho de acceso a la información pública, así como promover la participación ciudadana y la transparencia de la gestión pública. Crea la Agencia de Acceso a la Información Pública AAIP, autoridad de aplicación de la Ley de Protección de Datos Personales.
Decreto 206 / 2017	Aprueba la reglamentación de la Ley Nº 27.275.

Proyecto Ley Modificatoria Ley 25.326	Actualmente en tratamiento legistativo. Versión elaborada luego de analizar los aportes y comentarios recibidos durante una consulta pública de febrero de 2017, sobre el anteproyecto de Ley de Protección de Datos Personales generado en el año 2016.
Resolución AAIP 4 /2018	Aprueba criterios orientadores de mejores prácticas de la Ley 27.275. Dirigido a la efectividad del reclamo
Resolución AIIP 5 /2018	Establece como procedimiento interno de la AAIP, la obligatoriedad de la intervención de la D. Nacional de Datos Personales, dependiente de la misma, en los reclamos por incumplimiento previstos en la ley n° 27.275 que afecten o puedan afectar la protección de datos personales.
Resolución AAIP 40 / 2018	Aprueba Política Modelo de Protección de Datos Personales para Organismos Públicos y recomienda a los organismos públicos titulares de bases de datos personales la adopción de la misma o similar, así como su difusión hacia la ciudadanía.
Resolución AAIP 40 / 2018	Aprueba Política Modelo de Protección de Datos Personales para Organismos Públicos y recomienda a los organismos públicos titulares de bases de datos personales la adopción de la misma o similar, así como su difusión hacia la ciudadanía.
Resolución AAIP 47 / 2018	Aprueba Medidas de Seguridad Recomendadas para el Tratamiento y Conservación de Datos Personales en Medios Informatizados como Anexo I. Deroga Disposiciones de la DNPDP N° 11de 2006 y N° 09 de 2008.
Resolución AAIP 48 / 2018	Aprueba los criterios orientadores de mejores prácticas en la Ley 27.275.- Principalmente da pautas para la determinación y el entendimiento del INTERÉS PÚBLICO, con la finalidad de elucidar controversias entre el interés público y la vigencia de otros derechos, así como facilitar el trámite de acceso a la información.
Resolución AAIP 4 / 2019	Criterios orientadores e indicadores de mejores prácticas en la aplicación de la Ley Nº 25.326. Define datos biométricos y determina cuándo se considerarán datos sensibles. Además, establece pautas para la acreditación del consentimiento del titular respecto de la guarda.
Resolución AAIP 4 / 2019	Criterios orientadores e indicadores de mejores prácticas en la aplicación de la Ley Nº 25.326. Define datos biométricos y determina cuándo se considerarán datos sensibles. Además, establece pautas para la acreditación del consentimiento del titular respecto de la guarda.
Resolución AAIP 86 / 2019	Aprueba GUÍA sobre tratamiento de datos personales con fines electorales.

A modo representativo me abocare a desarrollar los puntos específicos de las principales leyes, Ley 25.326 de Protección de Datos, y la Ley 25.275 de Acceso a la Información Publica.

2.2.2 La Ley 25.326 de Protección de Datos Personales (PDP).

La norma rectora es la Ley 25.326 de Protección de Datos Personales (PDP), o Habeas Datas, incorporado con la reforma constitucional de 1994, en el Artículo 43 de la Constitución Nacional, cuyo tercer párrafo establece: "Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquellos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística"

Sin otros antecedentes en el plano nacional, la Ley 25.326 se crea a fin del año 2000 para dar respuesta a la previsión constitucional, con el objeto de proteger los datos personales asentados en archivos, registros, bancos de datos, u otros medios técnicos de tratamiento de datos, sean éstos públicos, o privados destinados a dar informes, a los efectos de garantizar el derecho al honor y a la intimidad de las personas, así como también el acceso a la información que sobre las mismas se registre, de acuerdo al artículo constitucional referido.

La ley realiza una serie de definiciones acerca de los datos personales y sus características y crea una repartición estatal, la Dirección Nacional de Protección de Datos Personales (DNPDP) ubicada originalmente en el entonces Ministerio de Justicia, hoy Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, que se constituye en autoridad de aplicación de la ley.

Entre las definiciones básicas que propone la ley se destacan:

- Datos personales.
- Datos sensibles.
- Archivo, registro, base o banco de datos, indistintamente.
- Responsable de archivo, registro, base o banco de datos.
- Titular de los datos.
- Usuario de datos.
- Disociación de datos.

Para comprender el ordenamiento jurídico de la protección de datos personales, en el capítulo segundo de la ley se establecen algunos principios rectores:

- Inscripción: La formación de archivos de datos será lícita cuando se encuentren debidamente inscriptos ante la autoridad de aplicación.
- Exactitud y actualización: Los datos deben ser exactos y actualizarse en el caso de que ello fuere necesario. Los datos total o parcialmente inexactos o incompletos, deben ser suprimidos, sustituidos o completados, por el responsable del archivo, sin perjuicio de los derechos del titular.
- Almacenamiento: Deben ser almacenados de modo que permitan el ejercicio del derecho de acceso de su titular y debe ser destruidos cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes a los fines para los cuales hubiesen sido recolectados.

• Consentimiento: El tratamiento de datos personales es ilícito cuando el titular no hubiere prestado su consentimiento libre, expreso e informado, el que deberá constar formalmente.

• Deber de seguridad y de confidencialidad: El responsable o el usuario del archivo de datos debe adoptar las medidas técnicas y organizativas que resulten necesarias para garantizar la seguridad y confidencialidad de los datos personales, de modo de evitar su adulteración, pérdida, consulta o tratamiento no autorizado.

• Restricciones a la cesión o transferencia de datos: En principio, los datos personales sólo pueden ser cedidos para el cumplimiento de los fines directamente relacionados con el interés legítimo del cedente y del cesionario y con el previo consentimiento expreso del titular de los datos. Asimismo, está prohibida la transferencia de datos a países u organismos internacionales que no cuenten con niveles de protección adecuados.

En los capítulos siguientes, la ley de datos personales, hace referencia a cuestiones referidas a los derechos y obligaciones de los titulares de los datos, de los usuarios y responsables de archivos, registros y base de datos; también a las funciones y atribuciones de los órganos de control.

Pero en su Capitulo IV, la ley se explaya en relación con las sanciones administrativas que van desde el apercibimiento y la suspensión hasta la aplicación de multas y la clausura. Además, avanza con las sanciones penales e introduce nuevos artículos en el Código Penal:

• Artículo 117 bis, que establece penas por inserción de datos falsos en un archivo de datos personales o por entrega a un tercero a sabiendas de información falsa.

• Artículo 157 bis, que determina penas por acceder a sabiendas e ilegítimamente a datos personales o por revelar información confidencial o secreta.

En ambos casos, la pena se agrava cuando el autor del delito sea un funcionario público. Finalmente, la ley explica cuándo y cómo procede la acción de protección de los datos personales o de hábeas data para tomar conocimiento de datos personales o para exigir su rectificación, supresión, confidencialidad o actualización cuando se presuma falsedad, inexactitud o caducidad.

Nuestra legislación indica que la acción de hábeas data se tramite según lo dispuesto en la ley y por el procedimiento que corresponde a la acción de amparo común y supletoriamente, por las normas del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en lo atinente al juicio sumarísimo. La reglamentación de la ley de PDP se realizó a través del Decreto 1558/2001, con una modificación menor por medio del Decreto 1160/2010. Como toda reglamentación, produce mayores precisiones sobre el alcance y formas de aplicar la ley. En este caso, se avanza sobre:

• El concepto de archivos, registros, bases o bancos de datos privados destinados a dar informes: son aquellos que exceden el uso exclusivamente personal y los que tienen como finalidad la cesión o transferencia de datos personales, independientemente de que la circulación del informe o la información producida sea a título oneroso o gratuito.

• Cuestiones de procedimiento relativas al accionar y las competencias de fiscalización de la Dirección Nacional de Protección de Datos Personales.

• Reglamentación específica para la acción de acceso a los datos personales. En particular se indica que no requiere de fórmulas específicas, siempre que garantice la identificación del titular. Así se puede efectuar de manera directa y presencial, o indirecta por medio escrito, electrónico o línea telefónica. En el caso de los archivos o bases de datos públicas conformadas por cesión de información suministrada por entidades financieras, administradoras de fondos de jubilaciones y pensiones y entidades aseguradoras, los derechos de rectificación, actualización, supresión y confidencialidad deben ejercerse ante la entidad cedente del dato impugnado.

• El decreto modificatorio de la reglamentación establece un único artículo por el cual se sustituye un inciso del artículo 31 relativo al procedimiento a seguir para la aplicación de sanciones. Esta modificación contempla las diferentes acciones de la DNPDP, los pasos a seguir, los plazos, las instancias a cubrir y los recursos a considerar hasta la resolución en firme y su ingreso al Registro de Infractores que lleva la DNPDP.

2.2.3 La Ley 25.725 de Acceso a la Información Pública.

En septiembre de 2016 se sanciona la Ley 27.275 de Derecho de Acceso a la Información Pública (AIP) con el objeto de garantizar el efectivo ejercicio del derecho de acceso a la información pública, promover la participación ciudadana y la transparencia de la gestión pública. Uno de sus principios fundamentales es la presunción de publicidad, lo cual significa que toda la información en poder del Estado se presume pública, salvo las excepciones previstas por la propia ley. Precisamente, una de las excepciones más importantes es cuando la información refiere o contiene datos personales que deben ser protegidos.

A pesar de que esta ley es posterior a la Ley de protección de datos personales, se va a transformar en la regla, cuya excepción será la ley 25.326.

La ley 25.326 es una de las excepciones expresamente contempladas en el artículo 8 de la ley, a través de dos incisos, el primero genérico y el segundo bien específico:

• Inciso d) Información que comprometa los derechos o intereses legítimos de un tercero obtenida en carácter confidencial;

• Inciso i) Información que contenga datos personales y no pueda brindarse aplicando procedimientos de disociación, salvo que se cumpla con las condiciones de licitud previstas en la ley 25.326 de protección de datos personales y sus modificatorias.

A mediados del año 2017, por medio del Decreto N° 746 /2017, la Agencia de Acceso a la Información Pública se transforma en el órgano de control de la Ley Nº 25.326 y por ello, desde ese momento, incorpora dentro de sus dependencias a la Dirección Nacional de Protección de Datos Personales, la cual funciona en la práctica como la primera instancia legal y técnica para la aplicación de la ley, reservando el nivel resolutorio a la propia AAIP.

Otros principios que podríamos destacar de la ley 27.275 son:

• Transparencia y máxima divulgación: toda la información en poder, custodia o bajo control del sujeto obligado debe ser accesible para todas las personas, salvo excepciones fundadas.

• Máximo acceso: la información debe publicarse de forma completa, con el mayor nivel de desagregación posible y por la mayor cantidad de medios disponibles.

• Apertura: la información debe ser accesible en formatos electrónicos abiertos, que faciliten su procesamiento por medios automáticos que permitan su reutilización o su redistribución por parte de terceros.

• Control: el cumplimiento de las normas que regulan el derecho de acceso a la información será objeto de fiscalización permanente. Las resoluciones que denieguen solicitudes de acceso a la información, como el silencio del sujeto obligado requerido, la ambigüedad o la inexactitud de su repuesta, podrán ser recurridas ante el órgano competente.

• Alcance limitado de las excepciones: los límites al derecho de acceso a la información pública deben ser excepcionales, quedando la responsabilidad de demostrar la validez de cualquier restricción al acceso a la información a cargo del sujeto al que se le requiere la información.

• In dubio pro petitor: la interpretación de las disposiciones de esta ley o de cualquier reglamentación del derecho de acceso a la información debe ser efectuada, en caso de duda, siempre en favor de la mayor vigencia y alcance del derecho a la información. También se enuncia un principio de disociación que refiere a que cuando parte de la información se encuadre dentro de las excepciones taxativamente establecidas por esta ley, la información no exceptuada debe ser publicada en una versión del documento que tache, oculte o disocie aquellas partes sujetas a la excepción. La definición de disociación había sido dada por la ley 25.326, sin embargo, es en el contexto de la ley de 27.275 cuando adquiere nitidez. Asimismo, a través del principio de disociación y de todos los citados previamente queda en claro que la protección de los datos personales no está menoscabada por el nuevo cuerpo legal, sino que se exige a los sujetos obligados que extremen los recaudos para satisfacer las demandas de información pública sin afectar los derechos de las personas en relación con sus datos personales. El derecho de acceso a la información pública comprende la posibilidad de buscar, acceder, solicitar, recibir, copiar, analizar, reprocesar, reutilizar y redistribuir libremente la información bajo custodia de los sujetos obligados, con las únicas limitaciones y excepciones establecidas. Toda persona humana o jurídica, pública o privada, tiene derecho a solicitar y recibir información pública, no pudiendo exigirse al solicitante que motive la solicitud, que acredite derecho subjetivo o interés legítimo o que cuente con patrocinio letrado. Se presume pública toda información que generen, obtengan, transformen, controlen o custodien los sujetos obligados alcanzados por esta ley. En cuanto a los sujetos obligados, la ley expresa taxativamente quiénes son en su artículo 7°. Dicho de una manera simple, se trata de los organismos de la administración pública nacional y de los demás poderes constitucionales, así como la parte estatal de empresas y sociedades del Estado; concesionarios, permisionarios y licenciatarios de servicios públicos y toda entidad pública o privada que maneje fondos públicos por la parte que alcance a estos. La ley hace un aporte sustantivo en lo que respecta a la instrumentación de la solicitud de la información y las vías de reclamo. Para ello, a través de varios artículos de su capítulo III se explaya sobre las formas de la solicitud de información (incluso encomienda

que se ponga en marcha una plataforma para la solicitud y su trámite digital a través de la web), su tramitación, plazos, respuestas a propiciar en el caso de información parcial, casos de denegatoria, vías de reclamo, procedimiento del reclamo por incumplimiento, sus requisitos formales, cómo se resuelve el reclamo interpuesto y cuáles son las responsabilidades en juego. También es de interés la construcción institucional que la ley realiza en el caso de la Agencia de Acceso a la Información Pública, la cual no es sólo la autoridad de aplicación de la ley de 27.275 sino también, como órgano rector, de la ley de 25.326.

Dentro de lo que la ley denomina una política de transparencia activa, se señala que los sujetos obligados deberán facilitar la búsqueda y el acceso a la información pública a través de su página oficial de la red informática, de una manera clara, estructurada y entendible para los interesados, procurando accesibilidad y la reutilización de la información por parte de terceros. Se aclara que serán de aplicación, en su caso, las excepciones al derecho de acceso a la información pública y, especialmente, la referida a la información que contenga datos personales.

2.3. La biometría y el enfoque de la privacidad dentro de la protección de datos personales

La biometría es un método tradicional de identificación de las personas: las huellas dactilares, el ejemplo más clásico, se usan desde hace décadas. Sin embargo, en los últimos tiempos algunas circunstancias han acelerado el interés en estas técnicas. En primer término, existe una necesidad creciente de identificación inequívoca de personas en todos los ámbitos, público o privados, provocada tanto por amenazas a escala mundial. En segundo lugar, las nuevas tecnologías basadas en biometría parecen dar respuesta efectiva a esos problemas al ofrecer mecanismos de autenticación o verificaciones masivas de identidad en escasos segundos, en un lugar dado y con un grado suficiente de confiabilidad.

Podríamos decir, que la biometría tiene diversos enfoques que pueden combinarse perfectamente, produciendo un impacto en la vida de las personas. Por un lado, implica la a posibilidad de identificar a cualquier individuo en todo momento y mediante un sencillo procedimiento. Por otro lado, la apelación constante a los beneficios que la implementación de estas herramientas tendrá para nuestras actividades y para el desarrollo de prácticas empresariales.

Así, podríamos decir que la identidad de la biometría es bifronte: una (supuestamente) positiva que nos promete traer eficiencia y seguridad a nuestras vidas y actividades; y otra negativa, que amenaza con dejar un espacio muy acotado a nuestra privacidad.

2.4. Enfoques sobre la privacidad

La importancia de la privacidad, se manifiesta en forma progresiva a lo largo de los años. Así, por la evolución de las costumbres sociales y el desarrollo tecnológico ha ido ensanchando el conjunto de situaciones que consideramos “privadas” y, por lo tanto, sujetas a la protección de las leyes.

En tal caso, desde el punto de vista jurídico, podemos distinguir distintas etapas de mucha relevancia. En primer lugar, podríamos decir que, el derecho a la privacidad tenía por

objeto los lugares que las demás personas no podían acceder ni tener conocimiento sin autorización de la persona titular del derecho, por ejemplo, el domicilio; en el Articulo 18 de la Constitución Nacional se declara al domicilio como inviolable. Además del lugar físico de residencia, se consideró que determinados objetos también eran susceptibles de ser considerados dignos de protección, como la correspondencia y demás papeles privados. En todos estos supuestos, la Constitución establece la posibilidad de interferencia por parte de las autoridades públicas, bajo la condición de establecer los casos y justificativos a través de una ley.

Desde otro punto de vista, se entiende a la privacidad en un marco conceptual mas especifico; en tal caso los comportamientos que no generaban daños a terceros pertenecían a la esfera íntima del individuo y por ende, no debían ser sancionados por el derecho. Desde este punto de vista, el derecho a la privacidad protegía la autonomía personal en la elección de planes de vida, evitando la intromisión estatal en asuntos que sólo atañen a la moral del individuo. En el Articulo 19, de nuestra Constitución Nacional se establece el derecho a la privacidad, cuando establece que las "acciones privadas (...) están exentas de la autoridad de los magistrados".

Pero, en los últimos tiempos, debido a las nuevas realidades y cambios sociales, donde las nuevas tecnologías provocan una penetración de lo digital en nuestras vidas, y sumado al rol trascendental que el conocimiento desempeña en las economías del siglo XXI ha impulsado una avidez inédita por la adquisición, consumo y difusión de información, tenemos como consecuencia que el concepto de privacidad haya ingresado en una nueva etapa, en donde ha empezado a relacionarse con el concepto de información. Desde esta perspectiva, el derecho a la privacidad es el derecho a que toda información sobre la vida privada de una persona poseída por terceros -entre ellos, los Estados y las empresas- sea utilizada de una manera que no perjudique los intereses del titular de esa información. Desde esta perspectiva, el derecho a la privacidad es el derecho a que toda información sobre la vida privada de una persona poseída por terceros, entre ellos, los Estados y las empresas; sea utilizada de una manera que no perjudique los intereses del titular de esa información. En Europa se utiliza el término "protección de datos personales" para designar este derecho, el cual es considerado como un derecho independiente, aunque sin dejar de reconocer su fuerte vínculo con la privacidad.

Nuestro país, siguiendo el modelo europeo, cuenta con la Ley de Protección de Datos Personales N°25.326, sancionada en el año 2000, y en su art. 1, plantea como objetivo garantizar el "derecho a la intimidad de las personas" a fin de cumplir con lo establecido por la Constitución en su art. 43. De esta manera, la protección de datos personales constituye un punto de apoyo indispensable para la defensa de los derechos de las personas frente a los peligros de las tecnologías biométricas.

2.5. Los datos biométricos, como datos personales y sensibles.

2.5.1 Definición de datos sensibles según Ley 25.326

Nuestra ley de datos en su art. 2 define a los datos personales como como toda "información de cualquier tipo referidas a personas físicas (...) determinadas o determinables". Según esta definición, se puede encuadrar a los datos biométricos como una especie de datos

personales, ya que las tecnologías biométricas permiten la identificación (“determinación” en el lenguaje de la ley argentina) de las personas.

Cuando una muestra biométrica es sacada de una persona, los datos que se extraen de ella son analizados y convertidos en una plantilla que se almacena en una base de datos o en un objeto de posesión del individuo (como una tarjeta inteligente). De esta manera, una muestra biométrica puede ser comparada con las plantillas almacenadas con el fin de identificar al individuo. Así, en la mayoría de los casos el uso de tecnologías biométricas implica la recolección de datos a partir de los cuales una persona puede ser identificada y por lo tanto su tratamiento debe ajustarse a las regulaciones vigentes en materia de protección de datos.

Pero, también es necesario considerar a los datos biométricos, como una categoría especial de datos personales, es decir, como datos sensibles. Nuestra ley 25.326, en su art.2 considera dato sensible los “datos personales que revelan origen racial y étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliación sindical e información referente a la salud o a la vida sexual.”

2.5.2 Enfocándome en el tratamiento de las huellas dactilares (palmares), y la fotografía de rostros.

Una investigación de la Universidad de Carolina del Norte ha encontrado diferencias significativas entre las huellas dactilares pertenecientes a personas de ascendencia africana y personas de ascendencia europea. Si bien los investigadores afirman que es necesaria una muestra mayor de personas y un análisis de etnias más diversas para obtener una conclusión definitiva, los primeros resultados científicos indican una alta posibilidad de que las huellas dactilares reflejen patrones propios de una etnia específica. En cuanto a las fotografías, resulta indudable que de la exhibición de nuestro rostro puede determinarse a qué etnia pertenecemos. Asimismo, las imágenes también pueden revelar otro tipo de datos sensibles.

Por otro lado, se debe tener presente que las tecnologías de reconocimiento facial poseen un grado de confiabilidad bastante cuestionable. Debido a la variabilidad con que se manifiestan diversos factores que influyen en la captación de la imagen, como el ángulo desde el cual es tomada la fotografía, el tipo de fondo, la luz, el tamaño de la base de datos sobre la cual corre el sistema, el envejecimiento de la persona, el vello facial y las expresiones faciales, existe el riesgo de que la identificación o la verificación realizada por el sistema de reconocimiento no sea la correcta.

Finalmente, el derecho a la imagen personal ha sido consagrado por el Código Civil y Comercial, que en su art. 53 establece como regla general la necesidad de obtener el consentimiento de la persona para poder captar o reproducir su imagen. Asimismo, su inclusión dentro del capítulo de “Derechos y actos personalísimos” es una muestra de la importancia otorgada a la imagen personal en el actual ordenamiento jurídico. Esta caracterización implica que el consentimiento para su utilización no debe presumirse, es de interpretación restrictiva y puede ser revocado libremente (art.55) De esta manera, la estricta regulación que el Código Civil y Comercial consagra para el tratamiento de la imagen personal constituye un argumento adicional para su consideración como dato sensible.

La caracterización de los datos biométricos como datos sensibles provee restricciones en lo que respecta a su utilización por parte de terceros. En ese sentido, podría decirse que

la regla general es la prohibición de todo tipo de tratamiento de datos sensibles. Esta lectura encuentra su apoyo en dos disposiciones que se encuentran en el art. 7 de la ley argentina de protección de datos personales. La primera, presente en el inc.1, establece que "ninguna persona puede ser obligada a proporcionar datos sensibles". La segunda se encuentra en el inc. 3 cuando se dispone que "queda prohibida la formación de archivos, bancos o registros que almacenen información que directa o indirectamente revele datos sensibles". En el inc.2, se determina que "los datos sensibles sólo pueden ser recolectados y objeto de tratamiento cuando medien razones de interés general autorizadas por ley". Esta disposición debe ser considerada con mucho cuidado ya que una mala interpretación de la misma puede romper todo el esquema protectorio creado para proteger los datos sensibles. Efectivamente, bastaría que el Estado diga que una cuestión es de interés general para que no se apliquen las garantías previstas.

La propia ley 25.326 establece que las razones de interés general deben ser "autorizadas por ley". Al momento de desentrañar el significado de "ley", la Corte IDH ha dicho que en caso que la misma tenga por objeto la restricción de un derecho o libertad, se debe entender que se trata de una "norma jurídica de carácter general, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos.

No debemos olvidar que el sistema de protección de datos personales está conformado por un conjunto de principios que deben ser respetados al momento de realizar un tratamiento de datos. Si tenemos en cuenta que estos principios deben ser cumplidos en el caso de datos personales en general, con más razón se aplican cuando los datos revisten el carácter de sensibles, tal como lo son los datos biométricos. Por lo tanto, al momento de examinar la legalidad del tratamiento, se debe exigir un cumplimiento estricto de los requisitos de licitud, exactitud, finalidad, calidad y demás.

2.5.3 Validez de la utilización del reconocimiento facial como herramienta para controlar la jornada laboral de los empleados.

El registro de la jornada laboral constituye una obligación legal, que tradicionalmente se ha realizado mediante planillas de asistencia, o la utilización de tarjetas de fichajes. En la era digital que nos encontramos atravesando desde la órbita empresarial se busca mejorar estos métodos antiguos y buscando soluciones más eficientes y precisas, tal es así, que el reconocimiento facial, o también las fotografías de rostros tomadas desde dispositivos electrónicos se presentan como una alterativa para automatizar estos procesos.

El reconocimiento facial es una manera de identificar o confirmar la identidad de una persona mediante su rostro. Los sistemas de reconocimiento facial se pueden utilizar para identificar a las personas tanto en fotos, como en videos o en tiempo real.

El reconocimiento facial utiliza algoritmos para analizar y comparar características faciales únicas de una persona. Estos algoritmos crean una "plantilla" digital basada en puntos clave del rostro, como la distancia entre los ojos, la forma de la nariz y la boca. Cuando un individuo se presenta ante un sistema de reconocimiento facial, este compara su rostro con las plantillas almacenadas en una base de datos para verificar su identidad. La implementación del reconocimiento facial como método para controlar la jornada laboral de los empleados

ha generado un intenso debate en el ámbito jurídico tanto en Argentina como a nivel internacional. En nuestro pais, la Ley de Protección de Datos Personales N° 25.326 y su decreto reglamentario establecen el marco legal para el tratamiento de datos personales, incluyendo los datos biométricos como lo es la información obtenida a través del reconocimiento facial.

A nivel doctrinario, se argumenta que el uso de esta tecnología debe respetar los principios de razonabilidad y proporcionalidad, garantizando que la recolección de datos sea acorde con la finalidad de controlar la asistencia y las horas de trabajo sin vulnerar otros derechos fundamentales de los trabajadores, pero la jurisprudencia argentina aún no ha emitido un fallo concluyente sobre la validez del reconocimiento facial para estos fines, pero casos internacionales pueden servir como referencia. Por ejemplo, en la Unión Europea, el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) proporciona un marco estricto para el procesamiento de datos biométricos, permitiendo su uso solo bajo ciertas condiciones y con el consentimiento explícito del individuo.

La problemática comienza a plantearse en el afán de las empresas que deseen implementar esta tecnología para controlar la jornada laboral de sus empleados sin contar con un asesoramiento adecuado para cumplir con las normativas vigentes y proteger los derechos de sus trabajadores. Se entiende que el registro de jornada constituye un derecho de los trabajadores a una limitación de la jornada de trabajo. Por otro lado, constituye también una obligación impuesta a la empresa de controlar el límite de la jornada diaria de la totalidad de sus empleados.

Otro inconveniente podría surgir del uso, por parte de la empresa, de la utilización de un medio de control de jornada diaria del tipo digital, como podría ser un dispositivo de carácter biométrico de reconocimiento facial, y que este tipo de elementos vulnera los derechos y libertades fundamentales de las personas trabajadoras.

Al ser El reconocimiento facial es una categoría de seguridad biométrica, me planteo el siguiente interrogante ¿pueden utilizar las empresas reconocimiento facial para controlar la jornada laboral de los empleados?

A modo reflexivo sobre la temática, y entendiendo que el reconocimiento facial para el control horario es un sistema de identificación novedoso para los derechos y libertades fundamentales de las personas. Si bien su uso no está prohibido, se requiere de una evaluación de impacto y la comunicación a la empresa de cómo, cuándo y quién despliega la tecnología biométrica. Dicha evaluación debería incluir un análisis de la necesidad y la proporcionalidad de esos sistemas, y de la posibilidad de utilizar otro método menos intrusivo.

En caso de utilizarse deberán evaluarse las medidas previstas para afrontar los riesgos que lleva a aparejado el reconocimiento facial, como las brechas de seguridad o la desviación de la información biométrica. Si aun así se decide implementar el sistema de reconocimiento facial, se requiere la información previa y el consentimiento expreso de los trabajadore

3. Conclusión

La protección de los datos sensibles generados por dispositivos biométricos en el ámbito laboral, son un desafío que requiere un enfoque equilibrado entre la innovación tecnológica y los derechos del trabajador, ya que el uso creciente de las herramientas digitales en la gestión

de los recursos humanos y la seguridad laboral se encuentra en pleno auge; en esta nueva realidad el empleador debe implementar medidas de seguridad adecuadas para garantizar la confidencialidad y evitar el acceso no autorizado a estos datos.

Su aplicación también nos plantea nuevos aspectos legales a tratar, garantizando que el empleado estará informado de manera clara y transparente sobre la finalidad perseguida, y que no le solicitaran datos innecesarios o excesivos, pero así también deberemos asegurarle al trabajador que tendrá derecho a acceder, ratificar, cancelar u oponerse al tratamiento de los datos biométricos, y también a conocer sobre cómo se conservaran sus datos y a quien podrían comunicarse los mismos

No obstante, cabe destacar que la distinción de los datos biométricos dentro del cuerpo normativo obedece a la necesidad de modernizar la legislación incorporando elementos que la tecnología impone. Es evidente que los riesgos relacionados con un archivo o banco de datos digital que se accede por internet o que está alojado en la nube computacional, son muy diferentes a los que podrían asociarse con un registro centralizado en una PC aislada de su entorno. Tampoco los riesgos sobre datos biométricos son similares a los riesgos sobre datos personales no biométricos.

Por lo que, dentro de diversos aspectos sociales que abarcan el tema, los empleados en ese caso analizado, pero también la sociedad todo considerando que el uso de datos biométricos coexiste como una nueva forma de identificación personal, cada persona tiene la preocupación por la privacidad de dichos datos y que medidas de seguridad se tomarán para salvaguardar los mismo

Indudablemente, la Ley de Protección de Datos Personales recoge un mandato constitucional al crear el instituto del hábeas data para la subordinación del manejo de datos personales por parte de terceros, al resguardo de la privacidad y del honor de cada persona. No obstante la extensión o amplitud que aparentemente incorpora la reglamentación en el concepto de archivos, registros o bancos de datos, en la práctica no parece haber una mayor incidencia en bases de datos personales de origen o finalidad privadas. Sobre aspectos vinculados al almacenamiento (medios, métodos, formas, medidas de protección). Nuestra ley, no se explaya al respecto, sólo hay una mención muy general en relación con la seguridad o la preservación de la integridad y la confidencialidad de los bancos de datos y de quién es la responsabilidad.

La ley no distingue a los datos biométricos dentro de los datos personales y si bien este concepto aparece recientemente tratado en una de las guías de criterios orientadores, no se abunda en ninguna cuestión relacionada con su tratamiento, derecho de acceso, almacenamiento o conservación. No obstante, cabe destacar que la distinción de los datos biométricos dentro del cuerpo normativo obedece a la necesidad de modernizar la legislación incorporando elementos que la tecnología impone. Es evidente que los riesgos relacionados con un archivo o banco de datos digital que se accede por internet o que está alojado en la nube computacional, son muy diferentes a los que podrían asociarse con un registro centralizado en una PC aislada de su entorno. Tampoco los riesgos sobre datos biométricos son similares a los riesgos sobre datos personales no biométricos, ya se explicó esa diferencia y es precisamente la que da fundamento a gran parte del presente estudio. Las medidas de seguridad recomendadas para la administración, planificación, control y mejora continua de la seguridad de la información en cada uno de los procesos, tareas y especialidades habituales en las entidades

tratantes de datos personales se refieren a la recolección de datos, al control de accesos, al control de cambios de los sistemas y aplicaciones y a la gestión de vulnerabilidades. Además, respecto del almacenamiento, el registro o la conservación de los datos, no hay prácticamente referencia alguna en todo el cuerpo normativo.

4. Bibliografía y fuentes de la información

- https://www.saij.gob.ar/osvaldo-alejandro-grossman-bases-datos-derecho-laboral-dacf030065-2003/123456789-0abc-defg5600-30fcanirtcod.

- Constitución de la NaciónArgentina- https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm

- Ley de Datos Personales N° 25.326 - https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/60000-64999/64790/texact.htm

- ¿Es legal el uso de datos biométricos en el entorno laboral? https://www.nalanda-global.com/blog/es-legal-el-uso-de-datos-biometricos-en-el-entorno-laboral/

- Asociación por los Derechos Civiles – Área Digital. Artículo “Desafíos de la biometría para la protección de los datos personales”- Abril 2017 - https://adcdigital.org.ar.

- Ley de Acceso a la Información Pública Comentada. https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/ley-27275-comentada.pdf

Inteligencia Artificial. Derecho Penal-Criminología

Clarivel Erguy

1. Introducción

La integración de la Inteligencia Artificial[1] al ámbito del Derecho, y por ende a todas las ramas del mismo y sus actividades relacionadas, incluso el Notariado, ha determinado un giro profundo en la forma en que se abordan los problemas en el mundo jurídico y judicial; determinando consecuentemente cambios significativos en los procesos de toma de decisiones tanto en materia de Derecho de fondo (Constitucional, Civil, Comercial, Penal, etc.), como de forma: la materia procedimental se encentra actualmente a la zaga de la evolución de la IA y se han ido creando pretorianamente, en los diferentes procesos, mecanismos y procedimientos para adaptarse no sólo a ella sino también a todas las nuevas tecnologías.

Es justamente en el ámbito del Derecho Penal en el cual puede verse con mayor claridad el efecto que la IA tiene no sólo sobre la Sociedad, sino más aún sobre cada individuo, cada persona y cada acto de la vida.

Esta particular influencia se debe a la naturaleza misma de esta rama del Derecho, dentro de la cual se encuentra comprendida la Criminología, Ciencia Social que estudia las causas y circunstancias de los distintos delitos, la personalidad de los delincuentes y el tratamiento adecuado para su represión, así como posibilidades de resocialización.

Parte importante del destino de los estudios, análisis y conclusiones a los que llega la esta Ciencia tiene fines preventivos y es allí donde la IA adquiere relevancia, toda vez que los cursos de acción que deben tomar los operadores de los distintos sistemas del ámbito penal se basan necesariamente en información y predicciones que tengan en consideración diferentes factores: temporales, geográficos, estadísticas delictivas previas, entre otros, para lo cual la IA y los recursos que la misma provee mejoran y agilizan notablemente el procesamiento de los datos y, por ende, el proceso predictivo del delito.

No obstante la innegable capacidad predictiva de la IA la misma plantea profundos dilemas de índole tanto moral, como ético y legal.

En el marco de una realidad que parece prometer la prevención y anticipación de los delitos, basándose en patrones de comportamientos y datos masivos con los que se generen algoritmos[2] predictivos, se han encendido alarmas ante la posibilidad del daño que puedan sufrir los derechos de los ciudadanos y se han suscitado cuestionamientos interesantes, que deben ser respondidos oportunamente si se quiere dar a la IA toda la utilidad que la misma puede

1. En adelante IA

2. Un algoritmo es un conjunto de instrucciones ordenadas y finitas que permiten resolver un problema. Son la base de la programación y se utilizan para el diseño de programas.

brindar, permitiendo que se constituya en una herramienta eficaz al servicio de los derechos de los ciudadanos, y no en un mítico tributo a la Ciencia.

Surgen así preguntas tales como: ¿es ético ejercer la acción penal contra alguien que aún no cometió ningún delito y basándose esencialmente en el sistema en predicciones algorítmicas?; ¿es posible equilibrar la prevención de crímenes con el respeto al principio cuasi sacro de la presunción de inocencia?, ¿cuál sería el límite de confianza en la capacidad de la IA para prevenir comportamientos que incumben al orden jurídico penal y generan tomas de decisiones que afectan a los ciudadanos?, más preguntas e interrogantes irán surgiendo seguramente en la misma medida en que crezca la utilización de la IA en el ámbito del Derecho Penal.

Pero existe una cuestión que no sólo afecta a esta rama del Derecho, sino a varias, y muy seguramente con el avance del uso de la IA a varias más, y es lo referente a la "opacidad" o desconocimiento de los factores que determinan la toma de decisiones, y que lo explica muy bien la UNESCO al afirmar que cuando hablamos de *opacidad* respecto a los algoritmos estamos haciendo referencia a la falta de transparencia motivada por la existencia de una suerte de caja negra que carece de capacidad explicativa y dificulta su correspondiente inteligibilidad [3], cuestión que tiene efecto directo sobre la problemática de la responsabilidad, y se extiende más allá del campo penal, llegando al Derecho de Daños, inclusive.[4]

En concreto lo que genera preocupaciones hace referencia directa a los sesgos algorítmicos[4], que podrían generar y perpetuar injusticias sistemáticas.

Una vez establecido lo precedente cabe indicar que en el presente trabajo consideraremos a la IA y los algoritmos predictivos, su aplicación en el área de la Criminología y por ende su influencia sobre la aplicación del Derecho Penal (tanto de fondo como de forma), lo positivo de dichos algoritmos así como sus riesgos, para finalizar con una breve mención del *leading case* "State Wisconsin vs. Loomis".

2. Desarrollo

Aplicación en el área de la Criminología

En Argentina se cometen aproximadamente 1.765.932 delitos por año, con una tasa de 3929 personas involucradas en dichas actividades de cada 100.000 habitantes[5], por lo cual una de las funciones y objetivos de la Criminología es comprender la realidad que estudia, entender lo que ha sucedido (en términos de conductas desviadas según la terminología Criminológica),

---

3. BLÁZQUEZ RUIZ, Javier, "*La paradoja de la transparencia en la IA: Opacidad y explicabilidad. Atribución de responsabilidad*". Revista Internacional de Pensamiento Político – I Época 17 (2022): 267, https://www.upo.es/revistas/index.php/ripp/article/view/7526/6376. [4] Como lo demuestra en materia de vehículos autónomos el cuestionamiento sobre a quien debe hacerse responsable, penal o civilmente (fabricante, programador y/u ocupante), y en orden a cómo deben programarse los algoritmos en situaciones de estado de necesidad.

4. Los sesgos algorítmicos en la inteligencia artificial (IA) son errores sistemáticos que producen resultados injustos. Estos sesgos se originan en los datos de entrenamiento de los algoritmos, en las decisiones de diseño y en las limitaciones de los propios algoritmos.

5. Dirección Nacional de Estadística Criminal, "Estadísticas criminales República Argentina – 2019", Ministerio de Seguridad, República Argentina, 2019.

mediante el análisis de estadísticas, archivos y datos de la realidad, entre otros elementos. No debemos olvidar que actualmente la vida se desarrolla también y en muy altos índices de manera paralela en un mundo virtual, que es casi tan "real" como el del plano físico; siendo también en dicho plano en el cual se desarrolla gran parte de la actividad delictiva moderna y de mayor trascendencia (V.gr.: lavado de activos, tráfico en sus distintas formas, estafas, fraudes, etc.)

Para poder hacer frente a esta expansión del crimen, tanto en espacios físicos como en las redes, la Criminología, como una ciencia de análisis de las conductas, necesita, si es que pretende lograr investigaciones eficientes, de herramientas que agilicen el proceso de aprovechamiento integral de la cantidad masiva de datos disponibles, siendo allí donde la IA y sus algoritmos computacionales asentados en técnicas matemáticas para el procesamiento de información, se convierte en una herramienta de la mayor utilidad.

Si bien no existe una única definición de Inteligencia Artificial (IA) puede afirmarse que la misma es la "*capacidad de las máquinas para usar algoritmos, aprender de los datos y utilizar lo aprendido en la toma de decisiones tal y como lo haría un ser humano. Sin embargo, a diferencia de las personas, los dispositivos basados en IA no necesitan descansar y pueden analizar grandes volúmenes de información a la vez. Asimismo, la proporción de errores es significativamente menor en las máquinas que realizan las mismas tareas que sus contrapartes humanas.*"[6]

Dentro de la IA existe un subcampo conocido como Machine Learning (ML) que comprende al conjunto de técnicas que posibilitan el Aprendizaje Automático mediante el entrenamiento con grandes volúmenes de datos[7].

Resulta necesario entonces describir en qué consiste este tipo de aprendizaje para poder comprender el funcionamiento de la IA.

Como indica Russo las máquinas aprenden por medio de algoritmos que permiten la interpretación de distintos patrones de datos; aprendizaje que puede clasificarse en tres subcategorías.

La primera es el **Aprendizaje Supervisado**, que necesita la intervención humana, por cuanto se debe establecer la forma en la cual los datos han de ser categorizados.

La segunda es el **Aprendizaje No Supervisado**, en el cual no está presente la intervención humana y los algoritmos categorizan la nueva información sin ninguna indicación previa.

Finalmente el tercer tipo es el denominado **Aprendizaje por Refuerzo** método mediante el cual se devuelve un "feedback" positivo cada vez que el algoritmo aprende algo o interpreta datos de forma correcta.

Asimismo dentro del área del Aprendizaje Automático existe también el **Aprendizaje Profundo** el cual emplea Redes Neuronales Organizadas, que utiliza los nodos o las neuronas

---

6. LASSE Rouhiainen. *"Inteligencia artificial: 101 cosas que debes saber hoy sobre nuestro futuro"*. Edit. Planeta, p. 17.

7. RUSSO, Claudia. *"Tratamiento masivo de datos utilizando técnicas de Machine Learning"*. Comisión de Investigaciones Directivas. Disponible en https://digital.cic.gba.gob.ar/.

interconectados en una estructura de capas que se parece al cerebro humano lo cual le permite interpretar relaciones y patrones complejos de datos.

IA y ML en Criminología

Ambas son de gran utilidad en el campo de la Criminología: puntualmente en el ámbito del análisis forense digital, que se define como el conjunto de principios y métodos científicos que implican la recolección, preservación, documentación, validación, identificación, análisis, interpretación, y presentación de evidencia digital con el propósito de facilitar la reconstrucción de eventos delictivos[8].

A su vez el trabajo del análisis forense general presenta cuatro fases, que se formalizan en un Informe; ellas son:

- Adquisición de la Información
- Preservación de Datos
- Análisis de la Información
- Documentación de las Conclusiones Relevantes.

Durante la ejecución de estas etapas de recopilación y análisis de datos, las tareas son facilitadas precisamente por la IA y la ML.

Desarrollo de los análisis predictivos

Tanto la IA como la ML se han destinado no solo a la satisfacción de la necesidad de procesamiento descripta, sino también al desarrollo de programas informáticos de análisis predictivo, en los cuales se emplean técnicas analíticas con el objetivo de identificar objetos potenciales que requieran de atención policial, o para resolver hechos delictivos ya sucedidos:[9] a esto se lo denomina "*predicitve policing*".

Esta predicción se establece sobre la base de la realización de inferencias probables en función de datos ya existentes, que son volcados en algoritmos (tanto algoritmos como sistemas de IA), los cuales se constituyen de tal manera que a partir de la realidad se crea una base de datos, luego se diseña el modelo del algoritmo y por último se lo ejecuta obteniendo resultados, o *outputs*, que tienen cierto impacto sobre la realidad de la cual se parte.

Ahora bien, la predicción del futuro por medio de estos algoritmos tiene un marco teórico en el que se identifican dos tipos de componentes.

El "sistemático del crimen", y el "no sistemático". El primero de ellos permite el estudio de la probabilidad de que un particular evento suceda en el futuro, en base a oportunidades

8. BARRÉRE CAMBRÚN, Martín. *"Análisis Forense Informático"*. Facultad de Ingeniería Universidad de la República Uruguay. Disponible en el repositorio institucional de la Universidad de la República. Colección digital de acceso abierto que agrupa y resguarda la producción de la Universidad, https://www.colibri.udelar.edu.uy/jspui/

9. NÓPHAL RODRÍGUEZ, Víctor Shaí. *"La posibilidad de la policía predictiva"*. Revista Mexicana de Ciencias Penales. Vol. 4, N° 14, Año 2021. P. 132.

y al razonamiento (entendido como patrón de pensamiento/conducta) de quien comete el o los delitos.

Por su parte el "no sistemático" engloba aquellos crímenes "pasionales" que poco tiene que ver con la razón o la lógica.[10]

A su vez los algoritmos de búsqueda son aplicados sobre grandes cantidades de datos para encontrar coincidencias en patrones que dan como resultado "*hostpost*", o lugares donde se concentra la actividad criminal.[11] Los tipos de datos que los algoritmos emplean pueden ser espaciales, temporales, o bien de redes o contextos sociales.

Los organismos de seguridad utilizan tres metodologías predictivas.

1.- La primera se basa en el análisis del espacio por medio de la identificación de "*hots-pots*", y se ubica dentro del aprendizaje automático de la LM como aprendizaje supervisado, ya que que los resultados arrojados son luego analizados por un analista humano del cuerpo que esté realizando el trabajo, siendo esta persona quien interpreta la información obtenida, para lo cual toma en consideración los factores que ha empleado el algoritmo. Con las conclusiones se toman decisiones referidas a la utilización o disposición de los recursos de seguridad en diferentes áreas, lo cual contribuirá a la implementación de medidas preventivas de las conductas desviadas buscando la reducción de las mismas, pero también se emplea para determinar geográficamente zonas de seguridad (en los diferentes niveles de riesgos) en barrios o zonas marginales, lo cual permitirá tomar las medidas de prevención necesarias.

En Criminología la Teoría de las Ventanas Rotas[12], es un ejemplo de la aplicación de este tipo de predictibilidades. Si bien la misma fue formulada en la década de los años ´80, la Policía de la Ciudad de Nueva York comenzó a aplicarla en el Metro de dicha Ciudad a mediados de esa década y la teoría alcanzó su máxima popularidad en década siguiente,[13] obteniendo un notable éxito ya que logró, en un lapso de tes años, reducir a la mitad el número de delitos.

2.- La segunda metodología estudia tanto el tiempo como el espacio en los que se cometen los delitos en el área geográfica a analizar; los softwares desarrollados para implementarla calculan un promedio de tiempo y ubicación para cierto grupo (o tipo) de incidentes. Partiendo de estos muestreos, se realiza lo que se denomina "Correlated walk analyisis", consistente en el análisis correlativo entre los factores espacio/temporales de distintos incidentes, con la finalidad de lograr la prevención de nuevos actos de la misma naturaleza.

En este proceso se observa también la intervención humana y el aprendizaje supervisado: ya que si bien para generar la predicción, el algoritmo se encarga de calcular el promedio

---

10. HARDYNS, Wim, RUMMENS, Anneleen. *"Predictive Policing as a New Tool for Law Enforcement? Recent Developments and Challenges."* Springer Link.

11. Íd. Ob. ant.

12. Teoría Criminológica formulada por los criminólogos James Q. Wilson y George Kelling, sostiene que los signos de deterioro y desinterés pueden incitar a la delincuencia; afirma la Teoría que si una ventana rota no se repara, pronto se romperán más y el vandalismo continuará acentuándose.

13. Debido a las políticas policiales del alcalde Rudy Giuliani y el comisario William Bratton, Jefe Comisionado de Policía de dicha Ciudad en los períodos 1994-1996 y 2014-2016.

de las variables de los intervalos, tomará como números de intervalos a estudiar los que un analista humano considere apropiados.

3.- En la tercera metodología el algoritmo busca personas de interés y no localizaciones físicas: estudia el contexto, las conexiones y las Redes Sociales. Prioriza los datos referidos a las relaciones entre dos personas, es decir: los nodos,[14] lo cual se denomina "*ego network análisis*"[15]

Una vez definida la relación de interés que se busca entre un nodo y otro, se insertan los datos en un algoritmos que para este propósito trabajarán con matrices que se componen de representaciones numéricas correspondientes a los datos empleados como parámetros, lo cual producirá una salida matemática La interpretación de estos datos numéricos luego permite entender las diversas relaciones entre las personas que se toman como objeto de estudio, de acuerdo con los parámetros dados. A partir de la interpretación de los datos arrojados se generará una representación visual de la Red Social obtenida, la cual puede incluir además grandes cantidades de información; y como puede verse todo se construte sobre la base de la conexión de los nodos.

Aplicaciones

1.- "Predpol"[16]: software que utiliza la policía de Estados Unidos para predecir dónde y cuándo es probable que ocurran delitos. Se basa en IA y algoritmos de aprendizaje automático. Emplea cuatro variables: tipo de delito, lugar donde fue cometido, fecha y hora de comisión del o los hechos; y por medio de la metodología de estudio del espacio y el tiempo crea lo que se denomina como "*predictive mapping*" (identificación de áreas con alto nivel de actividad criminal). Las estadísticas indican que el uso de "Predpol" lleva a una reducción en la tasa del crimen; no obstante su mantenimiento exige altos costos económicos, por lo cual distintos sistemas policiales europeos trabajan actualmente sobre el desarrollo de otros modelos, que siguiendo los parámetros de la

Predpol resulten menos costosos y tengan la misma efectividad.[17]

2.- Otros ejemplos de estos algoritmos predictivos son:

a) la Public Safety Assessment (PSA): herramienta de evaluación actuarial que se utiliza para predecir el riesgo de que un acusado cometa un nuevo delito o no comparezca a la Corte. Se aplica en EEUU, en los Estados de Arizona, Kentucky y Nueva Jersey. También se

14. Las relaciones que sea analizan pueden ir desde conexiones familiares, sociales, de amistad, o simple comunicación hasta afiliaciones a determinadas organizaciones (maras o pandillas, por ejemplo), por lo cual este tipo de análisis puede tener como objeto de estudio una red entera, y como objetivo el entendimiento de las relaciones de la misma, lo cual se conoce como "global network análisis".

15. ROUSSEAU, Ronald. *"Social network analysis: a powrful strategy, also for the information sciences"*. Academia Edu. Disponible en https//:academia.edu

16. ALIEVA, Deniza. *"El análisis de redes en la prevención del comportamiento delictivo". Redes: revista hispana para el análisis de redes sociales*, vol.31, N°1, pp. 82-84, doi:10.5565/rev/redes.863.

17. En el Condado de Kent, Reino Unido, un primer reporte del empleo del software reportó una reducción del 4% en la tasa del crimen durante el período de experiencia piloto. Kent Police. "Predpol Operational Review". State Watch. Nov. 2013.

utiliza en algunas ciudades importantes y sus áreas circundantes.[18]

b) Level of Service Inventory Revised (LSI-R): Inventario de Nivel de Servicio Revisado (LSI-R) se aplica en entornos penitenciarios de Nueva Gales del Sur, Australia. Es una herramienta de evaluación actuarial que se utiliza para identificar los riesgos y las necesidades de los infractores en relación con la reincidencia.

c) Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions (COMPAS), se aplica en EEUU en las etapas de detención preventiva, juicio, sentencia y libertad condicional del sistema de justicia.

Como puede verse las herramientas precitadas se aplican mayoritariamente, en el ordenamiento jurídico de Estados Unidos y el Reino Unido.

Influencia sobre la aplicación del Derecho Penal

Lo positivo de los algoritmos predictivos.

- Según lo venimos analizando resulta evidente la importante influencia que ha adquirido la utilización de la IA y la ML en el ámbito del Derecho Penal, incluida la interpretación de las normas (esencialmente las procesales), toda vez que ofrece perspectivas más objetivas de la realidad de las que podría tener la simple apreciación humana, muchas veces influenciada por criterios excesivamente dogmáticos o fuertemente normativistas y casuísticos; como los es en el derecho aplicable por los

Tribunales de EEUU cuya concepción causalista[19] del Derecho Penal surge evidente de la interpretación y aplicación que del mismo se hace jurisdiccionalmente.

- Los algoritmos de predicción penal tienen el potencial de mejorar la precisión en la toma de decisiones judiciales. La utilización del sistema permite que los algoritmos puedan analizar grandes conjuntos de datos y detectar patrones que podrían pasar desapercibidos para un juez o la intervención humana. Ésto podría ayudar a identificar mejor los riesgos potenciales de reincidencias y contribuir a una evaluación más objetiva del riesgo de un individuo en particular.[20]
- La posibilidad de reducir los sesgos humanos en el sistema judicial constituye otra de las ventajas del sistema: los operadores judiciales, tanto los jueces como los demás actores del sistema, pueden verse influenciados por prejuicios conscientes o inconscientes al momento de tomar decisiones sobre temas tales como dictar Resoluciones

18. Cook County (Chicago), Illinois; Harris County (Houston), Texas; Maricopa County (Phoenix), Arizona; San Francisco County, California; Mecklenburg County (Charlotte), North Carolina; Allegheny County (Pittsburgh), Pennsylvania; Lucas County (Toledo), Ohio; Milwaukee County, Wisconsin; Santa Cruz County, California.

19. Doctrina penal que explica los delitos en función de las leyes de la naturaleza. Se basa en la relación de causa-efecto, es decir, que la acción es la causa de un resultado. Fija su atención en los elementos del desvalor del resultado (lesión del bien jurídico). Sebastián Soler y Ricardo Núñez son dos de los exponentes más conocidos de esta doctrina en nuestro país y en el mundo.

20. ROA AVELLA, Marcela -SANABRIA MOYANO, Jesús Amado – DINAS HURTADO, Katherine. *"Uso de algoritmo COMPAS en el Proceso Penal y los riesgos a los Derechos Humanos"*. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Vol. 8, núm 1. Año 2022. PP. 280-281. [22] Íd. ant.

o Sentencias, el otorgamiento o no de la libertad condicional, la fijación de fianzas; oportunidades en las que si los algoritmos de predicción penal, se encuentran diseñados adecuadamente, colaborarán eficazmente para minimizar estos sesgos toda vez que los mismos se centran únicamente en datos relevantes, sin verse afectados por factores subjetivos como los preconceptos o prejuicios sobre raza, religión, sexo, género o la apariencia física.

- Además, estos algoritmos podrían contribuir a una distribución más eficiente de los recursos públicos asignados a los sistemas judiciales al predecir qué individuos se beneficiarían de los programas de rehabilitación o de programas alternativos al encarcelamiento, lo que aumentaría las probabilidades de resocialización y reintegración exitosas reduciendo las reincidencias.[22]

Riesgos de la aplicación de algoritmos predictivos.

Para algunos autores podrían mencionarse, hasta ahora, al menos cinco riesgos posibles de la aplicación de los mismos.

a) Carencia de imparcialidad debido a información sesgada: en este punto la principal preocupación se refiere a la imparcialidad y al sesgo inherente en los datos utilizados para alimentar estos algoritmos. Algunos autores han destacado que la falta de representación diversa en los conjuntos de datos puede llevar a decisiones discriminatorias, y a perpetuar y ampliar las desigualdades existentes[21]. Esta dificultad también ha sido conocida como el dilema de la imputación de datos[22], según el cual el problema se encuentra en el hecho de que los datos históricos usados para el perfilamiento criminal predictivo siempre reflejan y, por ende perpetúan, los sesgos que hay en el sistema judicial; lo cual implica que tales algoritmos, al basarse en dichos datos, pueden reproducir y amplificar prejuicios contra ciertos grupos étnicos, socioeconómicos, raciales o religiosos, por ejemplo. Dicho de otra forma: si los datos históricos que alimentaron el algoritmo muestran al menos un patrón de discriminación hacia una comunidad específica, el algoritmo también puede reflejar y perpetuar esa discriminación, dando lugar de esta forma a decisiones sesgadas y por ende injustas.

De la misma forma la imparcialidad también puede verse comprometida cuando no exista o falte una representación equitativa en los conjuntos de datos; o cuando la información referida a ciertos grupos sociales (étnicos, raciales, culturales, religiosos, sexuales, etc.) no sea tenida en cuenta, lo cual determinará que los algoritmos no podrían predecir con precisión los patrones delictivos en relación con esas comunidades.

b) Incremento en la dependencia de algoritmos predictivos. Ausencia de atribución de responsabilidad: Una de las críticas efectuadas se relaciona con la posible

21. EUBANKS, Virginia. *"Automating inequality: How high-tech tolos profile, pólice, and punish the poor."*. New York: St. Martin´s Press. Año 2018. Pp 14-18.

22. VALLS PRIETO, Javier. *"Sobre la responsabilidad penal por la utilización de sistemas inteligentes"*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, N°. 24-27 (2022): 4, http://criminet.ugr.es/recpc/24/recpc24-27.pdf.

dependencia que de estos sistemas sufran los operadores judiciales, lo cual conllevaría a la ausencia de responsabilidad de los mismos.

Frischmann y Selinger sostienen que la utilización excesiva de la IA podría socavar los principios de la responsabilidad humana tanto como la transparencia en la toma de decisiones legales, formulando en consecuencia el interrogante referido a quién sería en tales casos responsable por los errores o decisiones cuestionables.[23]

En tales casos la atribución de la responsabilidad se volvería difusa, toda vez que la secuencia de decisiones involucra tanto a los diseñadores de la IA, a los algoritmos y a los usuarios; tal y como lo han afirmado Rincón Cárdenas y Martínez Molano.[24]

Por último, aunque no menos importante, no debemos olvidar los desafíos éticos que plantea el uso de la IA, se trata de Ciencia dura que no tiene conciencia ni comprensión moral, por lo que si bien sus decisiones pueden resultar técnicamente correctas también pueden carecer de empatía y la necesaria consideración de los factores contextuales que rodean a las conductas desviadas; cuestión que genera preocupación sobre su aplicación en cuestiones tales como la equidad de género, la concepción de la justicia en la aplicación de la ley, o las libertades individuales.

c) Falta de transparencia

Inicialmente mencionamos y tratamos lo referido a la opacidad en el funcionamiento de los algoritmos de la IA, así como las preocupaciones que los mismos generan.

Frank Pasquale afirma que muchos de estos modelos son auténticas "cajas negras"[25], lo que implica que los procesos de toma de decisiones que desarrolla internamente el sistema no son fácilmente comprensibles para los humanos.

Esta situación genera la anteriormente mencionada falta de transparencia, y formula serios interrogantes sobre la responsabilidad y la capacidad de rendición de cuentas cuando los algoritmos afecten a los ciudadanos en forma negativa o injusta.

Esta opacidad de los algoritmos puede adoptar tres formas diferentes, a saber:

- opacidad derivada del secreto público o privado, que impide el escrutinio interno del algoritmo;
- opacidad derivada de la falta de conocimientos técnicos sobre el funcionamiento de un algoritmo o la interpretación del código informático correspondiente;
- opacidad relativa al propio funcionamiento de los algoritmos de la ML, con la particularidad en este caso de que incluso quienes tienen los conocimientos técnicos

---

23. FRISCHMANN, Brett y SELINGER, Evan, *"Re-Engineering Humanity"* (Cambridge: Cambridge University Press, 2018), https://www.cambridge.org/core/books/reengineeringhumanity.

24. RINCÓN CÁRDENAS, Erick y MARTÍNEZ MOLANO, Valeria, *"Un estudio sobre la posibilidad de aplicar la inteligencia artificial en las decisiones judiciales"*, *Revista Direito GV* 19 (2023). Disponible: https://www.scielo.br/j/rdgv/.

25. PASQUALE, Frank. *"The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information"* (Cambridge, MA and London, England: Harvard University Press, 2015), 270-275, https://www.degruyter.com/document

suficientes no puedan llegar a ser capaces de interpretar los motivos por los que el programa produjo un determinado resultado.

La opacidad algorítmica dificulta la identificación de posibles errores o sesgos en las decisiones legales automatizadas, lo cual conduce a la disminución de la confianza en el sistema judicial.

d) Afectación al derecho de la intimidad.

Cuando se recopilan y utilizan grandes cantidades de datos personales con la finalidad de predecir comportamientos futuros la privacidad de cada miembro de la Sociedad, de cada individuo, está en riesgo. Ello por cuanto estos sistemas de recopilación pueden llegar a vulnerar la privacidad y la autonomía personal de los ciudadanos al influir en decisiones que afectan su libertad y derechos fundamentales.

Los derechos a la intimidad y al *habeas data*, tienen en nuestro país regulación puntual de naturaleza constitucional, por lo cual el uso de tecnologías de predicción del comportamiento criminal, basadas en la recopilación y almacenamiento de grandes cantidades de datos personales, plantea el desafío de garantizar la seguridad de los individuos cuya vida privada podría verse afectada por esta suerte de vigilancia masiva.

De hecho nuestra normativa penal en el Art. 157 Bis Código Penal, sanciona el acceso ilegítimo a bancos de datos personales, la revelación ilegítima de su información y la inserción ilegítima de datos, todo el marco de lo que Terragni ha dado en denominar "protección de bancos de datos personales", surgida de la Ley 26.388.[26]

En la Conferencia Anual de Google I/O 2018 el desarrollador Alphabet Inc. mostró una versión beta de la herramienta Duplex, a la que describió como "un servicio experimental que permite a un asistente digital, realizar llamadas telefónicas, agendar citas, generar escritura automática de correos electrónicos…", entre otras funciones, indicando que se trataba de una herramienta que ahorraba tiempo y esfuerzo a los usuarios.

No obstante "Duplex" ha sido seriamente criticada bajo el argumento, muy atendible, de que la misma no garantiza que la información entregada de manera voluntaria por los usuarios se custodie y administre en las formas en que la ley determina. Cabe aquí recordar que Google ha sido reconvenido en varias oportunidades por diferentes autoridades en el mundo con relación al cumplimiento de los estándares en materia de *habeas data* por el uso y administración de los datos que, como consecuencia de los servicios que brindan, les son confiados.

e) Discriminación: El hecho de adelantarse a juzgar un crimen que todavía no ha sucedido, es un acto que denota una relación de muy alto costo en términos de riesgobeneficio, por cuanto dentro del margen de error se incluye la posibilidad de una falsa acusación o creación de un perfil discriminatorio.

Si se parte de la base que los algoritmos son nutridos con información que le brindan las personas humanas, lógicamente también traducirán sus sesgos discriminatorios, como por ejemplo cuando se cargan datos biométricos correspondientes sólo a personas de raza blanca (o

26. TERRAGNI, Marco, *"Tratado de Derecho Penal"*, Ed. La Ley, Bs.As., 2012, Tomo II "Parte Especial-I", pág. 551.

caucásica según la terminología inglesa) y se los utiliza para verificar identidades de latinos, en tales casos los algoritmos al tratarse de abstracciones de la realidad son incapaces de considerar todas las variables o detalles y el error puede afectar la libertad y la vida de un ciudadano.

Leading Case State Wisconsin vs. Loomis

Wisconsin vs. Loomis se ha catalogado como el primer caso en el que un tribunal de justicia tuvo que pronunciarse con relación a la admisibilidad del uso de herramientas de IA y ML en un proceso penal.[27]

Eric Loomis fue acusado por la comisión de cinco delitos al estar involucrado en un tiroteo; se lo imputó por cargos de posesión de armas de fuego, intento de fuga y por conducir un vehículo sin el consentimiento de su propietario. Para fundar la pretensión de condena, la fiscalía aportó, entre otros elementos, un informe del algoritmo predictivo COMPAS; en el cual se establecía que Loomis presentaba una calificación negativa pues tenía un alto riesgo de reincidencia.

Si bien Loomis no aceptó los cargos relacionados con el tiroteo y la tenencia de armas, sí admitió haber conducido un vehículo ajeno e intentar huir cuando fue detenido por un oficial de tránsito.

El juez de primera instancia lo consideró penalmente responsable calificándolo como un peligro para la seguridad pública, y en consecuencia le impuso una pena de seis años de prisión y cinco años bajo libertad vigilada.

La defensa apeló el fallo por considerar que la conclusión del algoritmo COMPAS era inadmisible como prueba para la imposición de la pena; afirmando que el "Informe de Riesgos" que arrojara dicho sistema violaba el derecho del acusado al ser sentenciado con base en información cuya precisión no podía constatarse, en parte porque debido a la naturaleza patentada de COMPAS, era imposible evaluar su exactitud, haciendo directa referencia a la opacidad del sistema, lo cual tornaba los resultados del algoritmo no susceptibles de contradicción. Alegando en relación con ello que por tratarse de un sistema patentado y protegido por el secreto comercial, resultaba imposible conocer el procedimiento por el cual se determinaron los riesgos que el Informe de conclusión mencionaba y del cual surgía la calificación que fundaba la sentencia.

De ello concluía la defensa que se había violado "el derecho del acusado a una sentencia individualizada"[28], por cuanto el *software* trabaja basándose en estadísticas grupales, por lo cual no era posible determinar, con la necesaria certeza que exige el procedimiento jurisdiccional, si la información se ajustaba específicamente al caso del sentenciado.

No obstante haberse denegado la apelación, la Corte Suprema de Wisconsin reconoció la posibilidad de que los algoritmos predictivos de riesgo amenacen las garantías sustanciales y procesales de los acusados, toda vez que las partes no poseen información suficiente para contradecir los resultados de los informes y la calificación que se realiza de los riesgos. Reco-

27. Supr. Court of Wisconsin, 881 NW2d 749 (Wisconsin 2016). Disponible en: https://www.courts.ca.gov/documents/BTB24-2L-3.pdf

28. ROA AVELLA, DINAS-HURTADO y SANABRIA-MOYANO, *"Uso de algoritmo COMPAS"*, 287-290.

nociendo que los citados algoritmos se caracterizan por su principio de opacidad, admitió que "no es posible establecer el peso, la valoración y ponderación exacta que un algoritmo de esta clase realiza con relación a las diferentes variables".

Destaca Belloso Martín que no deja de ser paradójico que el máximo tribunal de justicia del Estado de Wisconsin haya admitido y valorado esta prueba, a pesar de que reconoció que el empleo de estos algoritmos trae consigo muchas limitaciones, debilidades e inconvenientes.[29]

4. Conclusiones

Consideramos que en relación con los temas brevemente tratados podríamos arribar a dos tipos de conclusiones: unas referidas a los aspectos de la aplicación puramente técnica de la IA al sistema del Derecho Penal y la Criminología, y otras (pero no menos importantes) referidas a los interrogantes que la integración de la misma le plantea al Derecho en general y muy especialmente al Penal.

Así, en una primera línea de pensamiento, puede concluirse que:

- Las tecnologías de IA y ML incorporadas como herramientas al ámbito del Derecho Penal y la Criminología mejoran la velocidad de procesamiento de información y ofrecen la posibilidad de realizar predicciones más rápidamente; lo cual contribuye a prevenir hechos delictivos; demarcar zonas (o regiones geográficas) de mayores riesgos confeccionando "mapas del delito"; ahorrar recursos a las fuerzas de seguridad; distribuir mejor los recursos que se asignan tanto a los organismos de seguridad como a los equipos de investigación que integran los mismos (laboratorios forenses); brindar a los operadores del sistema judicial elementos técnicos que colaboran con el trabajo de administración de justicia.
- En términos estadísticos, los algoritmos predictivos dan resultados altamente positivos, contribuyendo tanto con el campo de la investigación y el proceso penal como en el ámbito de la investigación criminológica propiamente dicha.
- Como se trata de tecnología en constante desarrollo y con la finalidad de evitar controversias y problemas lógicos a la hora de la implementación de estos algoritmos se debería priorizar a aquellos vinculados a los "*hotspots*" y el "*predictive mapping*", es decir aquellos que focalizan las variables temporales y geográficas junto con los antecedentes.

En cuanto al segundo orden de conclusiones debemos tener presente que la realidad de la irrupción de la IA y la ML plantean al Derecho y a quienes con él trabajamos, estudiamos, analizamos y ejercemos, un desafío esencial: la confrontación con una realidad ajena a nuestros paradigmas tradicionales; plantea dudas, nuevos *aprehendizajes* y aprendizajes, pero fundamentalmente un cambio en la estructura de nuestro pensamiento, organizado en torno a creaciones convencionales muchas veces subjetivas por cuanto son variables según los

29. BELLOSO MARTÍN, Nuria. *"Inteligência Artificial e Direito Processual: Os Impactos da Virada Tecnológica no Direito Processual."* Erik Navarro Wolkart (ed. lit.) Dierle Nunes (ed. lit.) Paulo Henrique dos Santos Lucon (ed. lit.) Ed. Juspodivm. Año 2020. P465-506.

tiempos, las sociedades y las ideologías, es decir: el pensamiento que crea, aplica y sustenta las normas jurídicas.

La IA hoy interpela al Derecho: le pregunta y lo desafía para interrogarlo con respecto al punto límite: hasta dónde podrá regularla, regirla, adaptarla y adaptarse a ella para que hacerla útil a sus fines; le inquiere por las fuentes y lo obliga, en consecuencia, a ampliar su mirada, a cambiar ángulos de visión; pero consideramos que, esencialmente, lo obliga a fortalecerse para no ser absorbido y transformarse hasta perder su esencia, la misma que sirve a los objetivos que le dan sentido y razón a su existencia: regir con equidad, justicia y, sobre todo, criterios de verdadera Humanidad, a las Sociedades.

Lo compele, en definitiva, *a* ***establecer límites para que la IA nunca deje de ser una herramienta más, siempre controlada por el Hombre, a su servicio y bajo su control. -***

5. Bibliografía

ALIEVA, Deniza. *"El análisis de redes en la prevención del comportamiento delictivo". Redes: revista hispana para el análisis de redes sociales*, vol.31, N°1, pp. 82-84, doi:10.5565/rev/redes.

BARRÉRE CAMBRÚN, Martín. *"Análisis Forense Informático"*. Facultad de Ingeniería Universidad de la República Uruguay.

BLÁZQUEZ RUIZ, Javier, "*La paradoja de la transparencia en la IA: Opacidad y explicabilidad. Atribución de responsabilidad*". Revista Internacional de Pensamiento

Político – I Época 17 (2022): 267, https://www.upo.es/revistas/index.php/ripp/article/view/7526/6376.

BELLOSO MARTÍN, Nuria. *"Inteligência Artificial e Direito Processual: Os Impactos da Virada Tecnológica no Direito Processual."* Erik Navarro Wolkart (ed. lit.) Dierle Nunes (ed. lit.) Paulo Henrique dos Santos Lucon (ed. lit.) Ed. Juspodivm. Año 2020

DIRECCIÓN NACIONAL DE ESTADÍSTICA CRIMINAL, "Estadísticas criminales República Argentina – 2019", Ministerio de Seguridad, República Argentina, 2019.

EUBANKS, Virginia. *"Automating inequality: How high-tech tolos profile, pólice, and punish the poor."*. New York: St. Martin´s Press. Año 2018

FRISCHMANN, Brett y SELINGER, Evan, *"Re-Engineering Humanity"* (Cambridge:

Cambridge University Press, 2018), https://www.cambridge.org/core/books/reengineering-humanity.

HARDYNS, Wim, RUMMENS, Anneleen. *"Predictive Policing as a New Tool for Law Enforcement? Recent Developments and Challenges."*

LASSE Rouhiainen. *"Inteligencia artificial: 101 cosas que debes saber hoy sobre nuestro futuro"*. Edit. Planeta.

NÓPHAL RODRÍGUEZ, Víctor Shaí. *"La posibilidad de la policía predictiva"*. Revista Mexicana de Ciencias Penales. Vol. 4, N° 14, Año 2021.

PASQUALE, Frank. "*The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information"* (Cambridge, MA and London, England: Harvard University

Press, 2015), 270-275, https://www.degruyter.com/document RAE, Diccionario Real Academia Española de la Lengua.

RINCÓN CÁRDENAS, Erick y MARTÍNEZ MOLANO, Valeria, *"Un estudio sobre la posibilidad de aplicar la inteligencia artificial en las decisiones judiciales"*, *Revista Direito GV* 19 (2023). Disponible: https://www.scielo.br/j/rdgv/.

ROA AVELLA, Marcela -SANABRIA MOYANO, Jesús Amado – DINAS HURTADO,

Katherine. *"Uso de algoritmo COMPAS en el Proceso Penal y los riesgos a los Derechos Humanos"*. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Vol. 8, núm 1. Año 2022

ROUSSEAU, Ronald. *"Social network analysis: a powrful strategy, also for the information sciences"*. Academia Edu. Disponible en https//:academia.edu.

RUSSO, Claudia. *"Tratamiento masivo de datos utilizando técnicas de Machine Learning"*. Comisión de Investigaciones Directivas. Disponible en https://digital.cic.gba.gob.ar/.

TERRAGNI, Marco, *"Tratado de Derecho Penal"*, Ed. La Ley, Bs.As., 2012, Tomo II "Parte Especial-I", pág. 551.

VALLS PRIETO, Javier. *"Sobre la responsabilidad penal por la utilización de sistemas inteligentes"*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, N°. 24-27 (2022): 4, http://criminet.ugr.es/recpc/24/recpc24-27.pdf.



Curso de Inteligenica Artificial aplicada a las organizaciones

La IA en el ámbito jurídico. Exigencia de la validación humana, como garantía de legalidad y ética profesional Rubén Darío Velázquez (*)

María Silvana Alegre Fernández

Introducción

Desde hace varios años, la inteligencia artificial (IA) ha comenzado a formar parte de nuestra sociedad. Si bien su presencia se ha intensificado de manera más notable en los últimos años, su utilización se ha expandido de manera considerable, y su implementación en el mundo jurídico no podía quedar al margen. Tal es así que se han desarrollado diferentes modelos de IA diseñados para colaborar en distintas tareas vinculadas al ejercicio profesional del derecho.

En sus primeras aplicaciones, la IA fue empleda como herramienta para la redacción y generación de "*prompts*" básicos orientados a la búsqueda de información jurídica o redacción de diversos escritos judiciales, brindándole un uso similar pero más eficiente del tradicional buscador de internet. Con el tiempo, estas funcionalidades se fueron expandiendo cada vez hasta el punto de consolidarse como herramientas de uso habitual, indispensable e insustituible en la práctica forense.

Sin embargo, esta nueva forma de desarrollar actividades en el campo jurídico, basada en modalidades de intervención tecnológica, no puede implementarse sin lineamientos claros ni sin un control adecuado, ya que ello podría derivar en resultados imprecisos o inexactos —conocidos como *alucinaciones*—, propios de la inteligencia artificial generativa (IAG) cuando se la emplea como herramienta para procesar grandes volúmenes de datos e información sin la debida intervención activa, critica y consciente de la persona humana.

En este sentido, analizaré la exigencia de una validación humana rigurosa a la luz de los fallos "*Ayinde v. London Borough of Haringey*" y *"Al-Haroun v. Qatar National Bank QPSC & Anor"* dictadas por la High Court of Justice de la King´s Bench Division del Reino Unido con fechas 03 de Abril y 06 de Junio de 2025 respectivamente, en los cuales se generaron argumentos legales mediante la utilización de la inteligencia artificial generativa basados en citas legales, doctrinarias y jurisprudenciales falsas, erróneas, inexactas e incluso inexistentes.

En este contexto, resulta imperioso activar la principal garantía de confiabilidad y precisión de toda información que se utilice para cualquier argumentación jurídica: la supervisión y la validad humana. Solo a través de este control riguroso será posible garantizar que la irrupción de la IA contribuya a una mejora real en el ejercicio profesional del derecho, sin comprometer principios esenciales como la legalidad, responsabilidad y ética.

¿Qué es la Inteligencia Articial (IA)? Clasificación según su capacidad, finalidad y funcionamiento

El término Inteligencia Artificial (IA), fue usado por primera vez en 1956 por John McCarthy para referirse a "*la ciencia y la ingeniería de crear máquinas inteligentes especialmente programas de computación inteligentes*".

En los últimos años, la IA ha ganado un lugar central en distintos ámbitos de la vida cotidiana del ser humano. Es por ello que comprender adecuadamente qué es la inteligencia artificial resulta clave antes de abordar su aplicación práctica en el ámbito jurídico. Ahora bien, *¿Qué entendemos realmente por inteligencia artificial*?.

En la doctrina se han elaborado números conceptos con el objeto de tratar de aglomerar la mayor cantidad de características y ventajas que conlleva la inteligencia artificial. Estos son alguno de ellos:

a. "es la rama de las ciencias computacionales preocupada por la automatización de la conducta inteligente" (Torra Reventós, 2019).
b. "es una disciplina académica relacionada con la teoría de la computación cuyo objetivo es emular algunas de las facultades intelectuales humanas en sistemas artificiales" (Benitez, Raúl y otros, 2013).
c. "es un sistema basado en la máquina que puede, para un determinado conjunto de objetivos definidos por humanos, hacer predicciones, recomendaciones o decisiones que influyen en entornos reales o virtuales (OCDE) .
d. "disciplina científica que se ocupa de crear programas informáticos que ejecutan operaciones comparables a las que realiza la mente humana, como el aprendizaje o el razonamiento lógico" (Real Academia Española. Diccionario de la lengua española, 23. ª ed., [versión 23.8 en línea]).
e. "sistemas que manifiestan un comportamiento inteligente, pues son capaces de analizar su entorno y pasar a la acción –con cierto grado de autonomía– con el fin de alcanzar objetivos específicos" (Comunicacion de la Comision Europea, 25/04/2018).
f. "serie de algoritmos, entendidos como un conjunto ordenado de operaciones o procesos que permiten desarrollar una tarea determinada o hallar una solución ante un problema planteado" (Calaza López, Sonia y otros, 2022).

Tomando como puntapié inicial estos conceptos podemos abstraer las siguientes afirmaciones para tener una visión más clara y global de comprender que es la IA:

1. Es producto de la combinación de nuevas tecnologías que tienen como aspecto a resaltar la automatización procesos complejos.
2. Trasciende el rol de ser un mero asistente en la tarea de procesar datos de manera automática.
3. Se desarrolla constantemente mediante el aprendizaje automático y colaborativo, alimentado por el análisis y procesamiento de datos que se introducen diariamente a nivel mundial.

4. Es multidisciplinaria. Esto quiere decir que realiza diversos tipos de tareas, resuelve multiplicidad de problemas y toma decisiones de diversa índole como lo hace un ser humano.
5. Uno de sus grandes objetivos es imitar y replicar las tareas cognitivas de los seres humanos, principalmente el razonamiento y el aprendizaje.

Ahora bien, luego de haber plasmado una somera idea sobre qué es y que funciones desarrolla la IA, resulta crucial distinguir sus diferentes categorías conforme a su capacidad, finalidad y funcionamiento, ya que no solo existen distintos tipos, sino que, además, no todos evolucionan de la misma forma. Es así que encontramos:

- Inteligencia Artificial *(IA)*: Es el término más amplio del cual devienen los demás categorías. "*Se basa en aprendizaje automático (machine learning).Son sistemas de software que aprenden de los datos para generar resultados como predicciones, recomendaciones o decisiones automatizadas*" (Corvalán J. G.).
- Inteligencia Artificial Generativa *(IAGen):* es la encargada de crear contenido nuevo a partir de patrones aprendidos basada en grandes modelos de lenguaje. Este tipo de IA "*es una revolución tecnológica que amplía y potencia las capacidades humanas en la creación y manipulación de información y conocimiento, transformando radicalmente la interacción con la tecnología y el alcance de la creatividad humana*" (Corvalán J. G., 2023). En otras palabras, "*aprende de los datos, pero es un nivel más avanzado del aprendizaje profundo. Encuentra patrones en la información y la mezcla para crear contenido nuevo*" (Corvalán J. G.).
- Se la caracteriza como *disruptiva*, ya que "*no solo está preparada para tareas en particular, sino que trata de entender el conocimiento humano y actuar en función de aquello*" (Corvalán J. G.).
- Los ejemplos más representativos de este tipo de inteligencia incluyen los generadores de texto, tales como *ChatGPT, Gemini, Claude, Mistral, Copilot* y otros modelos de lenguaje de gran escala; los generadores de sonido, como *Suno, Sora, Aiva* y herramientas de síntesis de voz; y los generadores de imágenes, entre los que se destacan *DALL·E 3, Adobe Firefly, Midjourney, Stable Diffusion*, entre otros.
- Inteligencia Artificial débil (*narrow AI*): desarrolla una tarea específica simple siendo la más utilizada de manera cotidiana. Se refiere a "*sistemas diseñados para realizar tareas específicas y limitadas, como el reconocimiento de voz, la identificación de imágenes o la traducción de idiomas. No tienen capacidad de aprendizaje o adaptación por sí mismos, y requieren ser programados para realizar una tarea determinada. Su alcance es limitado y no pueden realizar tareas fuera de su campo de especialización*" (Pérez - Ugena, 2024).
- Encontramos en esta categoría a *Siri, Alexa, Chatbots* y *algoritmos que detectan fraudes o reconocen rostros*.
- Inteligencia Artificial fuerte *(AGI)*: "*está diseñada para tener una amplia gama de habilidades cognitivas y capacidad de aprendizaje autónomo. Estos sistemas pueden realizar múltiples tareas y aprenden de forma autónoma a medida que interactúan con el entorno. Se caracteriza por tener capacidad de razonar, planificar y tomar*

decisiones complejas en un amplio espectro de situaciones" (Pérez - Ugena, 2024).

- Su objetivo es la de imitar las funciones cognitivas de los seres humanos. Es el principal desafío de los investigadores.
- Súper Inteligencia Artificial *(ASI):* Es hipotética y se trata de generar un grado de inteligencia superior a la de los seres humanos en todos los aspectos (razonamiento, creatividad, toma de decisiones, incluso emociones y ética).
- Este tipo de inteligencia "*sería capaz de comprender el mundo de una manera que está más allá de la capacidad humana, y sería capaz de resolver problemas complejos a una velocidad y eficiencia que los seres humanos no pueden alcanzar. Es una forma teórica de IA que aún no ha sido desarrollada en la práctica*" (Pérez - Ugena, 2024).

Teniendo en cuenta todos los aspectos desarrollados, podemos decir que la IA busca "*elaborar sistemas capaces para poder resolver problemas y desempeñar tareas sin la intervención humana o, al menos, sin la intervención medial, ya que ex ante sí requiere la participación de la mano del hombre. Esta predeterminación, que cuenta entre sus principales caracteres los de la memoria y el aprendizaje a partir de experiencias determinadas, la automatización de procesos, la capacidad para resolver problemas específicos, la reducción de errores, la adaptabilidad o la posibilidad de percepción sensorial, la mayor eficiencia en los procesos productivos o la agilización en la toma de decisiones, ha acelerado procesos y facilitado numerosas tareas relacionadas con la actividad del ser humano*" (Calaza López, Sonia y otros, 2022).

La Inteligencia Articial y su presencia en el ámbito jurídico

En la actualidad la IA ha comenzado a intervenir en múltiples áreas que tradicionalmente eran competencia exclusiva del ser humano. Poco a poco se fue dando rienda suelta a la utilización de esta herramienta tecnológica colaborativa y versátil que ha favorecido su expansión en diversos campos con el objeto de obtener mayores resultados en el menor tiempo posible. Claro está que el campo jurídico no pudo quedar al margen de esta transformación, integrándola como instrumento de apoyo de manera progresiva. Al referirnos a campo jurídico lo hacemos en un sentido integral, comprensivo de todos los sujetos que intervienen en la actividad jurídica.

Tan es así que la inteligencia artificial generativa se emplea en la redacción de escritos judiciales —tanto simples como complejos—, en el análisis de documentos normativos y doctrinarios (leyes, jurisprudencia, doctrina), así como en el diseño y la gestión de tareas personalizadas (providencias, traslados, notificaciones), entre otras funciones. Ello se debe a que la IAGen ofrece la posibilidad de brindar soluciones utilizando la menor cantidad de recursos humanos posibles, lo que permite agilizar tiempos y obtener respuestas de manera más rápida y eficiente. Por tanto, en función de cómo se defina a la inteligencia artificial y del rol que se le asigne dentro del ejercicio profesional, puede ser concebida como una herramienta más, orientada a colaborar en la toma de mejores decisiones. En definitiva, es el profesional del derecho quien mantiene el control y el criterio sobre la información procesada.

De ahí que la diferencia resulte clara: una cosa es que el abogado se apoye en la inteligencia artificial para optimizar su trabajo, y otra muy distinta es que esta lo reemplace por completo.

Y es precisamente en este punto donde se produce el quiebre que da fundamento a este trabajo: el creciente protagonismo de la inteligencia artificial en el ámbito judicial y la consecuente necesidad de la intervención humana para resguardar la ética profesional en el ejercicio de la abogacía. En otras palabras, se trata de garantizar que la labor del abogado sea fruto de su propio criterio y análisis, y no de procesos automáticos o decisiones generadas por sistemas sin supervisión.Y es justamente en este punto donde se produce el quiebre que da fundamento a este trabajo: el creciente protagonismo de la inteligencia artificial en el ámbito judicial y la consecuente necesidad de una intervención humana activa, que resguarde la ética profesional en el ejercicio de la abogacía. En otras palabras, se trata de garantizar que la labor del abogado siga siendo el resultado de su propio análisis, estudio y criterio, y no de procesos automáticos o decisiones generadas por sistemas sin supervisión. Se trata de que la tecnología potencie el ejercicio profesional del abogado, sin desplazar su intervención ni su responsabilidad.

La Inteligencia Artifical generativa: riesgos específicos

Debemos tener presente que toda transformación tecnológica implica desafíos que deben ser identificados y abordados de manera adecuada. La inteligencia artificial no es infalible: se basa en algoritmos complejos y en el procesamiento de grandes volúmenes de datos para ejecutar tareas específicas. Esta misma complejidad puede derivar en riesgos propios de su funcionamiento, los cuales pueden englobarse en:

- Alucinaciones: es decir, la generación de información incorrecta o inventada por parte del sistema.
- "*La alucinación de la IA es un fenómeno en el que un modelo de lenguaje de gran tamaño (LLM), a menudo un chatbot de IA generativa o una herramienta de visión artificial, percibe patrones u objetos que son inexistentes o imperceptibles para los observadores humanos, creando resultados que no tienen sentido o son completamente inexactos*" (IBM).
- Generalmente, cuando un usuario realiza una solicitud a una herramienta de inteligencia artificial generativa, espera obtener un resultado que responda correctamente a su requerimiento. Sin embargo, en ciertos casos, los algoritmos generan respuestas que no se basan en los datos de entrenamiento, son interpretadas de manera errónea por el modelo o simplemente no siguen un patrón lógico identificable. En otras palabras, la IA *alucina* la respuesta.
- Caja negra (*Black box*): Muchos sistemas de IA no permiten conocer con claridad cómo llegaron a una determinada conclusión.
- "*Una IA de caja negra es un sistema de IA cuyo funcionamiento interno es un misterio para sus usuarios. Estos pueden ver las entradas y salidas del sistema, pero no pueden ver qué sucede dentro de la herramienta de IA para generarlas*" (Kosinski).

- "*Estas complejas cajas negras pueden ofrecer resultados impresionantes, pero la falta de transparencia a veces dificulta la confianza en sus resultados. Los usuarios no pueden validar fácilmente los resultados de un modelo si desconocen lo que ocurre en segundo plano*" (Kosinski).
- Sesgos algorítmicos: son errores sistemáticos que hacen que un sistema de IA muestre preferencia por ciertas respuestas, grupos o resultados sobre otros. Estos sesgos no nacen de la tecnología en sí, sino de la forma en que fue creada y preparada.
- La IA puede replicar y amplificar sesgos presentes en los datos con los que fue entrenada. El sesgo reduce la precisión de la IA y, por lo tanto, su potencial. En pocas palabras: la IA aprende de lo que le damos, y si lo que le damos está sesgado, el resultado también lo estará.

  "*El sesgo de la IA, también llamado sesgo de machine learning o sesgo algorítmico, se refiere a la aparición de resultados sesgados debido a los sesgos humanos que sesgan los datos de entrenamiento originales o el algoritmo de IA, lo que provoca resultados distorsionados y resultados potencialmente dañinos*" (Holdsworth, 2023).

  Se trata de una distorsión sistemática de los resultados debido a los datos con los que fue entrenada la IA, las decisiones del diseño del algoritmo o la forma en que se interpreta la información.

Estos riesgos deben ser asumidos, controlados y en la medida de lo posible eliminados o minimizados. En consonancia con ello, la Comisión Europea "*intenta promover el uso de la Inteligencia Artificial de forma segura y ética, al establecer una serie de reglas con la finalidad de evitar riesgos y consecuencias negativas*" (Comunicacion de la Comision Europea, 25/04/2018).

Riesgos de la utlización de la Inteligencia Artificial generativa en la práctica jurídica

En la actualidad, la inteligencia artificial amplía sus áreas de investigación y aplicación en múltiples direcciones. En el ámbito jurídico, la inteligencia artificial generativa ha comenzado a marcar presencia bajo las banderas de la innovación, la automatización y la disrupción tecnológica. Los cambios que trae aparejados no son neutros: implican transformaciones profundas en los modos de trabajo y, con ellas, riesgos que deben ser advertidos. En este proceso, muchas tareas pasan a ejecutarse sin mediación del razonamiento crítico, guiadas principalmente por la optimización del tiempo.

Por esta razón "*la ética de la inteligencia artificial debe estar presente en todas las etapas de su cadena de valor. Por ello cobran importancia los algoritmos transparentes y comprensibles, la forma de aprender y de actuar de la inteligencia artificial para evitar sesgos, la atribución de la responsabilidad en el uso y la toma de decisiones o el control de la privacidad y de los datos"* (Fundacion Seres y otros, 2022).

Ya ha quedado demostrado que la IA puede mejorar la eficiencia en distintos procesos. Pero surge una pregunta clave: ¿esa eficiencia viene acompañada de resultados verdaderamente confiables y de calidad?.

Las aplicaciones de IA *"son más eficaces cuanto mayor es la cantidad y mejor la calidad de datos a procesar. Por eso, el continuo incremento de la potencia de procesamiento de los ordenadores, la generalización del uso de Internet, la creación de una gran cantidad de bases de datos y el acceso a ellas han permitido importantes avances en este campo, lo que lleva a preguntarnos si la Administración de Justicia está técnicamente preparada para su implementación"* (Calaza López, Sonia y otros, 2022).

El uso de esta herramienta tecnológica por magistrados, funcionarios y abogados, como apoyo en sus tareas judiciales, ha generado múltiples interrogantes, especialmente en torno a su dimensión ética en la toma de decisiones, y al plano moral vinculado a su utilización en la argumentación y fundamentación de planteos técnico-jurídicos. Es por todo ello que debemos tener presente que la inteligencia artificial "*no solo ofrece oportunidades innovadoras, sino que también plantea riesgos significativos. La capacidad de procesamiento masivo de datos y los algoritmos de aprendizaje automático de la IA pueden generar decisiones automatizadas con un impacto directo en los individuos y en la sociedad en su conjunto. Por lo tanto, se hace necesario garantizar que estas decisiones no vulneren derechos fundamentales ni afecten a los principios constitucionales básicos*" (Pérez - Ugena, 2024).

Es fundamental que la validación humana esté presente y activamente involucrada en todos los resultados que la inteligencia artificial genera en el ámbito jurídico, ya que solo a través de la supervisión de los operadores del derecho es posible detectar y corregir posibles errores.

No cabe duda de que la única manera de garantizar precisión y solvencia jurídica es mediante el razonamiento humano, con sus procesos lógicos deductivos e inductivos. Este tipo de razonamiento es insustituible, y no puede ni debe ser equiparado con una herramienta tecnológica —por más poderosa que sea— cuyo rol es de colaboración, no de reemplazo, en la labor judicial.

En definitiva, el riesgo no radica en la tecnología en sí, sino en el uso que se haga de ella y en la ausencia de filtros humanos que garanticen su compatibilidad con los principios del debido proceso y los derechos fundamentales.

La validación humana: un imperativo ético y jurídico

La vida cotidiana conlleva a que el hombre desarrolle numerosos actos que denotan emociones, sentimientos, comportamientos, pensamientos y juicios de valor, los cuales muchas veces son juzgados de cerca por otras personas y por el entorno en el cual se desarrollan. Ese ojo juzgador-el entorno, la sociedad, la institución- es lo que clasifica, define y delimita los estándares de actuación de cada persona dentro de una sociedad. Podríamos decir, que cada acto que realiza una persona, se somete al escáner de validación de otra persona, muchas veces validando y otras veces cuestionando el acto.

También es cierto que esos estándares de validación que se van construyendo a la largo de la vida de cada persona, van variando según el contexto, a veces para ser más amplios y otras más restrictivos, pero siempre existe una instancia humana que mide, compara, aprueba y/o corrige. Este ejercicio de evaluación constante forma parte inherente del desarrollo social y profesional: somos seres que actúan y son validados.

Es por ello que cuando hablamos de validación humana, no nos referimos simplemente a controlar o revisar algo por mera rutina. Validar es, en realidad, un acto profundamente humano: es activar nuestra capacidad de pensar, de razonar, de aplicar el sentido común y la experiencia vivida para darle valor y veracidad a lo que hacemos. Es una forma de garantizar que no estamos actuando de manera automática, sino con criterio y conciencia. En otras palabras, es poner en funcionamiento las facultades cognitivas que poseemos para conferir veracidad, sentido y legitimidad a los actos que desarrollamos diariamente en todos los ámbitos de nuestra vida.

Ahora bien, si nos sumergimos en el mundo actual, no podemos dejar de lado que la incursión de herramientas de inteligencia artificial —especialmente aquellas capaces de generar contenido autónomo, como la IA Generativa— introduce un nuevo desafío: ¿puede una máquina realizar tareas propias del razonamiento jurídico sin intervención *humana*?. Y si vamos más específicamente al objeto de este trabajo, *¿Es posible prescindir del juicio ético y profesional en el ejercicio de la abogacía*?.

Desde esta perspectiva, la validación humana en los actos desarrollados por las maquinas no se trata de una intervención meramente formal, sino de una herramienta esencial de garantía, precisión y confianza. En consecuencia, si las decisiones, recomendaciones o productos generados por sistemas automáticos no pasan por el filtro de una revisión humana consciente y crítica, se pierde ese control racional y ético que otorga legitimidad y responsabilidad a la acción.

En este punto, la respuesta, desde el punto de vista ético, es clara: la validación humana no solo sigue siendo necesaria, sino que se vuelve indispensable frente al uso de tecnologías que carecen de conciencia, contexto y responsabilidad.

La Recomendación de la UNESCO sobre Ética de la Inteligencia Artificial establece el Principio de Supervisión y Revisión Humana al señalar que *"Los sistemas de IA deben diseñarse y utilizarse de forma que permitan una supervisión y decisión humana apropiada. Las personas deben poder intervenir o interrumpir decisiones automatizadas, especialmente cuando estas tengan efectos significativos sobre sus derechos"* (UNESCO, 2021). Aunque la Recomendación no menciona expresamente al sistema judicial, sus principios pueden extenderse a este campo. En ese marco, resulta claro que la intervención humana no puede ser vista como algo secundario, sino como una exigencia fundamental que garantiza un ejercicio responsable y ético del derecho ante el uso de inteligencia artificial generativa.

En consecuencia, la validación humana no puede ser un elemento accesorio en el desarrollo y aplicación de tecnologías de IAGen, sino una instancia obligatoria e insustituible que asegure que los resultados producidos por la máquina sean verificados, comprendidos y, si corresponde, corregidos por operadores humanos con criterio y formación profesional. De lo contrario, se corre el riesgo de delegar funciones humanas en entidades que carecen de juicio moral, contexto social y responsabilidad jurídica.

A los fines de brindar una aproximación más sustentable, debemos incorporar el concepto de ética, y a su vez, el de deontología al campo del derecho y de la responsabilidad profesional que despliegan los operadores jurídicos.

La ética profesional está compuesta por un conjunto de normas, principios y valores que orientan la conducta de quienes ejercen una actividad determinada. Su objetivo no es solo garantizar un desempeño técnicamente correcto, sino también asegurar que ese ejercicio

se enmarque en parámetros de integridad, responsabilidad y respeto por los derechos de los demás. En el ámbito jurídico, estos valores adquieren especial relevancia, ya que el accionar profesional incide directamente en la vida y en los derechos de las personas.

Podríamos conceptualizarla como aquel *"conjunto de principios que inspiran la regulación de una tarea, cuanto como conjunto de principios que determinan la actuación de las personas que las realizan, señalando las valores que integran el estándar de aceptabilidad"* (Calaza López, Sonia y otros, 2022).

A diferencia de las normas jurídicas, la ética profesional no impone sanciones legales. No es coactiva, pero ello no le resta relevancia: su valor radica en los principios que orientan el correcto ejercicio de la profesión y en el compromiso ético que el profesional asume frente a sus clientes. En este punto aparece la deontología, que es el conjunto de normas y deberes específicos que guían la conducta profesional. Aunque no siempre tenga consecuencias legales directas, su incumplimiento puede afectar seriamente la legitimidad, la confianza y la responsabilidad con que se ejerce el rol profesional.

La ética profesional no tiene un carácter sancionatorio como el derecho: no impone penas ni castigos legales. Sin embargo, esto no le quita relevancia. Su autoridad se basa en los principios que orientan el buen ejercicio de una profesión y en la responsabilidad que cada persona asume al actuar dentro de ese marco.

Esta dimensión ética se relaciona de manera directa con la deontología, que sí establece deberes específicos para quienes forman parte de una determinada actividad profesional. A través de códigos y reglamentos propios de cada disciplina, la deontología traduce en reglas concretas aquello que la ética propone como principios generales.

En términos teóricos, la deontología forma parte de lo que se conoce como ética normativa: es decir, aquella que no solo reflexiona sobre lo que está bien o mal, sino que también prescribe conductas, define deberes y fija límites. Su interés no está puesto tanto en las consecuencias de una acción, sino en si esa acción cumple o no con las obligaciones morales que corresponden al rol profesional.

En el ámbito del derecho, esta exigencia cobra un valor especial, ya que el ejercicio de la profesión no solo implica el dominio técnico del derecho, sino también una conducta responsable frente a las personas cuyos derechos están en juego.

La inteligencia artificial no solo ofrece oportunidades innovadoras, sino que también plantea riesgos significativos. La capacidad de procesamiento masivo de datos y los algoritmos de aprendizaje automático de la IA pueden generar decisiones automatizadas con un impacto directo en los individuos y en la sociedad en su conjunto. Por lo tanto, se hace necesario garantizar que estas decisiones no vulneren derechos fundamentales ni afecten a los principios constitucionales básicos. (Pérez - Ugena, 2024)

Al trasladar estas ideas al terreno jurídico, la regla de la validación humana se vincula de manera directa con la responsabilidad que recae sobre quienes integran el sistema legal: desde magistrados y funcionarios hasta litigantes. En todos los casos, se trata de una exigencia ética y deontológica que obliga a ejercer un control consciente, informado y crítico sobre las herramientas utilizadas, especialmente cuando se incorpora inteligencia artificial.

Y es precisamente en este punto cuando la IA puede entrar en conflicto con esos principios si no hay validación humana. En consecuencia, es posible que en el ámbito legal convivan

el razonamiento humano y las capacidades automatizadas, y que la validación humana no represente una resistencia al cambio, sino la garantía de que el derecho sigue siendo una práctica íntegramente humana.

Análisis jurisprudencial de fallos del Reino Unido: consecuencias del uso indebido de Inteligencia Artificial generativa sin validación humana

En el último tiempo se han presentado distintos casos en los que se utilizó inteligencia artificial generativa, tanto en la elaboración de resoluciones judiciales como en la preparación de alegatos dentro del ejercicio profesional.

A lo largo de este trabajo se han abordado los múltiples aportes que esta herramienta tecnológica puede ofrecer al ámbito jurídico. No obstante, también se remarcó un punto clave: la validación humana no debe ser vista como un paso opcional, sino como una exigencia indispensable para resguardar la responsabilidad, la legalidad y la ética profesional.

En este contexto, resulta oportuno detenerse en dos precedentes judiciales del Reino Unido que permiten observar con claridad los desafíos y límites que plantea el uso de inteligencia artificial en el campo jurídico, y que ponen de relieve el papel irremplazable del control humano en la toma de decisiones.

Fallo: Ayinde v. London Borough of Haringey

High Court of Justice – Queen's Bench Division – Administrative Court (03/04/2025)

En el caso, el juez Ritchie se expidió en un proceso de revisión judicial iniciado por el Sr. Frederick Ayinde, quien había impugnado la negativa del distrito londinense de Haringey a brindarle alojamiento prioritario.

Durante el procedimiento, la representación legal del actor presentó un escrito que contenía cinco citas jurisprudenciales inexistentes. Ante el requerimiento de la parte demandada para que se aportaran los textos de tales decisiones, los abogados no pudieron fundamentar su inclusión ni ofrecer explicación satisfactoria. La situación se agravó al comprobarse que no solo eran fallos inexistentes, sino que su redacción pretendía dar apariencia de autenticidad, incluyendo nombres de jueces, fechas y referencias falsas.

El tribunal concluyó que esta conducta constituía una violación grave de los deberes profesionales, ya que los abogados presentaron argumentos sin haber verificado adecuadamente su contenido. Si bien no se demostró fehacientemente que las citas falsas provinieran de un sistema de inteligencia artificial generativa, el juez consideró que dicha hipótesis era posible, dada la naturaleza del error, pero aclaró que ello no exime de responsabilidad a quienes firmaron el escrito.

En palabras del juez Ritchie, la presentación de fuentes legales inexistentes fue "*una conducta negligente, impropia e irracional*", incompatible con los estándares esperados del ejercicio profesional. El tribunal destacó que, aun cuando un abogado utilice asistentes tecnológicos para redactar o fundamentar sus escritos, sigue teniendo la obligación de revisar,

verificar y asumir responsabilidad por el contenido que presenta, ya que "*la investigación jurídica realizada mediante inteligencia artificial debe ser verificada con fuentes autorizadas*".

Como consecuencia de esta conducta, se impuso a los letrados del demandante una sanción por "*wasted costs*" (costas improductivas), obligándolos a pagar £4.000 en compensación a la parte demandada. Asimismo, el juez ordenó que se remita el caso a los organismos disciplinarios correspondientes —el *Bar Standards Board* y la *Solicitors Regulation Authority*— para que evalúen si hubo infracción ética o disciplinaria y tribunal dejo abierta la posibilidad de que, *"en supuestos más graves, este tipo de conducta pudiera ser considerada incluso un atentado contra la administración de justicia"*.

Fallo: Al-Haroun v. Qatar National Bank QPSC & Anor

High Court of Justice – King's Bench Division (06/06/2025)

En este caso, el Sr. Hamad Al-Haroun promovió una acción por daños y perjuicios contra Qatar National Bank QPSC y QNB Capital LLC, alegando el incumplimiento de un acuerdo financiero y reclamando una indemnización cercana a los 89,4 millones de libras esterlinas. La presentación ante el tribunal incluyó una declaración firmada tanto por el demandante como por su abogado, el Sr. Abid Hussain, en la que se citaban diversas decisiones judiciales relevantes para el caso. Sin embargo, muchas de esas referencias jurisprudenciales resultaron ser falsas, y otras, aunque reales, no contenían los extractos o fundamentos atribuidos en el escrito.

La irregularidad fue advertida por el propio tribunal, que decidió convocar una audiencia de aclaración a los efectos de determinar si se había incurrido en una conducta reprochable y si correspondía iniciar un proceso por desacato. En dicha audiencia, el Sr. Al-Haroun asumió expresamente la responsabilidad de haber utilizado *"herramientas tecnológicas y motores de búsqueda para elaborar esas referencias jurídicas"*, afirmando que lo había hecho por iniciativa propia, sin participación de su abogado. Por su parte, el letrado Hussain reconoció que había incorporado esas citas sin haberlas verificado, confiando en la información suministrada por su cliente.

La jueza presidenta Dame Victoria Sharp consideró inadmisible tal proceder. Señaló que *"resulta extraordinario que un abogado se base en su cliente lego para verificar la validez de citas jurisprudenciales, cuando debería suceder exactamente lo contrario"*. Asimismo, destacó que no podía admitirse que un profesional del derecho, por más junior que fuese, presentara material ante el tribunal sin haber comprobado previamente su veracidad. En ese sentido, la jueza calificó la conducta como negligente y subrayó que el deber de diligencia y verificación de la información recae exclusivamente sobre el profesional actuante.

A pesar de la gravedad de los hechos, el tribunal optó por no dar inicio a un proceso por desacato, teniendo en cuenta que el abogado involucrado era de reciente ingreso a la profesión, que los hechos fueron rápidamente reconocidos y que el incidente había adquirido ya suficiente exposición pública como para constituir un llamado de atención. No obstante, el caso fue remitido al *Solicitors Regulation Authority* (organismo regulador independiente de los abogados en Inglaterra y Gales, dado que el abogado informo voluntariamente su conducta ante dicho organismo disciplinario.

Conclusión

No puede negarse que la incursión y el avance progresivo de la inteligencia artificial en el ámbito jurídico constituyen un fenómeno inevitable. Este proceso implica una innovación constante, impulsada por tecnologías desafiantes como los algoritmos y la inteligencia artificial generativa, que requieren una reconfiguración de las funciones tradicionales y una revisión crítica de los estándares éticos y profesionales.

El sentido que se le atribuya a esta tecnología dependerá del modo en que se la utilice. Sus virtudes —como facilitar el acceso a la información, optimizar tiempos y generar documentos automatizados— la convierten en una herramienta valiosa para la práctica jurídica. Pero su uso responsable exige la intervención humana, guiada por principios éticos y un innegable compromiso profesional.

En este contexto, la validación humana aparece como un componente insustituible. No solo se sustenta en las capacidades cognitivas del ser humano, sino también en los principios éticos que cada sociedad construye colectivamente. El abogado, como garante de su actuación, no puede delegar completamente en la tecnología: su rol sigue siendo central para asegurar decisiones fundadas, justas y legítimas.

La interacción entre inteligencia artificial, juicio humano y validación racional marca el límite razonable para el uso de estas herramientas. No se trata de reemplazar al operador jurídico, sino de complementar su labor, promoviendo un modelo de colaboración humano-máquina que enriquezca el pensamiento y refuerce la responsabilidad.

El análisis de los fallos *Ayinde v. Haringey* y *Al–Haroun v. Qatar* confirma este enfoque. En ambos precedentes, los tribunales destacaron la necesidad de una validación humana que permita detectar sesgos, errores y fallas que los algoritmos, por sí solos, no pueden advertir ni corregir. Estas decisiones judiciales reafirman el valor del juicio humano y evidencian que la inteligencia artificial debe ser concebida como una herramienta auxiliar, sujeta a criterios éticos, supervisión profesional y responsabilidad jurídica.

En definitiva, para que la inteligencia artificial generativa funcione adecuadamente en el ámbito jurídico, debe ser controlada y validada por personas conscientes de su rol en la construcción de un derecho ético y justo.

María Silvana Alegre Fernández

Bibliografía

Ayinde v. London Borough of Haringey and Al-Haroun v. Qatar National Bank. (2025).

[2025] EWHC 1383 (Admin). High Court of Justice, King's Bench Division. https://www.judiciary.uk/judgments/ayinde-v-london-borough-of-haringey-andal-haroun-v-qatar-national-bank/

Benitez, Raúl y otros. (2013). *Inteligencia artificial avanzada*. Barcelona, España: FUOC.

Calaza López, Sonia y otros. (2022). *Inteligencia artificial legal y administracion de justicia.* Pamplona, España: Aranzadi.

Comunicacion de la Comision Europea. (25/04/2018). Bruselas.

Corvalán, J. G. (2023). *Tratado de Inteligencia Artificial y Derecho . Tomo I. actualizado, ampliado y aumentado.* Buenos Aires, Argentina: La Ley.

Corvalán, J. G. (s.f.). *IA generativa y gestion de talentos.* Buenos Aires, Argentina: Ubaderecho. IALAB.

Fundacion Seres y otros. (2022). Ética e inteligencia artificial. Madrid, España: SEres.

Holdsworth, J. (2023). AI BIAS. *IBM* . https://www.ibm.com/think/topics/ai-bias

IBM. (s.f.). AI hallucinations. https://www.ibm.com/es-es/think/topics/ai-hallucinations.

Kosinski, M. (s.f.). Black Box IA. *IBM*, https://www.ibm.com/think/topics/black-box-ai.

OCDE. (s.f.). *Gobernanza Pública nro. 34 "Estado de la Técnica en el Uso de Tecnologías Emergentes en el Sector Público".*

Pérez - Ugena, M. (2024). La inteligencia artificial: definicion, regulacion y riegos para los derechos fundamentales. *Estudios de Deusto. Revista de Derecho Publico*, 306-337.

Real Academia Española. Diccionario de la lengua española. (23. ª ed., [versión 23.8 en línea).

Torra Reventós, V. (2019). *Qué es la inteligencia artificial.* Barcelona, España: FUOC.

UNESCO. (2021). Recomendación sobre la Ética de la Inteligencia Artificial. https://www.unesco.org/es/articles/recomendacion-sobre-la-etica-de-lainteligencia-artificial) .



Maestría en Derecho de los Contratos y de Daños

La nulidad como sanción ante contratos de crédito para consumo irregulares

Julio A. Costantini

I. Resumen : El contrato de crédito para consumo es una herramienta financiera muy utilizada por consumidores ya que permite acceder a bienes o servicios mediante financiación de bancos o empresas similares.

Por ello, en el marco de la CN (art. 42), del CCCN (art. 1100), y de la Ley Nº 24240 (arts. 4 y 36), se hace necesario destacar la relevancia del cumplimiento del deber de información en estos contratos y hacer una reflexión crítica respecto de prácticas abusivas, frecuentes en el sector financiero, contra las que se tornan operativas todas las normas protectorias del plexo consumeril.

II. Palabras clave: Deber de información, Consumidor hipervulnerable, Prácticas abusivas.

III. Introducción

1. Presentación del tema

En el presente trabajo se analiza el deber de información en los contratos de crédito para consumo, con foco en la normativa vigente y en las consecuencias que derivan de su incumplimiento.

Se parte de una realidad que merece especial atención. A pesar de la existencia de expresas previsiones normativas, en la actualidad se siguen verificando importantes déficits en la información brindada a los consumidores, tanto antes de la celebración como durante la vigencia del contrato; especialmente en casos de vulnerabilidad, configurándose una clara violación a los derechos de la parte más débil del vínculo contractual.

Estas anomalías negociales, sumadas a la situación de desigualdad ínsita en la relación, en numerosas oportunidades colocan a los consumidores en situaciones de incertidumbre y los exponen a condiciones de sobreendeudamiento crónico de muy difícil, por no decir de casi imposible recuperación.

Ante estos escenarios de incumplimiento del deber de información, surge el derecho del consumidor, en la medida de sus necesidades, de solicitar la nulidad del contrato o de alguna de sus cláusulas (art. 36, LDC).

2. Fallo elegido:

En la causa "Romero, Juana Ruperta c/ Cartasur Cards S.A. y otro s/ Amparo" (10666/2021; Juzg. N° 18 Sec. N° 36), la Sala C de la CNCom confirmó, en lo sustancial, una sentencia de primera instancia que declaró la nulidad de contratos de crédito suscriptos por una consumidora calificada como hipervulnerable.

a) El caso: Una mujer de 80 años (Juana Ruperta Romero), jubilada y pensionada, con educación básica incompleta, contrajo una sucesión de préstamos personales con una entidad financiera (Cartasur Cards SA). Algunos de ellos tomados para cancelar o refinanciar saldos impagos de otros anteriores que no pudo abonar. También tenía deudas con otras empresas. Dijo que lo hizo sin comprender acabadamente el alcance de las respectivas operaciones y sin contar con copia de las contrataciones.

Invocó haber solicitado a la empresa la documentación obrante en su poder, el detalle de los créditos y una liquidación de la deuda, instrumentos que no le fueron proporcionados.

Paralelamente denunció que, respecto de esos créditos, se le cursaron intimaciones de pago abusivas por parte de una empresa de cobranza (Enpro SRL).

En ese contexto, promovió demanda contra ambas firmas, y contra los gerentes de Enpro SRL reclamando, en síntesis, que: 1. Se declare la nulidad de los contratos teniéndose por cumplidas las obligaciones asumidas; 2. En subsidio, se morigeren los intereses compensatorios y punitorios; 3. Se indemnice el daño moral y se imponga sanción por daño punitivo; 4. Las firmas se abstengan de continuar efectuando reclamos derivados de tales vínculos; 5. Se disponga su exclusión de la base de deudores del BCRA o semejantes.

La sentencia de grado declaró la nulidad de tales contratos y condenó a la dadora de los créditos, junto a la gestora de cobranzas, a cesar en los reclamos de saldos impagos, a indemnizar el daño moral causado, y les impuso una sanción por daño punitivo. Rechazó, por otra parte, la acción contra los gerentes de la empresa de cobros, con costas a la actora.

b) La sentencia de Cámara: La Sala C de la CNCom confirmó la nulidad de los contratos de crédito y la reparación por daño moral; destacó la procedencia del daño punitivo pero redujo a $5.000.000 el monto acordado por la anterior instancia ($10.000.000); resaltó la operatividad del beneficio de justicia gratuita ante la desestimación de pretensiones de la consumidora (rechazo de la demanda respecto de los gerentes de Enpro SRL); fijó que los intereses establecidos en relación al daño moral se calculen desde la fecha de interposición de la demanda; y ordenó que las accionadas dejen de informar a la actora como deudora ante las entidades crediticias pertinentes o bien que rectifiquen la información que oportunamente brindaron.

c) Aspectos destacables del fallo: El análisis del mérito del pronunciamiento judicial se hará a partir del voto de la Dra. Matilde. E. Ballerini, al que adhirieron los Dres. Eduardo R. Machin y Alejandra N. Tevez, en el que se desarrolló una profunda argumentación que ratificó el examen de que se estaba ante una consumidora hipervulnerable y sobreendeudada, ya que los importes de las cuotas devengadas a favor de Cartasur Cards SA -sin perjuicio de otras deudas- insumieron entre el 46% y el 49% de sus haberes de la Sra. Juana. Cuadra acotar en este punto que los ingresos netos de la actora al mes de julio de 2023 eran de $195.047,05; es decir que no alcanzaban a dos salarios mínimos vitales y móviles de aquella época ($ 105.500 - Res 10/23 CNEPySMVyM del 17/07/2023).

Adelanto que, a mi criterio, la decisión abordó correctamente todas las cuestiones comprendidas en la causa y dio debida tutela al interés comprometido en el caso, manteniendo la centralidad en la persona de la consumidora y en el respeto que todo proveedor debe a la dignidad y a los derechos fundamentales de aquella.

En particular:

- Tipificó la vulnerabilidad estructural de la consumidora, como pauta del sistema de protección (mujer mayor -80 años-, con educación primaria, bajos ingresos y en situación de sobreendeudamiento);
- Evidenció que existió un entramado de contrataciones que incumplían los requisitos y contenidos imperativos en materia de operaciones de crédito para consumo (art. 36 LDC), y que, por lo tanto, eran nulas;
- Ponderó que no se habían rebatido razonamientos determinantes de la juez de grado en torno al reproche efectuado a Cartasur Cards SA por continuar emitiendo créditos sin tomar recaudos frente a una situación que se venía agravando; y por contribuir con ese accionar al sobreendeudamiento de la actora;
- Entendió que Enpro SRL también debía responder por no haber cumplido con el deber de información, infligir trato indigno, y enviar mensajes con contenido judicial en contravención al art. 8 bis LDC.
- Fundó la atendibilidad del daño moral diciendo que el episodio excedió de una mera molestia o incomodidad, ya que luego de varios reclamos previos, la actora debió iniciar el proceso para poner fin a los vínculos que la unieron con la otra parte. Agregó que la consumidora estaba inmersa en un probado contexto estructural de vulnerabilidad, y que la demandada, en esa circunstancia, colaboró con su sobreendeudamiento, pues no sólo suscribió contratos contrarios a derecho, sino que capitalizó y duplicó intereses en cada refinanciación sin que mediara mora.
- Remarcó que el daño punitivo no tiene naturaleza compensatoria o indemnizatoria, sino sancionatoria y también fines disuasivos. Que es de aplicación excepcional y requiere de la comprobación de una conducta disvaliosa por la cual el responsable persiga un propósito deliberado de obtener un rédito con total desprecio de la integridad o dignidad del consumidor. Se valoró, al respecto, que el comportamiento de ambas entidades fue desaprensivo, abusivo e ilegítimo y posicionó a la actora en un estado de indefensión, agravando su vulnerabilidad sistémica. Que esta debió litigar durante años para obtener información sobre sus créditos y, eventualmente, la nulidad de esos contratos con los que Cartasur se benefició económicamente.
- Integró la condena de la primera instancia ordenando la remoción/rectificación de los registros de morosidad.
- Receptó el agravio expresado por la carga de costas que habían sido impuestas a la actora en orden al rechazo de la acción entablada contra los socios de Enpro SRL, señalando que el beneficio de justicia gratuita que dispone el art. 53 de la LDC exime al consumidor del pago de las costas del proceso si fuera condenado a satisfacerlas total o parcialmente.

d) Rationes decidendi

1. Declaración de nulidad de contratos de crédito para consumo por incumplimiento del art. 36 LDC: En los contratos celebrados: i) no se consignó la tasa de interés y demás costos (TEA, TNA y CFT); ii) se omitió informar el sistema de amortización de intereses; iii) las firmas de la actora se encontraban únicamente en las condiciones generales; iv) no se mencionó: el importe del capital dado en mutuo, la cantidad de cuotas, la fecha de otorgamiento, ni las condiciones particulares.
2. Condiciones acreditadas de hipervulnerabilidad y sobreendeudamiento: Determinantes para la aplicación reforzada del principio protectorio, en relación al incumplimiento de los deberes de información y de trato digno.
3. Falta de información y de trato digno: Además del estadio precontractual, en la etapa de cumplimiento del contrato (incontestación a pedidos de la consumidora), y en oportunidad de efectuarse reclamos extrajudiciales de pago (situaciones de acoso y notificaciones intimidatorias, desoyendo requerimientos de información).
4. Responsabilidad de las demandadas. Procedencia de la indemnización de daño moral y del daño punitivo: Por contribuir al sobreendeudamiento e incumplir deberes legales (información y trato digno). En particular, se subrayó que Cartasur Cards SA siguió otorgando préstamos pese al alto nivel de endeudamiento de la solicitante, sin realizar ningún tipo de evaluación sobre su capacidad de pago, y que obtuvo beneficios económicos indebidos con la capitalización y duplicación de intereses. A Enpro SRL se le atribuyó un accionar intimidatorio, con mensajes que aludían a embargos y procedimientos judiciales, aún después de dictadas medidas cautelares.
5. Rechazo de la extensión de responsabilidad a socios de Enpro SRL: Por no haberse acreditado abuso de la personalidad jurídica en los términos del art. 54 de la Ley N°19550. 6.
6. Supresión de los registros de morosidad.
7. Cómputo de los intereses sobre la condena por daño moral desde la interposición de la demanda
8. Beneficio de justicia gratuita: art. 53 de la LDC.

e) Obiter dicta

1. Referencias sobre técnica recursiva: requisitos de la expresión de agravios
2. Citas relativas a carga de la prueba

IV. Marco de las cuestiones tratadas

1. El nuevo orden contractual a partir del CCCN: contratos discrecionales, contratos por adhesión y contratos de consumo: Enseñaba Stiglitz que el CCCN dedica a los "Contratos de Consumo" el Título III íntegro, del Libro Tercero ("Derechos personales"), por lo que fueron elevados a la misma jerarquía legislativa otorgada a: las "Obligaciones en general" (Título I), los "Contratos en general" (Título II), y a los "Contratos en particular" (Título

IV); incorporándose normas relativas a contratos por adhesión, cláusulas abusivas, prácticas abusivas, publicidad abusiva, cesación de la publicidad ilícita y anuncios rectificatorios, conexidad contractual, comercio electrónico, que no estaban en la LDC ni fueron abordadas por la Ley 26361, que mejoraron notoriamente el sistema de protección jurídica. (cfr. Stiglitz, Rubén S., en "Tratado de derecho del consumidor", Gabriel A. Stiglitz - Carlos A. Hernández, T. II, p. 9, La Ley, 2015).

Mencionaba que ello aportó coherencia del sistema, porque hay reglas generales (p. ej. sobre contratos), que complementan la legislación especial, proveyendo un lenguaje normativo común. Entre ellas destacó la incorporación de reglas o deberes de conducta, como la protección de la confianza, la colaboración, cooperación, confidencialidad, información, lealtad, proporcionalidad, razonabilidad, coherencia, etc.

Dentro de las regulaciones novedosas en defensa de los consumidores, señaló a las previsiones sobre contratos bancarios con consumidores y usuarios (arts. 1384 a 1389), a las que se aplica todo el régimen sobre contratos de consumo; y reglas especiales en torno a publicidad, forma escrita, obligaciones precontractuales, restricciones en cargos o costos al consumidor, e informaciones en los contratos de crédito bajo pena de nulidad.

2. Concepto y contenidos imperativos en las operaciones de crédito para consumo en la LDC. Consecuencias de su incumplimiento.

a) Crédito para consumo: Reseña Saux que el crédito o financiación para el consumo es todo aquel que una persona física o jurídica en el ejercicio de su actividad u oficio, concede o se compromete a conceder a un consumidor bajo la forma de pago aplazado, préstamo, apertura de crédito, o cualquier otro medio equivalente de financiación, para satisfacer necesidades personales al margen de su actividad empresarial o profesional, y destaca que usualmente la operación de crédito al consumo quedará configurada sin perjuicio de la técnica empleada para la financiación, siempre que los bienes o servicios contratados estén destinados a satisfacer necesidades personales o familiares del consumidor (Saux, Edgardo Ignacio; "Tutela del consumidor en las operaciones de venta a crédito" en Revista de Derecho Privado y Comunitario 2009-1: Consumidores, Dir. Alegria - Mosset Iturraspe, p. 157, Rubinzal Culzoni, 2009).

El Proyecto de Código de Defensa de las y los Consumidores prevé: "Cualquiera sea la modalidad de la operatoria, el crédito para el consumo se entiende configurado cuando un proveedor, en ejercicio de su actividad, concede al consumidor un préstamo dinerario para la adquisición de bienes o la prestación de servicios como destinatario final" (art. 77)

b) Regulación legal y sus carencias: Según destaca Frustagli, el texto primigenio del art. 36 de la LDC reguló la cuestión atinente al crédito al consumo de manera parcial e incompleta (Frustagli, Sandra A., en "Tratado de derecho del consumidor", Gabriel A.Stiglitz - Carlos A. Hernández, T. II, p. 213, La Ley, 2015). Si bien dice que algunas de sus falencias fueron superadas con la reforma introducida por la Ley N° 26361 (luego sustituido por el art. 58 de la Ley N° 26993), advierte -con vigente acierto- que entre las cuestiones pendientes más relevantes se encuentran las implicancias de la conexidad contractual en las relaciones crediticias de consumo (vgr. operaciones de crédito al consumo en los que se exige al consumidor la suscripción de títulos cambiarios, habitualmente pagarés, situación que ha tenido trata-

miento jurisprudencial), y la ausencia de medidas tendientes a prevenir y superar la situación de sobreendeudamiento del consumidor.

c) Deber de información en la formación del contrato de crédito al consumo. Precisa Frustragli (en ob. cit., p. 217) que los recaudos que deben incluirse en los términos del art. 36 LDC concretan los alcances del deber de informar a cargo del proveedor, perfilando que se exige de manera implícita la instrumentación por escrito del contrato, al efecto de cumplir con la exigencia informativa allí requerida; y que, en caso de contratos bancarios, la observancia de forma escrita viene impuesta por el art. 1386 del CCCN.

Afirma que los requerimientos enunciados en los incs. a) y b), son propios de aquellas operaciones donde la concesión de crédito se vincula a la adquisición de bienes o servicios con financiamiento, exista o no conexidad contractual; en tanto que los restantes incisos resultan operativos en todo tipo de operación financiera de consumo.

Conforme el inc. c) del art. 36 debe especificarse el importe a desembolsar inicialmente -cuando existiere- y el monto financiado. Esto posibilita al consumidor conocer sobre qué importe se calcularán los intereses. Los incisos siguientes obligan a consignar información vinculada a la tasa de interés efectiva anual, total de intereses a pagar o costo financiero total y sistema de amortización del capital y cancelación de los intereses. Todos estos recaudos resultan útiles para ponderar tanto el riesgo asumido y el costo real de la operación, como también para determinar si los intereses se han de pagar por adelantado, periódicamente o por período vencido, o si se abonan de manera conjunta con las cuotas de amortización de capital o en períodos distintos.

En último término, los incs. g) y h) imponen la obligación de proporcionar información sobre la cantidad, periodicidad y monto de los pagos a realizar y de la existencia de otros gastos, seguros o adicionales.

c) Incumplimiento. El incumplimiento de la carga informativa contenida en el art. 36 LDC, que es un deber calificado complementario del que garantiza el art. 4 de la ley, se sanciona con la nulidad conforme lo prevé la norma.

La solución, explica la autora seguida (p. 218), guarda coherencia sistemática con el art. 37, último párrafo, de la Ley N° 24240, ya que también habilita al consumidor a demandar la nulidad total o parcial del contrato, según la solución que mejor se adecue a la protección de su interés económico. De ser necesario, declarada la nulidad parcial, el juez procederá a integrar los efectos del negocio.

Agrega que la omisión de la información referente a la tasa efectiva anual, recibe tratamiento especial ya que en este supuesto opera la heterointegración por vía legal del elemento omitido, pues el párr. 3º del art. 36 determina que "la obligación del tomador de abonar intereses sea ajustada a la tasa pasiva anual promedio del mercado difundida por el Banco Central de la República Argentina vigente a la fecha de celebración del contrato".

Por último, señala que los arts. 1385, 1387 y 1389 del CCCN, en materia de contratos bancarios con consumidores, también extreman el deber de información precontractual haciéndolo actuar incluso para imponer contenidos a los anuncios publicitarios relativos a operaciones crediticias. Especial relevancia cobra el texto del art. 1389, en cuanto exige dar a conocer al consumidor aspectos de la operación (tipo negocial, importe del financiamiento,

costo financiero total, condiciones de desembolso y reembolso) que le permiten comprender la naturaleza del vínculo contractual que establecerá con la entidad financiera como así también ponderar el alcance del compromiso patrimonial que asume.

3. Consumidores vulnerables e hipervulnerables. Consumidores convencionales

Es sabido que los consumidores son la parte más vulnerable de la relación de consumo.

Ahora bien, existen algunas categorías de consumidores que, por razones objetivas o subjetivas (o ambas), se encuentran en una posición de especial vulnerabilidad.

a)Resolución N° 139/2020 de la ex Secretaría de Comercio Interior: Esta norma, hoy derogada por la Disposición N°137/2024 de la Subsecretaría de Defensa de Consumidor y Lealtad Comercial, incorporó la figura del "consumidor hipervulnerable" considerando como tales a aquellos consumidores que sean personas humanas y que se encuentren en otras situaciones de vulnerabilidad en razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, que provoquen especiales dificultades para ejercer con plenitud sus derechos como consumidores.

También contempló que podían ser considerados consumidores hipervulnerables las personas jurídicas sin fines de lucro (asociaciones, fundaciones, mutuales) que orienten sus objetos sociales a los colectivos comprendidos en la regulación.

La norma establecía, de manera enunciativa, que podrían considerarse "causas de hipervulnerabilidad", entre otras, a los reclamos que involucren niños, niñas adolescentes; la pertenencia al colectivo LGTB+; la edad (ser mayor de 70 años); discapacidad; la condición de migrante o turista; pertenencia a comunidades de pueblos originarios; la ruralidad; y la residencia en barrios populares.

Asimismo preveía supuestos de vulnerabilidad socio-económicas, que debían acreditarse: *ser jubilados/as y pensionados/as o trabajadores/as en relación de dependencia que perciban una remuneración bruta menor o igual a dos (2) salarios mínimos vitales y móviles; *ser monotributista o beneficiario/a de una pensión no contributiva con igual límite económico; *ser beneficiario/a de asignación por embarazo o asignación universal por hijo; *ser monotributista social; *estar incorporado/a al Régimen Especial de Seguridad Social para Empleados del Servicio Doméstico; *percibir seguro de desempleo; *ser titular de una Pensión Vitalicia a Veteranos de Guerra del Atlántico Sur.

b) Disposición N°137/2024 de la Subsecretaría de Defensa del Consumidor y Lealtad Comercial: Previa consideración de la desigualdad o asimetría en la que se encuentran los consumidores en su vínculo con los proveedores, y de la existencia de distintas categorías de consumidores que debido a su edad, género, condiciones de salud u otras circunstancias sociales, económicas o culturales, pueden encontrarse en situación especial de subordinación, indefensión o desprotección frente al proveedor, que los coloca en una situación de vulnerabilidad especial, adopta para estos supuestos la denominación de "consumidores en situación vulnerable y de desventaja"; y delimita su alcance sólo a las personas humanas (art. 1).

Establece que los reclamos que tramiten a través del sistema de Ventanilla Única Federal (hoy regulado por Disposición N° 890/2025 de la Subsecretaría de Defensa del Consumidor y Lealtad Comercial, que derogó a la Resolución N°274/2021 de la ex Secretaría de Comercio Interior), que sean susceptibles de encuadrar como realizados por "consumidores en situación vulnerable y de desventaja" a criterio irrecurrible de la Dirección Nacional de Defensa del Consumidor y Arbitraje de Consumo, serán sustanciados conforme al procedimiento aprobado por la Disposición. Ello, sin perjuicio de que con el consentimiento del consumidor, el caso pueda ser tratado bajo los términos del Sistema Nacional de Arbitraje de Consumo, en forma preferencial.

Prevé además que si el caso no amerita su tratamiento bajo los términos de la Disposición, tramitará como un reclamo de "consumo convencional", teniendo en consideración las previsiones de la Ley 26.993 (vale aclarar que a la fecha el COPREC fue disuelto por Decreto N°55/2025); o derivados a sus respectivas jurisdicciones (léase instancias de conciliación o mediación locales) para su tratamiento y consideración en los términos del art. 41 de la LDC.

Desde esta normativa podría decirse que un "consumidor convencional" es aquel que, aunque adquiere bienes o servicios como cualquier otro consumidor, en condición de asimetría con un proveedor, no se encuentra en una situación de vulnerabilidad especial (por edad, género, estado físico o mental, ni por circunstancias sociales, económicas, étnicas o culturales) que le dificulte ejercer sus derechos en el mercado.

4. Deber de información. Deber de asesoramiento. Deber de Advertencia.

Cabe remarcar que el deber de información configura un instrumento de tutela del consentimiento, pues otorga a los consumidores la posibilidad de reflexionar adecuadamente al momento de la celebración del contrato.

Por ello, la información que el proveedor debe brindar es fundamental en todas las etapas de la negociación, desde las preliminares hasta la extinción del contrato.

a)Deber de información: Consagrado en el art. 42 de la CN, en el art. 4 de la LDC, y en el art. 1100 del CCCN, establece la obligación legal de los proveedores de explicar al consumidor todas las características importantes del servicio que se comercializa. El CCCN profundiza el deber agregando que también se debe informar: "...toda otra circunstancia relevante para el contrato.". Enseña Lorenzetti que el consumidor tiene una información inferior a la del proveedor y un alto costo para obtenerla, lo que afecta su capacidad de discernimiento en condiciones igualitarias y justifica que se imponga un deber de informar a quien ya posee la información o la puede obtener a un menor costo. (Lorenzetti, Ricardo Luis; "Consumidores", segunda edición actualizada, pág. 150, Rubinzal-Culzoni, 2009).

El de informar es un deber que incumbe a todo experto, ubicado frente a un profano, y por ello asume una configuración de deber-derecho, según la perspectiva que se adopte.

b)Deber de Asesoramiento o Deber de Consejo: Refiere a las obligaciones que tienen los proveedores en el sentido de asesorar al consumidor acerca de si les resulta conveniente, útil, o eficiente el producto/servicio que le ofrecen. (contrato de crédito, en la temática

escogida). El deber de consejo se diferencia de la información, en el sentido que importa un plus sobre la misma, adicionando una opinión motivada que puede llegar a constituir una advertencia disuasiva, en atención a las eventuales consecuencias que debería enfrentar el cliente. (Lorenzetti, R.; "Consumidores", ob. cit., pág. 217)

c) Deber de Advertencia o Deber de Alerta: Emparentado con el asesoramiento o consejo -refiere Japaze- se encuentra el deber de advertencia, que supone comunicar y llamar la atención respecto de ciertos riesgos a los que pueda verse expuesto el consumidor con motivo de la contratación propuesta; y que se orienta a poner en evidencia la eventual afectación de la indemnidad del consumidor (Japaze, María Belén, en "Tratado de derecho del consumidor", Gabriel A.Stiglitz - Carlos A. Hernández, T. II, p. 213, La Ley, 2015). En cumplimiento del mismo, luego de analizar el cuadro de situación de su eventual co-contratante, el dador del crédito deberá llamarle la atención respecto de los alcances del compromiso a asumir y del potencial impacto en sus intereses económicos (ej. sobreendeudamiento, morosidad, mayores costos, incidencia patrimonial de las acciones judiciales y en supuestos más graves, insolvencia).

d) Previsiones en el derecho europeo: La Directiva (UE) 2023/2225, del 18 de octubre de 2023, relativa a los contratos de crédito al consumo, impone en sus arts. 5, 7, 8, 9, 10, 11, 12 específicos deberes informativos sobre los aspectos esenciales de la relación de crédito; y en su art. 16 consagra pautas referidas a la prestación de servicios de asesoramiento al consumidor. También prevé la forma en que deben instrumentarse y la información que deben contener los contratos (arts. 21, 22, 23, 24, 25).

Mención especial merecen la obligación de evaluar la solvencia del consumidor, que debe ser proporcionada y realizarse en interés del mismo, a fin de evitar prácticas de préstamo irresponsables y el endeudamiento excesivo (art.18, que amplía los alcances de análogo deber regulado en el art. 8 de la Directiva 2008/48/CE del 23/04/2008); las pautas de conducta impuestas a los proveedores (arts. 32 y 33); y las medidas de educación financiera y apoyo a los consumidores con dificultades financieras (arts. 34, 35, 36).

Regulaciones similares están presentes en el Proyecto de Código de Defensa de las y los Consumidores (arts. 29 a 34, 77 a 96, 177 a 182).

5. El sobreendeudamiento. Clases. Causas. Ausencia de regulación

Expresa Japaze (en ob. cit, p. 306) que el vocablo sobreendeudamiento es la alocución más adecuada para referir a la problemática del endeudamiento excesivo, que puede tenerse por configurado cuando se verifica una desproporción entre la deuda total y los ingresos netos del deudor.

a) Clases: Profundizando el estudio del fenómeno distingue:

- Sobreendeudamiento activo: se da cuando un particular acude al financiamiento y se endeuda en exceso, sea de forma intencional o culposa, contrayendo más obligaciones de las que puede afrontar.
- Sobreendeudamiento pasivo: desencadenado por acontecimientos sobrevenidos al nacimiento de las obligaciones asumidas por el deudor y por causas no imputables al particular afectado. Entre ellos, se presentan algunos sucesos directos (la pérdida

del empleo, la jubilación, el fallecimiento de un miembro de la familia cuyo aporte era indispensable para la economía familiar, la enfermedad del deudor o la de uno de los integrantes del grupo familiar -que altera las previsiones presupuestarias-, el divorcio del deudor, el nacimiento de hijos no esperados, etc.); y otros llamados sucesos indirectos (el otorgamiento de garantías a familiares o afines que luego se ejecutan, etc.).

b) Causas: Dentro de las causas discrimina las vinculadas a las crisis de los sistemas económicos; las vinculadas a las características del mercado y del consumo moderno; y las vinculadas a situaciones personales del consumidor.

c) Necesidad de una reglamentación específica en el ámbito de la legislación de consumo: Luego de recordar el despacho unánime acerca de necesidad de protección del consumidor sobreendeudado en las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, destaca Lorenzetti el valor que tiene en tal sentido el Proyecto de Código de Defensa del Consumidor, en el que se profundizan los niveles protectorios, definiendo tutelas especiales, particularmente en casos de hipervulnerabilidad, sobreendeudamiento, acceso al consumo, entre otras instituciones (Lorenzetti, Ricardo Luis; "Tratado de los contratos", Parte especial, T. III, Rubinzal-Culzoni, pág. 468, 2021).

Respecto del sobreendeudamiento menciona que el proyecto lo define como la situación caracterizada por la grave dificultad para afrontar el cumplimiento de las obligaciones exigibles o de pronta exigibilidad, que compromete el acceso y el goce de bienes esenciales; y que el destinatario de la protección es el consumidor y usuario persona humana. Y que, entre otras medidas, se contempla que las autoridades proveerán a la prevención y saneamiento del sobreendeudamiento de los consumidores con medidas de contenido sustancial y procedimental adecuadas, en sus respectivos ámbitos de actuación.

6. El préstamo responsable. La necesidad de un nuevo estándar para evaluar el cumplimiento del deber de información y la conducta de los proveedores

Dada la escala que tiene el flagelo del sobreendeudamiento, es evidente que para prevenirlo resulta necesario rever la actuación de las partes del contrato, como así también de las autoridades públicas.

En especial, el papel que tienen los proveedores de crédito a consumidores, en todas las etapas de la vinculación: cumplir con el deber de proporcionar la mejor información posible durante todo el íter contractual; asesorar, aconsejar, concientizar e incluso prevenir al consumidor acerca de los reales costos y riesgos de la operación en relación a su capacidad de cumplimiento, y revisar sus métodos de cobro.

Es el camino que trazan las directivas y regulaciones vigentes en la materia en la Unión Europea, y que propicia la doctrina en nuestro país donde, a falta de un marco regulatorio general -y hasta tanto el Código de Defensa de las y los Consumidores, que lo regula en el art. 79, deje de ser solo un valioso instrumento en estado de proyecto- aquellas conductas deben analizarse a partir de las disposiciones de la LDC, del CCCN, y de la CN (cfr. en similar sentido, Japaze, ob. cit. págs. 363 a 467).

7. Prácticas prohibidas en los reclamos extrajudiciales

Señalan Sandra A Frustagli y Carlos A. Hernandez (en "Tratado de derecho del consumidor", Gabriel A. Stiglitz - Carlos Hernández - T I p. 610, La Ley, 2015) que al reformarse la ley 24.240 en el año 2008, se estableció en el párrafo segundo del art. 8º bis, que en los reclamos extrajudiciales de deudas los proveedores deben abstenerse de utilizar cualquier medio que le otorgue la apariencia de reclamo judicial, legislando como abusiva *per se* a esta práctica de carácter intimidatorio. Apuntan que la conducta puede ser desplegada por el propio acreedor o por empresas de gestión de cobranza o estudios jurídicos o contables contratados al efecto, y que la ilicitud se configura cuando realicen reclamos extrajudiciales de deudas recurriendo a actos de corte intimidatorio, orientados a atemorizar al deudor a fin de obtener compulsivamente el pago, desbordando así el alcance de una legítima y regular exigencia de cumplimiento de lo debido.

Es decir que el acreedor debe realizar sus requerimientos sin incurrir en prácticas abusivas, pasibles de la multa civil establecida en el art. 52 bis, sin perjuicio de otros resarcimientos que correspondieren al consumidor, siendo ambas penalidades extensivas solidariamente a quien actuare en nombre del proveedor.

En este último aspecto, precisa Wajntraub que la referencia no es a los integrantes de la cadena de comercialización y distribución, sino sólo a quienes en apariencia actúan en representación del proveedor, ya que de lo que se trata es de evitar conductas que sólo pueden llevarse a cabo por parte de quienes tratan directamente con el consumidor.

(Wajntraub, Javier H., "Régimen Jurídico del Consumidor Comentado", Rubinzal Culzoni, p. 91, 2020)

8. Daño punitivo

Para efectuar una interpretación sistémica del daño punitivo, en forma autónoma del resarcimiento de daños patrimoniales y extrapatrimoniales, con finalidad sancionatoria de hechos cometidos y preventiva de hechos similares en el futuro, hay que considerar no solo el art.52 bis de la LDC, sino también el art. 8 bis de la misma ley; como así también los arts. 9, 961 y 1097 del CCCN, que consagran el principio de buena fe, como regla de conducta para todos los contratos y específicamente para las relaciones de consumo.

Aunque en una interpretación literal el art. 52 bis LDC solo alude al incumplimiento de una obligación legal o contractual, la doctrina y jurisprudencia mayoritaria sostienen que el incumplimiento es condición necesaria pero no suficiente para imponer la condena punitiva, porque hace falta algo más que es el elemento de dolo, culpa grave, o menosprecio por los derechos del consumidor.

Al respecto existe consenso dominante en el derecho comparado en el sentido de que las indemnizaciones o daños punitivos sólo proceden en supuestos de particular gravedad, calificados por el dolo o la culpa grave del sancionado o por la obtención de enriquecimientos indebidos derivados del ilícito o, en casos excepcionales, por un abuso de posición de poder, particularmente cuando ella evidencia menosprecio grave por derechos individuales o de incidencia colectiva (cfr. Stiglitz, Rubén S. y Pizarro, Ramón D., "Reformas a la ley de defensa del consumidor", LA LEY, 2009-B, 949).

9. Beneficio de justicia gratuita

a) El art. 53 de la LDC (según Ley N°26361), Durante años se debatió en torno al alcance que corresponde asignar al referido "beneficio de justicia gratuita" existiendo, básicamente, dos criterios. El amplio, que implica para el consumidor la eximición de pago de las tasas judiciales, así como honorarios profesionales y costas del proceso. Y el restrictivo, según el cual la eximición se limita únicamente a la tasa de justicia. La cuestión fue abordada por la CSJN en el precedente "ADDUC y otros c/ AySA SA y otro s/ proceso de conocimiento", en fecha 14/10/21 (Fallos: 344:2835), en el cual el máximo Tribunal sentó el criterio amplio.

En la misma línea se encuentra el plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial del 21/12/21, en la causa "Hambo, Débora Raquel c/ CMR Falabella S.A. s/ sumarísimo", en el que, por mayoría, se fijó como doctrina legal que: *"El 'beneficio de justicia gratuita' que dispone el artículo 53 de la ley N° 24.240, además de los gastos, sellados u otros cargos inherentes a la promoción de la demanda, exime al consumidor del pago de las costas del proceso si fuera condenado a satisfacerlas total o parcialmente".*

Recientemente, en el plenario dictado el 28 de marzo de 2025 en los autos "Olivera Fernanda Raquel y Otros c/ Ciudad de la Pizza SRL S/ Daños y perjuicios", la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, fijó como doctrina legal obligatoria: *"El beneficio de Justicia gratuita, reconocido en el artículo 53 de la ley 24240 (modificado por el artículo 26 de la ley 26.361), además del pago de la tasa de justicia y de cualquier otro gravamen o gasto inherente a la promoción de la demanda, exime a quienes iniciaron una acción en los términos previstos por dicha ley de afrontar el pago de las costas si fueren condenados a satisfacerlas y no prosperase el incidente para acreditar su solvencia que pudiera promover la demandada."*. La posición difiere de la solución adoptada por la CNCom.

La CSJN también se pronunció este año en relación al beneficio de justicia gratuita en una acción individual de consumo en "Recurso de hecho deducido por el actor en la causa "Rafel, Rodolfo Aníbal c/ Puerto Cacao S.A. s/ daños y perjuicios" (21/05/25); y consideró que -en la cuestión relativa a la imposición de costas al consumidor- la materia es sustancialmente análoga a lo resuelto en la causa "ADDUC y otros".

b)Proyecto de Código de Defensa de las y los Consumidores: La cuestión aparece zanjada en el proyecto, pues se consigna expresamente que el beneficio de justicia gratuita comprende: el pago de tasa de justicia, timbrados, sellados, costas y de todo gasto, excepto en el caso de temeridad o malicia o pluspetición inexcusable (art. 162); sin conferir a la demandada la posibilidad de promover incidente de solvencia.

V. Conclusión

Actualmente no se discute en doctrina que -dada su naturaleza- el deber de información de los proveedores se agudiza en los contratos de crédito para consumo, y que su cumplimiento debe exigirse con rigor en virtud de su experticia y superioridad técnica.

Tampoco que el principio de protección del consumidor se acentúa frente a un consumidor hipervulnerable.

En estos casos, los consumidores (en especial, los más vulnerables) no solo necesitan ser informados, asesorados y hasta prevenidos, sino que también precisan ser acompañados por los proveedores durante la vigencia de la operatoria, a efectos de que el contrato de crédito para consumo alcance su verdadera finalidad y no se desnaturalice convirtiéndose en una gran puerta de entrada a un vicioso estado de sobreendeudamiento de los tomadores.

Estas son, en resumen, también las directrices que surgen del fallo escogido, cuya relevancia está dada por la pluralidad de temas tratados, por los fundamentos expresados y por el modo en que cada una de las cuestiones fue resuelta, de forma que puede ser valiosa fuente de interpretación y resolución en casos análogos.

La sentencia analizada deja establecidas las pautas de la nulidad como sanción para contratos de crédito para consumo que se celebren en contravención al deber de información; como así también acerca del trato especial que debe dispensarse a consumidores hipervulnerables de cara al otorgamiento de préstamos responsables; la reacción del principio protectorio ante prácticas abusivas; las condiciones de procedencia del daño punitivo; y la ratificación del beneficio de justicia gratuita consagrado a favor del consumidor.

VI. Referencias bibliográficas

- Código Civil y Comercial de la Nación (2015).
- Ley Nº 24240 de Defensa del Consumidor.
- Lorenzetti, R. (2009). “Consumidores” - 2da. ed act., Rubinzal-Culzoni.
- Lorenzetti, R. (2021). “Tratado de los contratos”, Parte especial, T. III, RubinzalCulzoni.
- Stiglitz R., Pizarro, R. (2009). “Reformas a la ley de defensa del consumidor”, en LA LEY 2009-B.
- Stiglitz G., Hernández C. (2015),“Tratado de derecho del consumidor”, La Ley
- Saux, E. (2009). “Tutela del consumidor en las operaciones de venta a crédito” en Revista de Derecho Privado y Comunitario 2009-1: Consumidores, Rubinzal Culzoni.
- Wajntraub, Javier H., “Régimen Jurídico del Consumidor Comentado”, RubinzalCulzoni, p. 91, 2020)
- Resolución N°139/2020 de la ex Secretaría de Comercio Interior dependiente del Ministerio de Desarrollo Productivo; Disposición N°137/2024 de la Subsecretaría de Defensa del Consumidor y Lealtad Comercial dependiente del Ministerio de Economía.
- -Directiva 2008/48/CE relativa a los contratos de crédito celebrados con los consumidores.
- Directiva UE 2023/2225 del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea, 18 de octubre de 2023, relativa a los contratos de crédito al consumo. (Deroga a la D 2008/48/CE con efecto a partir del 20 de noviembre de 2026).
- Proyecto de Código de Defensa de las y los Consumidores (Cámara de Diputados - Expte. 0128-D-2024, 04/03/2024, Publicado en Trámite Parlamentario N° 3) https://www.diputados.gov.ar/comisiones/permanentes/cdconsumidor/proyecto.html?exp=0128-D-2024

Responsabilidad contractual y protección al consumidor en la reprogramación unilateral de vuelos: análisis crítico del

Pía A. Fava Elgul

Resumen:
El fallo de la Cámara Comercial de la Nación Argentina del 15 de mayo de 2024 en la causa "G.J. y otro c/ Gol Linhas Aereas SA s/ sumarísimo" reconoció la responsabilidad de Gol por modificar unilateralmente un vuelo, aplicando la Ley de Defensa del Consumidor sobre la normativa aeronáutica. Se confirmó el derecho al reembolso, se amplió el daño moral y se aceptó el daño punitivo por incumplimiento y trato indigno. El tribunal enfatizó la integración normativa y la prioridad constitucional de la protección al consumidor.

Palabras clave: Daño punitivo, Derecho del consumidor, Trato digno.

Introducción

El transporte aéreo internacional, por su naturaleza masiva y regulada, plantea singulares desafíos a la dogmática contractual y al derecho de daños, en especial cuando confluyen estatutos especiales y el régimen general de defensa del consumidor. El presente trabajo analiza el pronunciamiento de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial (Sala F) de fecha 15 de mayo de 2024, en autos "G.J. y otro c/ Gol Linhas Aéreas SA s/ sumarísimo".

La cuestión principal refiere a la responsabilidad de la aerolínea frente a la reprogramación unilateral de un vuelo, alegada como caso fortuito por la empresa en contexto de pandemia COVID-19, y la subsiguiente aplicación de la normativa protectoria del consumidor.

El caso reviste especial interés por el modo en que el tribunal integró la Ley de Defensa del Consumidor, el Código Civil y Comercial de la Nación y la normativa aeronáutica, priorizando la tutela efectiva de los pasajeros como consumidores. Asimismo, introduce reflexiones sobre el derecho constitucional al trato digno y la función del daño punitivo, con implicancias tanto jurídicas como prácticas para la actividad aerocomercial. El objetivo del presente análisis es identificar las cuestiones de hecho y de derecho implicadas, precisar la *ratio decidendi*, destacar los *obiter dicta* relevantes y formular una argumentación crítica sobre el alcance y la pertinencia del fallo. Es por ello que se sitúa énfasis en el desarrollo jurisprudencial y doctrinal sobre la integración normativa y la función sancionatoria del daño punitivo, imprescindible en las relaciones de consumo.

Métodos

Se procedió al estudio detallado del texto integral de la sentencia y votos mayoritarios, identificando los ejes factuales y jurídicos. Se utilizó un método de análisis jurídicoargumentativo, contrastando las interpretaciones aplicadas con las disposiciones legales vigentes —principalmente el Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN), la Ley 24.240 (modificada por Ley 26.361) y el Código Aeronáutico— y con precedentes jurisprudenciales citados en la resolución.

Además, se examinó la bibliografía doctrinal citada en el fallo para contextualizar las ideas expuestas (Capaldo, Rivera, Lorenzetti, Kemelmajer de Carlucci, Pizarro, entre otros) y se evaluó la coherencia entre los principios constitucionales de tutela al consumidor y la sentencia emitida.

Resultados y discusión

Hechos y planteo jurídico fundamental

Los accionantes (MC y JC) adquirieron seis pasajes para vuelos directos a Florianópolis, Brasil, con hospedaje coordinado para dichas fechas. Gol Linhas Aereas SA modificó unilateralmente el horario y agregó una escala en San Pablo en el vuelo de regreso, retrasando la llegada a Buenos Aires un día después del pactado.

Ante esta modificación, cancelaron el tramo de regreso y solicitaron el reembolso del importe abonado, que la aerolínea demoró y gestionó incompletamente, alegando fuerza mayor por la pandemia y aplicabilidad exclusiva del derecho aeronáutico. Los recurrentes demandaron por daños emergentes, morales, financieros y punitivos.

La Cámara constata que los actores contrataron vuelos directos y alojamiento planificado, alterados unilateralmente por Gol, que incorporó una escala en San Pablo y postergó la llegada a Buenos Aires, violando las condiciones originales.

El conflicto presenta cuestiones fácticas centradas en la existencia de un incumplimiento contractual y en la falta de justificación válida para la reprogramación del vuelo. En el plano jurídico, el núcleo del debate radica en la aplicabilidad de la Ley de Defensa del Consumidor a un contrato regido también por normativa internacional y aeronáutica; el alcance del trato digno como obligación autónoma y vinculante; y la procedencia de rubros indemnizatorios como el daño moral y el daño punitivo, así como su cuantificación.

Prevalencia del régimen protector del consumidor

La aerolínea sostuvo que la LDC tenía carácter supletorio y que regía la Resolución 1532/98 y el Código Aeronáutico Nacional, enmarcando la modificación como caso fortuito derivado de la pandemia. No obstante, la Cámara reafirmó que la relación de consumo entre pasajeros y aerolínea está plenamente alcanzada por la LDC como norma de protección integral, en diálogo armónico con la normativa aeronáutica, pero sin exclusión.

La fundamentación se sustenta en la integración normativa consagrada en el CCCN (arts. 1094, 1095), la Constitución Nacional (art. 42), y el bloque de constitucionalidad, que priorizan la interpretación más favorable al consumidor y el tratamiento armónico de fuentes (Capaldo 2018; Lorenzetti 2014). Se desestimó la interpretación restrictiva y se confirmó la aplicación de la LDC como parte fundamental, considerando la autonomía y especificidad del derecho aeronáutico como *lex specialis* pero no excluyente.

En el fallo se hacen referencias claves a lo que establecen varios códigos relevantes para la resolución del caso:

El Código Aeronáutico señala que, si una cuestión no está prevista expresamente en su normativa, debe resolverse conforme a principios generales del derecho aeronáutico, usos y costumbres del sector, y en última instancia las leyes análogas o principios del derecho común, considerando las circunstancias del caso. Esto marca un régimen de fuentes jerarquizado y autónomo para esta materia, con normativa propia y principios específicos.

Por su parte el Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) introduce la constitucionalización del derecho privado, estableciendo un diálogo integral entre la Constitución, tratados internacionales, derecho público y privado, y microsistemas normativos. En materia de consumo, los arts. 1094 y 1095 disponen que las normas que regulan las relaciones de consumo deben interpretarse conforme al principio de protección del consumidor y en caso de duda, en el sentido más favorable y menos gravoso para el consumidor. El Código también regula la prelación normativa y el diálogo entre leyes generales y especiales, con reglas para resolver posibles conflictos y priorizar la tutela efectiva del consumidor.

Finalmente, la Ley de Defensa del Consumidor (LDC) 24.240, modificada por ley 26.361 establece obligaciones para los proveedores, incluyendo el deber de información, trato digno y equitativo (art. 8), y la posibilidad de imponer daño punitivo o multa civil por incumplimientos graves (art. 52 bis). En casos de contratos de transporte aéreo, inicialmente establecía aplicación supletoria respecto del Código Aeronáutico (art. 63), pero esta supletoriedad debe interpretarse restrictivamente y no excluye la aplicación plena de la LDC cuando protege mejor al consumidor. La LDC protege derechos fundamentales, congruentes con la Constitución Nacional y tratados internacionales de derechos humanos.

En conjunto, estos códigos establecen un sistema normativo que protege al consumidor en el transporte aéreo, que debe interpretarse de forma armónica y garantista, priorizando la tutela efectiva del usuario frente a incumplimientos contractuales, deficientes servicios o trato indigno.

Responsabilidad contractual y daños

La razón decisoria se asienta en la afirmación de que, ante un incumplimiento no justificado, corresponde aplicar el régimen más favorable al pasajero–consumidor, privilegiando la LDC en diálogo con la normativa aeronáutica y el Código Civil y Comercial. La Cámara descartó la existencia de fuerza mayor, consideró acreditado el incumplimiento y, sobre esa base, dispuso el reintegro íntegro del precio del tramo no utilizado, el reembolso de gastos adicionales y la indemnización por daño moral.

Asimismo, impuso daño punitivo en razón del incumplimiento grave y el trato indigno, argumentando que dicha sanción cumple funciones tanto preventivas como ejemplificadoras.

Gol no aportó pruebas concretas sobre la causa de la reprogramación ni justificó la ausencia de alternativas razonables frente a la alianza comercial con Aerolíneas Argentinas, que podría haber permitido conservar condiciones similares al vuelo original. La conducta fue calificada como incumplimiento contractual y falta de diligencia profesional.

Los daños emergentes fueron reconocidos, en particular el reembolso del tramo cancelado y gastos acreditados de transporte terrestre asociados a la reprogramación (art. 12 Resolución 1532/98). El daño moral fue ampliado respecto a la primera instancia, valorando la angustia, perturbación emocional y el derrotero sufrido durante varios meses en reclamos y trámites infructuosos, conforme a doctrina jurisprudencial sobre la reparación integral del perjuicio anímico.

Daño punitivo y estatuto jurídico

La sentencia confirmó la procedencia del daño punitivo según los arts. 8 bis y 52 bis de la LDC, que sancionan conductas gravemente objetables por el proveedor. Se puntualizó la falta de información adecuada, trato indigno y demora injustificada, generando un menosprecio a los derechos del consumidor, con efecto sancionatorio y preventivo. Se atribuyó una multa civil elevada, en atención a la gravedad, posición en el mercado y reincidencia, conforme jurisprudencia y doctrina especializada.

Desde la óptica probatoria y contractual, Gol incumplió el contrato, traduciendo en un déficit de diligencia profesional el cambio unilateral significativo y retrasos que dañaron legítimas expectativas. La oferta alternativa dada fue insuficiente o inexistente, desatendiendo además el deber de información y trato digno durante el reclamo, lo que agravó la vulneración de derechos bajo estándares constitucionales y de la LDC (art. 8 bis).

Análisis crítico

El fallo destaca por su coherente interpretación integradora entre los distintos microsistemas normativos, resaltando la preeminencia constitucional de la protección efectiva del consumidor en ámbitos técnicos.

De particular interés es la aceptación y fundamentación del daño punitivo como sanción civil independiente y preventiva, amparada en los artículos 8 bis y 52 bis de la LDC. La conducta negligente y desatenta de Gol en atender un trámite sencillo, la persistencia en incumplimientos y la posición dominante en el mercado justifican la imposición de una multa ejemplar. La sentencia valora criterios objetivos y subjetivos como la gravedad, reincidencia y desprecio hacia derechos individuales y colectivos.

No obstante, el fallo evidencia limitaciones en su exposición sobre el alcance y aplicación práctica del Convenio de Montreal, el cual establece que las aerolíneas son responsables de los daños por retrasos de los pasajeros, a menos que hayan tomado todas las medidas razonables para evitar el retraso, dejando áreas de potencial incertidumbre para casos internacionales semejantes. También refleja la tensión inherente en la cuantificación judicial de daños no patrimoniales y punitivos, pues, aunque doctrinalmente fundada, implica un margen de discrecionalidad que puede afectar la seguridad jurídica y uniformidad jurisprudencial. Asimismo, pese a estar fundada, la discrecionalidad judicial en el cálculo cuantitativo de los daños morales y punitivos puede afectar la previsibilidad y seguridad jurídica, cuestión que demanda desarrollo en estándares más uniformes para futuras controversias.

Conforme a lo desarrollado, considero que el fallo acierta en privilegiar el principio por sobre la mera literalidad de la norma. En materia de relaciones de consumo, el principio protector —derivado del artículo 42 de la Constitución Nacional y de la cláusula de trato digno— debe orientar la interpretación y aplicación de todo el ordenamiento, incluso frente a regímenes especiales. La norma, en este sentido, es un instrumento; el principio es el fin que le da sentido y legitimidad. La Cámara, al priorizar la tutela efectiva del pasajero por sobre una lectura estricta de la normativa aeronáutica, se alinea con esta concepción.

En materia contractual, el Código Civil y Comercial de la Nación (arts. 1083 y 1084) establece que, ante el incumplimiento, el acreedor puede exigir el cumplimiento forzado, la resolución del contrato y la reparación integral de los daños, incluyendo los de carácter moral y, en su caso, daños punitivos conforme a la Ley de Defensa del Consumidor. Esta normativa se complementa con el Código Aeronáutico (Ley 17.285), cuyo art. 141 dispone que, en caso de cancelación o interrupción del transporte aéreo, el transportador debe ofrecer al pasajero:

- El reintegro del precio del pasaje no utilizado, o
- El transporte en el primer vuelo disponible hacia el destino convenido, sin costo adicional.

En el caso analizado, la aerolínea GOL, ante la imposibilidad de cumplir con el itinerario pactado, debió ofrecer alternativas que garantizaran la menor afectación posible al pasajero, en línea con la buena fe contractual (art. 961 CCCN) y con las obligaciones específicas del transportador aéreo. Ello implicaba no solo reprogramar el vuelo en condiciones equivalentes, sino también cubrir los gastos derivados de la contingencia o, en su defecto, reintegrar de inmediato el importe abonado.

Es por ello que la decisión de la Cámara resulta jurídicamente correcta, pues reconoce que la vigencia de los principios rectores del derecho de consumo y de los derechos fundamentales no puede subordinarse a interpretaciones restrictivas de normas especiales. Asimismo, reafirma que el incumplimiento contractual en el transporte aéreo debe resolverse mediante soluciones que restablezcan el equilibrio original del contrato y reparen integralmente el perjuicio ocasionado.

Conclusión

El fallo sostiene claramente que, en las relaciones de consumo, incluso en ámbitos regulados por normativas específicas como el derecho aeronáutico, prevalece la protección integral y prioritaria que otorgan la Ley de Defensa del Consumidor (LDC) y el Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN). La aerolínea Gol incurrió en un incumplimiento grave al modificar unilateralmente el vuelo contratado, sin brindar una solución adecuada ni un trato digno, vulnerando derechos fundamentales de los consumidores como la información clara, la libertad de elección y el respeto personal.

El tribunal rechaza la alegación de caso fortuito esgrimida por Gol, al no haberse demostrado que la reprogramación del vuelo obedeciera a motivos imprevisibles o inevitables, y destaca que la estrategia de la empresa puso a los consumidores en un derrotero prolongado de

reclamos sin respuestas satisfactorias, configurando un actuar negligente y desaprensivo. Por ello, se confirma la obligación de Gol de indemnizar los daños materiales y morales generados, incrementando la cuantía inicialmente otorgada por el juez de primera instancia.

Además, el fallo reconoce la procedencia del daño punitivo para sancionar y disuadir conductas comerciales abusivas y reiteradas que afectan no solo a las partes, sino también a la colectividad de consumidores. Este criterio se fundamenta en la gravedad de la infracción y en la falta de diligencia y respeto hacia los derechos básicos del usuario. Se subraya que la protección del consumidor es un principio de orden público constitucional que debe primar sobre convenciones particulares o interpretaciones restrictivas de normativas especializadas.

El fallo reafirma la vigencia y preeminencia del marco legal protector del consumidor como un sistema integrador y articulador de normas, principios y valores constitucionales, que exige a los proveedores una conducta responsable, transparente y respetuosa en todas las etapas de la relación contractual, garantizando así una justicia efectiva y equitativa para los usuarios frente a abusos empresariales. Constituye un precedente jurisprudencial relevante que contribuye a la consolidación de una tutela jurídica integral, armónica y efectiva para consumidores, adaptando el derecho privado a las demandas contemporáneas, aunque con retos interpretativos y prácticos futuros para la regulación del derecho aeronáutico.

Referencias bibliográficas

- Cámara Comercial de la Nación Argentina, Sentencia “G.J. y otro c/ Gol Linhas Aereas SA s/ sumarísimo”, Expte. XXXX/2022, 15 mayo 2024.
- Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, Ley 26.994.
- Ley de Defensa del Consumidor, Ley 24.240 y Ley 26.361.
- Código Aeronáutico Nacional, Ley 17.285.
- Capaldo, Griselda D., (20218) *“El Código Aeronáutico en diálogo con el Código Civil y Comercial: autonomía, analogía y subsidiariedad”*. Editorial La Ley.
- Kemelmajer de Carlucci, Aída, *“Pautas para interpretar el Código Civil y Comercial”*, Astrea, 2015.
- Pizarro, Ramón D. & Vallespinos, Carlos G. (2020) *“Manual De Responsabilidad Civil”*. Editorial Rubinzal Culzoni.
- Rivera Julio C. & Medina Graciela (2014) *“Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Tomo III”*. Ed. La Ley.

Cuadernos de Posgrado 2025
se terminó diagramar en el mes de
marzo de 2026 en la ciudad de Corrientes,
Argentina



FACULTAD DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS
UNIVERSIDAD NACIONAL DEL NORDESTE

UNIVERSIDAD
NACIONAL
DEL NORDESTE